

ESTUDIO SOBRE LA NUEVA TUTELA MULTINIVEL DE DERECHOS HUMANOS A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA EN EL ÚLTIMO MEDIO SIGLO

STUDY ON THE NEW MULTILEVEL PROTECTION OF HUMAN RIGHTS IN THE LIGHT OF COMMUNITY JURISPRUDENCE IN THE LAST HALF CENTURY

Manuel Palomares Herrera

Profesor Doctor de la Universidad Internacional de la Rioja

manuel.palomares@unir.net

Sindy Paola Orrego Pereira

Profesora de la ULSP de Colombia

pao_pereyra16@hotmail.com

Resumen

La presente obra corresponde a un estudio de los orígenes de la figura de protección multinivel, su recepción e inclusión en los sistemas de protección de derechos humanos, especialmente en el europeo y el americano; así como una mirada a la efectividad y beneficios que ha reportado su aplicación.

En contraposición, se trata también de un análisis de las problemáticas y retos que han surgido con la misma, los cuales han sido advertidos desde casos originarios, como en el asunto denominado *Servet Kamberaj contra el Instituto para la Vivienda Social de la Provincia Autónoma de Bolzano*; en el cual se ubicó al juzgador en una posición de dicotomía frente a la interrogante de ¿Cuál derecho de conformidad con su nivel espacial de protección, se debe aplicar en cada caso concreto?

Lo anterior, con miras a resaltar la importancia de una figura, la cual ha tenido su principal desarrollo en el modelo europeo y cada vez más impacto y acogida en el escenario americano.

Palabras clave

Protección internacional de derechos humanos, tutela multinivel, derechos humanos, sistemas regionales de protección, constitucionalismo multinivel.

Abstract

This work corresponds to an analysis or study of the origins of the figure of multilevel protection, its reception and inclusion in human rights protection systems, especially in the European and American ones; as well as a look at the effectiveness and benefits that has reported your application.

In contrast, it is also an analysis of the problems and challenges that have arisen with it, which have been warned from original cases, such as the matter called *Servet Kamberaj against the Institute for Social Housing of the Autonomous Province of Bolzano*; in which the judge was placed in a dichotomous position facing the question of which right, in accordance with its spatial level of protection, should be applied in each specific case?

The foregoing, with a view to highlighting the importance of a figure, which has had its main development at the European level and each time, more impact and reception on the American stage.

Key words

International protection of human rights, multilevel protection, human rights, regional protection systems, multilevel constitutionalism.

SUMARIO: 1. Planteamiento; 2. De lo habiente a lo pretendido; 3. Debate y discusión desde la sentencia italiana que acaba en el TJUE; 4. Reflexiones finales; 5. Referencias.

1. Planteamiento

La denominada tutela multinivel, corresponde a la identidad que se otorgó al fenómeno que se presenta ante la existencia de un esquema de protección de libertades y derechos con categoría de “humanos”, desde variedad de polos con localidad *sub* y *supra*; es decir, niveles ubicables en los planos provincial o local, nacional, regional e internacional, que responden a la demanda social de configuración de sistemas de protección de derechos humanos (en adelante DDHH) más allá de las fronteras.

En el presente estudio, se ejercerá un direccionamiento del análisis al mencionado concepto desde el ámbito de aplicación europeo; teniendo en cuenta que tal sistema jurídico de protección de DDHH representa una sólida exemplificación de la figura estudiada; ello en consideración de la cantidad de leyes, convenciones (cartas, tratados, declaraciones) e instituciones que garantizan la salvaguarda de DDHH; de igual manera, se ahondará en el contexto europeo.

En comparativa se analizará también la efectividad del concepto en el Sistema Interamericano de Protección de DDHH y, en una mirada específica al caso de Latinoamérica. Así, se estudiarán y fijarán los beneficios que representa la aplicación de tal figura, pero a su vez, se realizará contraste con las problemáticas derivadas de la misma; ello con la finalidad de reflexionar acerca de su importancia y efectividad y también, determinar, en caso de que se concluya su poca efectividad, algunos caminos posibles para potencializar la misma.

Aunado a lo anterior, desde una mirada más específica se ahondará en la figura desde un escenario comparativo entre el sistema de protección de DDHH interamericano y el europeo, de manera puntal en el caso de Colombia y España, analizando también los obstáculos de aplicación de la protección multinivel en tales planos espaciales.

2. De lo habiente a lo pretendido

El concepto de tutela multinivel hace referencia a una protección ejercida desde pluralidad de rangos o categorías, la cual es demandada por los particulares y garantizada por el soberano. Ahora bien, ante la reiterada aparición del término “niveles” dentro del concepto estudiado, resulta necesario indicar las categorías que incluye el mismo, las cuales han sido definidas en el manual de protección multinivel de derechos humanos de la Red de Derechos Humanos y Educación Superior (DHES).⁸⁴

⁸⁴ «–Nivel nacional: Las constituciones nacionales de cada Estado miembro incluyen en su articulado los derechos que el respectivo Estado-Nación quiera reconocer a sus ciudadanos y residentes.

–Nivel supranacional: Los derechos humanos son también protegidos por el derecho de Unión; inicialmente, mediante la expansión jurisprudencial por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y actualmente mediante la Carta de Derechos Fundamentales. A este nivel, los instrumentos están dirigidos primordialmente a proteger los derechos humanos de violaciones por parte de la Unión Europa y sus órganos, así como de los Estados miembros, cuando los mismos apliquen el derecho de la Unión .

–Nivel internacional: Así mismo, los derechos humanos son protegidos mediante el sistema europeo de derechos humanos, creado por la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 en el marco del Consejo de Europa, cuya corte competente es la Corte Europea de Derechos Humanos, que es un tribunal internacional con funciones similares (en Europa) a las cumplidas por la Corte Interamericana

Así entonces, tal cual se indicó de manera somera en los acápiteos introductorios, la figura corresponde a un escenario de refuerzo de protección de los DDHH a través de la amplitud de los mecanismos, instituciones y niveles en los que tiene aplicabilidad dicha salvaguarda; lo cual permite transcender del sistema de ejecución de protección clásico, limitado al nivel estatal, para escalar a un ámbito supranacional e internacional de demanda, interpretación y aplicación de garantías. Díaz Pérez⁸⁵ refirió la figura estudiada como “*una pluralidad de fuentes normativas superpuestas que reconocen derechos fundamentales y están acompañadas de una pluralidad de tribunales encargados de su interpretación*”. A su vez, bajo la visión de Montesinos⁸⁶ «*con la locución tutela multinivel normalmente pretendemos poner de manifiesto, simple y llanamente, la realidad de la expansión del ámbito de protección de los derechos a las esferas internacional y/o supranacional*”.

La autoría del término “tutela multinivel” es adjudicada a Ingolf Pernice, profesor de derecho público, derecho europeo y derecho internacional en la Universidad Humboldt de Berlín, Alemania; quien resaltó y categorizó a la Unión Europea, a posterioridad UE; como un sistema de gobernanza multinivel, con reconocimiento del ejercicio de la soberanía como mínimo desde dos niveles. Destacando que el proceso de globalización condujo a relegar la visión tradicional de soberanía nacional y limitación del poder estatal; para abrir paso a una visión de bien común mediante la inmersión para la protección de derechos fundamentales, en adelante DDFF, a través de estructuras gubernamentales con categoría complementaria.⁸⁷

Cabe anotar en este punto que, la escala de nivel de protección solo habilita el ascenso para el protegido en un marco de subsidiariedad, pues es necesario agotar los mecanismos de protección a nivel interno, pues claro está, los Estados se encuentran en la obligación de garantizar dentro de su estructura normativa un estándar mínimo de protección de DDHH.

Como se estableció en precedencia, el fenómeno de protección multinivel tiene un principal escenario de aparición al inicio de los años noventa, en marco del proceso de integración europea, guardando una relación intrínseca con el fenómeno de la globalización; los cuales se presentaron a raíz de la imposibilidad de los Estados de responder por el cumplimiento de sus obligaciones, entre ellas, el garantizar la protección efectiva de DDFF a sus gobernados. Dicho escenario exteriorizó la necesidad de intervención para tal finalidad de un “sistema de protección supraestatal”.⁸⁸

Podemos ver como el fenómeno descrito por Jürgen Habermas se ejemplifica de manera precisa en el proceso de creación de la Unión Europea (en adelante UE); sus primeros pasos de surgimiento acontecieron con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, mediante la industria del carbón y el acero a través del Tratado de París firmado el 18 de abril de 1951 entre Alemania,

de Derechos Humanos.).» RED DE DERECHOS HUMANOS Y EDUCACIÓN SUPERIOR. 2013. Manual de protección multinivel de derechos humanos. 2013, p 10.

⁸⁵ DÍAZ PÉREZ, ALEJANDRO. 2018. La protección multinivel de los derechos humanos y el diálogo entre tribunales. s.l. : Derecho & Opinión ciudadana, nº4, 2018, p. 76.

⁸⁶ MONTESINOS PADILLA, CÁRMEN. 2016. Tutela multinivel de los derechos: concepto, marco teórico y desafíos actuales. s.l. : Eunomía. Nº 11. Revista en cultura de la legalidad, 2016, p. 212.

⁸⁷ PERNICE, INGOLF. 2009. The Treaty of Lisbon: Multilevel constitutionalism in action, 2009, p. 33.

⁸⁸ Lo anterior, se vio reflejado en la internacionalización de los Estados mediante la integración supranacional, dada en 4 esferas o fases así: integración nacional, continental, intercontinental y, por último, global; todas originadas desde una visión netamente económica representada en las telecomunicaciones y el comercio, pero que inevitablemente abrieron las puertas a la regulación de más aspectos que implican la vida del hombre en sociedad.

Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos; lo que hasta este momento reflejaba una unión dirigida de manera específica al ámbito de la cooperación y el desarrollo económico. Posteriormente, en el contexto de terminación de la Guerra Fría y el inicio del proceso de globalización, se estudió la posibilidad de una unión que también abarcara tres pilares fundamentales como lo fueron la Comunidad Europea, la política exterior y de seguridad común y la cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos del interior; lo cual se materializó a través del Tratado de Maastricht, con el cual podemos empezar a ver la manera en que se va desfigurando el objetivo inicial de la UE y se introducen competencias en temas de política y defensa; así como a su vez se otorgan nuevos derechos para los ciudadanos europeos que por adhesión de los Estados a los que pertenecían pasaban a serlo también de la UE.

Con la firma del Tratado de Ámsterdam en 1997 se observa una visión más social de la UE, ante la finalidad de creación de espacios de libertad, seguridad y justicia común; la configuración de la Europol al vislumbrarse la necesidad de lucha contra el terrorismo y el crimen organizado; la determinación de la libre circulación de personas provenientes de los Estados miembros dentro de la UE y la configuración de sanciones para los Estados miembros que vulneraran grave y reiteradamente DDHH.

Es así como en una mirada final, se observa en los Tratados de Niza y Lisboa, las referencias directas a toda una serie de ámbitos que convergen en la vida del hombre en sociedad; tales como objetivos de paz, seguridad, libertad, justicia, lucha contra la discriminación, mejoramiento del medio ambiente, protección de la infancia, entre otras finalidades que desfiguraron el vínculo inicial y; por ende, ocasionaron que no solo a nivel estatal sino también de la UE se debiera ejercer una gobernanza enfocada a la garantía de un *welfare state*, lo que a su vez, supone entonces, la aplicación de una protección de carácter multinivel.⁸⁹

Como hasta aquí se ha explicado, la tutela multinivel supone la existencia de un contexto de variedad; representada en múltiples catálogos de derechos, diversas garantías para su protección y diferentes actores que interpretan y aplican los fundamentos normativos que propenden por el goce efectivo de los DDHH.

Consecuencia de la diversidad indicada, surge la primera problemática advertida; representada en la existencia de una ventana de producción de conflictos de competencia derivados de divergencias interpretativas; las cuales pueden dar pie al desplazamiento del verdadero factor relevante de las garantías, cual es la efectiva protección de derechos humanos y fundamentales. De lo anterior, se puede ver una línea de conflictos presentados en el contexto europeo de conformidad con el principio de primacía de la UE y la figura de cuestión prejudicial, entre ellos, con países como España, Alemania, Portugal y Dinamarca; frente a este último se resalta el presentado en el *caso Ajos*, en el cual dicho Tribunal adoptó una postura negativa al derecho de la UE, se apartó de lo resuelto por el Tribunal de Justicia de la UE (en adelante TJUE) y dio plena aplicabilidad a la Constitución danesa con fundamento en la capacidad legislativa de los Estados Miembro.⁹⁰

⁸⁹ Como fue anunciado al inicio de la presente obra, un sistema de tutela multinivel representa a primera vista un escenario ideal frente a la salvaguarda de DDHH; no obstante, al apartar esa mirada superficial y observar a fondo los detalles del asunto, es imposible no advertir que se trata de un sistema de protección exigente, que implica todo un engranaje para su funcionamiento; el cual, como todos los instrumentos es susceptible de presentar fallas, algunas de ellas a superar de manera breve y otras que suponen grandes retos frente a su efectividad y supervivencia.

⁹⁰ TRIBUNAL SUPREMO DANÉS. 2016. Caso Ajos. 2016. Sentencia del 2016 y TRIBUNAL SUPREMO DANÉS. 2016. Sentencia *Caso Ajos 15/2014*. 2016.

En igual sentido, se resalta el asunto *Melloni*, el cual reveló la problemática existente en la protección de derechos en marco de la UE y los estatutos nacionales; en un contexto especial en que, pese a que la UE constituía un nivel de jerarquía superior como organismo, la normatividad nacional resultaba evidentemente más garantista que la supranacional.

A partir del mencionado asunto se dio pie a lo que hoy se conoce como “*Dilema Melloni*”, que constituye un escenario de pluralismo constitucional en el que «*El dilema aparece entonces cuando, los jueces de Luxemburgo, quienes reclaman –y se les reconoce la competencia exclusiva en la interpretación del derecho de la UE, interpretan un derecho interconectado a un derecho constitucional de manera más restrictiva que los jueces constitucionales quienes, al mismo tiempo, tienen la última palabra en la interpretación de la constitución*».⁹¹, derivado del cual se estructura el surgimiento de cuestiones por parte del juzgador tales como: ¿Se debe o no admitir un nivel de menor protección de derechos al reconocido por interpretación constitucional?⁹²

De otro lado, se han presentado conflictos ante el abuso de los órganos estatales en cuanto a los interrogantes formulados en escenario de cuestiones prejudiciales, pues se vislumbra que en variedad de casos el TEDH no resuelve los cuestionamientos al considerar que los mismos corresponden al fondo del asunto o, a simples hipótesis frente al mismo; situación que evidentemente corresponde al juez o tribunal interno que se encuentra conociendo del caso.

La situación expuesta, tal como se verá con más detalle en líneas posteriores, tuvo ocurrencia en asuntos como el *Kamberaj*, en el cual, de múltiples cuestiones prejudiciales formuladas el TEDH se declaró competente únicamente para resolver dos de ellas, definiendo que las restantes eran de competencia exclusiva del fallador de orden nacional al anotar “*En efecto, el espíritu de colaboración que debe presidir el funcionamiento de la remisión prejudicial supone asimismo que, por su parte, el juez nacional tenga en cuenta la función confiada al Tribunal de Justicia, que es la de contribuir a la administración de justicia en los Estados miembros y no la de formular opiniones consultivas sobre cuestiones generales o hipotéticas*”⁹³.

El escenario descrito ocasiona un retraso en la resolución de fondo de los asuntos ante el vaivén de remisiones por erradas apreciaciones de competencia. Así entonces, se observa un contexto de confluencia judicial que da pie, no solo a los ya aludidos conflictos de competitividad, sino también, a las diversas posturas interpretativas frente a las regulaciones legales existentes; discrepancias que han resultado tan frecuentes que han dado pie al denominado diálogo judicial desde posturas horizontales y verticales.

En el caso colombiano, se puede ejemplificar la adopción de las posturas de la Corte IDH como soporte de las decisiones de la Corte Constitucional en sentencias como la *C-586 de 2016*, donde se citó la opinión consultiva *OC-18 de 2003*⁹⁴ para dejar sin efectos la prohibición del

⁹¹ PIZZOLO, CALOGERO. 2017. El dilema *Melloni*: admitir o no un nivel menor de protección en la interpretación de derechos, o de como una propuesta de diálogo termino en monólogo. Revista Electrónica Cátedra Jean Monnet. Buenos Aires: s.n., 2017, p. 2.

⁹² TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, *Sentencia asunto Melloni*. C-399/11, 26 de 02 de 2013.

⁹³ GRAN SALA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Servet Kamberaj e Istituto per l'Edilizia sociale della Provincia di Bolzano (IPES).

⁹⁴ Dicha opinión consultiva fue elevada por México y hacía referencia a “el carácter que los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley han alcanzado en el

trabajo subterráneo de mujeres en las minas, al considerarlo una postura discriminatoria. De igual manera, la sentencia *C-496 de 2016*, donde en escenario de demanda de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional hizo alusión a la armonización del ordenamiento normativo interno con el interamericano; señalando la complementariedad que representaban las posturas de dicho órgano para el ejercicio de la justicia colombiana.⁹⁵

Como hasta aquí se ha indicado, la protección multinivel tiene presencia de variedad de capas en las cuales se surte su aplicación, lo que a su vez indica la existencia de variedad de derechos en cada una de ellas; bajo dicho contexto es posible advertir que, en ocasiones se encuentra una consonancia entre DDFF en cada uno de los niveles, pero desde otra cara, también se pueden presentar discrepancias o derechos que no están incluidos en ciertos niveles, pero si en otros; dicha atmósfera puede ocasionar la readaptación de derechos o la ampliación de los catálogos que contienen los mismos, así como una disputa de poderes entre instituciones de diversos niveles de protección.

No se puede desatender que, a mayor número de actores al interior de un proceso, más puntos de vista coexisten y mayor es el margen para que se presenten errores en la actuación, pues el desempeño inadecuado de un rol pone en peligro la gestión realizada o la que se pretenda realizar; por lo cual la protección multinivel requiere de un gran compromiso, responsabilidad y capacidad por parte de sus intervenientes.

Aunado a lo anterior, la diversidad de derechos existentes y el constante surgimiento de otros, ha desencadenado que los textos constitucionales sean visualizados como “instrumentos vivos”, es decir, que deben irse moldeando en razón del desarrollo social; lo cual a su vez implica la aplicación del principio de progresividad con miras a que los mismos se tornen de disfrute, respeto y salvaguarda efectiva.

Algunos autores han advertido la problemática que nace con ese surgimiento desmedido de nuevos derechos y la exigencia social de inclusión de los mismos en textos constitucionales, pues en muchas ocasiones esos nuevos derechos implican la reducción del núcleo básico de otros que se consideran primarios, clásicos o básicos.⁹⁶ Ejemplo de lo anterior, lo constituye el caso del aborto y la eutanasia, cuya inclusión en catálogos de derechos implica de cierto modo una reducción del derecho a la vida, pero también realiza una constante disputa con la marcada importancia del derecho a la dignidad humana, ello dependiendo de la visión conservadora o innovadora de cada contexto social y ordenamiento jurídico.

De otro lado, se observa también la creación más específica o delimitada de derechos que ya se encuentran incluidos de forma genérica en los catálogos, ejemplo de ello lo constituye el derecho a la protección de datos, el cual pudo observarse como una extensión más detallada del derecho a la intimidad. Estas nuevas pretensiones surgen muchas veces de la grande protección y protagonismo que se les ha otorgado a los colectivos sociales, tales como, la comunidad LGTBI y los movimientos feministas, entre otros; a los cuales se suman las denominadas ONG,

contexto del desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos y su codificación”.

⁹⁵ En suma, la existencia de variedad de actores dentro del marco de protección de DDHH no siempre promueve tal salvaguarda mediante la unificación de criterios o estándares mínimos, sino que también genera indispensablemente eventos de contradicción y discusiones, no siempre pacíficas; ante la defensa radical de la autonomía judicial de sus intervenientes.

⁹⁶ FONDEVILA MARON, MANUEL, 2017. Control de convencionalidad y tutela multinivel de derechos, 2017, p. 98.

quienes cuentan con un poder de convicción y acción bastante considerable y se han ido abriendo paso en la sociedad creando cada vez un mayor consenso y apoyo por parte de ella frente a sus pretensiones.

Esto ha generado un sentir de insatisfacción por parte de los particulares y ha aumentado la incredulidad de los mismos frente al poder estatal para garantizar de manera efectiva sus DDHH. En cuanto a la apreciación de una injerencia en la soberanía de los Estados y de la existencia de jerarquización hemos de indicar que la soberanía es básicamente concebida como el poder de ejercer autoridad dentro de un determinado territorio, condición esta última que abre la puerta al concepto de jurisdicción; es decir, el marco de ejercicio de la citada autoridad.⁹⁷ De manera inicial, se observaba a través de tesis como *La pirámide de Kelsen* la aplicación única del principio básico de la supremacía de la constitución, lo que implicaba que en un sistema jurídico no había ningún instrumento que pudiese ser aplicado por encima de dicho texto.

En el contexto colombiano, por ejemplo, en el texto constitucional de 1986 no había un reconocimiento superior de tratados internacionales frente a la carta magna; no obstante, ante el surgimiento del fenómeno del narcotráfico, la era de violencia desbordada que implicó el mismo y la estructuración del conflicto armado que llevó a la presencia de un estado de sitio por al menos 17 años; se observó la imperiosa necesidad de efectuar una reforma constitucional, dentro de la cual se estableció en la Constitución 1991, específicamente en su Art. 93, la inclusión de la figura del bloque de constitucionalidad, como tendiente a garantizar una consonancia entre el ordenamiento jurídico colombiano y los tratados internacionales.

Así entonces, actualmente se observa la supervivencia del principio de supremacía constitucional en el contexto interno; es decir, la constitución se antepone a leyes, decretos y reglamentos emitidos en el escenario nacional, pero también la supremacía de los tratados internacionales frente al texto constitucional colombiano del año 1991, es decir: “*Los tratados y convenidos internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno*”.⁹⁸

La necesidad de cooperación internacional se ha hecho visible a partir de las dos grandes guerras mundiales, así como de los contextos de violencia y vulneración sistemática de DDHH existentes al interior de cada país; lo que ha derivado en una imposibilidad estatal de garantizar la protección de los mismos y abrir la puerta a la intervención internacional para procurar un estado de paz de sus gobernados; para muchos Estados esta inmersión es vista como un mero complemento, pero desde otro punto de vista, la apertura internacional supone indispensablemente una cesión en temas de soberanía, situación que para algunos actores resulta difícil de digerir y negociar. Respecto a lo anteriormente planteado, se ha señalado: “*Hoy en día, podemos afirmar que los Estados, aunque insisten en su soberanía nacional, han perdido parte del control para el que fueron creados. Esto es así porque los Estados son cada*

⁹⁷ Lo que excede al contexto descrito, da pie a conceptos como derecho supranacional, justicia universal, justicia penal internacional, derecho penal internacional, entre otros; que permiten la internacionalización de los derechos tanto desde el punto de vista estatal como el particular.

⁹⁸ Al día se observa entonces que, a raíz de la realidad interna de los países y las limitaciones y problemáticas que contienen muchos textos constitucionales, los Estados han adoptado modelos de justicia internacional para suplir estas barreras existentes a nivel interno; ello mediante la incorporación en los textos de la ya señalada cláusula de apertura.

vez más incapaces de hacer frente a los retos y servir a las necesidades de su ciudadanía con respecto a la paz, la seguridad, el bienestar, etc.”.⁹⁹

Así entonces, pese a que con esta extraterritorialidad se busca llegar a un consenso sobre un mínimo irreductible para los Estados en materia de DDHH; no se puede pasar por alto la diversidad de culturas y posturas que surgen al interior de cada país; más aún, cuando se habla de un contexto internacional en donde interactúan una considerable cantidad de actores, cuyas perspectivas se contraponen entre la conservación y la innovación; motivo por el cual muchas veces, el Estado debe ceder en su postura y, por ende, en su poder de decisión, ante las determinaciones que se adopten en una instancia superior y cuya mediación en asuntos internos ha sido aceptada mediante la ratificación de tratados.

Frente a lo aludido y continuando con la postura de la autora anteriormente citada, se tiene que, con la ampliación de la protección a esferas extra estatales “*Se produce así, un desplazamiento en el proceso de determinación de las fuentes jurídicas debido a la aparición de poderes normativos superiores al Estado. Y de forma paralela se produce el fenómeno de la infraestatalidad normativa, con una ampliación de competencias normativas por parte de los entes sociales intermedios, situados entre la ciudadanía y el poder Estatal. Ello no significa que los ordenamientos se coloquen en una relación de jerarquía entre ellos*”.

Pese a que no se trata de señalar la existencia de una jerarquización entre los ordenamientos supranacionales o internacionales frente a los estatales, no se puede obviar que; dichas esferas a veces fungen como instancias de cierre en ciertos conflictos o marcan pautas para actuar frente a determinadas situaciones; lo cual se vislumbra erradamente como la imposición de la postura internacional sobre la nacional y, es por ello, que los Estados avizoran una amenaza o ataque a su soberanía, la cual recae en variedad de oportunidades en actos como ausencia de cumplimiento de las disposiciones adoptadas, la retirada de los tratados ratificados o la limitación de competencia de los tribunales en sus asuntos.

3. Debate y discusión jurisprudencial: de la primera instancia italiana al juzgado comunitario de Luxemburgo

En este apartado se ahondará en uno de los casos que suscitó la revelación de la disyuntiva existente para el juez nacional en el escenario de conflicto entre una norma de derecho nacional y el CEDH; derivado de la ausencia de claridad acerca de si se trata o no de una obligación para el juzgador la aplicación directa de las disposiciones del Convenio.

Los hechos de la sentencia objeto de estudio giran en torno a un ciudadano nacional albanés, señor *Servet Kamberaj*, el cual contaba para el año 1994 con permiso de residencia de duración indeterminada para vivir en la Provincia de Bolzano, Italia. Con posterioridad, durante los años 1998 y 2008 se le otorgó como beneficio en materia de vivienda por parte de dicha provincia, un auxilio para sufragar los gastos de arriendo; teniendo en cuenta que este presentaba una condición de escasos recursos económicos para garantizarse un nivel de vida adecuado.

El destino del mencionado subsidio, era en un porcentaje para ciudadanos de la UE, indistintamente de si se trataba de naturales italianos o no y, por otra parte; a nacionales de países terceros y apátridas que contaban con residencia en la provincia de manera legal e

⁹⁹ EXPÓSITO, ROCÍO ORIA. 2016. Dinámica y tutela multinivel de los derechos. [En línea] 2016. [Citado el: 23 de 04 de 2023.] <http://dspace.umh.es/bitstream/11000/3630/1/Oria%20Exp%C3%B3sito%2C%20Roc%C3%A9ADo.pdf>.

ininterrumpida por al menos, un periodo de cinco años, con ejercicio de actividad profesional no menor a tres años.

En el año 2009, la ayuda otorgada al señor Kamberaj fue objeto de modificación, en el entendido que; el reparto de los fondos se calculó de manera distinta para los ciudadanos de la UE y para los nacionales de países terceros, situación que derivó en afectación de sus intereses ante la negativa de la autoridad regional para continuar suministrándole el subsidio, ello en razón del agotamiento del presupuesto que se tenía destinado para las personas que se encontraban en su condición, es decir; los nacionales de países terceros.

En virtud del escenario relatado, el señor *Servet Kamberaj* solicitó ante el Tribunal de Bolzano declarar la resolución denegatoria del subsidio como una discriminación en su contra, a su vez; que la decisión 1855, a través de la cual se estableció la cuantía y manera de distribución del presupuesto del subsidio, resultaba incompatible y contraria con las Directivas 200/43CE y 2003/109CE; teniendo en cuenta que otorgaba un trato menos favorable que el concedido a los ciudadanos de la UE. Así entonces, el demandante estableció un conflicto entre la norma provincial (Provincia de Bolzano) y una supranacional (Unión Europea).

En planteamiento de cuestión prejudicial dentro del asunto, entre otros; se formularon ante el TJUE los siguientes cuestionamientos:

- Principio de primacía: ¿El derecho de la UE obliga al juez nacional a aplicar de manera plena las normas de la UE y dejar a un lado las de derecho interno que contraríen las primeras, aun cuando las internas hubiesen sido adoptadas con ajuste a los principios del sistema constitucional del Estado miembro?
- ¿Resulta opuesto al derecho de la UE (Art. 2 y 6 del Tratado de la UE, a seguir TUE, Art 21 y 34 de la Carta y Directivas 200/43 y 2003/109) la normativa provincial (Art. 15, párrafo 2 Decreto Presidencial 670/1972 y Art. 1 y 5 de la Decisión 1855) al conceder un trato desfavorable para los apátridas y los residentes de larga duración que no pertenecen a la UE? Igualmente, ante las normativas nacionales que exigen únicamente a los ciudadanos no comunitarios, cumplir el requisito adicional de haber trabajado durante tres años para acceder al beneficio en materia de vivienda. De igual manera, las normas que obligan a los ciudadanos comunitarios a declarar pertenencia a los tres grupos lingüísticos y a haber residido o trabajado durante al menos 5 años en el territorio provincial.

El TJUE indicó que su pronunciamiento se encontraba enmarcado dentro del examen de circunstancias en las que un juez nacional planteaba una cuestión relativa a la verificación de su propia competencia; toda vez que la intervención del organismo estaba dirigida a aportar a la administración de justicia de los Estados miembros y no frente a la emisión de opiniones consultivas sobre escenarios hipotéticos. Aunado a lo anterior, ante la falta de relación de algunas de las cuestiones planteadas con el objeto del litigio, el TJUE declaró la inadmisión de varias de ellas.

Ahora bien, frente a las cuestiones formuladas en relación con la existencia de conflicto entre el derecho de la UE (CEDH) y la normatividad interna; el TJUE precisó que no existe una

imposición u obligatoriedad del juez nacional dirigida a inaplicar el derecho interno, teniendo en cuenta que los DDFF forman parte de los principios generales garantizados por el Tribunal, así entonces; en caso de conflicto, el juez nacional cuenta con discrecionalidad para interpretar y aplicar con dirección a dirimir el asunto. Cabe advertir que la posición tomada por el TJUE frente a las cuestiones prejudiciales planteadas ha sido objeto de múltiples críticas, pues desde dicha decisión y, hasta la actualidad; se considera que el mismo “*no ha contribuido a potenciar el control de convencionalidad, al rechazar equipararlo a la primacía del derecho de la Unión Europea*”.¹⁰⁰

Así mismo, la autora reconoce en su texto la importancia que revestía el asunto en materia de diálogo entre jurisdicciones europeas y protección multinivel de derechos, expresando que bajo su óptica «*la estrategia procesal de la justicia italiana podía haber consistido en aplicar directamente el parámetro más favorable de la Carta Social Europea ejerciendo el control de convencionalidad, en lugar de plantear esa innecesaria y arriesgada cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Pues, finalmente, la postura del Tribunal de Justicia no se ha mostrado entusiasta con esa tutela multinivel de derechos recogida en el propio título VII de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ni tampoco muy coherente con las nociones de estándar mínimo y cláusula favor libertatis a que apuntan los arts. 52.3 y 53 de esa Carta Europea de Derechos*”.

En igual sentido crítico a decisión del TJUE dentro del asunto *Kamberaj*, se expresó: “*Lo cierto es que es una postura poco incentivadora del control de convencionalidad que los órganos estatales deberían hacer del CEDH, lo que se critica doctrinalmente, especialmente en cuanto que, como se ve, incluso en estas materias se rechaza la opción expresa de equiparar la primacía del CEDH a la que tiene el Derecho de la Unión⁴, primacía que no se niega tampoco que pueda ser la opción del órgano interno de cada Estado, pero que no se le impone desde el citado Derecho de la Unión Europea*”.¹⁰¹

En suma, se observa que no existe una postura radical o definida por parte del TJUE que permita al juzgador contar con total claridad sobre la manera adecuada para solucionar los conflictos que se le presentan a la hora de tener normativas de distintos niveles para aplicar a un caso concreto; pues si bien resulta benéfico la potestad discrecional o libertad que se otorga a los jueces para interpretar y aplicar derecho, no se puede obviar que los administradores de justicia piden a voces una guía adecuada que les otorgue seguridad jurídica para actuar y resolver este tipo de asuntos.

Se evidencia que dicho descontento no se centra únicamente desde la óptica de los jueces y tribunales nacionales, sino también desde la doctrina, tal cual se indicó en precedencia, pues se observa necesario incentivar el control de convencionalidad frente al CEDH, es decir; la postura del TJUE está ubicada en un plano de grises, generado de la mezcla de una postura blanca frente al principio de primacía y una negra relativa al control de convencionalidad, lo cual constituye un incentivo a continuar en situación de limbo jurídico.

Derivado de lo anterior, se observa como problemática también, que frente a los asuntos en que se plantean cuestiones prejudiciales, si bien la inmersión de más autoridades se realiza con

¹⁰⁰ JIMENA QUESADA, LUIS. 2018. El control de convencionalidad y los derechos sociales: Nuevos desafíos en España y en el ámbito comparado europeo (Francia, Italia y Portugal. 15 de diciembre de 2018, p. 43.

¹⁰¹ ALFONSO MELLADO, CARLOS. 2015. Constitución, tratados internacionales y derecho del trabajo. s.l. : Lex Social, 2015. Vol. 5, 1/2015, p. 21.

miras a garantizar una postura unificada frente al asunto (que en la práctica no ocurre a veces), lo cual representa un beneficio en materia de protección de derechos fundamentales y seguridad jurídica; a su vez realiza contraposición con la celeridad y economía procesal de la actuación, pues resulta evidente que ante más escalas se deba acudir para definir un caso, la resolución pese a que jurídicamente será más segura, también será más tardía y, por ende; menos efectiva en cuanto a términos y protección para el administrado que funge como solicitante, teniendo en cuenta que el planteamiento de la cuestión prejudicial es un trámite incidental que supone la suspensión de la actuación procesal.

En suma, los conflictos y la ausencia de homogeneización de interpretación frente al derecho por parte de los diversos actores que intervienen para su protección, siempre terminan causando consecuencias que debe soportar de manera desfavorable el reclamante del derecho fundamental.

4. Reflexiones finales

De la variedad de puntos analizados a lo largo de la presente investigación, ha de concluirse de manera general que, los obstáculos que han disminuido la efectividad de la tutela multinivel siguen presentándose en el contexto europeo, español, latinoamericano y colombiano y; que las acciones hasta ahora desplegadas no han representado un freno definitivo frente a dichos inconvenientes, sino que únicamente se han limitado a establecer una pausa frente al problema a erradicar.

Que, sumado a la disminución de efectividad de la protección multinivel derivada de la obstaculización por reformas a garantías judiciales advertidas por otros autores; se presentan también las problemáticas desatadas por la corrupción, los procesos de justicia de transición y las crisis migratorias, situaciones estas que tienden a aumentar de manera indiscutible la complejidad del actual panorama en materia de DDHH.

De otro lado, se pudo establecer que las complicaciones que se presentan, no están únicamente ubicadas en cabeza de los entes administradores de justicia y el poder estatal, sino que se expanden a un problema del actuar de la población derivado de su contexto cultural; ejemplo de ello, lo constituye la corrupción, la cual ha trascendido de un problema individual, a una escala, nacional y hasta su esfera regional; señalándose que lo que inicia como acuerdos particulares indebidos termina afectando a gran parte de la población, sobre todo a la más vulnerable.

Lo descrito, también aplica desde la óptica de costumbre de abuso de la práctica de opiniones consultivas o cuestiones prejudiciales, en situaciones cuyo planteamiento resulta evidentemente improcedente o innecesario y; desde el punto de vista poblacional, el abuso de la interposición de garantías judiciales, como el recurso de amparo en España y la acción constitucional de tutela en Colombia; ello toda vez que hay asuntos cuya admisibilidad es evidentemente improcedente y, aun así, se recurre a su uso. Dicho escenario genera un desgaste de la administración de justicia, pues pese a observarse improcedente la garantía, se debe hacer uso de tiempo, recurso humano y demás herramientas para emitir un pronunciamiento previo frente al asunto que se pone en conocimiento, por lo cual la dificultad también se origina desde una óptica de falta de conciencia de la ardua labor judicial.

Ahora bien, desde una óptica más específica, se llegó a concluir lo siguiente:

Primero: Los interrogantes planteados en asuntos como el *Kamberaj* y el *Melloni*, pese a considerarse como primigenios en la materia, siguen siendo planteados por parte de los falladores en la actualidad, es decir; a pesar de que se ha ahondado en el tema y que han sido recurrentes los asuntos en los que se presentan tales dudas, los jueces aún no cuentan con la

claridad y seguridad jurídica al respecto para actuar de manera contundente y uniforme en dichos contextos. Aún se presentan ciertos tropiezos derivados de la primacía del derecho de la UE.

Segundo: Se advierte que, a raíz del marco estadístico evaluado, es posible concluir que no se ha superado la percepción poblacional de inseguridad jurídica y restricción de acceso a la administración de justicia que se ha implantado desde las reformas realizadas a nivel España en su recurso de amparo y, a nivel TEDH por el Protocolo 14; vislumbrando que los mismos no han arrojado cifras significantes de disminución de congestión judicial y, por el contrario; han reducido la efectividad de la protección multinivel.

Hilado a lo anterior, no se ha encontrado un punto medio de solución al problema de congestión judicial; pues desde una vista comparada del contexto colombiano, en donde no se han realizado reformas tendientes a frenar el uso desmedido de garantías judiciales y; desde el escenario español, en el cual, si se han implantado las mismas, el panorama de sobrecarga laboral en los estrados judiciales se sigue presentando en ambos países y en alarmantes proporciones.

Tercero: Hay un evidente déficit en tema de recurso humano para la administración de justicia, pues es claro que las crisis migratorias generan un aumento de la población que exige a diario la protección de sus DDFF, pero dicho aumento no se da a la par con la del personal que labora en juzgados, tribunales y cortes; por lo cual, resulta imposible arrojar resultados sin presencia de mora judicial. Se observa como escenario preocupante el de la Corte IDH, la cual resulta ser la que tiene menos capital humano para el desempeño de sus tan relevantes funciones.

5. Referencias

- ALFONSO MELLADO, CARLOS. 2015. constitución, tratados internacionales y derecho del trabajo. s.l. : Lex Social, 2015. Vol. 5, 1/2015.
- ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA. 1969. Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José). San José de Costa Rica: s.n., 1969.
- ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. 1991. Constitución Política de Colombia. Bogotá D.C. : s.n., 1991.
- CASTILLO PINTA, YEHISON IVÁN. 2021. La corrupción en Colombia, un análisis desde la fase precontractual. Bogotá : s.n., 2021.
- COMISIÓN INTEAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2023. CIDH: 2022 año violento para la defensa de los derechos humanos en las Américas. 2023. Vol. 026.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2019. Corrupción y derechos humanos: Estándares interamericanos. 2019.
- CONCELLÓN FERNÁNDEZ, PILAR. 2019. La tutela multinivel del mandato prejudicial.
- CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. 2000. Directiva 200/43/CE del Consejo. 29 de junio de 2000.
- CONSEJO DE REDACCIÓN. La tutela en Colombia, un salvavidas para la salud de los venezolanos. Bogotá, Colombia : s.n.
- CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. 1978. Constitucion Española. Artículo 161 literal b. 29 de 12 de 1978.
- CONSTITUCIÓN, ESPAÑOLA. 1978. Constitucion Española. 1978.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-574 de 1992. Bogotá 28 de octubre de 1992. Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia de constitucionalidad C-607 de 2003.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia de tutela T-284 de 2006.
Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. 1992. Bogotá : s.n., 28 de octubre de 1992.
MP Ciro Angarita Barón.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS sentencia caso *Almonacid Arellano y otros Vs, Chile*.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia caso *Myrna Mack Chang Vs Guatemala*.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2003. Caso Myrna Mack Chang contra Guatemala. 2003.

DÍAZ PÉREZ, ALEJANDRO. 2018. La protección multinivel de los derechos humanos y el diálogo entre tribunales. s.l. : Derecho & Opinión ciudadana, 2018. Vol. 4.

EXPÓSITO, ROCÍO ORIA. 2016. Dinámica y tutela multinivel de los derechos. [En línea] 2016. [Citado el: 23 de 04 de 2023.] <http://dspace.umh.es/bitstream/11000/3630/1/Oria%20Exp%C3%B3sito%2C%20Roc%C3%A9s.pdf>.

FONDEVILA MARON, MANUEL. 2017. Control de convencionalidad y tutela multinivel de derechos. 2017.

GRAN SALA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Servet Kamberaj e Istituto per l'Edilizia sociale della Provincia di Bolzano (IPES).

GRUENBERG, CHRISTIAN. 2007. Corrupción y Derechos Humanos. 2007.

HABERMAS, JÜRGEN. 2000. La constelación posnacional: ensayos políticos. 2000.

HURTADO DIAZ, ALEXANDRA. 2016. La materialización de la dación interacción . integración del constitucionalismo multinivel en Colombia de conformidad con el sistema interamericano de derechos humanos. Santiago de Cali : s.n., 2016.

JIMENA QUESADA, LUÍS. 2013. Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos.

JIMENA QUESADA, LUIS. 2018. El control de convencionalidad y los derechos sociales: Nuevos desafíos en España y en el ámbito comparado europeo (Francia, Italia y Portugal. 15 de diciembre de 2018.

LEY, ORGÁNICA. 2007. Ley Orgánica. modificación de la LO 2/1979 TC. 24 de mayo de 2007.

MANRIQUE MOLINA, FILIBERTO EDUARDO. 2019. El impacto de la corrupción y la cleptocracia en los derechos humanos: hacia el fortalecimiento de mecanismos de tutela multinivel para su defensa en América Latina. Morelos : Revista Logos, Ciencia & Tecnología, 2019.

MONTESINOS PADILLA, CÁRMEN. 2016. Tutela multinivel de los derechos: concepto, marco teórico y desafíos actuales. s.l. : Eunomía. Revista en cultura de la legalidad, 2016. Vol. 11.

MORALES ANTONIAZZI, MARIELA. 2018. Impacto de la corrupción en los derechos humanos; Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro México.

ORTEGA VELÁSQUEZ, ELISA. 2012. Los derechos humanos de los trabajadores migrantes irregulares en el derecho internacional y la práctica europea y americana.

- PERNICE, INGOLF. 2009. The Treaty of Lisbon: Multilevel constitutionalism in action. 2009.
- PIZZOLO, CALOGERO. 2017. El dilema Melloni: admitir o no un nivel menor de protección en la interpretación de derechos, o de como una propuesta de diálogo termino en monólogo. Revista Electrónica Cátedra Jean Monnet. Buenos Aires : s.n., 2017.
- PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE ITALIA. 1972. Decreto presidencial 670. Approvazione del testo unico delle leggi costituzionali concernenti lo Statuto speciale per il Trentino – Alto Adige. 31 de agosto de 1972.
- RED DE DERECHOS HUMANOS Y EDUCACIÓN SUPERIOR. 2013. Manual de protección multinivel de derechos humanos. 2013.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. 2022. Estadísticas Jurisdiccionales. 2022.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2009. Sentencia 155-2009. 25 de junio de 2009. Dolores Vallejo Marchal contra setencias de Audiencia Provincial de Madrid u de Juzgado de Instrucción de Fuenlabrada.
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, asunto *Servet Kamberaj contra el Instituto para la Vivienda Social de la Provincia Autónoma de Bolzano* radicación C-571/10.
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, *Sentencia asunto Melloni*. C-399/11, 26 de 02 de 2013.
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. 2008. Estadística del Tribunal de Justicia - Año 2007. Luxemburgo: s.n., 2008.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. 2022. Series TEDH. 2022.
- TRIBUNAL SUPREMO DANÉS. 2016. Caso Ajos. 2016. Sentencia del 2016.
- TRIBUNAL SUPREMO DANÉS. 2016. Sentencia *Caso Ajos 15/2014*. 2016.