

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Responsabilidad Internacional  
del Estado frente a lucha contra  
la discriminación racial y étnica  
en España**

**The State's International  
Responsibility Regarding  
the Fight Against Racial and  
Ethnic Discrimination in Spain**

Edilney Tomé da Mata

Eduardo Biacchi Gomes Correio

# Sumário

<b>DOSSIÊ TEMÁTICO: DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO</b> .....	1
<b>EDITORIAL:</b>	
<b>RESULTADOS DA III CONFERÊNCIA BIENAL DA RED DEI</b> .....	3
Michelle Rattón Sanchez-Badin (em nome da Diretoria da Red DEI), Fábio Costa Morosini e Lucas da Silva Tasquetto (em nome dos organizadores da III Conferência da Red DEI)	
<b>DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO NO BRASIL: QUEM SOMOS E O QUE FAZEMOS? EVIDÊNCIAS EMPÍRICAS DE 1994 A 2014</b> .....	6
Michelle Rattón Sanchez Badin, Fábio Costa Morosini e Inaê Siqueira de Oliveira	
<b>UM ESPAÇO PARA PENSAR EM ALTERNATIVAS? A ACADEMIA LATINO-AMERICANA DE DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO FRENTE À ORDEM ECONÔMICA GLOBAL</b> .....	27
Nicolás Marcelo Perrone	
<b>GRUPO DE ALTO NÍVEL BRASIL - URUGUAI (GAN): UM NOVO PARADIGMA PARA A INTEGRAÇÃO PRODUTIVA NO MERCOSUL</b> .....	45
Alebe Linhares Mesquita e Vivian Daniele Rocha Gabriel	
<b>O COMÉRCIO DE SERVIÇOS ENTRE BRASIL E URUGUAI: LIBERALIZAÇÃO, DESAFIOS E PERSPECTIVAS DO SETOR DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO (TIC) E SOFTWARES</b> .....	62
Vivian Daniele Rocha Gabriel e Alebe Linhares Mesquita	
<b>CORE LABOR STANDARDS NO REGIME DE PREFERÊNCIAS TARIFÁRIAS NO MERCOSUL: A NECESSIDADE DE HUMANIZAÇÃO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL</b> .....	78
Martinho Martins Botelho e Marco Antônio César Villatore	
<b>ACORDO TRIMS: FLEXIBILIZAÇÃO OU NÃO? POLÍTICA DE CONTEÚDO LOCAL, PROCESSO PRODUTIVO BÁSICO (PPB) E OS DESAFIOS PARA A INDÚSTRIA BRASILEIRA E A INTEGRAÇÃO LATINO-AMERICANA</b> .....	100
Natália Figueiredo	

<b>ESTUDIOS DE CASO DE RECHAZOS EN FRONTERA DE EXPORTACIONES ALIMENTARIAS LATINOAMERICANAS POR MOTIVOS RELACIONADOS CON MEDIDAS TÉCNICAS NO ARANCELARIAS.....</b>	<b>123</b>
Sofía Boza, Juan Rozas e Rodolfo Rivers	
<b>AMÉRICA DO SUL EM FACE DOS TRATADOS BILATERAIS DE INVESTIMENTO: RUMO AO RETORNO DO ESTADO NA SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS? .....</b>	<b>133</b>
Magdalena Bas	
<b>FUTURO DE LOS SISTEMAS NACIONALES DE CIENCIA TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN EN LA AGENDA ECONÓMICA DE AMÉRICA LATINA: DEFINIENDO CAMBIOS REGULATORIOS O PROTEGIENDO INVERSIONES .....</b>	<b>146</b>
Rodrigo Corredor	
<b>EL PAPEL DE LAS INSTITUCIONES DE CONTROL FINANCIERO SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL CONTEXTO LATINOAMERICANO .....</b>	<b>157</b>
Jose Miguel Camacho Castro	
<b>CONVERGENCIA REGULATORIA EN LA ALIANZA DEL PACÍFICO: UN CAPÍTULO INCONCLUSO .....</b>	<b>170</b>
Rodrigo Polanco Lazo	
<b>O CONSTITUCIONALISMO E A COMUNITARIZAÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL: POSSIBILIDADES PARA O COMÉRCIO INTERNACIONAL? .....</b>	<b>197</b>
Camilla Capucio	
<b>ESCASSEZ HÍDRICA E DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO: O BRASIL COMO PROTAGONISTA NA TRANSFERÊNCIA DE ÁGUA PARA REGIÕES ÁRIDAS .....</b>	<b>215</b>
Douglas de Castro	
<b>A SEGURANÇA ENERGÉTICA COMO BASE PARA MAIOR INTEGRAÇÃO NA AMÉRICA DO SUL: À ESPERA DE UM TRATADO MULTILATERAL .....</b>	<b>229</b>
Matheus Bassani	
<b>OUTROS ARTIGOS.....</b>	<b>246</b>
<b>AS PRÁTICAS RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA NO MERCADO DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA EUROPEU ..</b>	<b>248</b>
Alice Rocha da Silva e Ruth M. P. Santos	

<b>DO TRANSNACIONAL PARA O NACIONAL: IOSCO, O MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS BRASILEIRO E ACCOUNTABILITY .....</b>	<b>268</b>
Salem Nasser, Nora Rachman e Viviane Muller Prado	
<b>MIGRAÇÃO DE TRABALHADORES INTELECTUAIS BRASILEIROS PARA O MERCADO INTERNACIONAL: IDENTIFICAÇÃO DE ATOS DE ALICIAMENTO DE EMPREGADOS E MECANISMOS LEGAIS PARA IMPEDIR A APROPRIAÇÃO TECNOLÓGICA E CONCORRÊNCIA DESLEAL .....</b>	<b>285</b>
José Carlos Vaz e Dias e João Marcelo Sant'Anna da Costa	
<b>THE EASIER WAY TO HAVE “BETTER LAW”? THE MOST-SIGNIFICANT-RELATIONSHIP DOCTRINE AS THE FALLBACK CONFLICT-OF-LAW RULE IN THE PEOPLE’S REPUBLIC OF CHINA .....</b>	<b>308</b>
Chi Chung	
<b>REFLEXOS JURÍDICOS DA GOVERNANÇA GLOBAL SUBNACIONAL: A PARADIPLOMACIA E O DIREITO INTERNACIONAL: DESAFIO OU ACOMODAÇÃO .....</b>	<b>320</b>
Valéria Cristina Farias e Fernando Rei	
<b>MATRIZES POLÍTICAS DA JUSTIÇA PENAL INTERNACIONAL.....</b>	<b>341</b>
Francisco Rezek	
<b>RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO FRENTE A LUCHA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN RACIAL Y ÉTNICA EN ESPAÑA.....</b>	<b>348</b>
Edilney Tomé da Mata e Eduardo Biacchi Gomes Correio	
<b>THE PEACE PROCESS IN SIERRA LEONE: AN ANALYSIS ON MARRIAGES BETWEEN CULTURE AND CRIME .....</b>	<b>363</b>
Gustavo Bussmann Ferreira	
<b>FUNCIONALIZAÇÃO E EXPANSÃO DO DIREITO PENAL: O DIREITO PENAL NEGOCIAL .....</b>	<b>376</b>
Antonio Henrique Graciano Suxberger e Dermeval Farias Gomes Filho	
<b>PROTEÇÃO INTERNACIONAL DO CONSUMIDOR E COOPERAÇÃO INTERJURISDICIONAL .....</b>	<b>396</b>
Héctor Valverde Santana e Sophia Martini Vial	
<b>THE LAND RIGHTS OF INDIGENOUS AND TRADITIONAL PEOPLES IN BRAZIL AND AUSTRALIA....</b>	<b>418</b>
Márcia Dieguez Leuzinger e Kylie Lyngard	

**THE RECEPTION OF EUROPEAN IDEAS IN LATIN AMERICA: THE ISSUE OF THE GERMAN SOURCES  
IN TOBIAS BARRETO, A PROMINENT NINETEENTH CENTURY BRAZILIAN LEGAL SCHOLAR.....439**

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy

**NORMAS EDITORIAIS..... 461**

# Responsabilidad Internacional del Estado frente a lucha contra la discriminación racial y étnica en España\*

## The State's International Responsibility Regarding the Fight Against Racial and Ethnical Discrimination in Spain

Edilney Tomé da Mata \*\*

Eduardo Bicchí Gomes Correio\*\*\*

### RESUMEN

El presente artículo tiene por finalidad plantear la cuestión de la responsabilidad internacional del Estado en lo referente a la necesidad de verificar los tratados internacionales ratificados por España, mediante el control de convencionalidad y su consecuente aplicación en la orden jurídica interna. Ello consiste en verificar no solamente los incumplimientos de las responsabilidades estatales en su obligación en la ratificación de tratados, convenciones, acuerdos u otras fuentes del derecho internacional, sino igualmente constatar las omisiones internas que puedan darse frente a estos compromisos internacionales. La hipótesis central es pues la de verificar, mediante las entidades judiciales, como España aplica los tratados internacionales ratificados en materia de lucha contra la discriminación racial y étnica.

**Palabras clave:** Responsabilidad internacional. Control de convencionalidad. Tratados y acuerdos internacionales. Discriminación.

### ABSTRACT

This article has as purpose to raise a question about international responsibility in matter related to the necessity to verify international treaties ratified by Spain, through conventionality control and its application in the internal Spanish framework. This involve not just on the verification of non-compliances on the state responsibility in its obligation with ratification of treaties, conventions, agreements and other sources of international law, but also check out internal omissions in the framework of international compliances. The hypothesis is thus verifying, trough judiciary entities, how Spain enforces international treaties ratified in the field of the fight against racial and ethnic discrimination.

**Keywords:** International responsibility. Control of conventionality. Treaties and international agreements. Discrimination.

\* Recebido em 25/02/2016  
Aprovado em 12/06/2016

\*\* Doctor europeo por la Universidad Pablo de Olavide (España) e investigador postdoctoral en la Unibrasil (Brasil). Estancia de post doctorado en la Universidade Federal do Rio de Janeiro (Brasil), habiendo realizado los estudios en la Universidad de Barcelona (España). Doctor en Derecho por la Universidad Federal de Paraná (Brasil). Profesor en el Programa de Mestrado em Direito em UniBrasil, Profesor titular de Derecho internacional en la Pontificia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR) y Profesor Adjunto en Uninter.

\*\*\* Estágio pósdoctoral na Universidade Federal do Rio de Janeiro, com estudos realizados na Universidade de Barcelona, Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Professor do Programa de Pós Graduação em Direito do Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil), Professor Titular da PUCPR e Professor Adjunto do Uninter. Líder do Grupo de Pesquisa PÁTRIAS, registrado no Cnpq

# 1. NOTAS INTRODUCTORIAS SOBRE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

El presente artículo parte del análisis en relación a la necesidad de que los Estados cumplan, en el marco de su ordenamiento jurídico interno, los tratados ratificados, más concretamente aquellos relacionados con los derechos humanos. El punto clave, planteado en la investigación, parte del presupuesto de que el Derecho Internacional debe tener una preocupación especial por los tratados de derechos humanos y, por ello, se hace necesario que el poder judicial garantice la máxima efectividad en la aplicación de las normas en el marco de los ordenamientos jurídicos de los Estados.

Desde el siglo pasado, el derecho internacional pasa por varios cambios de concepción y uno de ellos es la relevancia de la persona humana en el marco del derecho internacional público. En este sentido, Ingo Wolfgang Sarlet establece lo siguiente:

[...] el término ‘derechos fundamentales’ se aplica para aquellos derechos del ser humano reconocidos y positivados en la escena constitucional positivo de un Estado determinado, mientras que el término ‘derechos humanos’ estaría relacionado con los documentos de derecho internacional, ya que hace referencia a aquellas posiciones jurídicas que reconoce al ser humano como tal, independientemente de su vínculo con un determinado orden constitucional<sup>1</sup>.

Así los derechos humanos reconocidos en las Convenciones, Tratados, entre otros tienen por objetivo la ampliación de la gama de los derechos fundamentales y no a substituirlos, como menciona Flávia Piovesan:

[...] el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con sus inúmeros instrumentos, no pretende substituir lo nacional. Todo lo contrario, se concibe como un derecho paralelo y complementar al derecho nacional, en el sentido de permitir que sean superadas sus omisiones y deficiencias. En el sistema internacional de protección de los derechos humanos, el Estado tiene la responsabilidad primaria de la protección de estos derechos, mientras que la comunidad internacional tiene la responsabilidad subsidiaria. Los procedimientos internacionales tienen, pues, naturaleza subsidiaria, constituyendo la garantía adicional de protección de los derechos humanos, cuando fallan las instituciones nacionales<sup>2</sup>.

Respetando y compartiendo los puntos de vista de los renombrados juristas antes citados, creemos que no existe esta distinción entre los derechos fundamentales y los derechos humanos, éstos últimos son procesos de lucha para lograr una vida digna y, no una propiedad del derecho internacional<sup>3</sup>.

Siguiendo con los planteamientos antes reseñados, cuando los Estados ratifican los Tratados, asumen obligaciones, las cuales deben ser cumplidas, bajo pena de ser responsabilizado a nivel internacional. Más concretamente en lo referente a los tratados de derechos humanos, ellos tienen como objetivo garantizar, de forma complementar, el cumplimiento de los derechos fundamentales.

En el marco de la defensa de los derechos humanos, las normas internacionales también establecen la necesidad de cumplimiento de un Estado Democrático de Derecho que a su vez garantizaría la efectividad de los derechos humanos. En este sentido, la Declaración de Viena uno de los instrumentos normativos internacionales referentes en la materia establece lo siguiente:

La Democracia, el desarrollo y el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales son conceptos interdependientes que se refuerzan mutuamente [...].

[...]

[...] La democracia se asienta en la expresión libre de un pueblo en determinar su sistema político, económico, social y cultural y su total participación en todos los aspectos de sus vidas. En este contexto, la promoción y protección de los derechos humanos y libertades fundamentales a los niveles nacional e internacional, deben ser universales e incondicionales. La comunidad internacional debe apoyar el fortalecimiento y la promoción de la democracia y el desarrollo y el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales en el mundo entero<sup>4</sup>.

Siempre en relación a la cuestión antes reseñada Gisela María Bester cita en su obra sobre el Derecho Constitucional algunos fundamentos teóricos:

[...] los derechos humanos fundamentales significan democracia: las ideas de los derechos humanos

1 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.33.

2 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional inter-*

nacional. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 161.

3 HERRERA FLORES, Joaquín. *La reinvención de los derechos humanos*. Sevilla: Atrapasueños, 2008.

4 UNIVERSITY OF MINNESOTA. *Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993*. Viena. 1993. p.1. Disponible en: <<http://www1.umn.edu/humanrts/instree/S11viedec.html>>. Acceso en: 17 jun. 2016.

y el régimen democrático son complementares en su origen histórico, una vez que las propias Constituciones surgieron como límites al poder, teniendo por objetivo el respeto a los derechos y libertades fundamentales<sup>5</sup>.

Así, pues, en el contexto internacional la Democracia y los Derechos Fundamentales van de la mano, ello significa que no se puede concebir Democracia sin la protección de los Derechos Fundamentales y vice-versa, notablemente porque es la única forma de lograr la reducción de las desigualdades sociales, culturales, económicas y políticas entre los Estados y los pueblos. En este sentido, creemos que cabe al poder judicial de cada Estado, salvaguardar la correcta interpretación y aplicación de los Tratados, bajo pena de ser responsabilizado a nivel internacional.

En el marco del diálogo entre lo internacional y lo interno casi siempre existen conflictos debido sobre todo a la cesión de prerrogativas en torno a la soberanía nacional o integridad territorial por un lado y, por otro, y diferencias estructurales y culturales. En este sentido, en caso de conflicto entre las normas externas e internas referentes a los Derechos Fundamentales, prevalece aquella que sea más favorable al sujeto, como bien defiende Fábio Konder Comparato:

Sea como fuere, se confirma la tesis que, en la hipótesis de conflicto entre reglas internacionales e internas, debe prevalecer siempre aquella más favorable al sujeto de derecho, pues la protección de la dignidad del ser humano es el fin último y la razón de ser de todo el sistema jurídico.

Justamente, si la orden jurídica forma un sistema dinámico, ello significa, un conjunto solidario de elementos creados para una finalidad determinada y adaptable a los cambios del medio donde se encuentra inserido, los derechos humanos constituyen el subsistema más importante de ese conjunto. Y, como todo sistema, ellos se rigen por principios legales, que dan cohesión a todo y permiten siempre la corrección de los rumbos, en caso de conflictos internos o transformaciones externas<sup>6</sup>.

En los párrafos anteriores hemos hecho referencia a algunos puntos de vista de relevancia en materia de la responsabilidad internacional de los Estados, tales como los Tratados y Acuerdos internacionales de los derechos humanos, los derechos fundamentales estable-

cidos por la Constitución y la relación entre democracia y los derechos humanos. Dichos puntos de vista serán matizados en las siguientes líneas del presente trabajo.

El presente trabajo tiene pues por objetivo el análisis de la responsabilidad internacional del Estado español en materia de políticas de lucha contra la discriminación. Se trata de una primera aproximación a la cuestión del control de convencionalidad a nivel español de la responsabilidad estatal frente a Tratados y Convenciones en materia de lucha contra la discriminación. Este primer acercamiento nos llevará pues a realizar una breve introducción a la temática sin profundizar en las políticas concretas y los incumplimientos u omisiones en la materia. Entendemos que un segundo acercamiento requerirá un análisis profundo de las políticas públicas y acciones mixtas (de los ámbitos público y privado) que han sido implementadas en España siguiendo los compromisos internacionales firmados y, su adecuación a los Tratados y Acuerdos internacionales, así como las omisiones que han podido realizarse.

La metodología utilizada para la elaboración del presente artículo ha sido la revisión bibliográfica en materias de derecho internacional público, control de constitucionalidad y convencionalidad, análisis de normativas nacionales e internacionales en materia de lucha contra la discriminación y análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en materia de discriminación racial y étnica.

El trabajo en cuestión está compuesto principalmente de dos partes, siendo una primera donde realizamos un acercamiento al concepto de control de convencionalidad y en una segunda parte donde realizamos el análisis sobre la incorporación del derecho internacional sobre la lucha contra la discriminación racial y étnica en el ámbito interno español. Dicho análisis se compone de una breve introducción al procedimiento técnico para la internalización del derecho internacional en España, así como del proceso de incorporación de algunos Tratados y Acuerdos internacionales que consideramos más relevantes en la materia como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación racial, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). Como forma de verificar la adecuación del derecho internacional en el derecho interno,

5 BESTER, Gisela Maria. *Direito Constitucional: fundamentos teóricos*. São Paulo: Manole, 2005. p.587.

6 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p 59-60.

analizamos tres Sentencias del Tribunal Constitucional español (STC 214/1991; STC 13/2001 y STC 69/2007) sobre la discriminación racial y étnica.

## 2. ACERCAMIENTO AL CONCEPTO DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO MEDIO DE EFECTIVIDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL

Al hablar del control de convencionalidad a nivel global/internacional es inevitable no hacer referencia al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ya que es uno de los marcos jurídicos en los que se encuadra la responsabilidad de los sujetos internacionales tal como mencionamos antes. Así, desde el punto de vista convencional el objeto fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es el de regular las relaciones de los Estados con las personas o grupos sometidos a su poder<sup>7</sup>. En este sentido alega Becerra Ramírez que la subjetividad internacional que hasta hace un siglo reconocía al Estado como su principal figura experimenta una transformación de gran importancia reconociendo también al individuo como sujeto de derecho internacional<sup>8</sup>. Así pues, el derecho internacional no solamente regulará las relaciones de los Estados sino igualmente las relaciones entre y de los individuos.

En este marco de regulación de las relaciones, además de la dogmática, el derecho internacional de los derechos humanos dispone de una cierta *organización orgánica* internacional, así como mecanismos de supervisión. En cuanto a los primeros, los tratados internacionales de los derechos humanos crean en general órganos de supervisión denominados Comités<sup>9</sup>. Así podemos encontrar Comité de los Derechos del niño que supervisa el cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del niño o el Comité para la eliminación de la Discriminación racial que supervisa el cumplimiento de la

Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial.<sup>10</sup>

En cuanto a los segundos (mecanismos de supervisión), los principales mecanismos serían los siguientes: informes periódicos de los Estados ante los Comités, subcomités u otros organismos competentes; mecanismos jurisdiccionales o cuasi-jurisdiccionales como los protocolos facultativos o tratados regionales de los Derechos Humanos; las quejas interestatales; visitas de miembros de Comités o subcomités a los países donde se haya constancia de vulneración de derechos; y el examen periódico universal del Consejo de Derechos Humanos<sup>11</sup>.

Como podemos verificar una de las fuentes preeminentes del derecho internacional son los tratados ratificados por los Estados<sup>12</sup>. Decimos una de las fuentes ya que es la concepción tradicional y convencional sobre las fuentes del derecho internacional. En esta línea afirma Becerra Ramírez que esta interpretación tiene como base el art. 38-1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establecida en el año 1920 que marcaba como fuentes del Derecho internacional a los tratados, la costumbre, los principios generales del derecho y, en tanto fuentes subsidiarias, la doctrina, las decisiones jurisprudenciales y la equidad<sup>13</sup>. Según Becerra Ramírez a estas fuentes tradicionales habría que añadir las resoluciones de los organismos internacionales, los actos unilaterales y los acuerdos de los órganos internos<sup>14</sup>.

Respecto a la ratificación de los tratados, los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho

7 COURTIS, Christian. Argumentación jurídica y aplicación de los tratados internacionales de los derechos humanos. In: *GUÍA de Estudio de la Materia "Argumentación jurídica y aplicación de los estándares internacionales de los derechos humanos y la perspectiva de género"*. México: Flaco, 2012. p. 6

8 BECERRA RAMÍREZ, Manuel. *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. p. 60.

9 COURTIS, Christian. Argumentación jurídica y aplicación de los tratados internacionales de los derechos humanos. In: *GUÍA de Estudio de la Materia "Argumentación jurídica y aplicación de los estándares internacionales de los derechos humanos y la perspectiva de género"*. México: Flaco, 2012. p. 8.

10 COURTIS, Christian. Argumentación jurídica y aplicación de los tratados internacionales de los derechos humanos. In: *GUÍA de Estudio de la Materia "Argumentación jurídica y aplicación de los estándares internacionales de los derechos humanos y la perspectiva de género"*. México: Flaco, 2012.

11 COURTIS, Christian. Argumentación jurídica y aplicación de los tratados internacionales de los derechos humanos. In: *GUÍA de Estudio de la Materia "Argumentación jurídica y aplicación de los estándares internacionales de los derechos humanos y la perspectiva de género"*. México: Flaco, 2012.

12 COURTIS, Christian. Argumentación jurídica y aplicación de los tratados internacionales de los derechos humanos. In: *GUÍA de Estudio de la Materia "Argumentación jurídica y aplicación de los estándares internacionales de los derechos humanos y la perspectiva de género"*. México: Flaco, 2012. p. 10

13 BECERRA RAMÍREZ, Manuel. *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. p. 11-12.

14 BECERRA RAMÍREZ, Manuel. *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

de los Tratados, 1969, establecen la aplicación del principio *pacta sunt servanda* y la obligación de los Estados para cumplir los tratados, es decir, no pueden invocar las disposiciones de su derecho interno para justificar el incumplimiento de los tratados.

En este marco de regulación de la responsabilidad de los Estados y de los individuos a nivel internacional, además de los sistemas ya mencionados, se encuentra el control de convencionalidad y/o constitucionalidad. Ésta última es un desafío para varios aspectos convencionales y tradicionales hasta ahora existentes en la esfera internacional tales como la soberanía estatal, hermetismo constitucional, monismo constitucional, entre otros. En este sentido se alega que el control de convencionalidad implica la necesidad de despojarse de una serie importante de lastres histórico-dogmáticos muy arraigados en la ciencia jurídica, derribar una serie de mitos (v.gr. la supremacía exclusiva de la Constitución)<sup>15</sup>. Flavia Piovesan plantea que en este marco de desafíos es necesario tener en cuenta otras cuestiones como el diálogo entre las Constituciones y los tratados, la apertura de la Constitución a una sociedad plural de intérpretes y dotar de una visión interpretativa jurídica desde el *human rights approach*<sup>16</sup>. Siempre en la misma línea Becerra Ramírez afirma que la contienda de la soberanía estatal es la cesión de parte de sus prerrogativas a nivel internacional y el cambio de enfoque del concepto de soberanía soberana a la soberanía del pueblo<sup>17</sup>.

En definitiva, el control de convencionalidad significa en parte el cumplimiento de la responsabilidad estatal a nivel internacional. Dicha responsabilidad es verificable tanto si los derechos reconocidos vulneran los compromisos estatales a nivel internacional, así como si las omisiones estatales son contrarias a sus compromisos internacionales<sup>18</sup>. Es decir, que no solamente debe verificarse el incumplimiento sino igualmente las omisiones estatales de los Estados en relación a sus compromisos internacionales.

15 MAC GREGOR, Eduardo (Coord.). *El control difuso de convencionalidad: diálogo entre la Corte Interamericana de los Derechos Humanos y los jueces nacionales*. México: FUNDAP, 2012. p. 3.

16 PIOVESAN, Flavia. Direitos Humanos e diálogo entre jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 19, p. 67-93, jan./jun. 2012. p. 71.

17 BECERRA RAMÍREZ, Manuel. *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

18 BAZÁN, Víctor. En torno al control de las inconstitucionalidades e inconveniencias omisas. *Anuario de Derecho constitucional latinoamericano*, Montevideo, v.16, p.151-177, 2010. p. 172-173.

En relación a las omisiones inconstitucionales en cuestión, pueden ser absolutas, totales, relativas o parciales<sup>19</sup>. Son absolutas o totales cuando directamente media ausencia de la norma que debería regular una determinada situación jurídica fijada constitucionalmente, y relativas o parciales cuando el legislador, al emitir la norma para cumplir el mandato constitucional, y en equivalencia de condiciones y circunstancias, favorece a ciertos grupos y sin fundamento objetivo [...] lesiona el principio de igualdad (con su presupuesto de no discriminación) o emite una regulación deficiente gestada por una regla incompleta o normativamente insuficiente<sup>20</sup>.

Como podemos verificar en base a lo expuesto en el párrafo anterior, la recepción del derecho internacional en el derecho interno depende en parte de las condiciones existentes en el marco legislativo, administrativo, político, social y económico del Estado determinado. En esta línea alega Becerra Ramírez que la recepción del derecho internacional en el derecho interno depende de la estructura interna de los Estados, es decir, de la Historia y de los intereses particulares de los Estados<sup>21</sup>. En este caso la predisposición en acatar normas y cláusulas provenientes del derecho internacional son establecidas en la Constitución Federal (CF) brasileña de 1988 en su art. 5º inciso LXXXVIII, y en la Constitución Española (CE) de 1978 en el art. 10.2.

Sin embargo, dichas predisposiciones no significan igual incorporación de las normativas internacionales en el derecho interno. En el caso de Brasil la incorporación se hace tras la firma del Tratado por parte del Presidente (arts. 84, inc. VIII CF), aprobación del Congreso Nacional (49, inc. I), ratificación del mismo y por último la promulgación a través del Decreto Presidencial. En el caso de España es necesario que el compromiso internacional sea publicado en el Boletín Oficial del Estado (en adelante BOE). En el siguiente apartado ampliaremos datos referentes al proceso de incorporación del derecho internacional en el caso español.

En definitiva, relativo a las teorías o principios sobre la recepción del derecho internacional en el derecho

19 BAZÁN, Víctor. En torno al control de las inconstitucionalidades e inconveniencias omisas. *Anuario de Derecho constitucional latinoamericano*, Montevideo, v.16, p.151-177, 2010.

20 BAZÁN, Víctor. En torno al control de las inconstitucionalidades e inconveniencias omisas. *Anuario de Derecho constitucional latinoamericano*, Montevideo, v.16, p.151-177, 2010. p. 157.

21 BECERRA RAMÍREZ, Manuel. *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. p. 41.

interno podemos resaltar dos teorías y dos doctrinas, siendo respectivamente: el monismo, el dualismo, la transformación y la incorporación.

En cuanto al monismo y el dualismo, a pesar de su dudosa acepción<sup>22</sup>, al hablar de los dos órdenes jurídicos es necesario, por lo menos, mencionarlos. Sobre la teoría monista cuyo uno de los máximos referentes es Kelsen, defiende que tanto el derecho internacional como el derecho interno son dos elementos de un solo concepto de derecho que se dirige al individuo, pero afirma sobre la prevalencia de la naturaleza jurídica del derecho internacional en el momento de su aplicación en el derecho interno. Sobre la teoría dualista cuyos máximos referentes son Triepel y Anzilotti, se afirma que el derecho internacional y el derecho interno son dos órdenes jurídicos esencialmente iguales en cuanto a sistemas jurídicos independientes, y al mismo tiempo son diferentes<sup>23</sup>.

En relación a las doctrinas de incorporación y transformación, significa que las normas del tratado deben ser sustituidas (incorporación) y, que existe una prevalencia del derecho internacional al derecho interno, por ello, el legislativo tiene la obligación de legislar para ejecutar el tratado y el ejecutivo traer regulaciones administrativas para ejercitar el derecho interno (transformación)<sup>24</sup>.

Además de las dos corrientes teóricas y dos doctrinas antes señaladas, existen otras líneas de interpretación en la recepción del derecho internacional en el derecho interno. En este sentido podemos mencionar el pluralismo jurídico cuyo máximo referente es Virally<sup>25</sup> y Carlos Wolkmer<sup>26</sup>; el principio de Jus Gentium contemporáneo; el Jus cogens; la supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno establecidos en los artículos 27 y 46 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados; el principio *pacta sunt servanda* establecido en el art. 26 de la Convención de

Viena de 1969; el principio de no intervención o intromisión salvo excepciones; y el agotamiento de recursos internos.

Cabe señalar que el control de convencionalidad a nivel interno debe sostenerse a través de la interpretación judicial interna del derecho internacional de los derechos humanos. En esta línea, alega Bazan que dicha labor debe ser llevada a cabo incluso *ex officio*<sup>27</sup>.

Acorde con los argumentos antes expuestos se denota una cierta fricción entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno. Sin embargo, Becerra Ramírez afirma que en realidad no existe conflicto, ni colisión, sino complementariedad, ya que se tratan de dos sistemas con sujetos diferentes<sup>28</sup>.

Y, caso hubiese colisión prevalecería el derecho internacional ante el derecho interno. Dicha afirmación es ratificada en el art. 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, en el art. 13 del Proyecto de Declaración sobre los derechos y obligaciones de los Estados de la Comisión de Derecho internacional de la ONU y en la Resolución de la Asamblea General 375 (IV) de 1949.

En el marco brasileño cabe destacar las resoluciones y los votos en torno al caso “Depositario Infel”. Desde el año 2008 el Supremo Tribunal Federal mudó su posicionamiento al entender que los Tratados de los Derechos Humanos tienen un grado de jerarquía superior a la ley. Otro posicionamiento en la materia, del Ministro Celso de Mello, entiende que los Tratados de los Derechos Humanos tienen grado de jerarquía constitucional, a causa del art. § 2º, artículo 5º de la Constitución Federal.

Más allá de la responsabilidad estatal a nivel internacional, las fricciones entre el derecho interno y el internacional o la prevalencia del derecho internacional frente al derecho interno, los principios que deberían regir en el derecho internacional de los derechos humanos son *ius cogens* y *pro homine*. El primero significa la responsabilidad estatal hacia la comunidad internacional en su conjunto (dirigidas a los seres humanos independiente-

22 ROUSSEAU, Charles. *Derecho internacional público*. 3. ed. Barcelona: Ariel, 1996.

23 BECERRA RAMÍREZ, Manuel. *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. p. 12-14.

24 BECERRA RAMÍREZ, Manuel. *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. p. 26.

25 VIRALLY, Michael. “Fuentes del Derecho Internacional”. In: MAX, Sorensen (Ed.). *Manual de Derecho Internacional Público*. México: FCE, 1998. p.149-198.

26 WOLKMER, Carlos A. *Pluralismo jurídico: fundamento de una nova cultura do direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

27 BAZÁN, Victor. En torno al control de las inconstitucionalidades e inconvencionalidades omisas. *Anuario de Derecho constitucional latinoamericano*, Montevideo, v.16, p.151-177, 2010.

28 BECERRA RAMÍREZ, Manuel. *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. p. 22-23

mente de su nacionalidad)<sup>29</sup>, y el segundo, el hecho de recurrir a la norma más amplia y/o interpretación más extensiva cuando se trate de garantía de derechos fundamentales y protegidos. De esta forma se garantizaría los derechos más básicos y fundamentales y se respetaría la condición humana en la esfera internacional.

Desgraciadamente todavía quedan muchos escollos que superar antes de lograr el objetivo utópico mencionado en el párrafo anterior. Entre tantos desafíos a nivel del derecho internacional de los derechos humanos mencionaremos simplemente dos: el derecho internacional y los intereses 'individuales' de los Estados y el *constitucionalismo global* planteado por Ferrajoli<sup>30</sup>. El primero hace referencia a la traslación a la escena internacional o supranacional de intereses económicos, políticos y culturales de Estados individuales o grupos de Estados que finalmente se convierte en obligaciones a cumplir por parte de otros Estados que formen parte del bloque o de la Organización regional. A título de ejemplo cabe mencionar el proceso de adopción de la moneda única en Europa (euro) cuyo referente fue el marco alemán. La segunda cuestión reclamada por Ferrajoli tiene que ver con la crisis de los conceptos de soberanía y ciudadanía que han supuesto un cambio de paradigmas en el derecho internacional y en la estructura de los derechos en los Estados. Ello ha supuesto, entre otras cuestiones, la necesidad de la condición de ciudadano/a y no el de persona humana para el acceso y disfrute de los derechos fundamentales básicos, por un lado y, por otro, visibilizar el aspecto casi único y exclusivamente de Desiderátum de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de la Carta de Naciones Unidas. Por ello y otras cuestiones, Ferrajoli reclama un Constitucionalismo global.

Hecha una reseña sobre el control de convencionalidad a nivel global/internacional en el siguiente apartado trataremos de exponer brevemente el proceso de traslación a nivel interno español de las principales Convenciones y Tratados en materia de lucha contra la discriminación racial y étnica.

### 3. INCORPORACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL SOBRE LA LUCHA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN RACIAL Y ÉTNICA EN EL ÁMBITO INTERNO ESPAÑOL

El entramado orgánico y normativo internacional es muy complejo, por ello, haremos una exposición muy somera de los principales Convenios y Tratados relacionados con el tema en cuestión. En el siguiente epígrafe mencionaremos pues la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Convenio Internacional sobre la eliminación de las formas de discriminación racial, de 1965 y los Pactos Internacionales de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y, de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), ambos del año 1966.

Antes de entrar en materia permitidnos realizar un breve análisis sobre los procedimientos de incorporación del derecho internacional en el derecho interno español.

Tal como ya adelantamos en párrafos anteriores la 'internalización' del derecho internacional en el marco legislativo español debe ser publicada previamente en el BOE.

En el marco de la internalización del derecho internacional en el interno español, creemos que es menester mencionar lo establecido en el art. 10.2 de la Constitución Española (en adelante CE) sobre los compromisos internacionales del Estado español. El artículo en cuestión establece lo siguiente:

Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

El artículo en cuestión es pues el contenido mínimo esencial en materia de establecimiento de la responsabilidad del Estado español a nivel internacional.

Junto al artículo 10.2 CE, el art. 96.1 del Título III de la CE sobre los Tratados internacionales refuerza el punto de vista antes expuesta. Así el artículo 96.1 CE establece lo siguiente:

Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.

29 BECERRA RAMÍREZ, Manuel. *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

30 FERRAJOLI, Luigi. Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global. *Isonomía*, México, n.9, p.173-184, oct. 2005.

Ya como último inciso en el ámbito del marco legislativo español sobre la responsabilidad estatal a nivel internacional cabe mencionar la Ley Orgánica del Poder Judicial. En esta norma se establece en su art. 23.4 la competencia de la jurisdicción española para conocer los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptible de tipificarse según la ley española. El contenido del artículo en cuestión ha sido puesto en crisis tras la reforma de la jurisdicción universal en España<sup>31</sup>.

Tras haber expuesto de forma muy somera el marco legislativo sobre la internalización del derecho internacional en España, en las siguientes líneas intentaremos exponer la incorporación a la legislación interna de ciertos tratados y convenios en torno a la lucha contra la discriminación tal como señalamos antes.

### 3.1. PROCESO DE INCORPORACIÓN INTERNA DE LOS CONVENIOS Y TRATADOS INTERNACIONALES DE LUCHA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN EN ESPAÑA

El contenido esencial mínimo mencionado en el apartado anterior debe ser reiterado en este caso a fin de resaltar los principios constitucionales en el fomento de políticas de lucha contra la discriminación en España. Así, a través de la Declaración Universal de los Derechos Humanos como fuente de interpretación de los derechos fundamentales y las libertades, podemos reivindicar los artículos 1, 2, 7 y 23 en el marco de lucha contra la discriminación en el Estado español. A pesar de la temporalidad y espacialidad de la Declaración, así como su función de Desiderátum y no vinculante, es menester señalar que ella es una de las fuentes de inspiración de varias Constituciones post guerra. Así el art. 1, hace referencia a la igualdad, en dignidad y derechos de todos los seres humanos, el art. 2 reconoce los derechos y libertades proclamados en la Declaración sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole u origen social, posición económica entre otras. El artículo en cuestión tampoco discrimina la condición política, jurí-

dica o internacional del país o territorio. El art. 7 antes mencionado hace referencia a la igualdad ante la ley y derecho a igual protección de la ley, así como derecho a igual protección contra la discriminación. Y, por último, el art. 23 reconoce los derechos colectivos como el del trabajo, sindicación e igualdad salarial conforme a la dignidad humana y sin discriminación.

En la realidad contextualizada española casi todos estos ítems están en crisis, es decir, que han sido vulnerados, debido, entre otras cuestiones, a razones estructurales de desigualdad de género, legitimación de políticas públicas desiguales para los extranjeros y la crisis económica. Pero, incumbe tanto a la clase política, así como la magistratura y la sociedad civil seguir con el proceso de lucha para garantizar y efectivizar los derechos de igualdad de dignidad humana.

Además de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, España incorporó a su ordenamiento interno otros instrumentos internacionales en el marco de la lucha contra la discriminación racial y étnica.

Así, España se adhirió el 23 de abril de 1969 al Convenio Internacional sobre la eliminación de las formas de discriminación racial, aprobado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (ONU), el 21 de noviembre de 1965. Dicha adhesión significó pues la incorporación al BOE n° 118 de 17 de mayo de 1969.

El Estado español también es parte del PIDESC, así como del PIDCP. Ambos instrumentos internacionales son del año 1966 y entraron en vigor en el año 1976.

España ratificó el PIDESC en fecha de 13 de abril de 1977 y fue incorporado al ordenamiento interno a través del BOE n° 103 de 30 de abril de 1977. Del presente Pacto cabe mencionar los artículos 2.2. y 10.3 relacionados con la cuestión discriminatoria. Así, el art. 2.2 establece lo siguiente:

Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

El art. 10.3 a su vez señala:

Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a

31 A fin de profundizar sobre la reforma de la jurisdicción universal en España, véase: SÁNCHEZ LEGIDO, Angel. El fin del modelo español de jurisdicción universal. *Revista Reij*, n.27, p.32-72, 2014. y *AMNISTÍA Internacional*: análisis de Amnistía Internacional sobre la reforma de la jurisdicción universal en España tras la aprobación de la LO 1/2014. Madrid: Amnistía Internacional, 2014.

los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales queda prohibido y sancionado por ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

No cabe duda sobre las buenas intenciones del Estado español en la ratificación del presente Pacto internacional. Sin embargo, ni los derechos reconocidos en el presente Pacto son respetados en la sociedad española (ej.: derecho de libre determinación y la protección familiar), ni la protección de los niños y adolescentes, debido sobre todo a las desigualdades económicas y sociales existentes en la sociedad española.

El Estado español igualmente se adhirió al PIDCP el 13 de abril de 1977 y fue incorporado al ordenamiento interno a través del BOE n.º 103 de 30 de abril de 1977. Del instrumento internacional en cuestión cabe mencionar varios artículos mencionados con el tema tratado en este manuscrito, siendo: 4; 8; 20; 24; 26; y 27. El art. 4 hace referencia a la suspensión por parte de los Estados de las obligaciones contraídas en el presente Pacto en caso de emergencia estatal, salvo de los arts. 6, 7, 11, 15, 16 y 18. Igualmente se prohíben, aún en situaciones de emergencia social, acciones que entrañen discriminaciones por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. El art. 8 a su vez establece prohibiciones de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso. El art. 20 dispone la necesidad de prohibir por ley toda propaganda a favor de la guerra y aquellas que hagan apologías del odio nacional, racial o religioso. El art. 24 erige sobre los derechos de los niños, sin discriminación alguna, a la protección familiar y estatal, a tener un nombre y una nacionalidad. El art. 26 establece la igualdad de todos ante la ley e igual protección de la ley y, por último, el art. 27 dispone la garantía de las minorías étnicas, lingüísticas o religiosas a sus derechos culturales, práctica religiosa y el empleo de su idioma.

Reiteramos lo dicho relativo al contenido del Pacto anterior y, en este caso añadimos el hecho de la igualdad de todos ante la ley y la igual protección de la ley. Los tratos jurídicos que están siendo dispuestos por parte de la Fiscalía y de la Abogacía del Estado en el caso de la Infanta Elena en España muestran la ausencia de igualdad de trato ante la ley. Igualmente se denota el incumplimiento de lo establecido en el art. 27 ya que la centralidad del Estado español tanto desde el punto

de vista político, como cultural, religioso e identitario fuerzan a las demás Comunidades Autónomas el uso prioritario del castellano y en ciertas ocasiones prioriza la religión católica frente a otras creencias religiosas allí existentes.

Con el objetivo de verificar la incorporación de los ‘mandatos’ internacionales ratificados por España a nivel interno y, teniendo en cuenta que dicha responsabilidad incumbe, entre otros, al poder judicial del país, en las siguientes líneas trataremos de analizar tres Sentencias del Tribunal Constitucional español sobre discriminación por origen racial y étnica (STC 214/1991; STC 13/2001 y STC 69/2007).

### **3.2. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la discriminación racial y étnica en España**

Tal como dijimos antes analizaremos tres casos de jurisprudencia del TC español en relación a la discriminación racial y étnica. Los tres casos demandan amparo al TC, como es lógico, después de ver denegadas sus solicitudes ante entidades judiciales inferiores.

Expondremos, pues, algunos antecedentes de los casos, el fallo del TC y el voto particular.

#### **3.2.1. STC 214/1991: Violeta Friedman**

En relación a los antecedentes del presente caso, el día 12 de enero de 1990 se presenta recurso de amparo ante el TC contra la Sentencia de 05 de diciembre de 1989 de la Sala 1ª del Tribunal Supremo. El caso en cuestión está relacionado a declaraciones del Sr. Leon Degrelle<sup>32</sup> quién supuestamente profirió expresiones y frases contra la comunidad judía, negando el genocidio nazi, en una entrevista concedida a la Revista “Tiempo” correspondiente a la semana de 29 de julio al 04 de agosto de 1985.

En fecha de 07 de noviembre de 1985 la Sr. <sup>a</sup> Violeta Friedman formuló demanda de protección civil del derecho al honor al Juzgado de 1ª Instancia n.º 6 de

32 El Sr. Degrelle era un ex general de las SS alemanas, había sido sentenciado a muerte en rebeldía por un tribunal belga, y encontró asilo político en España en 1954, nacionalizándose español MAY-ORDOMO RODRIGO, Virginia. Instrumentos legales contra la discriminación racial en España. *Documentación social: ciudadanía universal y democracia a escala humana*, n.159, p. 211-227, 2010.

Madrid, en contra del Sr. Degrelle, así como contra el periodista que publicó la noticia, D. Juan Giron Roger y el Director de la Revista Tiempo, D. Julian Lago. El Juzgado en cuestión dictó Sentencia en la que estimó la excepción de falta de legitimación activa aducida por la demandante y absolvió a los demandados, razonando que las declaraciones del Sr. Degrelle no solamente se ajustaba a la libertad de expresión (art. 20.1 CE), sino que además no hacía mención explícita a la Sr. <sup>a</sup> Friedman.

Tras esta Sentencia la recurrente presentó recursos de apelación y casación, respectivamente a la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, y a la Sala Primera del Tribunal Supremo, y ambos fueron desestimados.

La representación de la recurrente basa su defensa en el recurso de amparo ante el TC en que ella es una “víctima indirecta” según las categorías del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Asuntos “Becker” (S 7.011/1975, 03/10) y “Bel” C.7.467/1976, 13/12/76)). Igualmente denuncia la ausencia de la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) como motivo para solicitar amparo, dado que al denegársele se ha limitado su derecho a la defensa de la lesión directa de las declaraciones del Sr. Degrelle.

A diferencia de las entidades judiciales anteriores, el TC sí reconoce la lesión directa a la Sr. <sup>a</sup> Friedman ya que la misma estuvo recluida en Auschwitz junto a su familia que fue asesinada. El TC replantea igualmente los argumentos de las Salas anteriores en torno a la defensa del derecho de libertad de expresión, así como en torno a la incapacidad de la Sr. Friedman para reclamar un derecho individual a título colectivo.

La recurrente alegó pues vulneración de los artículos 18.1, 24.4 y 10.2 CE, así como el art. 10 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de libertades fundamentales (1950), y los artículos 7, 8 y 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

La Sala del TC en torno a los fundamentos jurídicos alegó que “...de la conjunción de ambos valores constitucionales, dignidad e igualdad de todas las personas, se hace obligado afirmar que ni el ejercicio de la libertad ideológica ni la de expresión pueden amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales...”. En base a este argumento, la Sala del TC

declaró nulas las Sentencias anteriores y reconoció el derecho de la recurrente al honor tal como demandaba en el recurso de amparo.

El voto particular del Magistrado Fernando García-Mon y González-Regueral respecto de la Sentencia dictada en el recurso de amparo n.º 101/1990, considera que la Sentencia del TC debería restablecer el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y devolver el caso a la Sala Primera del Tribunal Supremo, pero no pronunciarse al respeto. El Magistrado considera que al haberse pronunciado al respeto del derecho al honor el TC limitó las medidas de reparación que la recurrente reclamaba, entre otras tales como que se condene al Sr. Degrelle a que se abstenga en lo sucesivo de forma perpetua a realizar manifestaciones semejantes o que se inserte en la Revista “Tiempo”, a costa del demandado, el texto literal de la Sentencia que dicte el Juzgado.

### **3.2.2. STC 13/2001: Rosalind Williams Lecraft**

En relación a este caso, en fecha de 05 de febrero de 1997 la Procuradora de la demandante interpuso demanda de amparo ante el TC contra la Resolución del Ministerio del Interior y de la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.

Los hechos de la demanda de alzada se basan en que la Sr. <sup>a</sup> Williams Lecraft fue abordada el día 06 de diciembre de 1992 por un funcionario de la Policía para que se identificara. La demanda de identificación se hizo solo a la Sr. <sup>a</sup> Williams debido a que la LOEx (art. 72.1 de la LO 7/1985), supuestamente vincula la raza con sospecha en la comisión de delitos.

Los representantes de la demandante pedían, entre otros, la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado e indemnización por daños morales a la Sr. <sup>a</sup> Williams. Alegaron, pues, que la actuación policial auspiciada por la Resolución del Ministerio del Interior y por la Sentencia de la Audiencia Nacional, vulneró el art. 14 CE sobre no discriminación en relación con los artículos 17 CE (derecho a la libertad y a la seguridad), el art. 19 CE (libertad de circulación) y 24.1 CE (presunción de inocencia). Igualmente alegaron vulneración de los artículos 5, 6 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Dado que la actuación policial goza de cobertura legal y se ajusta a los criterios de razonabilidad y pro-

porcionalidad, el TC decidió desestimar la demanda de amparo.

El voto particular del Magistrado D. Julio Diego González Campos a la Sentencia de la Sala Segunda de 29 de enero, recaída en el recurso de amparo 490/97, alega que escudándose en la cobertura legal se está soslayando que tal control opera sobre una realidad social muy diversa. Es decir, que España es un país al que acude un gran número de turistas, un país de tránsito, así como un país en el que viven un gran número de población migrante. Dada la diversidad aquí expuesta, se ha de preguntar cómo llevar a cabo los controles policiales sin vulnerar la dignidad de la persona.

El Magistrado expone que las prácticas continuas de control a los extranjeros son contrarias a los principios democráticos y de derecho ya que suponen discriminación. Ello además fomenta en la población actos de xenofobia hacia los extranjeros.

El acto es igualmente reprochable por el Derecho comunitario (art. 62 del TCE).

El núcleo en la discrepancia del Magistrado con la Sentencia del TC reside en que “determinadas características físicas o étnicas pueden ser tomadas en consideración” en los controles policiales de carácter general “como racionalmente indiciarias del origen no nacional de la persona que las reúne...”.

Tras la Sentencia desestimatoria del TC la Sr. <sup>a</sup> Williams y sus representantes presentaron en fecha de 11 de septiembre de 2006 ante el Comité de Derechos Humanos, reclamación en virtud del Protocolo facultativo del PIDCP invocando la vulneración del art. 26 del Pacto. En fecha de 27 de julio de 2009 el Comité consideró que el Estado español había vulnerado el art. 26 del Pacto y, requirió que éste proporcionara a la Sr. <sup>a</sup> Williams Lecraft un recurso efectivo, incluido un pedido de disculpas públicas<sup>33</sup>.

### 3.2.3. STC 69/2007: María Luisa Muñoz Díaz

En relación a los antecedentes de este caso, en fecha de 06 de marzo de 2001 la recurrente, D. <sup>a</sup> María Luisa Muñoz Díaz, presenta demanda de prestación por

viudedad que fue denegada por la Directora provincial de Madrid, del Instituto Nacional de Seguridad Social (INSS), por no existir vínculo matrimonial.

La reclamación se basaba en que la demandante constaba en la cartilla de la Seguridad social como beneficiaria del fallecido y, esposa según los ritos y normatividad del ámbito cultural gitano. Éste último cumplía con lo exigido en los artículos 9.2, 14 y 39.1 CE para la consideración de un ritual matrimonial convencional. El acto de matrimonio según el ritual gitano fue además reconocido en la Sentencia del Juzgado de lo Social n° 12 de Madrid de 30 de mayo de 2002 y, por ello se considera la denegación del INSS como infracción al art. 14 CE.

Se consideraba el acto matrimonial gitano como un simple acto de pareja de hecho de convivencia *more uxorio*.

El INSS considera que no hubo discriminación ninguna en tanto que su ineficacia se deriva del incumplimiento de la forma legal de celebración y no de la raza de los contrayentes, ni tampoco por no haberse equiparado su tratamiento a los matrimonios nulos, en tanto que no es un término idóneo de comparación.

Tanto el INSS como el Ministerio achaca a la interesada no haber formalizado el matrimonio desde el punto de vista legal y convencional.

Verificado pues que el matrimonio ritual gitano no cumple con lo establecido en el derecho privado español, pues, el TC deniega el amparo solicitado por D. María Luisa Muñoz Díaz.

El voto particular del Magistrado Jorge Rodríguez-Zapata Pérez a la Sentencia de 16 de abril de 2007 en el recurso de amparo n° 7084/2002, afirma que, tan solo dado los vínculos afectivos, familiar y de longa data en la relación entre D. <sup>a</sup> María Luisa y Don Mariano (29 años), se debería otorgárselo la pensión de viudedad.

El Magistrado alega lo establecido en el Convenio-marco para la protección de las minorías nacionales (1995) del Consejo de Europa, como argumento para la dotación de recursos con vista a respetar la identidad étnica, cultural, lingüística... así como crear condiciones apropiadas que permitan expresar, preservar y desarrollar las características identitarias.

Expone además que en la jurisprudencia española existen razones suficientes para proteger a la Sr. <sup>a</sup> María

33 MAYORDOMO RODRIGO, Virginia. Instrumentos legales contra la discriminación racial en España. *Documentación social: ciudadanía universal y democracia a escala humana*, n.159, p.211-227, 2010. p. 224.

Luisa sin que tuviera que acudir a instancias supranacionales para reclamar.

Tomando en consideración el art. 2.1. b) de la Directiva 2000/43, del Consejo, de 29 de junio de 2000, el Magistrado ve claramente que ha habido discriminación indirecta hacia la Sr.<sup>a</sup> María Luisa.

Dada la sentencia desestimatoria del TC sobre el caso en cuestión, la Fundación Secretariado Gitano (FSG) presentó a finales de octubre de 2007 ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, demanda por vulneración del art. 14 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, así como del art. 1 del Protocolo n.º 1 del Convenio. En diciembre de 2009 el Tribunal de Estrasburgo dictó sentencia a favor de la Sr.<sup>a</sup> Muñoz Díaz.

Conforme expusimos antes, las entidades judiciales deben realizar una labor *ex officio* con vistas a garantizar el cumplimiento del derecho internacional en el derecho interno. En los tres casos aquí analizados verificamos que no se cumplen dichos preceptos por parte de ninguna entidad inferior al TC y, en dos ellos, incluso el TC falla en contra de los interesados.

Si los artículos 1, 2 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDDHH) reconoce tratados en igualdad de condiciones y sin discriminación por motivos raciales y étnicas en el ejercicio de los derechos reconocidos por la Declaración y, siendo el derecho a la prestación a la seguridad social uno de los establecidos por el documento normativo universal en cuestión (art. 22), podemos pues mencionar que ha habido omisión por parte de las autoridades judiciales españolas en el cumplimiento de su obligación internacional, en la interpretación del caso de la Sr.<sup>a</sup> María Luisa Muñoz Díaz.

El art. 20 del PIDCP dispone que el Estado debe prohibir toda propaganda que hagan apología al odio nacional, racial o religioso. Creemos, pues, en este caso que las actuaciones de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, así como de la Sala Primera del Tribunal Supremo, las cuáles interpretaron el caso de la Sr.<sup>a</sup> Friedman antes de llegar al TC, incumplieron con su labor de protección y garantía del ordenamiento internacional a nivel interno, forzando así a la interesada y su representante acudir al TC y así conseguir el amparo. En este caso compartimos los argumentos del voto particular pues no se ha logrado la reparación total del caso.

Las entidades judiciales anteriores al TC en este caso, tampoco tuvieron en cuenta un elemento de especial relevancia expuesto en este trabajo en relación a la aplicación de los principios *ius cogens* y *pro homine* en la vulneración de los derechos. En sus respectivas sentencias predominaron argumentos como la libertad de expresión que posteriormente fue desmontada por el TC.

El art. 2 de la Convención internacional sobre la eliminación de todas formas de discriminación racial, así como el art. 2 de la DUDDHH, entre tantos otros, establece que el Estado debe comprometerse a establecer una política encaminada a eliminar la discriminación racial en todas sus formas, a no incurrir en acto o práctica de discriminación racial y velar que las instituciones públicas actúen en conformidad con esta obligación y, a no fomentar, defender o apoyar la discriminación racial. Creemos que los argumentos jurídicos en el caso de la Sr.<sup>a</sup> Williams por parte de las autoridades judiciales españolas incurren en el incumplimiento de éstas y otras obligaciones internacionales establecidas tanto en la Convención, como en la DUDDHH.

#### 4. CONCLUSIONES FINALES

Más que unas conclusiones expondremos aquí algunas consideraciones generales.

- a. Lo expuesto en este manuscrito no significa que hayamos caído en la falacia interpretativa jurídica creyendo así que el derecho internacional de los derechos humanos es el único factor de garantía de los derechos humanos. Somos conscientes que el derecho internacional de los derechos humanos no solamente es uno de los sistemas de garantía en la materia, sino que además es necesario siempre tener en cuenta los contextos sociopolíticos, socioeconómicos y socioculturales y aquello que debe ser garantizado.
- b. Así, en base a lo expuesto en este trabajo hemos verificado que a través de la actualización de la subjetividad internacional no solamente el Estado puede actuar en la escena internacional sino igualmente los individuos, ya que también son considerados como sujetos de derecho internacional.

- c. Hemos podido verificar también que a pesar del carácter no siempre vinculante del derecho internacional existe un entramado de medidas de supervisión del cumplimiento del Estado de sus obligaciones internacionales establecidas en estructuras orgánicas de los organismos internacionales (Comités) y en los mecanismos de supervisión como los Informes periódicos. El sistema de supervisión de las responsabilidades internacionales de los Estados puede ser hecho tanto sobre el incumplimiento de los tratados como una de las principales fuentes tradicionales del derecho internacional, como de las resoluciones de organismos internacionales, los actos unilaterales, entre otros.
- d. El marco de supervisión que hemos explorado en el presente trabajo es un sistema de supervisión más reciente, el control de convencionalidad o constitucionalidad. Este último plantea varios desafíos a conceptos tradicionales y va más allá del incumplimiento de los tratados u otras fuentes de derecho internacional, plantea igualmente las omisiones estatales frente a los compromisos internacionales.
- e. En el marco del control de convencionalidad antes mencionado, es lógico que exista la responsabilidad internacional de los Estados en caso de incumplimiento u omisiones de los Tratados y Acuerdos firmados y ratificado. Sin embargo, en varias ocasiones ese cumplimiento se hace inviable debido a que los Estados procuran eximir de sus responsabilidades invocando el concepto caduco de la soberanía, como siendo una, indivisible, indelegable, inalienable, sin entender que en el actual mundo globalizado las cuestiones son interdependientes y las políticas deben adoptarse conjuntamente, cuya finalidad última sea lograr objetivos mayores. En determinadas ocasiones los Estados deben renunciar a los intereses particulares en pro de los comunes.
- f. La política en cuestión no significa la desaparición del ordenamiento jurídico nacional del Estado, sino todo lo contrario, en su fortalecimiento, en la medida en que el Derecho Constitucional debe servir como instrumento de efectividad, a nivel interno, de las normas internacionales puesto que es el que garantizará a través de la debida seguridad jurídica, que el Estado cumplirá las normas celebradas a nivel internacional, notablemente, cuando existen previsiones constitucionales de que los Tratados tienen un grado jerárquico superior a la ley o el mismo grado de jerarquía constitucional.
- g. A nivel interno es la propia Constitución que garantiza a los individuos la debida eficacia de las normas internacionales, a partir del momento en que los Estados ratifican los tratados y normas internacionales sobre la materia.
- h. A pesar del desiderátum de los instrumentos internacionales para que un derecho sea realizado y efectivo es necesario que sea incorporado en el ordenamiento interno de un Estado determinado. Además de las teorías y doctrinas predominantes en la materia, la recepción del derecho internacional en el derecho interno depende de los intereses, Historia y características del Estado. En este sentido, la labor de los órganos judiciales, políticos y la sociedad civil son cruciales para el cumplimiento de la responsabilidad internacional estatal.
- i. Teniendo pues en cuenta los sistemas de supervisión y control, así como las características del control de convencionalidad establecidas en este manuscrito y, considerando las responsabilidades internacionales del Estado español en materia de lucha contra la discriminación, ¿podríamos pues reclamar la responsabilidad internacional de España por incumplimiento de sus compromisos internacionales y, por omisiones en su marco legislativo en relación a sus compromisos internacionales en la materia?
- j. En este sentido, a través del análisis de las tres Sentencias del Tribunal Constitucional, hemos visto como las entidades judiciales encargadas que hacer cumplir con las obligaciones internacionales del Estado a nivel interno, incumplen con dicha labor vulnerando varios preceptos, entre otros, de los tres instrumentos internacionales aquí analizados.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BAZÁN, Victor. En torno al control de las inconstitucionalidades e inconventionalidades omisas. *Anuario de Derecho constitucional latinoamericano*, Montevideo, v.16, p.151-177, 2010.
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel. *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.
- BESTER, Gisela María. *Direito constitucional: fundamentos teóricos*. São Paulo: Manole, 2005.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- COURTIS, Christian. Argumentación jurídica y aplicación de los tratados internacionales de los derechos humanos. In: *GUÍA de Estudio de la Materia "Argumentación jurídica y aplicación de los estándares internacionales de los derechos humanos y la perspectiva de género"*. México: Flaco, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi. Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global. *Isonomía*, México, n.9, p.173-184, oct. 2005.
- MAC GREGOR, Eduardo (Coord.). *El control difuso de convencionalidad: diálogo entre la Corte Interamericana de los Derechos Humanos y los jueces nacionales*. México: FUNDAp, 2012.
- MAYORDOMO RODRIGO, Virginia. Instrumentos legales contra la discriminación racial en España. *Documentación social: ciudadanía universal y democracia a escala humana*, n.159, p.211-227, 2010.
- PIOVESAN, Flavia. Direitos Humanos e diálogo entre jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n.19, p.67-93, jan./jun. 2012.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- ROUSSEAU, Charles. *Derecho internacional público*. 3. ed. Barcelona: Ariel, 1996.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- UNIVERSITY OF MINESOTA. *Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993*. Viena. 1993. Disponible en: <<http://www1.umn.edu/humanrts/in-stree/SI1vieduc.html>>. Acceso en: 17 jun. 2016.
- VIRALLY, Michael. "Fuentes del Derecho Internacional". In: MAX, Sorensen (Ed.). *Manual de Derecho Internacional Público*. México: FCE, 1998. p.149-198.
- WOLKMER, Carlos A. *Pluralismo jurídico: fundamento de uma nova cultura do direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

Para publicar na Revista de Direito Internacional, acesse o endereço eletrônico  
[www.rdi.uniceub.br](http://www.rdi.uniceub.br) ou [www.brazilianjournal.org](http://www.brazilianjournal.org).  
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.