



**Universitat Autònoma
de Barcelona**

**Departament de Ciència Política i de Dret Públic
Facultat de Dret**

Título para optar al grado de Doctor en Derecho Público del Programa: *“Las transformaciones del estado de derecho desde la perspectiva del derecho penal, derecho constitucional y filosofía del derecho”*

Título de Tesis Doctoral

El control de las normas internas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: especial consideración del caso de España y Nicaragua

Presentada por: Byron Guadalupe Cárdenas Velásquez

Director: Prof. Dr. Juan Carlos Gavara de Cara

Barcelona, noviembre de 2015.

*A mis padres, Nicanor y Marcelina,
mi esposa e hija, Paula y Sofía.*

AGRADECIMIENTOS

Las palabras que siguen a continuación son para agradecer a las personas e instituciones que me han rodeado, acompañado y apoyado para la realización de la presente Tesis Doctoral. Su tema se debe a la influencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y, en consecuencia, del Sistema Europeo de Derechos Humanos, en mi formación, desde mi estancia como becario “Rómulo Gallegos” en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el 2006. Así como por el marcado interés por los derechos humanos demostrado desde mis inicios en la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de mi país, Nicaragua, y más recientemente, con el Centro de Derecho Internacional de mi alma mater, Universidad Centroamericana de Managua.

La presente Tesis habría sido irrealizable sin el apoyo de la Agencia Española de Cooperación Internacional al Desarrollo (AECID), a quien le expreso especial gratitud por la confianza depositada al concederme la beca para tal propósito que hoy se ve realizado. Del mismo modo, mi agradecimiento a las diversas instituciones académicas y centros de documentación por abrirme sus puertas para realizar las estancias de investigación requeridas; en particular, al personal del *Centre for Latin American Research and Documentation* (CEDLA), de la Universidad de Ámsterdam, la Biblioteca de la Corte Interamericana, en San José, Costa Rica, y la Biblioteca del Tribunal Europeo, en Estrasburgo, Francia.

En particular, a mi Director de Tesis, Profesor Juan Carlos GAVARA DE CARA, por el apoyo y elogios brindados desde los cursos de doctorado, así como por haber confiado en la realización de este trabajo desde el primer borrador del proyecto de investigación presentado. A él mi gratitud por la insistencia, la revisión y constantes aportes que han hecho posible llegar a buen puerto de forma satisfactoria. También por la libertad de que he gozado en la realización de la presente Tesis, en cuyo curso me ha permitido complementarla con la praxis de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos, en especial, por apoyarme en la decisión personal de formar parte de la labor humanitaria de la Misión de la Organización de las Naciones Unidas en Sudán del Sur. En ese mismo orden, mis agradecimientos van para los profesores del Departamento de Ciencia Política y Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona, por los aportes suministrados ya desde la conclusión de mi Diploma de Estudios Avanzados (DEA). A Pilar Alcaraz por la ayuda brindada para realizar todos los trámites, y otros,

administrativos en dicho Departamento, que hizo posible seguir desde la distancia la actualidad de la UAB y el Departamento.

Así mismo mi agradecimiento a los amigos, a mis compañeros de doctorado, y a los que hice durante mi participación en el foro *OLA- Netherlands PhD Forum on Latin America and the Caribbean*, durante mi estadía en Ámsterdam; por la retroalimentación a través de debates sobre los diversos temas desarrollados en la Tesis. En especial, a Laura, Paqui, Fany, María Daniela, Karlos y un largo etcétera de profesores, colegas y amigos que me extendieron su apoyo para concluir este trabajo.

Igualmente agradezco a mi familia holandesa, en particular, a Trudy y Paul, por su comprensión y apoyo durante el proceso de elaboración de esta Tesis, también por los libros obsequiados y estar siempre pendiente de mi estancia por todos los países donde el desarrollo de esta Tesis me llevó. Así como por las cenas, *de gezelligheid*, *de verwennerijtjes*, y los viajes que hicieron posible tener una vida social durante el aislamiento voluntario que esto requería.

Sin embargo, este trabajo no habría sido posible sin el soporte incondicional de mi esposa, Paula, a quien le dedico esta Tesis por su insistencia, los consejos, por oírme, por revisar el texto y aguantar vigorosamente los dilemas que en el transcurso de esta Tesis he enfrentado. A ella mi infinita gratitud por comprender la dimensión del trabajo emprendido y soportar los días interminables de lectura y discusión. A mi hija Sofía, por la luz que siempre ha irradiado desde que vino a nosotros y, en especial, por su alegría en mis días más grises.

En el mismo plano personal, no podría concluir sin agradecer a mi familia, en especial a mis padres, Nicanor y Marcelina, a quienes también dedico este trabajo, por ser fruto de sus esfuerzos y sacrificios en los tiempos más difíciles de Nicaragua, y de la postguerra también. Por los valores transmitidos y por la perseverancia insistida para alcanzar mis sueños. Especialmente a ellos, por no haber claudicado en su intento de darme – y a mi hermano y hermanas también – lo que fue negado a ellos durante la dictadura: una formación universitaria y la posibilidad de soñar con otras cosas. A ellos también mis agradecimientos por su comprensión, consejos y apoyo incondicional para concluir este trabajo.

Barcelona, 2015.

ÍNDICE

ABREVIATURAS UTILIZADAS	9
INTRODUCCIÓN	11

CAPÍTULO I

EL CONTROL JURISDICCIONAL EUROPEO Y AMERICANO DE LAS NORMAS INTERNAS DE LOS ESTADOS PARTE DEL CEDH Y CADH

Introducción	21
--------------------	----

PRIMERA PARTE: Los órganos jurisdiccionales del sistema europeo y sistema interamericano de protección de derechos humanos

23

1. La instauración del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana como órganos regionales jurisdiccionales para la protección de los derechos humanos.....	23
2. El Tribunal Europeo y la Corte Interamericana como órganos titulares del control jurisdiccional del Derecho interno.....	27
2.1 El elemento diferencial de la competencia contenciosa	30
2.2 Los sistemas regionales compuestos por Estados como sujetos únicos del control jurisdiccional.....	32
2.3 El control jurisdiccional de actos y omisiones estatales	36
3. El control jurisdiccional de los sistemas jurídicos internos.....	39
3.1 La indeterminación de las normas internas objeto de control.....	39
3.2 El control jurisdiccional expansivo en la expresión "leyes internas"	41
4. Los tipos de control normativo.....	45
4.1 El control <i>in concreto</i>	45
4.2 El control <i>in abstracto</i>	47
4.3 El control <i>in abstracto a posteriori y a priori</i> en la función consultiva interamericana.....	51
5. La incompatibilidad normativa como criterio habilitante del test de convencionalidad de las leyes internas	56
6. La finalidad protectora de los sistemas de garantía regional como criterio definidor del control normativo.....	60

6.1 El individuo como titular de los derechos y libertades	60
6.2 La garantía colectiva de los sistemas regionales	63
6.3 La armonización normativa como finalidad pro futuro.....	68

SEGUNDA PARTE: La interpretación del TEDH y la Corte IDH en el control de las normas internas sobre la base de instrumentos constitucionales de orden público 77

1. La apreciación del Convenio Europeo y la Convención Americana como instrumentos constitucionales.....	77
1.1 La representación del CEDH como instrumento constitucional.....	77
1.2 La dimensión constitucional de la CADH.....	80
2. El orden público europeo e interamericano como criterio configurador de los sistemas jurídicos internos	83
3. La función constitucional del TEDH y la Corte IDH en la interpretación de los textos convencionales.....	89
4. Los criterios interpretativos de los tribunales regionales.....	93
4.1 El principio de proporcionalidad como criterio de ponderación en el control de las normas internas.....	94
4.2 El principio <i>pro homine</i> de interpretación interamericano.....	97
4.3 El criterio evolutivo	99
4.4 El principio de buena fe y el objeto y fin de los tratados	103
5. El margen de apreciación nacional y el principio de subsidiariedad	106

CAPÍTULO II

LOS CRITERIOS DEFINIDORES DE LAS OBLIGACIONES OBJETIVAS DEL CEDH Y LA CADH EN EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS NORMAS INTERNAS

Introducción	115
--------------------	-----

PRIMERA PARTE: El valor normativo del Convenio Europeo y la Convención Americana y el carácter justiciable de su contenido material 117

1. El sentido fundacional del Convenio Europeo y la Convención Americana	117
2. El vínculo de universalidad en la configuración normativa.....	120
2.1 La influencia de la Declaración Universal.....	120

2.2	La comunicación jurisdiccional de los sistemas regionales y el universal de derechos humanos.....	122
3.	El contenido material justiciable del CEDH y la CADH.....	125
3.1	La influencia de carácter normativo e institucional	125
3.2	La expansión de los justiciables.....	127
4.	El principio de irretroactividad y de territorialidad como criterio de aplicabilidad	130
5.	El régimen democrático como garantía mínima para la operatividad de los sistemas de garantía.....	133

SEGUNDA PARTE: La proyección del Convenio Europeo y la Convención Americana en los ordenamientos internos.....

1.	La interacción de sistemas normativos autónomos.....	139
1.1	La incorporación del CEDH en el Derecho español	144
1.2	La incorporación de la CADH en el sistema jurídico de Nicaragua	147
2.	Las obligaciones generales en el marco del Convenio Europeo y de la Convención Americana	152
3.	La contención de los poderes públicos en las obligaciones negativas.....	155
4.	La expresión “respetar” como límite al legislador.....	157
5.	La actuación estatal derivada de las obligaciones positivas.....	161
5.1	El sentido normativo de las obligaciones positivas	164
5.2	La exigencia de medios	168
6.	La obligación recaída en los parlamentos nacionales	171
6.1	La omisión legislativa generadora de responsabilidad internacional	175
6.2	La expedición de leyes incompatibles	177

CAPÍTULO III

EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS NORMAS INTERNAS EN LA PRÁCTICA CONTENCIOSA DEL TEDH Y LA CORTE IDH EN LOS CASOS SOMETIDOS CONTRA ESPAÑA Y NICARAGUA

Introducción.....	181
-------------------	-----

PRIMERA PARTE: El control jurisdiccional incidental del TEDH en los casos sometidos contra España.....

1.	La falta de transferencia competenciales al TEDH en la Constitución Española	183
----	------------------------------------------------------------------------------------	-----

2.	Las esferas materiales y temporales de intervención jurisdiccional europea en los asuntos sometidos contra el Estado español	186
2.1	El ámbito material del control jurisdiccional del TEDH	186
2.2	Los efectos de la reserva sobre competencia <i>ratione temporis</i> de los órganos europeos en los asuntos <i>Barberá, Messegué y Jarabo</i> y <i>Gutiérrez Dorado y Dorado Ortiz</i>	187
3.	El control incidental indirecto de convencionalidad en los casos sometidos contra España	192
3.1	Las insuficiencias del sistema judicial español a la luz del CEDH.....	192
3.2	El <i>self restraint</i> del TEDH ante el amplio margen de apreciación nacional en la suspensión de derechos por razones de un “peligro público”	196
3.3	El consenso de los organismos regionales europeos en el control incidental del TEDH sobre actos ocurridos bajo el régimen de incomunicación	200
3.4	El examen de compatibilidad de la interpretación restrictiva de derechos	202
4.	El control directo de convencionalidad de las normas internas en el caso concreto.....	206
4.1	El control directo de convencionalidad ante la insuficiencia normativa en el asunto <i>Valenzuela Contreras vs. España</i>	206
4.2	El test de convencionalidad de las modificaciones legislativas sobre la interferencia de las comunicaciones telefónicas sobrevenido en el asunto <i>Prado Bugallo vs. España</i>	210
4.3	El test de convencionalidad de la LOTC en el asunto <i>Arribas Antón vs. España</i>	213
	SEGUNDA PARTE	215
	El control incidental practicado por la Corte IDH en el derecho nicaragüense	215
1.	La Corte IDH y la unidad jurisdiccional del Poder Judicial nicaragüense	215
2.	Los casos en que Nicaragua ha sido declarado responsable internacionalmente por la Corte Interamericana.....	218
3.	Los límites temporales y materiales del control jurisdiccional de la Corte IDH en el caso <i>Genie Lacayo</i>	219
3.1	La <i>ratione temporis</i> de la Corte IDH ante hechos anteriores a la aceptación de su competencia contenciosa	219
3.2	La incompetencia para examinar la legislación interna <i>in abstracto</i>	221
4.	El control de convencionalidad de la actividad legislativa del Estado	225
4.1	La omisión del legislador ordinario generadora de responsabilidad internacional en el caso <i>Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua</i>	225
4.1.1	La omisión legislativa respecto a la garantía del derecho de “propiedad comunal”	225
4.1.2	La interpretación evolutiva de la CADH en relación al “derecho indigenista”	228

4.2	Los límites al Constituyente establecidos en el caso <i>Yatama vs. Nicaragua</i>	230
4.2.1	<i>La antinomia constitucional que precede a la demanda internacional</i>	230
4.2.2	<i>El control de convencionalidad de las normas constitucionales</i>	232
4.2.3	<i>El principio pro homine de interpretación</i>	235
4.2.4	<i>El examen de la proporcionalidad de las medidas restrictivas</i>	236

CAPÍTULO IV

LAS ANALOGÍAS Y DISIMILITUDES DE LOS CONTENIDOS DE LAS DECLARACIONES DE INCOMPATIBILIDAD EMITIDOS POR EL TEDH Y LA CORTE IDH EN LOS CASOS ANALIZADOS EN RELACIÓN A ESPAÑA Y NICARAGUA

Introducción	239
--------------------	-----

PRIMERA PARTE: El control de convencionalidad heterogéneo de las normas internas sobre la base de criterios interpretativos de los tribunales regionales.....

1.	El fundamento normativo de las modificaciones legislativas derivadas del control de convencionalidad de las normas internas	241
1.1	El contenido de las reparaciones regulado en el artículo 63.1 de la CADH	241
1.2	El contenido de la reparación en la expresión "satisfacción" del Convenio Europeo	243
1.3	La reparación como una obligación de resultado	246
1.3.1	<i>La libertad de medios en la jurisprudencia europea</i>	246
1.3.2	<i>El estrecho margen de discreción del Estado según la Corte IDH</i>	248
2.	Los contenidos disímiles de las sentencias estimativas de incompatibilidad normativa ..	250
2.1	El carácter declarativo y condenatorio de las sentencias del TEDH	250
2.2	Las modificaciones legales deducidas en los casos sometidos contra España	254
2.2.1	<i>La apreciación de las medidas generales de carácter legislativo bajo el procedimiento del Comité de Ministros</i>	254
2.2.2	<i>Las medidas legislativas no declaradas en las sentencias</i>	256
2.2.3	<i>La relevancia de los criterios de órganos regionales europeos en la estimación indirecta de medidas generales</i>	259
2.3	La dimensión declarativa y condenatoria de las sentencias de la Corte IDH	260
2.4	Las medidas legislativas establecidas por la Corte IDH en los casos contra Nicaragua	263

2.4.1	<i>Las medidas legales establecidas en el caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni</i>	263
2.4.2	<i>La exigencia de "derogar" y "reformular" ciertas disposiciones constitucionales</i>	265
2.4.3	<i>El self restraint de la Corte IDH en el caso Genie Lacayo</i>	266
2.5	El carácter definitivo de las sentencias declarativas de incompatibilidad	267
2.6	La obligatoriedad de las sentencias europeas e interamericanas	269
3.	Los efectos de las declaraciones de incompatibilidad normativa	272
3.1	Los efectos <i>inter partes</i>	272
3.2	Los efectos erga omnes	273
4.	El control limitado de convencionalidad de las normas internas	276

SEGUNDA PARTE: Las modificaciones legislativas sobrevenidas al control de convencionalidad de las normas internas.....281

1.	La libertad de medios del Estado Español ante los contenidos implícitos de incompatibilidad	281
1.1	Las modificaciones legislativas como medidas idóneas de garantía no repetición	281
1.1.1	<i>En relación al derecho a un proceso equitativo y al plazo razonable</i>	281
1.1.2	<i>En relación al acceso a un tribunal</i>	284
1.1.3	<i>El derecho a un tribunal independiente e imparcial</i>	286
1.2	El desarrollo jurisprudencial interno ante la inacción del legislador ordinario	288
2.	La restricción de la libertad de medios sobre la base de mandatos explícitos de la Corte IDH de modificación de normas internas incompatibles	295
2.1	La concreción de los mandatos explícitos de enmiendas legales	295
2.2	El examen de convencionalidad de las modificaciones legislativas	296
3.	El problema de la "eficacia interna" de las declaraciones de incompatibilidad normativa	297
3.1	El principio de buena fe como criterio del cumplimiento de la sentencia	297
3.2	La debilidad de los mecanismos de supervisión de las sentencias europeas e interamericanas	300
3.2.1	La falta de mecanismos de ejecución forzosa ante el incumplimiento de las sentencias	306
3.2.2	La violación continuada del caso <i>Yatama</i>	311
4.	Los márgenes equivalentes de actuación de las autoridades nacionales a partir de los mandatos de concreción de los textos convencionales	312

4.1	El control de convencionalidad como una obligación de las autoridades nacionales ...	313
4.1.1	<i>El problema de la titularidad indeterminada y el valor jerárquico de la CADH en el Derecho interno</i>	316
4.1.2	<i>La eventual aplicación interna del control de convencionalidad en el caso nicaragüense</i> 317	
4.1.3	<i>La debilidad de la justicia constitucional nicaragüense como obstáculo para la radicación del control de convencionalidad</i>	320
4.2	La función armonizadora de la jurisprudencia del TEDH en el artículo 10.2 CE	322
4.2.1	<i>El rechazo a la "traslación mimética" de la jurisprudencia europea</i>	328
4.2.2	<i>El valor interpretativo de la jurisprudencia del TEDH en el control de la actividad legislativa</i>	331
	CONCLUSIONES	335
	BIBLIOGRAFÍA	363

ABREVIATURAS UTILIZADAS

Art.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales
CEDLA	<i>Centre for Latin American Research and Documentation</i>
CEJIL	Centro por la Justicia y el Derecho Internacional
CELAC	Comunidad de Estados Latinos Americanos y del Caribe
CENIDH	Centro Nicaragüense de Derechos Humanos
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CN	Constitución de Nicaragua
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPT	Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes del Consejo de Europa
CSE	Consejo Supremo Electoral
CSJ	Corte Suprema de Justicia
DADH	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
DDDHH	Declaración Universal de Derechos Humanos
FJ	Fundamento Jurídico
Ídem	Lo mismo
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
OC	Opinión Consultiva
ODECA	Organización de Estados Centroamericanos
OEA	Organización de Estados Americanos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONU	Organización de las Naciones Unidas
Op. cit.	<i>Opus citatus</i>
P / pp	Página(s)
Párr(s)	Párrafo(s)

PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales
RAAN	Región Autónoma del Atlántico Norte
RAAS	Región Autónoma del Atlántico Sur
SICA	Sistema de Integración Centroamericano
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
UNASUR	Unión de Naciones Suramericanas del Sur
Vid.	Véase
YATAMA	<i>Yapti Tasba Masraka Nanih Asla Takanka</i>

INTRODUCCIÓN

La presente Tesis está enfocada en el control de las normas de los Estados miembros que ha tenido lugar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH o Tribunal Europeo) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o Corte Interamericana) a partir de la progresiva expansión de sus ámbitos competenciales. El tránsito del control de los actos al de las normas ha propiciado en la actualidad la adopción del término “control de convencionalidad”, del que aquí nos referimos indistintamente como control jurisdiccional de las normas internas en determinadas situaciones; por comprender el mismo parámetro de juicio de compatibilidad respecto al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante CEDH o Convenio Europeo) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH o la Convención Americana), y demás instrumentos regionales. No obstante, cabe aclarar que por tratarse de situaciones incidentales de violación y de consulta que afectan o pueden afectar subjetiva y objetivamente el marco normativo internacional, integrado por aquellas convenciones, los protocolos adicionales y los instrumentos interamericanos especializados; hemos considerado prudente no adoptar la generalidad del término “convencionalidad” en el título del presente trabajo, para evitar una alusión exclusiva del Convenio Europeo y la Convención Americana para todos los supuestos, ya fueran infracciones de derechos y libertades debidas a normas contrarias a dichos tratados o a actos no normativos.

La institución del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana en el Convenio Europeo y la Convención Americana, respectivamente, supuso el establecimiento de los primeros tribunales regionales para el continente europeo y americano en la materia. La notoriedad de tal acontecimiento subyace en la singularidad de los textos convencionales, como sistemas normativos constituidos sobre la base de límites y permisos para los Estados partes; que se ven cristalizados en el establecimiento de unas obligaciones objetivas infranqueables expresadas en una doble dimensión: positivas y negativas, conectadas a los derechos sustantivos reconocidos. También por la naturaleza jurisdiccional del mecanismo de garantía instituido para la aplicación e interpretación de aquellos textos.

No obstante, el surgimiento de aquel marco normativo e institucional no es producto de un hecho aislado, sino del desarrollo de una nueva categoría normativa dentro del Derecho internacional, esto es, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En ese sentido, tales instrumentos plantean unas relaciones e interconexión en diversos grados – normativo y jurisdiccional – con el Derecho internacional general del que surge y los tribunales internacionales de los que dichos tribunales se retroalimentan. En particular, desde la especialidad, con los demás instrumentos internacionales sobre derechos humanos y los sistemas constitucionales de los Estados partes, en virtud de los vínculos materiales que les interconecta en torno a la protección del ser humano. Una interconexión que a su vez propone un diálogo jurisdiccional entre aquellos tribunales regionales y de estos con los tribunales internos en la interpretación y aplicación de dichos instrumentos.

Así pues, el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana se distinguen de los demás mecanismos institucionales de supervisión del cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados en materia de derechos humanos, asociados a los surgidos en el seno de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU); por la naturaleza jurisdiccional para controlar los actos, omisiones y las normas internas de los Estados partes, bajo un sistema de peticiones individuales e interestatales articulado sobre supuestos de violación de los derechos contenidos en ambos instrumentos. También los derechos agregados por los Protocolos Adicionales e instrumentos especializados. En ese sentido, nos referimos a dos tribunales internacionales *sui generis* con elementos comunes que se explican en la influencia del Convenio Europeo en la Convención Americana, pero también de divergencias acentuadas por el curso de la evolución del sistema institucional del primero, por el férreo arraigo a los fundamentos que le dieron origen a la segunda.

Precisamente, dentro de la análoga función contenciosa del TEDH y la Corte IDH se ha identificado un control de las normas internas de los Estados partes de aquellos instrumentos, sobre la que hemos decidido realizar el presente trabajo de Tesis Doctoral bajo el título “El control de las normas internas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana: especial consideración del caso de España y Nicaragua”. En particular, motivado por la relevancia que suscita el control supra-estatal de los sistemas jurídicos internos donde se proyectan las dos convenciones y demás instrumentos; como consecuencia de la aquiescencia de los Estados partes

de ser controlados bajo la competencia contenciosa del TEDH y la Corte IDH; a través de un control incidental subsidiario basado en el sistema de demandas previsto en las convenciones cuya activación se estima solo con base a ciertos presupuestos de admisibilidad, de los que cabe destacar el agotamiento de los recursos internos, como expresión de su subsidiariedad.

En ese sentido, el escrutinio internacional de los sistemas jurídicos internos adquiere una connotación de depuración de normas incompatibles o no armonizadas *ab initio* con aquellos instrumentos, aunque también se proyecta en una dimensión inconcreta sobre la inacción del legislador o el constituyente; comprendido dentro de un supuesto de Derecho común en permanente construcción en materia de derechos fundamentales, patente en los vínculos materiales entre aquellas dos categorías normativas. En efecto, la doctrina se ha servido de sus vínculos y correlación para sostener un paralelismo del sistema de garantía regional instituido con los sistemas concentrados de control de constitucionalidad. Así, el citado control parece funcionar como una especie de regulador externo del impacto de los textos convencionales en los sistemas internos donde se proyecta, que no de los mecanismos nacionales de recepción, sino por su aplicación y observancia en los ámbitos decisorios de los tribunales y competenciales de las autoridades internas, sobre la base de un estándar mínimo de protección establecido en la jurisprudencia del TEDH y la Corte IDH.

Desde esa perspectiva, la doctrina ha asimilado un control concentrado a manos del TEDH y la Corte IDH y un control interno interamericano a manos de los tribunales y autoridades internas, profundizado a partir de la idea de una fusión de aquellas categorías normativas; desde la “internacionalización” del Derecho Constitucional – por la codificación de unos derechos de origen constitucional –, y la “constitucionalización” del Derecho internacional mediante las cláusulas constitucionales de apertura al Derecho internacional en la materia. Como las disposiciones 10.2 de la Constitución Política Española (en adelante CE) y 46 de la Constitución Política de Nicaragua (en adelante CN). En ese sentido, la comparación asumida en la presente Tesis adquiere los elementos de equivalencia expresada entre el TEDH y la Corte IDH y de estos respecto a los sistemas constitucionales, dentro del marco de sus competencias. Por tanto, como un control concentrado en congruencia con la proyección interna de los textos convencionales y la jurisprudencia europea e interamericana en relación a España y Nicaragua.

Al tenor de lo anterior partimos de la hipótesis de que el control jurisdiccional de las normas internas a manos del TEDH y la Corte IDH adquiere un fundamento normativo similar en el Convenio Europeo y la Convención Americana que, no obstante, en la jurisprudencia de los dos tribunales se expresan en diversos grados de intensidad, como rasgos de identidad de cada sistema de garantía regional. Sobre la base de tal afirmación articulamos este trabajo con el propósito de identificar los elementos configuradores del control jurisdiccional de las normas que nos permita: verificar una analogía o disimilitud de ambos tribunales; la determinación del alcance y los límites de tal función desplegada sobre la diversidad de normas internas que comprende el Derecho interno; la identificación de la técnica y los principios interpretativos en el control de las contrariedades normativas; y la efectividad del control proferido a partir de los principios que rigen el cumplimiento de las obligaciones objetivas contenidas en las dos convenciones. Por otra parte, el trabajo se enfoca en demostrar la virtualidad práctica de los vínculos materiales y el diálogo jurisdiccional vertical expresado en las cláusulas constitucionales de apertura, y como escenario ideal para un control interno de convencionalidad.

Ahora bien, a modo aclaratorio y justificativo, cabe referirnos aquí a la delimitación del ámbito espacial del estudio del control de las normas internas del TEDH y la Corte IDH, acotado a los casos sometidos contra España y Nicaragua, como lo advierte el título. En primer lugar, habría que decir que la elección de los citados Estados ha estado determinada por la razón lógica de éstos como partes del CEDH y la CADH respectivamente, y por estar sujetos al control jurisdiccional de dichos tribunales bajo su competencia contenciosa; segundo, por la incorporación de las respectivas convenciones en sus sistemas jurídicos internos – aunque bajo distintas modalidades –, y el valor de los mismos en la interpretación de los derechos fundamentales; tercero, por la proximidad entre ambos sistemas jurídicos controlables, es decir, no es una comparación entre Estados de sistema *common law* y continental; y en especial, cuarto, porque España y Nicaragua han sido condenados con base a las incompatibilidades de ciertas disposiciones internas con el Convenio Europeo y la Convención Americana, respectivamente.

Sobre esto último creemos pertinente aclarar que si bien el número de sentencias en que España y Nicaragua han sido condenados no es proporcional, a saber, 84 contra el primero, por tres contra el segundo hasta el 2014¹. No obstante, hay que explicar que no en todas las sentencias emitidas

¹ Una explicación más detallada sobre esto se puede consultar en el Capítulo Tercero.

contra España se ha practicado un control de las normas internas, de modo que no todas forman parte del presente trabajo. En efecto, las sentencias analizadas en el estudio comparativo se reduce a dieciocho, de las que distinguimos tres en las que el TEDH realiza un control directo de las normas internas² – que no siempre condenatorias –, y quince de las que suponemos un control indirecto³ según los contenidos proferidos por el TEDH en las mismas y las modificaciones legislativas llevadas a cabo. Los criterios para la selección de las sentencias se basaron, principalmente, en las modificaciones legislativas que España había realizado bajo el mecanismo de supervisión de la ejecución de diversas sentencias en que fue condenada. Adicionalmente, las que se identificaron en la doctrina y la jurisprudencia del TEDH. En cuanto a Nicaragua, se considera que en dos sentencias se realizó un control de las normas internas, pero la otra denota una excepción al control jurisdiccional en vista de la jurisprudencia sostenida para negar el mismo en el caso concreto. De modo que las tres sentencias se circunscriben dentro del campo de análisis propuesto.

Aunque la diferencia entre los casos analizados es significativa, consideramos que ello no incide en el resultado de la investigación misma, toda vez que éste no es un estudio cuantitativo sobre las sentencias de ambos tribunales en relación a dichos Estados, sino un estudio sobre lo que entrañan las mismas sobre el control de las normas internas. Por otra parte, si se considera que las decisiones adoptadas han sido argumentadas con base a la jurisprudencia constante de ambos tribunales, nos encontramos incluso con un estudio aleatoriamente lineal sobre el asunto que, para el caso concreto de España y Nicaragua, se abocaría a destacar las particularidades que envuelven el control de las normas internas aplicadas en dichos casos; en el sentido de lo expresado con anterioridad, incluso, con miras a identificar algunos patrones tendentes a la sistematización de criterios.

No obstante, es menester subrayar las desigualdades indicadas como elemento intrínseco de todo estudio comparativo entre ambos tribunales, especialmente si tomamos en cuenta las diferencias temporales en que ambos fueron instituidos – 1959 y 1979 –, respectivamente, aunque de la

² Así, las sentencias del TEDH en los asuntos *Valenzuela Contreras*, *Padro Bugallo*, *Arribas Antón*, incluso, la decisión de inadmisibilidad del asunto *Coban*.

³ En particular, las sentencias de los asuntos *Unión Alimentaria Sanders S.A*, *Cardona Serrat*, *Ruiz Mateos*, *Castillo Algar*, *Perote Pellón*, *Barberá*, *Messegué y Jarabo*, *Martínez Sala y otros*, *San Argimiro Isasa*, *Otamendi Eiguren*, *Etxebarria Caballero*, *Arratibel Garcandía*, *García Manibardo*, *Pérez de Rada Cavanilles*, *Miragall Escolano y Otros*, y la sentencia *Díaz Ochoa*.

Corte IDH habría que precisar que su primera sentencia fue emitida hasta 1988; así como desde su funcionamiento – permanente y temporal –, como desde los recursos financiero y humanos que se ven reflejado en la cantidad de asuntos que resuelven cada año. Así, por ejemplo, en el 2014 el TEDH llegó a emitir 891 sentencias por trece de la Corte IDH. Y todavía en el plano estadístico, si a las desigualdades apuntadas añadimos las deducidas sobre cada Estado, se evidencia que ningún Estado parte de la CADH ha sido condenado más veces que España, quien por cierto tampoco es el Estado más condenado por el TEDH.

En cuanto a la metodología, la presente Tesis adopta un método descriptivo, comparativo y analítico. Las secciones dedicadas al estudio de los tribunales, el control jurisdiccional y la labor interpretativa lo hacemos desde un punto de vista descriptivo comparativo, como también aplica a la comprensión de los dos textos convencionales. Mientras el examen de los contenidos, los términos explicitados en las sentencias de declaración de incompatibilidad y del establecimiento de las modificaciones legislativas se abordan desde una perspectiva analítica comparativa. Los mismos parámetros son empleados en el estudio particularizado de los casos seleccionados relativos a España y Nicaragua, así como en el análisis del cumplimiento de las medidas generales.

La principal fuente de información es jurisprudencial, europea e interamericana, bibliográfica y normativa: el Convenio Europeo y la Convención Americana, los Protocolos Adicionales a los mismos y los instrumentos interamericanos especializados. Como fuentes secundarias destacamos las leyes internas, las constituciones políticas y la jurisprudencia constitucional de dichos Estados e informes de organismos regionales e internacionales. Por tanto, es una investigación de tipo documental que se asienta exclusivamente en aquellas fuentes primarias y secundarias. La información fue recabada en diversas fases de investigación, entre las que destacamos las estancias de investigación en la Biblioteca de la Corte Interamericana, en San José, Costa Rica, en la Biblioteca del Tribunal Europeo, en Estrasburgo, Francia, y en el *Centre for Latin American Research and Documentation* (CEDLA), de la Universidad de Ámsterdam, Los Países Bajos.

La estructura de la Tesis está comprendida en cuatro capítulos divididos en dos partes cada uno. La primera parte del primer capítulo comprende un estudio descriptivo comparativo de la organización y funcionamiento del TEDH y la Corte IDH como órganos jurisdiccionales instituidos en el Convenio Europeo y la Convención Americana; sobre los que nos restringimos al estudio del

despliegue de la actividad jurisdiccional sobre el control de las normas internas de los Estados partes del CEDH y la CADH, bajo de la premisa de un sistema de control de aplicación uniforme para todos los Estados. En ese sentido, el análisis comparativo se orienta a la identificación de las similitudes y diferencias entre ambos tribunales respecto a tales potestades, de la comprensión del marco normativo controlable, así como de la identificación de las diversas categorías de control de las normas internas en la competencia contenciosa, incluso en la consultiva interamericana. Del mismo modo abordamos el estudio a la identificación del parámetro de juicio de las normas internas y de su elemento habilitante, articulado alrededor de unos fines y objetivos definidos en los instrumentos. La segunda parte está enfocada a comprender la labor interpretativa de los tribunales a partir de los criterios explicitados en su jurisprudencia sobre los instrumentos mismos, como de la discusión doctrinaria sobre la función constitucional deducida; y de la técnica y los principios interpretativos empleados en el control de las normas. También intentaremos entender y explicar los efectos de algunas construcciones jurisprudenciales, como es el margen de apreciación nacional, en el despliegue de la actividad jurisdiccional del TEDH.

El segundo capítulo es un estudio dedicado al marco normativo sobre el que se erige el sistema de garantía. Hemos considerado abordar este tema en un capítulo separado por cuanto es crucial para la comprensión de la actividad jurisdiccional antes explicada, sobre la base de los límites y permisos en que se configuran los instrumentos; en tanto, de la conducta estatal esperada a partir de los textos y de la resultada desde los supuestos de violación. Así, la primera parte es una comparación descriptiva del sentido fundacional del CEDH y la CADH a partir del vínculo de universalidad derivado de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante la DDHH o Declaración Universal), reconocible en el contenido del material justiciable codificado en ambos. Con base en la doctrina y la jurisprudencia del TEDH y la Corte IDH, se explica la influencia normativa e institucional que da pie al establecimiento de unos criterios de aplicabilidad similares, en particular, de irretroactividad, territorialidad, y del principio democrático como garantía mínima para la operatividad de dichos instrumentos. La segunda parte es un análisis comparativo de la proyección interna del CEDH en España y de la CADH en Nicaragua, como un aspecto a destacar en las relaciones de aquellos con los sistemas internos de dichos Estados. En ese sentido, las explicaciones posteriores sobre los contenidos de la doble dimensión de las obligaciones objetivas son expuestas a partir de su impacto negativo y positivo en los poderes públicos, con especial atención en la configuración del Derecho interno a partir de la actividad legislativa. La

relevancia de estos asuntos no es otra que la de localizar los ámbitos de impacto de las convenciones y la labor interpretativa y de aplicación de las mismas por parte de aquellos tribunales. En el entendido de que hablamos de un sistema de garantía colectivo integrados por Estados, establecidos como mecanismos subsidiarios a los sistemas internos de tutela.

Con el capítulo tercero damos inicio al análisis comparativo del control de las normas internas en España y Nicaragua sobre la base de los casos seleccionados. Y así como nos hemos referido a la integración del CEDH y la CADH en los sistemas jurídicos internos, aquí tratamos la relación del ejercicio de las potestades jurisdiccional de ambos tribunales dentro del sistema jurídico español y nicaragüense, a partir del sentido de unidad jurisdiccional y de la no transferencia de competencias en la materia. La primera parte, dedicada al caso Español, empieza por delimitar los ámbitos materiales y temporales de la competencia contenciosa del TEDH en los casos sometidos contra España, dando por sentado la asimilación de los principios de aplicabilidad abordados en el capítulo que precede. Teniendo en cuenta la delimitación del control de las normas internas ya identificado en el capítulo primero, se prosigue con la caracterización de un control a partir de los planos deliberativos comprobados en el estudio de las sentencias de condena dictadas contra España, que por la imprecisión del alcance del control deducido lo hemos calificado como control incidental *indirecto* de convencionalidad. Por otra parte, también comprobamos un control estricto que en contraparte al anterior nominamos control *directo*, en todo caso, porque se erige sobre los mismos planos materiales de aplicación determinados por la labor interpretativa del TEDH.

En la misma estructura de estudio y análisis, la segunda parte asimila los criterios de identificación de los casos seleccionados para el caso de Nicaragua y de los límites temporales y materiales del control jurisdiccional expuestos, con especial mención a la incompetencia declarada por la Corte IDH en el caso *Genie Lacayo*. En la línea de lo anterior, en el análisis de los dos casos que le siguen, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni y Yatama*, se identifica el llamado control *directo* emparentado con el practicado por el TEHD. En cuyo análisis nos dedicamos a la comprobación de los dos ámbitos sobre los que se proyecta el control de las normas, esto es, por la actividad legislativa y por la inacción del legislador y del constituyente. De manera que los tres casos ilustran en gran medida el despliegue de la actividad jurisdiccional de la Corte IDH sobre el Derecho interno.

Por último, el capítulo cuarto es el resultado del análisis comparativo del control de las normas practicado en los casos sometidos contra España y Nicaragua estudiados anteriormente. Si ya se había dicho que el control practicado es directo e indirecto, aquí profundizamos en las analogías y diferencias entre ambos a partir de los contenidos vertidos en las sentencias para declarar las incompatibilidades normativas y las sucesivas modificaciones legislativas. En ese sentido, asumimos una correlación entre la declaración y el establecimiento del cambio normativo con miras a identificar la intensidad con la que se dan las variaciones o sistematizaciones terminológicas y la aplicación de los criterios interpretativos. Por tanto, en la primera parte tomamos en cuenta los fundamentos normativos que dan lugar al establecimiento de las modificaciones legislativas, como variante para la eventual constatación del contenido disímil de las sentencias. No sin antes abordar las sentencias mismas desde sus efectos y la significación de ello en las declaraciones de incompatibilidad, criterio que abona a la determinación de los límites del control proferido sobre la base de los ámbitos competenciales de los dos tribunales definidos en el primer capítulo.

La segunda parte toma como punto de partida los grados de especificidad de las medidas generales identificados en el cuerpo de las sentencias, a partir de la noción implícita del discernimiento integral o sistémico de los tribunales en la resolución de los asuntos en cuestión, y como expresión de aquella correlación asumida. De la que se espera concluir, además, sobre su incidencia en la asunción de un margen amplio de los Estados europeos y uno estrecho de los Estados americanos en el cumplimiento de las medidas generales. Por otra parte, consideramos pertinente tratar las diversas interacciones que plantea la declaración de modificación legislativa y los márgenes de elección para concretarlas, en la etapa posterior de supervisión de la ejecución de las mismas ante el Comité de Ministros y la Corte IDH; a partir de cierta equivalencia en la actuación esperada de las autoridades nacionales respecto a los obligaciones de resultado explicitadas o no en las sentencias condenatorias, como derivación de un incumplimiento *ab initio* de los mandatos de concreción los textos convencionales.

En este sentido, hemos decidido extendernos en las relaciones imbricadas desde los textos convencionales y de la actividad jurisdiccional de los dos tribunales con la desarrollada por los tribunales españolas y los nicaragüenses. La relevancia de esta sección la destacamos en la obligación de los Estados de garantizar la restitución de un derecho en las situaciones concretas de

vulneración declaradas – o su no repetición –, comprendida dentro del marco de las obligaciones generales para garantizar los efectos propios de la CADH y el CEDH. Así pues, exponemos el control de convencionalidad deducido por la Corte IDH como una obligación de las autoridades nicaragüenses, a partir de la premisa de asegurar que los efectos propios de la CADH no se vean mermado por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin; sobre lo que destacamos los espacios que desde el ordenamiento jurídico y la práctica judicial tendría lugar su aplicabilidad. En esa misma tesitura, también, hemos considerado abordar la irradiación interna del CEDH y la jurisprudencia del TEDH en la función armonizadora del artículo 10.2 CE, y los efectos de su virtualidad práctica en la interpretación conforme de los derechos fundamentales para garantizar el objeto y fin del CEDH en el Derecho español. De lo que esperamos comprobar si la práctica interna a la luz de tal mandamiento constitucional puede dar lugar a la aplicabilidad del control de las normas internas bajo el estándar mínimo europeo.

En suma, esperamos demostrar la existencia de un control jurisdiccional del sistema jurídico español y nicaragüense fundado en unos elementos configuradores desarrollados en la jurisprudencia del TEDH y la Corte IDH a partir de un marco normativo semejante; que no obstante, parece estar a merced de unos cambios institucionales y construcciones jurisprudenciales derivados de la labor interpretativa de ambos tribunales, que podrían estar dando constancia de una aproximación o divergencia sobre el citado control en ambos sistemas de garantía. En ese sentido, gran parte del trabajo es un estudio del despliegue y de la intensidad de la actividad jurisdiccional en el control de las normas.

CAPÍTULO I

EL CONTROL JURISDICCIONAL EUROPEO Y AMERICANO DE LAS NORMAS INTERNAS DE LOS ESTADOS PARTE DEL CEDH Y CADH

Introducción

Antes de entrar en el estudio y análisis concreto del control de las normas internas a manos del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana, hemos considerado pertinente determinar los elementos configuradores de tal función, así como su alcance y límite. En todo caso, como una necesidad exigida por el modelo de trabajo comparativo aquí asumido y para guiarnos en el planos materiales y formales de realización de esta actividad de naturaleza jurisdiccional. En ese sentido, el primer capítulo se centra en conocer, estudiar y comprender el control jurisdiccional de los actos y omisiones de los Estados partes del Convenio Europeo y la Convención Americana, identificando en el curso, las diferencias y similitudes que propicien una comparación más fluida en los aspectos destacados sobre el asunto central de este trabajo: el control de las normas internas. En esa tesitura, el estudio propuesto se centra, además, en el conocimiento orgánico y funcional de tales tribunales con la finalidad de identificar el paralelismo atribuido a éstos en el área de la protección de los derechos; lo que indefectiblemente nos lleva a la correlación de aquellos con los sistemas constitucionales en el ejercicio de tal función judicial; para hilar un esquema de trabajo sobre la base de los vínculos que hacen aún más fértil la comparación propuesta. Así, hemos decidido estructurar el capítulo en dos partes.

La primera parte aborda aspectos orgánicos, estructurales y funcionales, empezando por la ubicación temporal y espacial del sistema de garantía europeo e interamericano, en particular, de la institución del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana como máximos intérpretes del Convenio Europeo y la Convención Americana respectivamente. Luego continúa con el estudio de las atribuciones y funcionamiento de los tribunales en forma comparativa, introduciéndonos al ejercicio de su principal función como órganos judiciales, esto es, el control jurisdiccional de los actos y normas internas, bajo el sistema de demandas individuales e interestatales previstas en dichos tratados. Asimismo, se identifica la competencia material del citado control jurisdiccional en la jurisprudencia de ambos tribunales, y los parámetros de juicio de la actividad legislativa de los Estados, no sin omitir, aquella que tienen lugar bajo el ámbito competencial no contencioso.

En la segunda parte se estudia los aspectos pertinentes a la labor interpretativa del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana en el control de las normas internas, con el objeto de identificar los criterios y herramientas hermenéuticas empleadas bajo su función contenciosa; y, en particular, para denotar la intensidad del control jurisdiccional ejercido sobre los sistemas jurídicos internos. En este aspecto, se parte de los argumentos expuestos en la primera parte, sobre los vínculos materiales y formales de la práctica de ambos tribunales y de estos con los sistemas constitucionales. Así, se profundiza en la comprensión de los textos convencionales, el CEDH y la CADH, como instrumentos constitucionales de orden público, a partir de los criterios jurisprudencia de ambos tribunales y la doctrina, y como criterio para la identificación de una proyección armonizadora a través de la jurisprudencia europea e interamericana.

PRIMERA PARTE

Los órganos jurisdiccionales del sistema europeo y sistema interamericano de protección de derechos humanos

1. La instauración del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana como órganos regionales jurisdiccionales para la protección de los derechos humanos

El artículo 19 del Convenio Europeo instaura el Tribunal Europeo para “asegurar el respeto de los compromisos” asumidos por los Estados partes⁴. Con sede en Estrasburgo, Francia, el Tribunal Europeo ejerce una competencia contenciosa y consultiva de forma permanente “sobre asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio y de sus Protocolos”, que le sean sometidos bajo el sistema de peticiones individuales e interestatales y para emitir opiniones consultivas acerca de las cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio Europeo y sus Protocolos⁵. La creación del Tribunal Europeo supuso el primer tribunal internacional para la protección de los derechos humanos para el continente europeo, que luego serviría de inspiración para la creación de otros tribunales regionales en la materia⁶.

⁴ Antes habría que aclarar que si bien el Tribunal Europeo se crea en el Convenio Europeo -en el artículo 19. b) del texto original-, cuya adopción se remonta al 4 de noviembre de 1950, pero en vigor desde el 3 de septiembre de 1953; lo cierto es que la idea de crear el Tribunal Europeo surge en la iniciativa del Movimiento Europeo del Convenio de la Haya de 1948. El mecanismo institucional previsto en esa versión del Convenio Europeo comprendió, adicionalmente, la Comisión Europea y el Comité de Ministros. Aunque éste último ya había sido creado en el Estatuto del Consejo de Europa, luego recogido en el Convenio Europeo, para ejercer una función causi-jurisdiccional en la resolución de las demandas. Vid CARRILLO SALCEDO, J. A., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 40 y ss. Asimismo en GARCÍA DE ENTERRIA, E., *El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 1979, p. 57.; KELLER, H. and STONE S., *A Europe of Rights. The impact of the ECHR on the national legal systems*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 5.; GARCÍA JIMÉNEZ, M.E., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998.

⁵ Así, los artículos 32.1, 33, 34, 46 y 47 del CEDH.

⁶ Así, por ejemplo, se ha dicho que la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es también resultado de la inspiración propia de los Estados americanos y de las tendencias de principios de siglo XX de establecer jurisdicciones de tipo regional e internacional, como la Corte Justicia Centroamericana de 1907 y la Corte Permanente Internacional de Justicia. Vid. SILVA GARCÍA, Fernando., *Derechos Humanos. La eficacia de las sentencias internacionales*, Porrúa, México, 2007, p. 11. En ese mismo sentido se ubica el Sistema Africano de derechos humanos y de los pueblos, que funciona con base a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981. Del mismo modo que los otros sistemas regionales, éste funciona bajo dos órganos: la Comisión Africana de Derechos Humanos y la Corte de Derechos Humanos y de los Pueblos, ésta última establecida hasta 1998, pero que entró en funcionamiento a partir de 2006. Vid. SAAVEDRA ÁLVAREZ, Yuria., “El sistema africano de derechos humanos y de los pueblos. Prolegómenos”, (En línea) *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. VIII, 2008, pp. 671-712. (Consulta de 15 de octubre de 2015). Disponible en: biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoInternacional/8/cmt/cmt20.pdf Asimismo en: GARCÍA RAMÍREZ, S., “Relación entre la jurisdicción interamericana y los Estados (sistemas nacionales). Algunas cuestiones relevantes”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2014, no. 18. pp. 231-273. Un amplio estudio comparativo del TEDH, la Corte IDH y la Corte Africana puede verse en: CAPPUCCIO, Laura, et. al., *Le Corti Regionali tra stati e diritti. I sistema di protezione dei diritti fondamentali europeo, americano e africano a confronto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.

Así, casi 20 años después de la creación del TEDH se crea la Corte Interamericana en el artículo 33.b de la Convención Americana⁷, como un tribunal temporal con sede en San José, Costa Rica⁸. A diferencia del Tribunal Europeo la Corte Interamericana funciona de forma conjunta con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH)⁹ “para conocer los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes de la Convención”, según el artículo 33 de la misma. Pese a la existencia de dos órganos competentes para supervisar el cumplimiento de las disposiciones de la Convención Americana, solo la Corte Interamericana fue instituida como tribunal “con competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención que le sea sometidos”¹⁰; por medio del sistema de peticiones individuales e interestatales previsto en los artículos 44 y 45 de la CADH, y por la vía consultiva según el 64.1 de la CADH¹¹. Es pues, el único tribunal regional en materia de protección de derechos humanos en el continente americano que funciona bajo una competencia contenciosa voluntaria, sujeta a la aceptación expresa de los Estados partes de la Convención Americana¹².

La similitud funcional de ambos tribunales se explica en la influencia del Convenio Europeo en la Convención Americana¹³, especialmente en el control de los actos y normas de los Estados sujetos

⁷ Cabe recordar que la Corte IDH no pudo establecerse y organizarse hasta que entró en vigor la Convención Americana, el 18 de julio de 1978. De modo tal que fue instalada hasta el 3 de septiembre de 1979 en San José. *Vid.* FIX-ZAMUDIO, Héctor., “The European and the Inter-American Courts of Human Rights: A brief comparison”, en MAHONEY P, et.al (ed), *Protecting Human Rights: The European Perspective. Studies in memory of Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag, KG, Koln, Berlin, Bonn, Munchen, 2000, pp.507-533; GROSS ESPIELL, H., *La Convención Americana y la Convención Europea de derechos humanos. Análisis comparativo*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991, p. 57; CAPPUCCIO, Laura., “La Corte Interamericana e la Protezione dei Diritti fondamentali: Una bussola per gli stati”, en CAPPUCCIO, Laura, et. al., *Le Corti Regionali tra stati e diritti. I sistema di protezione dei diritti fondamentali europeo, americano e africano a confronto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012. pp. 123-196.; BURGORGUE-LARSEN, L, UBEDA DE TÓRRES, A., *Las decisiones básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Civitas/Aranzadi, 2009, p. 17 y ss.

⁸ Artículo 3.1 del Estatuto de la Corte Interamericana, aprobado en la Resolución N° 448 de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (en adelante OEA), en su noveno período de sesiones celebrado en La Paz, Bolivia, octubre de 1979.

⁹ Tiene su sede en Washington, D.C., Estado Unidos de América y empezó sus funciones en 1960. Es decir, casi dos décadas antes de que la Corte Interamericana empezara a funcionar, en virtud de que originalmente no fue creada en la CADH sino con las reformas a la Carta de la OEA. *Vid.* GROSSMAN, Claudio., “Reflexiones sobre el Sistema Interamericano de Protección y Promoción de los Derechos Humanos”, en NIETO NAVIA, R. (ed), *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, San José, 1994, pp. 245-262.

¹⁰ Según la letra del artículo 62.3 de la Convención Americana.

¹¹ Aun cuando la CIDH sigue ejerciendo potestades cuasi-jurisdiccionales en la tramitación y resolución de las peticiones individuales (art. 50 CADH), su función principal es la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos (art.41 CADH).

¹² El artículo 62.3 condiciona la competencia contenciosa de la Corte Interamericana a su reconocimiento previo de los Estados partes “ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial”.

¹³ Una influencia que se remonta a los proyectos del Consejo Interamericano de Jurisconsultos de 1959 y los de Chile y Uruguay de 1965. *Vid.* BUERGUENTHAL, Thomas., “The European and Inter-American Human Rights Court. Beneficial

a su jurisdicción. En efecto, los mecanismos institucionales interamericanos reconocidos en la CADH se fundaron en una doble instancia – Comisión y Corte –, como una reproducción del sistema de garantía instituido originalmente en el Convenio Europeo¹⁴; pero que luego sería suprimido por las reformas estructurales adoptadas con el Protocolo Adicional No. 11 al Convenio Europeo¹⁵. Tal influencia, igualmente se ve reflejada en que la instauración de la Corte Interamericana haya tenido lugar bajo una jurisdicción voluntaria con funcionamiento temporal, un acceso al tribunal reservado a la CIDH y los Estados partes y una función de filtro de las demandas encomiada a dicha Comisión¹⁶.

Con la adopción del Protocolo Adicional No. 11 se introdujeron cambios estructurales que reorganizaron el funcionamiento del TEDH, para fortalecer sus potestades contenciosas en el control de actos y normas internas incompatibles con el CEDH¹⁷. Así, el citado Protocolo suprimió la Comisión Europea de Derechos Humanos (en adelante la Comisión Europea) y limitó las

Interaction”, en MAHONEY P, et.al (ed), *Protecting Human Rights: The European Perspective. Studies in memory of Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 2000, pp. 123-133.

¹⁴ Thomas BUERGENTHAL, señala que “el paralelismo institucional entre ambos sistemas regionales de protección es evidente en la creación de una Comisión y Corte Interamericana, como en el establecimiento de un procedimiento de admisibilidad y de soluciones amistosas en los dos instrumentos”. Vid. BUERGENTHAL, Thomas., “The European...”, op.cit. p. 127. No obstante, aleatoriamente a aquella doble instancia ya funcionaba el Comité de Ministros creado con anterioridad en el Estatuto del Consejo de Europa de 1949, como órgano ejecutivo y político del Consejo de Europa; integrado por los Ministros de Asuntos Exteriores de cada Estado miembro del Consejo de Europa con derecho a un voto, es decir, 47 representaciones por igual número de Estados miembros. Pero que además ejercía funciones relacionadas a aspectos organizativos y sobre la protección de los derechos humanos, en virtud del artículo 15.a) del Estatuto del Consejo de Europa y el Convenio Europeo.

¹⁵ El Protocolo Adicional No. 11 fue firmado en Estrasburgo, Francia, el 11 de mayo de 1994 y en vigor desde el 1 de noviembre de 1998.

¹⁶ Ciertamente es que la CIDH a diferencia de su homóloga europea no tiene un origen convencional puesto que surge en el seno de la Organización de Estados Americanos, en la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores que tuvo lugar en Santiago de Chile del 12 al 18 de agosto de 1959; y más tarde regulada en el Estatuto de la CIDH el 25 de mayo de 1960 e integrada en la Carta de la OEA el 27 de febrero de 1967, en la que se adoptó el Protocolo de Buenos Aires que reformó la Carta de la OEA. Así, la Carta fortaleció las bases jurídicas de la CIDH al ser reconocida como un órgano principal de la OEA, bajo la misma función promotora y defensora de los derechos humanos. Con la adopción de la Convención Americana la CIDH pasaría a ser un órgano del sistema de garantías previsto en dicho instrumentos, adquiriendo así la estructura análoga al Convenio Europeo. Véase en NIKKEN, Pedro., “Perfeccionar el Sistema Interamericano de Derechos Humanos sin reformar el pacto de San José”, en MÉNDEZ, Juan E y COX, Francisco (ed), *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, IIDH, San José, 1998, pp. 25-42; MEDINA QUIROGA, C., *The Battle of Human Rights: Gross, Systematic Violations and the Inter-America System*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1988. pp. 21-23; DAVIDSON, Scott, *The Inter-American Human Rights System*, Dartmouth, United Kingdom, 1997. pp. 1-3; FAÚNDEZ LEDESMA, H., *El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2004. pp. 31-34.

¹⁷ Se ha sostenido que una de las razones que dio lugar a dichos cambios fue la excesiva acumulación de demandas ante la Comisión y Tribunal Europeo, lo que habría propiciado la revisión de los mecanismos procedimentales para facilitar el trabajo en ambos órganos. Sobre esto véase las planteamientos expuestos en la Recomendación 1020 (1985), de 2 de octubre, la Recomendación 1087 (1988) de 7 de octubre y más tarde, en la Recomendación 1194 (1992) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. Vid. SALINAS ALCEGA, S., *El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos en el Siglo XXI. El proceso de reforma para asegurar su eficacia a largo plazo*, Lustel, Madrid, 2009, p. 30.

facultades decisorias del Comité de Ministros¹⁸, y dio lugar a la instauración de la TEDH como único órgano jurisdiccional cuyo funcionamiento pasó a ser permanente y su jurisdicción contenciosa obligatoria para todos los Estados partes¹⁹. Las diferencias estructurales del TEDH respecto a la Corte IDH se verían acentuadas con la entrada en vigor del Protocolo Adicional No. 14²⁰, que vino a cambiar el funcionamiento del TEDH a través de la formación de Jueces Únicos, Comités, Salas y Gran Sala²¹; mientras la Corte Interamericana seguiría funcionando con una formación simple²².

Como consecuencia de su naturaleza jurisdiccional²³ el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana están integrados por jueces elegidos por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (en adelante OEA) respectivamente²⁴. La elección como el número de jueces y período del mandato varía de una Corte a otra. Por ejemplo, la Corte Interamericana es integrada por siete jueces por cuarenta y siete jueces del Tribunal Europeo, equivalente al mismo número de Estados partes del Convenio Europeo²⁵. El mandato de los jueces interamericanos es de seis años, reelegibles por uno más (art.54.1 CADH), por su parte los jueces europeos son elegidos por un mandato no reelegible de nueve años (art.23 CEDH). Pese a las diferencias estructurales, los dos tribunales regionales funcionan como máximos intérpretes del Convenio Europeo y la Convención Americana,

¹⁸ Con la adopción del Convenio Europeo y, más tarde, con los Protocolos Adicionales No. 11 y No. 14 al CEDH, el Comité de Ministros asumió un rol preponderante como órgano supervisor del cumplimiento de las sentencias del TEDH bajo la ampliación de sus funciones, que en todo caso, no prejuzgaban los poderes adquiridos en el Estatuto del Consejo de Europa, según los artículos 39.4, 46.2, 47.1 y 54 del CEDH.

¹⁹ La función de filtro de las demandas de la Comisión Europea asumida por el Tribunal Europeo implicó resolver sobre la admisibilidad, inadmisibilidad y el fondo de las demandas individuales e interestatales según el artículo 26 y 35 del CEDH. *Vid. CARRILLO SALCEDO, J.A., El Convenio Europeo..., op.cit. p. 42.*

²⁰ Firmado en Estrasburgo, Francia, el 13 de mayo del 2004 y en vigor desde el 1 de junio de 2010.

²¹ Artículo 26 del CEDH.

²² Aunque las normas procesales de ambas cortes se inspiraron en las de la Corte Internacional de Justicia, cada tribunal ha ido adoptando un sistema más acorde a la naturaleza protectora de los tratados, volviéndoles “más dinámicos y menos convencional”. *Vid. FIX-ZAMUDIO, Héctor., “The European and...”, op.cit. p. 516.*

²³ Una naturaleza jurisdiccional que hay que distinguir de la penal o cualquier otra que no sea la definida en las propias disposiciones convencionales y la jurisprudencia dirigida a interpretar y aplicar dichos instrumentos. *Vid. REMOTTI CARBONELL, J. C., La Corte interamericana de derechos humanos. Estructura, funcionamiento y jurisprudencia*, Instituto Europeo de Derecho, Barcelona, 2003. p. 35.

²⁴ Para ser juez de la Corte Interamericana no se exige ser nacional de un Estado parte de la CADH sino de un Estado miembro de la OEA, mientras que para ser juez del Tribunal Europeo solamente se requiere ser nacional de un Estado parte del CEDH, ya que todos los miembros del Consejo de Europa son partes de dicho tratado. *Vid. BUERGUENTHAL, Thomas, “The European and Inter-American...”, op.cit. p. 125.*

²⁵ Así, los artículos 20 y 22 del CEDH y los artículos 52.1 y 53.1 de la CADH.

respectivamente, bajo cierta proximidad normativa que ha reforzado su interacción “a nivel institucional y normativo”²⁶.

2. El Tribunal Europeo y la Corte Interamericana como órganos titulares del control jurisdiccional del Derecho interno

La naturaleza jurisdiccional del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana se fundamenta en el ejercicio de una función judicial subsidiaria para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados partes del CEDH y la CADH²⁷. El artículo 32 del Convenio Europeo y el 62.3 de la Convención Americana delimitan la competencia contenciosas de los dos tribunales para conocer de “todos los asuntos” y “cualquier caso” relativo a la interpretación y aplicación de dichos textos, a lo que habrá que agregar los Protocolos Adicionales y demás instrumentos interamericanos aplicables respectivamente²⁸.

En virtud de la naturaleza protectora del individuo de esos tratados, ambos tribunales se desmarcan de la típica labor jurisdiccional de los tribunales internacionales, que no por ello dejan de serlo, y adquieren una categoría singular en el ámbito internacional, cuya actuación solo se verá habilitada cuando en el orden interno no se hayan protegidos los derechos convencionales de acuerdo al estándar europeo e interamericano, y se hayan agotados los recursos internos para su

²⁶ Sobre el análisis comparado de la institución del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana véase, entre otros, a: BUERGENTHAL, Thomas, “The European and Inter-American...”, op.cit.; CANÇADO TRINDADE, A.A., “Inter-American Court at a crossroads: Current challenges and its emerging case-law on the eve of the new century”, en MAHONEY P, et.al (ed), *Protecting Human Rights: The European Perspective. Studies in memory of Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 2000, pp. 167-191; FIX-ZAMUDIO, Héctor, “The European and...”, op.cit.; GARCÍA RAMÍREZ, S. y ZANGHI, Claudio., “Las jurisdicciones regionales de derechos humanos y las reparaciones y efectos de las sentencias”, en GARCÍA ROCA, J. y FERNÁNDEZ SANCHEZ, P.A. et.al. (ed), *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 424-475.

²⁷ Es así que el artículo 1 del Estatuto de la Corte Interamericana la define como “una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

²⁸ La competencia contenciosa se extiende a interpretar y aplicar los Protocolos adicionales a la CADH referidos a Derechos Económicos, Sociales y Culturales o “Pacto de San Salvador” y el Protocolo relativo a la abolición de la pena de muerte. Asimismo, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana para Prevenir Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. La aplicación de estos instrumentos está condicionada al expreso reconocimiento de un Estado de la competencia de la CIDH y la Corte Interamericana para conocer de violaciones de dichos instrumentos. Sin embargo, la Corte IDH solo ha aplicado la Convención Interamericana contra la Tortura y declarar la responsabilidad de un Estado por su violación en los casos *Bámaca Velásquez*, *Cantoral Benavides*, *Villagrán Morales y otros (Caso de los “Niños de la Calle”)*, *Paniagua Morales y otros*; y declarar la violación a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas” en el caso “*Panel Blanca (Paniagua Morales y otros)*” y la Convención Interamericana para Prevenir Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer en el caso *Rosendo Cantú y otra*.

protección²⁹. En ese sentido, la jurisdicción contenciosa de ambos tribunales se ve activada bajo un sistema de peticiones individuales e interestatales, como se ha mencionado.

No obstante, dichos tribunales operarían bajos ciertas singularidades propias de los cambios institucionales acontecidos en la evolución de los mismos. Así, por ejemplo, es sabido que el individuo puede acceder directamente al Tribunal Europeo para demandar a un Estado³⁰, mientras el acceso directo a la Corte Interamericana sigue restringido a la CIDH y los Estados partes³¹. El *ius standi* del individuo en el CEDH se reserva exclusivamente a las víctimas – persona o grupos de personas físicas y personas jurídicas –³² y en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (en adelante el Sistema Interamericano) la legitimación del individuo para demandar³³ ante la CIDH se estableció como *actio popularis* no restringido a la víctima³⁴.

A pesar de ello la función judicial de ambos tribunales es invariable en el control de los actos y omisiones, y, especialmente, para el tema que nos ocupa, el control de las disposiciones internas en conflicto con los textos convencionales. En ese sentido, el control judicial de los dos tribunales se circunscribe a la resolución de las cuestiones sometidas por las violaciones de las disposiciones

²⁹ Art.46.1.a de la CADH y 35.1 del CEDH. Según BURGORGUE-LARSEN y UBEDA DE TÓRRES, el agotamiento de los recursos internos se expresaría un tanto más favorable a la víctima en el Sistema Interamericano que en el europeo, donde el TEDH exige no solo el agotamiento de los mismos ante las instancias internas, sino también de las quejas hechas valer. Mientras la Corte IDH se ha enfocado en determinar cuáles son las instancias y los recursos a agotar, así como dos requisitos que prevalecen a la hora de definirlos, esto es, que sean *adecuados* y *efectivos*. Vid. BURGORGUE-LARSEN, L y UBEDA DE TÓRRES, A., *Las decisiones básicas...*, op.cit. p. 39.

³⁰ El acceso directo del individuo al tribunal fue originalmente reconocido en el artículo 3 del Protocolo Adicional No. 9 al Convenio Europeo, adoptado el 6 de noviembre de 1990 y que entró en vigor el 1 de octubre de 1994, pero que luego fue reemplazado por el citado Protocolo No. 11. CAPPUCCIO, Laura, et. al., *Le Corti Regionali...*, op.cit. p. 12 y ss.

³¹ De acuerdo con el artículo 61.2 de la CADH la legitimación activa de la CIDH se circunscribe al ejercicio de un derecho propio, por lo que tiene “una clara función de auxiliar de la justicia, a manera de Ministerio Público del Sistema Interamericano”. Cfr. Corte IDH, *Asunto Viviana Gallardo y otras*, No. G 101/81, decisión del 13 de noviembre de 1981, párr. 22.

³² Una demanda individual puede ser presentadas por “cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima” de una violación imputable a un Estado Parte (art.34 del CEDH).

³³ Lo que algunos autores han denominado *el amparo interamericano*, entre otros, véase a AYALA CORAO, C. M., *Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos*, Editorial Jurídica Venezolana, 1998; DULITZKY, Ariel., “Reflexiones sobre la judicialización interamericana y propuesta de nuevos perfiles para el amparo interamericano,” en SAMUEL B. ABAD YUPANQUI & PABLO PÉREZ TREMP (coords) *La reforma del proceso de amparo: La experiencia comparada*, Palestra Editores, Lima, 2009, pp. 327-359.

³⁴ Así el artículo 44 de la CADH establece: “Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte”. Destacada hoy como un aporte propio del sistema de protección regional. Vid. FAÚNDEZ LEDESMA, H., *El Sistema Interamericano...*, op.cit. p. 192-194; NIKKEN, Pedro. *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*. IIDH/CIVITAS, Madrid, 1987, pp. 205-219.

convencionales, la cual se ajustará a la verificación de la compatibilidad de las leyes denunciadas con el CEDH y la CADH y demás instrumentos complementarios³⁵.

El funcionamiento de la competencia contenciosa de ambos tribunales es, por tanto, no oficioso sino a petición de parte, bajo aquella dinámica de demandas, a través de los que tiene lugar el control judicial de los sistemas jurídicos internos en un caso concreto. En todo caso, la función judicial para examinar la compatibilidad de una norma interna está sustentado en un sistema de garantía previsto para “proteger los derechos y libertades de personas determinadas y no con la de resolver casos abstractos”³⁶; por lo que en el enjuiciamiento de las disposiciones internas solo se determina si la contrariedad normativa ha generado responsabilidad internacional en virtud de la afectación a los derechos protegidos.

En ese sentido, la función judicial de los dos tribunales se funda en criterios básicamente idénticos, por cuanto está determinada por una competencia de carácter material (*ratione materiae*)³⁷, personal (*ratione personae*)³⁸, temporal (*ratione temporis*)³⁹ y espacial o de lugar (*ratione loci*)⁴⁰, aunque con ciertas variaciones como se verá enseguida. En todo caso, para comprender el funcionamiento de la competencia contenciosa del TEDH y la Corte IDH se debe precisar que cuando reciben una demanda *prima facie* evaluará si la misma cumple con los presupuestos convencionales que le permiten conocer de un caso, es decir, el objeto de la demanda, las partes que intervienen en el proceso y el lugar y momento en que habrían ocurrido los hechos⁴¹.

Desde esa perspectiva, las potestades jurisdiccionales del TEDH y la Corte IDH abarcan a todos Estados partes del Convenio Europeo y de la Convención Americana, haciendo la salvedad de la

³⁵ Las peticiones individuales e interestatales son previstos en los artículos 44 y 45 de la CADH y en los artículos 33 y 34 del CEDH.

³⁶ Corte IDH, Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). OC-14/94, de 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14. párr. 49.

³⁷ Es decir, que la demanda se trate sobre violaciones al CEDH y la CADH, como de los Protocolos Adicionales y demás instrumentos aplicables, los que deben haber sido ratificados previamente por el Estado demandado.

³⁸ En el Sistema Interamericano, la Corte IDH *prima facie* examinará si el Estado demandado ha aceptado la competencia contenciosa, pues de ello depende la continuidad del proceso.

³⁹ Como consecuencia del efecto no retroactivo del CEDH y la CADH el Tribunal solo puede admitir las demandas sobre violaciones que al momento de su comisión el tratado ya estaba en vigor en el Estado demandado.

⁴⁰ La intervención de los tribunales solo se vería habilitada si los hechos objeto de la demanda han ocurrido en la jurisdicción de uno de los Estados partes del CEDH y la CADH, aunque excepcionalmente podría exceder los límites fronterizos del Consejo de Europa.

⁴¹ Y los requisitos formales de admisibilidad de las demandas recogidas en el artículo 35 del CEDH y el 46 y 47 de la CADH.

previa aceptación de la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH sobre ésta última. En suma, en el procedimiento internacional seguido bajo la competencia contenciosa de dichos tribunales se enjuicia la conducta estatal en un caso concreto, por presuntas violaciones a los derechos consagrados en los textos convencionales. La forma en que resuelven las disputas, esto es, mediante sentencia definitiva; sería, también, una expresión de su naturaleza jurisdiccional, que por su obligatoriedad debe ser acatada por el Estado concernido, según el artículo 68.1 de la CADH y 46.1 del CEDH⁴².

2.1 El elemento diferencial de la competencia contenciosa

Como se ha mencionado, la análoga configuración jurídica del Tribunal Europeo y la Corte IDH se ve desequilibrada en el establecimiento de una competencia obligatoria para el TEDH, por una competencia voluntaria sujeta a cláusula facultativa de aceptación de la Corte Interamericana, según el artículo 62.3 de la CADH. La asimetría del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH en el continente americano, se ve además afectado por circunstancias ajenas a la naturaleza del sistema de garantía instituido, sino atribuibles a la fragmentación de un sistema colectivo propugnado. En particular, porque no todos los Estados miembros de la OEA han aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH⁴³, y otros como Trinidad y Tobago y Venezuela desde 1998 y 2012, respectivamente, que la han denunciado y se han retirado de la misma⁴⁴.

A este hecho habría que agregar, que la competencia contenciosa de la Corte Interamericana solo ha sido aceptada por 23 de los 35 Estados miembros de la OEA⁴⁵, de modo que el control jurisdiccional de las normas internas no aplica para todos los Estados miembros de la OEA, como sí

⁴² Así, REMOTTI CARBONELL en relación a la Corte IDH. *Vid.* REMOTTI CARBONELL, J. C., *La Corte interamericana...*, p. 23.

⁴³ Estados Unidos, Canadá, Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice, Dominica, Grenada, Guyana, Jamaica, Sant Kitts y Navis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas. Disponible en la página web de la OEA: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

⁴⁴ DULITZKY Ariel., "An Inter-American Constitutional Court? The invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights", *Texas International Law Journal*, 2015, Vol.50:1, pp. 45-93.

⁴⁵ A lo anterior habrá que agregar que los Estados que han aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH lo han hecho con algunas declaraciones por un plazo indeterminado (Brasil y Ecuador) o por un plazo indefinido (Bolivia, Colombia, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Paraguay y Uruguay). México concretamente señaló que ella "continuará en vigor hasta un año después en que los Estados Unidos Mexicanos notifiquen que la han denunciado." Ecuador se reservó el derecho de retirar el reconocimiento de la competencia cuando lo estime conveniente, y Colombia y El Salvador se reservaron el derecho de hacer cesar la competencia de la Corte en el momento que consideren oportuno. *Vid.* FAÚNDEZ LEDESMA, H., *El Sistema Interamericano...*, op.cit. pp. 991-1992.

sucede para todos los Estados miembros del Consejo de Europa. Tales desigualdades ponen en evidencia a un sistema de protección fraccionado cuya finalidad protectora queda a merced de la aquiescencia de los Estados, así que no todas las disparidades normativas de los Estados miembros de la OEA, respecto al estándar mínimo de protección interamericano, van a ser superados y ajustadas al objeto y fin de la CADH.

En cuanto a los límites de la competencia del TEDH y la Corte IDH, habría que decir que desde el momento que un Estado ha quedado sujeto a su jurisdicción contenciosa, aquellos se ven habilitado para interpretar y aplicar las disposiciones convencionales en relación a los actos y omisiones atribuidos al Estado concernido, sin que tal pueda ser condicionada por elementos externos a sus propias actuaciones⁴⁶. De modo que un Estado parte no podría restringir el ámbito contencioso del tribunal por medio de una reserva o declaración interpretativa de uno de los preceptos del CEDH y la CADH, más aun si aquella versa sobre el alcance de su competencia, pues ello sería inocuo por el deber que imponen ambos tratados de cara a la efectividad e integridad del sistema de garantía establecido⁴⁷.

La Corte Interamericana, particularmente, se ha visto exigida a pronunciarse sobre su competencia en casos donde un Estado ha denunciado la Convención Americana, como parte del proceso de retirada de su jurisdicción contenciosa. En *Hilaire, Constantine, y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago* expresó que si bien dicho Estado había denunciado la Convención Americana su efecto solo se produce un año después, en tal sentido se declaró competente para conocer y resolver ese caso en cuestión pues los hechos a los que se refiere “ocurrieron con anterioridad a la fecha en que la denuncia efectuada por el Estado empezó a generar efectos”⁴⁸. Del mismo modo aclaró que su competencia, si bien no se extiende al conocimiento de hechos acaecidos con anterioridad a la aceptación de su competencia⁴⁹, esto no le impide conocer de hechos de efectos continuos o

⁴⁶ Corte IDH, *Ivcher Bronstein vs. Perú*, Competencia, sentencia de 24 de septiembre de 1999, párr. 32; Corte IDH, *Cantos vs. Argentina* (Excepciones Preliminares), sentencia del 7 de septiembre de 2001, párr. 21. Asimismo, sentencias del Tribunal Europeo *H vs. Bélgica*, sentencia de 30 de noviembre de 1980, párr.34 y 50, *Belilos vs. Suiza*, sentencia de 29 de abril de 1988, párr. 50.

⁴⁷ Corte IDH, *Ivcher Bronstein vs. Perú*, párr. 33, 34 y 35. Explicado en la jurisprudencia a partir del principio *compétence de la compétence* (art.19 y 31 y 62.3 del CADH y 31 del CEDH) que ejercen ambos tribunales, cuyo origen no es convencional sino extraído del caso *La Constancia* de 1855 y *Alabama Arbitration* de 1872. Vid. CHITTHARANJAN, F. A., “Jurisdiction of International Tribunals”, The Hague; London: Kluwer Law International, 2003, p. 122 y ss.

⁴⁸ Corte IDH, *Hilaire, Constantine, y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago*, sentencia de 21 de junio de 2002, párr. 13 y ss.

⁴⁹ Corte IDH, *Cantos vs. Argentina* (Excepciones Preliminares), sentencia de 7 de septiembre de 2001, párr. 21 y 32.

permanentes en el tiempo que han conllevado a una violación continuada y autónoma de derechos consagrados en la CADH⁵⁰.

En términos similares el Tribunal Europeo se ha visto exigido a determinar su competencia, ante la posible inimpugnabilidad de los actos y la legislación de las instituciones comunitarias en áreas sensibles. Así, ha llegado a ampliar su competencia para hacer prevalecer el Convenio Europeo ante la normativa interna que transpuso los reglamentos comunitarios⁵¹. Y, más tarde, para valorar la posibilidad de aplicar directamente las normas convencionales a las instituciones comunitarias⁵².

2.2 Los sistemas regionales compuestos por Estados como sujetos únicos del control jurisdiccional

El axioma de que la violación de los derechos convencionales solo podría ocurrir en virtud de la conducta estatal presupone la atribución exclusiva de tales actos u omisiones al Estado infractor⁵³. No obstante, ni la Convención Americana ni el Convenio Europeo contienen disposiciones que explícitamente responda a la cuestión de cuáles son los órganos estatales que pueden comprometer la responsabilidad internacional de un Estado; para ello habrá que recurrir a las disposiciones generales del Derecho internacional, en particular, a los “Artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos” (en adelante Los Artículos)⁵⁴, así como la normas consuetudinarias⁵⁵ y la interpretación de los órganos

⁵⁰ Corte IDH, *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006. párrs. 48-50.

⁵¹ TEDH, *Van de Hurk vs. Los Países Bajos*, sentencia de 19 abril de 1994.

⁵² TEDH, *Mattews vs. Reino Unido*, sentencia de 18 de febrero de 1999. párrs. 11 y 12. Sobre la aplicación del principio *compétence de la compétence* por el TEDH véase a QUERALT JIMÉNEZ, A. *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 83 y ss.

⁵³ Hay que decir que la exclusividad del Estado en ese sentido responde a la noción de responsabilidad por las violaciones internacional en materia de derechos humanos, concretamente, en el marco de aquellos tratados. Es claro que en términos de las relaciones interestatales otros sujetos de Derecho internacional, como las Organizaciones Internacionales, pueden ser atribuidas de actos ilícitos. El artículo 57 de “Los Artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos” expresamente reserva la cuestión de la responsabilidad de las organizaciones internacionales a un desarrollo posterior, lo cual la Comisión de Derecho Internacional ha retomado adoptando un primer borrador del contenido regulatorio de esa materia en su 61 sesión del 2009 (A/64/10, ch.IV.) *Vid.* STERN, Brigitte., “Elements of an Internationally Wrongful Act”, en James CRAWFORD, Alain PELLET and Simon OLLESON (eds) *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, New York, 2010, pp. 194-220.

⁵⁴ Si bien es cierto es que la cristalización de la responsabilidad internacional interestatal en Los Artículos, redactados por la Comisión de Derecho Internacional, no ha derivado en la creación de una institución dotada de potestades de promulgar normas de Derecho internacional con fuerza vinculante, también lo es el hecho de que la Asamblea General de la ONU ha tomado nota de ellos y los ha transmitido a los Estados para que sean considerados como pieza clave en la regulación de las relaciones internacionales. Véase en: TOMUCHAT Christian., “Reparation orders by International

jurisdiccionales sobre la imputación de responsabilidad internacional a los Estados por la conducta lesiva de sus compromisos internacionales⁵⁶.

De acuerdo con el artículo 4 de los “Los Artículos” un acto estatal bajo el Derecho internacional es la conducta de cualquier órgano del Estado, independientemente de si el órgano ejerce funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o cualquier otra función, o de la posición jerárquica en la organización del Estado, o si el órgano es del gobierno central o de alguna unidad territorial del Estado. En principio, el examen de los hechos violatorios atribuidos a un Estado estará circunscrito al “comportamiento de una persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público”⁵⁷, es

Human Rights Bodies-final compensation or restitutio in integrum?”, en DEAN SPIELMANN, et.al (ed) *La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant : mélanges en l'honneur de Christos L. Rozakis*, Bruylant, Bruselas, 2011. pp. 625-653. En ese sentido, CASSESE advertía que tales disposiciones fueron previstas para que se convirtieran en una especie de codificación de las normas sobre responsabilidad estatal, pero la posibilidad de que terminaran siendo consagrados mediante una declaración de la Asamblea General de la ONU era más posible de que se adoptara como una Convención por una Conferencia Diplomática. CASSESE, Antonio, *International Law*, Oxford University Press, New York, 2001, p.185. También en PELLET, Alain., “The ILC’s Articles on States Responsibility for International Wrongful Acts and Related Texts”, en James CRAWFORD, Alain PELLET and Simon OLLESON (eds) *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, New York, 2010, pp. 75-94; HIGGINS, Rosalyn., “Overview of the Part Two of the Articles on State Responsibility”, en James CRAWFORD, Alain PELLET and Simon OLLESON (eds) *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, New York, 2010, pp. 537-544.

⁵⁵ De hecho, el concepto tradicional de responsabilidad estatal surge de las normas consuetudinarias desarrolladas en la práctica de los Estados y en una gran cantidad de casos ante los tribunales arbitrales internacionales. De acuerdo con ANTONIO CASSESE, en principio existieron muy pocos tratados y normas convencionales, la más notable fue el artículo 3 de la Cuarta Convención de la Haya de 1907, sobre las Leyes y Costumbre de la Guerra Terrestre, que obligaba a indemnizar a la otra parte por violaciones a la misma. En ese sentido, la noción de responsabilidad internacional desde un principio supuso la existencia de un marco legal internacional que impone ciertas obligaciones jurídicamente exigibles. No obstante, esta noción derivada de las normas consuetudinarias de que la violación de una norma internacional conlleva a la responsabilidad internacional por tal violación, y por tanto, a reparar sus consecuencias al Estado afectado, se basaba en un concepto de responsabilidad rudimentario. No especificaba elementos de la noción de delincuencia internacional, las condiciones generales de las consecuencias legales de los ilícitos internacionales, y no establecía criterios para determinar un tipo u otro de reparación. Adicionalmente, no era claro la legitimidad activa acreedora de responsabilidad estatal. *Vid.* CASSESE, Antonio., *International...*, op.cit. pp. 182 y 183.

⁵⁶ En efecto, en el caso de la *Fábrica de Chorzow (Factory at Chorzow (Germ. vs. Pol.))*, 1928 P.C.I.J. (ser. A) No. 17 (Sept. 13). párr. 73) la Corte Permanente Internacional de Justicia dejó sentado la base de la noción actual de responsabilidad estatal al sostener que cualquier violación de un compromiso entraña una obligación de hacer una adecuada reparación. El que más tarde sería ampliamente empleado por su sucesora, la Corte Internacional de Justicia, entre otros casos, en Canal de Corfú; Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua; Proyecto Gabčíkovo- Nagymoros y más recientemente en el caso sobre “Inmunities Jurisdiccionales del Estado” (*Jurisdictional Immunities of the State (Germany vs. Italy: Greece intervening)*), sentencia de 3 de febrero de 2012, párr.136.).

Aunque, la referencia de la responsabilidad internacional en la jurisprudencia tuvo lugar con anterioridad en los tribunales arbitrales, por ejemplo, en el caso sobre la queja de la zona española de Marruecos (*Gran Bretaña vs. España*) de 1924, (United Nations Reports of International Arbitral Awards (RIAA) 615. En ese sentido, BLACKABY Nigel y CAMARGO GARCÍA, Andrea., “Alternativas de reparación en el arbitraje internacional de inversiones. Un debate entre la teoría y la práctica”, *ACDI*, Año 1, No.1, Bogotá, 2008, pp. 160-181. En todo caso, desde la perspectiva del Derecho Internacional la responsabilidad de un Estado solo será deducible a partir del incumplimiento de las obligaciones que en el ejercicio de su soberanía ha decidido contraer. Esa premisa es considerada en la actualidad como un principio general de derecho bien establecido en la doctrina y en la jurisprudencia internacional; que como consecuencia comporta un deber de reparar los daños ocasionados, según lo suscitase tanto por GROTIUS, VATTTEL como ANZILOTTI. Véase en PELLET, Alain, “The definition of responsibility...”, op.cit. p. 4.

⁵⁷ Artículo 5 de “Los Artículos”.

decir, los agentes estatales o personas que ejercen una función pública o autoridad gubernamental. En ese sentido, el Comité de Ministros ha destacado que el deber de los Estados de garantizar los derechos reconocidos en el Convenio Europeo a toda persona bajo su jurisdicción afecta a todas “las autoridades estatales, en particular los tribunales, la administración y la legislatura”⁵⁸.

Propiamente en el ámbito interamericano, la Corte IDH ha señalado que “es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial”⁵⁹. A *priori* el Estado solo responde por “los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno”⁶⁰. Haciendo la salvedad de que la atribución de responsabilidad internacional a un Estado no supone la declaración de culpabilidad de los agentes estatales que hayan dado lugar a las mismas⁶¹.

Adicionalmente, es posible atribuir la responsabilidad internacional a un Estado por actos de particulares cuando se ha faltado la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos en la norma⁶². No obstante, ello no significará la atribución automática de responsabilidad por todos los actos entre particulares que infrinjan derechos humanos; pues a pesar del carácter *erga omnes* de las obligaciones genéricas de garantía la responsabilidad del Estado no es ilimitada frente a este tipo de actos o hechos. Sus límites estarán, entonces, en que los “deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato

⁵⁸ “Appendix to Recommendation Rec (2004) 5 of the Committee of Ministers to member states on the verification of the compatibility of draft laws, existing laws and administrative practice with the standards laid down in the European Convention on Human Rights”, adoptado por el Comité de Ministros el 12 de mayo 2004.

⁵⁹ Corte IDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (Fondo), sentencia de 29 de julio de 1988, párr.172.

⁶⁰ Corte IDH, *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 72; Corte IDH, “*Cinco Pensionistas*” vs. Perú, sentencia de 28 de febrero de 2003, párr. 63; Corte IDH, *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, sentencia de 2 de febrero de 2001, párr.178; Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, párr. 76. y Corte IDH, *Masacre de Mapiripán vs. Colombia* (Fondo), sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr.108.

⁶¹ RIVER, Raphaele., “Responsibility for the violations of human rights obligation: Inter-American mechanisms”, en James CRAWFORD, Alain PELLET and Simon OLLESON (ed.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, New York, 2010, pp. 740-761.

⁶² Corte IDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (Fondo), párr.172 y 173; Corte IDH, *Ximenes Lopes vs. Brasil*, sentencia de 4 de julio de 2006. párr.87; Corte IDH, *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, párr.111.

para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo”⁶³.

En ese orden de ideas, la imputación de la responsabilidad internacional de un Estado podría surgir por actos de entidades privadas que prestan un servicio público, como sería la atención médica o sanitaria. La Corte Interamericana y el Tribunal Europeo han interpretado que la falta del deber de “regular y fiscalizar” los actos de las entidades privadas que estén actuando con capacidad estatal, así como actos de terceros, puede generar responsabilidad internacional al Estado⁶⁴. El argumento jurídico central de la Corte IDH no sería otro que el artículo 5 de “Los Artículos” del que deduce tal responsabilidad por “el comportamiento de una persona o entidad que no sea órgano del Estado”; pero que esté facultada por el Derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público; siempre que, en el caso de que se trate, la persona o entidad actúe en esa capacidad⁶⁵.

En términos similares el TEDH ha llegado a considerar la responsabilidad de un Estado por actos de terceros, aunque solo indirectamente por la falta de previsión de las obligaciones genéricas cuando, por ejemplo, ha transferido competencias a una organización internacional. En el asunto *Waite y Kennedy vs. Alemania*, el Tribunal Europeo examinó la cuestión de si el derecho de acceso a la jurisdicción había resultado indebidamente menoscabado por un Estado que concedió inmunidad a la Agencia Espacial Europea, de la que era miembro, en relación con demandas en materia de empleo.

El Tribunal Europeo concluyó que sería incompatible con el fin y objeto del Convenio Europeo que los Estados contratantes quedaran así exonerados de su responsabilidad con el CEDH en la esfera de actividad objeto de esa atribución. La misma posición mantuvo en el asunto *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi vs. Irlanda*, donde consideró la aplicación de un reglamento de la Comunidad Europea dentro del ámbito de las obligaciones adquiridas con el

⁶³ Corte IDH, *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, sentencia de 31 de enero de 2006, párr.123 y Corte IDH, *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr.78.

⁶⁴ Corte IDH, *Ximenes Lopes vs. Brasil*, párr.90 y TEDH, *Storck vs. Alemania*, sentencia de 16 junio de 2005, párr. 103.

⁶⁵ Corte IDH, *Ximenes Lopes vs. Brasil*, párr.86.

Convenio Europeo, como también lo consideraría del mismo modo en el asunto *Gasparini vs. Italia y Bélgica*⁶⁶.

2.3 El control jurisdiccional de actos y omisiones estatales

Desde el punto de vista de la responsabilidad internacional de un Estado se puede afirmar que el incumplimiento de las obligaciones asumidas puede ocurrir por los actos y omisiones que pueden configurar un ilícito, por referencia de las normas sustantivas que establecen los derechos y obligaciones⁶⁷. En efecto, el artículo 2 de “Los Artículos” delimita la imputación de una conducta estatal constitutiva de una violación de las normas internacionales por acción u omisión⁶⁸. Así, la responsabilidad internacional por la violación de una obligación internacional puede ser atribuible a un Estado, o de cualquier otro sujeto de Derecho internacional, de la pasividad como del curso positivo de una acción. La acción se entenderá como la conducta o acto positivo capaz de ser atribuido al Estado y la característica de su ilicitud viene contenido en las obligaciones de no hacer, generalmente a modo de prohibición impuesta por el Derecho internacional⁶⁹.

Desde ese punto de vista, la delimitación de la función judicial respecto a la conducta estatal se resume en actos y omisiones cometidos por sus funcionarios o agentes en representación del poder público que detenta; los cuales pueden ser extraídos del contenido positivo o negativo de las obligaciones generales de las disposiciones primeras de la CADH y el CEDH; que, no obstante, no son autónomas y debe entenderse en sentido expresado en los derechos sustantivos.

⁶⁶ Así, en el Comentario al artículo 57 del Proyecto de Artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, p. 142.

⁶⁷ BROWNLIE, Ian., *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, New York, 2008, p. 434.

⁶⁸ Así, lo reconocía tempranamente la Corte Interamericana en *Velásquez Rodríguez*, Fondo, (párr.164) y la CIDH en el Informe No.47/96, de las víctimas de Togbuat de 13 de Marzo vs. Cuba, del 16 de octubre de 1996, párr. 78. *Vid.* MARKS, Susan y AZIZI, Fiorentina, “Responsibility for violations of human rights obligations: International Mechanisms”, en James CRAWFORD, Alain PELLET and Simon OLLESON (eds) *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, New York, 2010, pp. 725-737.

⁶⁹ Entre otros ejemplos es ilustrativo el caso de la Corte Internacional de Justicia sobre la Actividad Militar y Paramilitar en y contra Nicaragua, donde los Estados Unidos de América fue declarado infractor de sus obligaciones bajo el derecho consuetudinario de “no intervenir en los asuntos internos de otro Estado” de “no uso de la fuerza contra otro Estado” y de “no violar su soberanía. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua vs. United States of America), Merits, ICJ, Reports 1986. Asimismo, el caso Canal de Corfú donde se declaró que el ejército británico transgredió la soberanía de Albania. *Corfu Channel* (*The United Kingdom and Ireland vs. Albania*), Merits, ICJ, 9 April 1949. Sobre este tema véase a LATTY, Franck, “Actions and Omission”, en James CRAWFORD, Alain PELLET and Simon OLLESON (eds) *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, New York, 2010, pp. 355-363.

Así, por ejemplo, el contenido prohibitivo va a tener un significado especial en las normas sustantivas de la Convención América y el Convenio Europeo, donde la obligación de no hacer de los Estados se traduce en la prohibición de no intervenir en el ejercicio de derechos y libertades consagrados en el texto. Entre otros, en el derecho a la vida, derecho a la integridad personal, a la protección contra la esclavitud, servidumbre o trabajo forzado, derecho a la libertad personal y seguridad, derecho a la vida privada y la honra y reputación, libertad de pensamiento, conciencia y religión, libertad de expresión, derecho a la propiedad privada y el derecho de circulación y residencia⁷⁰.

La ilicitud del acto que puede comprometer la responsabilidad de un Estado estará en la violación de la obligación primaria de no hacer, u obligaciones negativas contenidas en los actos de prohibición de aquellos artículos leídos en conexión con el artículo 1.1 de la Convención Americana y del artículo 1 del Convenio Europeo. La trasgresión materializada en la acción positiva como contravención de la pasividad esperada, sin embargo, va a tener como contraparte la comisión de una violación por omisión, en este caso por la inobservancia del deber de prevención y protección activa exigida por la norma convencional. Lo cual en ciertos casos puede significar una obligación al legislador de adecuación normativa, en virtud del artículo 2 de la CADH⁷¹.

Así pues, se puede inferir que la atribución de responsabilidad internacional a un Estado por la infracción de la norma también puede ser por omisión, especialmente cuando mediaba una obligación de hacer. *A priori* la definición de “omisión” no es fácil identificarla en todos los supuestos, dado que por definición no es susceptible de concreción material y corresponde a la inacción o abstención del sujeto de Derecho internacional⁷². No obstante, se deduce que en contraste a las violaciones surgidas de un acto atribuido a un Estado, por incumplimiento de sus

⁷⁰ Véase *Infra* (Sección 2 de la Segunda Parte del Capítulo Segundo).

⁷¹ Sobre esto véase *Infra* (Sección 5 de la Segunda Parte del Capítulo Segundo).

⁷² En la práctica internacional ha sido relevante la delgada línea fronteriza en ciertas violaciones derivadas por acción u omisión que puede suscitar cierta confusión. Así, por ejemplo, en la sentencia sobre la Aplicación de la Convención de Prevención y Sanción de Crímenes de Genocidio (*Bosnia-Herzegovina vs. Serbia and Montenegro*), la Corte Internacional de Justicia sostuvo que la complicidad de un Estado en la perpetración de crímenes de genocidio, deducible de las acciones de ayuda o asistencia a los perpetradores, compromete su responsabilidad por incumplimiento de obligación de prevenir los actos de genocidio. Según Franck LATTY, esta apreciación puso en perspectiva el concepto de Derecho doméstico de comisión por omisión, pero también, que un acto internacionalmente ilícito puede resultar de una combinación de acción y omisión. LATTY, Franck, *Actions....op.cit.* p. 359.

obligaciones de no hacer, las violaciones por omisión presupone el incumplimiento de obligaciones de hacer, es decir, de aquellas que exigen una acción positiva del Estado⁷³.

Desde esa perspectiva, la posibilidad de atribuir una infracción de las disposiciones de la CADH y CEDH acción y omisión a un Estado, puede surgir del incumplimiento de las obligaciones primaria de respetar y garantizar los derechos, contenidas en el 1.1 y 2 de la Convención Americana y 1 del Convenio Europeo, en conjunción con las específicas contenidas en los derechos sustantivos de ambos instrumentos. En ese sentido, como ha sostiene Ariel DULITZKY, la obligación de respetar los derechos exige a los Estados el deber de evitar todo tipo de medidas que obstaculicen e impidan el disfrute del derecho de que se trate, de tal suerte que no violen por acción u omisión las normas sustantivas del instrumento⁷⁴.

En efecto, desde la sentencia *Velásquez Rodríguez* la Corte interamericana dejó sentado que “según las reglas del Derecho internacional, la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención”⁷⁵. La inacción del Estado para prevenir la desaparición forzada igualmente le comprometía internacionalmente por la falta de diligencia debida en las investigaciones llevadas a cabo en el caso concreto, ante la probada abstención del Poder Judicial para tramitar los recursos interpuestos, como de los órganos del Poder Ejecutivo de realizar una investigación para dar con la víctima⁷⁶.

⁷³ Otros autores, como Brigitte STERN, han expresado que puede resultar irrelevante establecer una distinción entre acción y omisión, dado que las obligaciones pueden expresarse en positivas y negativas. Citado por LATTY, Franck, *Actions....op.cit.* p. 359.

⁷⁴ DULITZKY, Ariel., “Alcance de las obligaciones internacionales de los derechos humanos”, en CLAUDIA FONTAMARA MARTIN, DIEGO RODRÍGUEZ-PINZÓN, et.al. (eds.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Universidad Iberoamericana, A.C., 2004. pp. 79-118.

⁷⁵ Y en el marco de una práctica de desaparición forzada de personas, por obra o con tolerancia de las autoridades, constituye una “omisión del Gobierno en la garantía de los derechos humanos afectados por tal práctica”. Corte IDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, párrs. 148 y 164.

⁷⁶ Corte IDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, párr.178 y 179. Del mismo modo, el Tribunal Europeo ha expresado en relación protección efectiva contra los malos tratos o degradantes, que el Estado tiene un deber adicionalmente de prohibirlos a realizar una investigación oficial bajo la debida diligencia, que no se limita a los actos perpetrados a manos de agentes del Estado, sino también de particulares por la falta de protección contra dichos actos. Entre otros, TEDH, *Members of the Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses and 4 Others vs. Georgia*, sentencia de 3 de mayo de 2007, párr.97; TEDH, *Assenov and Others vs. Bulgaria*, sentencia de 28 de octubre de 1998, párr. 102; TEDH, *Bati and Others vs. Turquía*, sentencia de 3 de septiembre de 2007, párr. 136, y TEDH, *Abdülsamet Yaman vs. Turquía*, sentencia de 2 de noviembre de 2004, párr. 60.

La comisión de una violación por omisión de ciertos deberes impuestos por los textos convencionales, también resulta vital en el establecimiento de la responsabilidad internacional de un Estado como resultado de actos de particulares, como se ha explicado. En todo caso por el fallo en el cumplimiento de las obligaciones de debida diligencia, por ejemplo, de prevenir o castigar ciertos actos que afectan a una persona o propiedad de extranjeros. Así, la atribución de responsabilidad al Estado será no por los actos de los particulares sino por la falta de cumplimiento de sus obligaciones primarias⁷⁷. Por ello la importancia de la determinación de las infracciones derivada de un acto u omisión, pues de los efectos jurídicos de los actos no han cesado dependerá si el requerimiento al Estado para alcanzar la *restitutio in integrum* es para intervenir o abstenerse, siguiendo el curso de las obligaciones de hacer y no hacer infringidas⁷⁸.

3. El control jurisdiccional de los sistemas jurídicos internos

3.1 La indeterminación de las normas internas objeto de control

Como se ha explicado, el control jurisdiccional del TEDH y Corte IDH tiene como elemento habilitante el incumplimiento de las obligaciones que asumen los Estados para garantizar los derechos reconocidos en el CEDH y la CADH; en virtud de las acciones u omisiones recaídas en los poderes constituidos, independientemente de su jerarquía o funciones judiciales, administrativas, ejecutivas o legislativas que realicen⁷⁹. La idea omnipresente de los textos convencionales en el control jurisdiccional de la conducta estatal, es también respecto al enjuiciamiento del Derecho interno, proceda éste del Poder Legislativo o sea producto de delegaciones reglamentarias a otros órganos públicos⁸⁰.

⁷⁷ STERN, Brigitte., "Elements of...", op.cit.

⁷⁸ LATTY, Franck, *Actions....* op.cit. p. 362.

⁷⁹ Muy ilustrativas resultan las apreciaciones del TEDH, en ese sentido, para esclarecer que la responsabilidad estatal puede verse comprometida por actos de sus órganos, agentes o funcionarios, incluso el Parlamento (*Young, James and Webster vs. Reino Unido*, sentencia de 13 de agosto de 1981, párr. 49; *Irlanda vs. Reino Unido*, sentencia de 18 de enero de 1978). Vid. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. y MÉNDEZ SILVA, R. "El alcance de las obligaciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en GARCÍA ROCA, J. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. et al. (ed), *El diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 109-131.

⁸⁰ En ese sentido, MORENILLA RODRÍGUEZ ha sostenido que por virtud de la noción de los actos y omisiones, cualquiera de los poderes del Estado – legislativo, ejecutivo y de los Tribunales de Justicia – puede comprometer la responsabilidad de un Estado cuando tales actos u omisiones son realizados por sus órganos, autoridades, funcionarios y agentes. Asimismo, por todas las administraciones públicas con competencia dentro de su jurisdicción, incluidas las de las Comunidades Autónomas, regiones, provincias o municipios, que ostenten poder público o realicen funciones públicas. Vid. MORENILLA RODRÍGUEZ, J.M., "Naturaleza del Convenio Europeo de Derechos Humanos y ámbito de las

En esos términos, la idea de control jurisdiccional del Derecho interno puede llegar a proyectarse de forma amplia sobre la diversidad de normas jurídicas que integran el ordenamiento interno. Sin embargo, tanto el CEDH como la CADH no aclaran ni distinguen del tipo de normas internas objeto del control jurisdiccional de los dos tribunales. En efecto, las referencias al Derecho interno en el Convenio Europeo están contenidas la expresión “leyes” en los artículos 12⁸¹, 53⁸² del CEDH y el artículo 1 del Protocolo No.1⁸³; o “ley” en las disposiciones 2, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 57 del CEDH y artículo 2 del Protocolo No.4., artículo 1, 2, 3,4 del Protocolo No. 7., artículo 1 del Protocolo No.12. Lo mismo sucede en la CADH en las continuas remisiones a las regulaciones internas de ciertos derechos y libertades convencionales⁸⁴, aunque en términos más genéricos usa la expresión “Derecho Interno” en el encabezado de su artículo 2⁸⁵ y en la redacción del 43⁸⁶, e incluso llega a referirse a las constituciones políticas⁸⁷. Aun así, en ninguno de los dos textos convencionales se explicita la significación de las expresiones leyes, Derecho interno y las normas constitucionales en el citado control.

Al tenor de tal indeterminación, el TEDH ha comprendido que la expresión “previsto por la ley” (del inglés “*prescribed by law*”) que aparece en el párrafo 2 de los artículos 9, 10 y 11 del Convenio Europeo, es el equivalente a la versión francesa “*prévues par la loi*”. Aunque la misma expresión francesa aparece en el artículo 8.2 del CEDH, en el artículo 1 del Protocolo No. 1 y en el artículo 2 del Protocolo No. 4, y en el texto en inglés aparece como “*in accordance with the law*”, “*provided for by law*” y “*in accordance with law*” respectivamente; el TEDH las entiende de forma idéntica. Así, el TEDH ha sostenido que pese a las evidentes variaciones en la redacción del CEDH, si bien auténticas y no idénticas; ello no debería conducir a ser interpretadas de una manera irreconciliable o confrontadas. Por el contrario, plantea su interpretación en el sentido finalista del

obligaciones de los Estados”, en *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos II*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 85-122.

⁸¹ “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”.

⁸² “Ninguna de las disposiciones del presente Convenio se interpretará en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte”.

⁸³ “Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias...”.

⁸⁴ Por ejemplo, en el marco sustantivo de la CADH en los artículos comprendidos del 4 al 30, y también en la parte orgánica de la misma en los artículos 41, 52 y 64.2.

⁸⁵ También el párrafo según de su preámbulo.

⁸⁶ “Los Estados partes se obligan a proporcionar a la Comisión las informaciones que ésta les solicite sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones de esta Convención”.

⁸⁷ Así, los artículos 2, 7, 25.1, 28.2, 41.b de la CADH.

tratado, es decir, para hacer, en la medida de lo posible, realidad el objetivo y fin del CEDH⁸⁸. Así, el TEDH llega a comprender que la significación del término “ley” en el CEDH siempre hace referencia a su sentido material o sustantivo y no formal del mismo, de modo tal que el concepto abarca tanto las normas escritas y no escritas de los sistemas continentales y del *common law*. En ese sentido, el concepto de “ley” deducido por el Tribunal Europeo es amplio y no se restringe a la formalidad de la producción legislativa⁸⁹. En efecto, en el caso *Sunday Times vs. Reino Unido* el Tribunal Europeo consideró irrelevante el hecho de que un desacato judicial tenga origen en el *common law* y no en la legislación; pues sería claramente contrario a la intención de los redactores del CEDH sostener que una restricción impuesta en virtud del *common law* no está dentro de la expresión “prevista por la ley”⁹⁰.

En el Sistema Interamericano la Corte IDH ha resuelto la misma cuestión al afirmar que el análisis de la legislación interna bajo su jurisdicción contenciosa, se basa en las alegaciones de violación derivados de la “contradicción entre [las] normas de derecho interno y las de la Convención”; tomando en cuenta el Derecho interno como “simples hechos o manifestaciones de voluntad, susceptibles de ser ponderados solo respecto de las convenciones y tratados involucrados y con prescindencia de la significación o jerarquía que la norma nacional tenga dentro del ordenamiento jurídico del respectivo Estado”⁹¹. En esos términos la Corte IDH equiparaba los actos normativos – cualquiera – a simples hechos sujeto a ser probados en el curso de un caso concreto donde se alegue su contrariedad con la CADH.

3.2 El control jurisdiccional expansivo en la expresión “leyes internas”

Como lo hiciera el TEDH en los asuntos *Sunday Times* y *Kruslin*, la Corte IDH recurrió a la expresión “leyes internas” de la CADH para interpretar su alcance en relación a la diversidad de normas que integran el ordenamiento jurídico de un Estado. Así, sostuvo que “siempre que un convenio internacional se refiera a ‘leyes internas’ sin calificar en forma alguna esa expresión o sin que de su

⁸⁸ TEDH, *Sunday Times vs. Reino Unido*, sentencia de 26 de abril de 1979, párr.48.

⁸⁹ Así ha reconocido que “In a sphere covered by the written law, the “law” is the enactment in force as the competent courts have interpreted it in the light, if necessary, of any new practical developments”. TEDH, *Kruslin vs. Francia*, sentencia de 24 de abril de 1990, párr.29.

⁹⁰ “...this would deprive a common-law State which is Party to the Convention of the protection of Article 10 (2) (art. 10-2) and strike at the very roots of that State’s legal system”. TEDH, *Sunday Times vs. Reino Unido*, párr. 47.

⁹¹ Corte IDH, *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención* (arts. 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), OC-14/94, 9 de diciembre 1994, párr.22.

contexto resulte un sentido más restringido, la referencia es para toda la legislación nacional y para todas las normas jurídicas de cualquier naturaleza, incluyendo las disposiciones constitucionales”⁹².

En ese sentido, la Corte IDH aboga por una interpretación extensiva de la expresión “leyes internas” de la Convención Americana, para aclarar que las normas internas objeto del control jurisdiccional interamericano son todas aquellas que integran el ordenamiento interno de un Estado. Tal apreciación se sustentaba en los criterios del Tribunal Europeo sostenido en el caso *Sunday Times* sobre el concepto de “leyes”, de modo que suscribió la noción del enjuiciamiento de normas escritas y no escritas, pues al igual que el CEDH en la CADH no figura una redacción del texto apartada de la tradición *common law* o romanista en que puede circunscribirse el ordenamiento de un Estado parte del tratado⁹³. Así queda claro que los actos normativos sujetos al control judicial incluirían la Constitución Política, las leyes ordinarias, los reglamentos, los decretos o las ordenanzas administrativas. Es decir, todos los actos normativos que forman parte del Derecho interno de un Estado y que son producidos por cualquiera de sus órganos, que en virtud de las reglamentaciones generales así han sido habilitados.

Siguiendo los criterios de los propios tribunales europeo e interamericano, se colige que su labor judicial consiste en examinar, sin exclusión, la compatibilidad de toda normativa interna de los Estados partes del CEDH y la CADH en los casos sometidos ante su jurisdicción, cuando de la aplicación de dicha normativa se deduzca o presuponga la infracción de los derechos sustantivos. El control normativo, así expresado, propone a simple vista un paralelismo con los sistemas concentrados de constitucionalidad⁹⁴. En esa analogía, BURGORGUE-LARSEN ve al Derecho interno de los Estados configurado en un escalón inferior al sistema normativo interamericano como si de un “sistema constitucional” interamericano se tratara. Por su parte, la Corte IDH, como un

⁹² Corte IDH, *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. OC 4/84, de 19 de enero de 1984, párrs. 13 y 14.

⁹³ Corte IDH, “*La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*”, OC 6/86, de 9 de mayo de 1986, párr.20.

⁹⁴ Al menos visto de la titularidad del control mismo bajo la competencia contenciosa de dichos tribunales, pero no desde los efectos de sus sentencias como de los mecanismos procesales para impugnar una norma, pues éstos son más parecido a un amparo que a una acción de inconstitucionalidad. CANOSA USERA, Raúl., *El Control de Convencionalidad*, Civitas, Navarra, 2015, p. 27.

Tribunal Constitucional en funciones, ejerce el control de la compatibilidad de las normas con rango constitucional, las normas con rango legislativo o infra-legislativo con la CADH⁹⁵.

En la práctica constante de la Corte IDH es posible apreciar casos donde se ha examinado la convencionalidad de diversas normas internas, indistintamente de su rango jerárquico, sobre la base de los postulados expresados respecto al Derecho interno como un hecho a ser ponderado y probado⁹⁶. Por ejemplo, en el caso *La última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile* examinó la contrariedad del artículo 19.12 *in fine* de la Constitución chilena, que autorizaba la censura previa, y declaró su incompatibilidad con el artículo 13 de la Convención Americana⁹⁷. Del mismo modo, en los dos casos *Boyce*⁹⁸ y *Dacosta Cadogan*⁹⁹ contra Barbados, relacionados a la imposición de la pena de muerte obligatoria, la Corte IDH declaró la incompatibilidad de la sección 26 de su Constitución Política, que establece una restricción a la protección judicial “contra las violaciones a su derecho a la vida”, asimismo de la ley regula la pena de muerte fuera de los términos de la disposición 4.2 de la CADH¹⁰⁰.

En el mismo sentido, la Corte IDH ya había sostenido la incompatibilidad de la sección 6 de la Constitución Política de Trinidad y Tobago en los casos *Hilaire, Constantine y Benjamin*¹⁰¹ y *otros* y *Caesar*¹⁰² contra dicho Estado, por cuanto excluía del escrutinio judicial ciertas leyes que, de otra forma, serían violatorias de derechos fundamentales; entre las que figuraba la “La Ley de Delitos contra la Persona” por las que se condenaron a muerte a las víctimas del citado caso.

En una línea parecida el TEDH efectuaría un control jurisdiccional, o propiamente de convencionalidad¹⁰³, de ciertas disposiciones internas en el caso *Belgian Linguistic vs. Bélgica* en el

⁹⁵ BURGORGUE-LARSEN, L., “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Tribunal Constitucional”, *Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional*, Universidad Complutense de Madrid, 2014, WP IDEIR No.22, (paper). pp. 3 y 4.

⁹⁶ ABREU BURELLI, A. El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En *México y las Declaraciones de Derechos Humanos*. México/UNAM/Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1999. pp. 119-140.

⁹⁷ Corte IDH, *La última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, sentencia de 5 de febrero de 2001, párr. 97.

⁹⁸ Corte IDH, *Boyce y otros vs. Barbados*, sentencia de 20 de noviembre de 2007. párrs. 46-63.

⁹⁹ Corte IDH, *Dacosta Cadogan vs. Barbados*, sentencia de 24 de septiembre de 2009, párrs. 46 y 75.

¹⁰⁰ La Corte declaró la violación de los artículos 1.1, 2, 4.1, 4.2, .1, 8.2.c.e.f y 25.1 *Dacosta Cadogan vs. Barbados*, puntos resolutivos.

¹⁰¹ Corte IDH, *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, párr. 152(c).

¹⁰² Corte IDH, *Caesar vs. Trinidad y Tobago*, sentencia de 11 de marzo de 2005. párrs. 115-117, 132 y 133.

¹⁰³ CANOSA USERA, Raúl., *El Control...*, op.cit. p. 19.; CANOSA USERA, R., “¿Es posible el control pleno de convencionalidad en España?”, en MIGUEL CARBONELL, HÉCTOR FIX-FIERRO, et. al. (coord.). *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, (En línea), Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2015, T.V, vol. 1, (Consulta de 10 de septiembre de 2015). Disponible en:

que declaró que el artículo 7.3 de la Ley belga de 2 de agosto de 1963, “no cumple con los requerimientos” del artículo 14 del CEDH leído en conexión con el párrafo primero del artículo 2 del Protocolo Adicional No.1¹⁰⁴. Como también lo sostuvo en otros casos contra Bélgica, *Marckx* en relación al artículo 8.1 del CEDH¹⁰⁵ y *Vermeire* sobre el mismo precepto, y al tenor de las modificaciones legislativas no efectuadas por el Estado, que llevarían a la declaración de responsabilidad internacional por la aplicación de la Corte de casación belga de las disposiciones estimadas inconvencionales en el caso *Marckx*¹⁰⁶.

En dicha labor judicial el TEDH también se ha pronunciado sobre insuficiencias (o falta de previsión) normativas, a lo que es lo mismo por la omisión del legislador ordinario, como lo sostuvo en el caso *X and Y vs. Los Países Bajos*. En el examen del Código Penal holandés, el TEDH verificó que los artículos 248 y 239.2 de dicho Código no ofrecían a la señora Y efectiva protección penal frente a la situación de agresiones sexuales de que fue víctima, en particular, por su condición de mentalmente discapacitada. En ese sentido, el Tribunal Europeo estimó que las omisiones contenidas en la legislación aplicada constituía una violación al artículo 8 del CEDH, en relación a su integridad física¹⁰⁷. En una decisión más reciente el TEDH examinó la falta de previsiones legales, sobre la queja presentada por los demandantes contra la legislación italiana, por cuanto no les permite contraer matrimonio o entrar en cualquier tipo de unión civil en razón de su orientación sexual. El TEDH consideró que el Gobierno italiano ha excedido su margen de apreciación para cumplir con su obligación positiva de garantizar de que los demandantes

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3960>. Como así también lo entiende RIPOL CARULLA en relación al control de la legislación española realizado por el TEDH en los casos *Ruiz Mateos, Valenzuela Contretas y Prado Bugalo*, al denominarlo ‘control de convencionalidad’ de la ley española. RIPOL CARULLA, S., “Incidencia en la jurisprudencia del TC de las sentencias del TEDH que declaran la vulneración por España del CEDH”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, no. 39, 2007, enero –abril, pp. 309-346.

¹⁰⁴ “...in so far as it prevents certain children, solely on the basis of the residence of their parents, from having access to the French-language schools existing in the six communes on the periphery of Brussels invested with a special status, of which Kraainem is one...” TEDH, *Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium vs. Bélgica* (Fondo), sentencia de 23 de julio de 1968, punto resolutivo 1.

¹⁰⁵ “As envisaged by Article 8 (art. 8), respect for family life implies in particular, in the Court's view, the existence in domestic law of legal safeguards that render possible as from the moment of birth the child's integration in his family. In this connection, the State has a choice of various means, but a law that fails to satisfy this requirement violates paragraph 1 of Article 8 (art. 8-1)...”. TEDH, *Marckx vs. Bélgica*, sentencia de 13 de junio de 1970, párr. 31.

¹⁰⁶ TEDH, *Vermeire vs. Bélgica*, sentencia de 29 de noviembre de 1991, párr.26.

¹⁰⁷ “Thus, neither Article 248 ter nor Article 239 para.2 of the Criminal Code provided Miss Y with practical and effective protection. It must therefore be concluded, taking account of the nature of the wrongdoing in question, that she was the victim of a violation of Article 8 (art. 8) of the Convention”. TEDH, *X and Y vs. Los Países Bajos*, sentencia de 26 de marzo de 1985, párrs. 29 y 30.

dispongan de un marco legal específico que prevea el reconocimiento y la protección de las uniones del mismo sexo¹⁰⁸.

Más cauteloso ha sido el TEDH en el control judicial de disposiciones constitucionales en los casos sometidos por supuesta antinomia entre una norma constitucional y el CEDH y, más aún, para establecer medidas generales como reformas de carácter constitucional. Esto, como claro ejemplo de la diferencia discursiva del TEDH con la Corte IDH respecto al control jurisdiccional de normas internas y en el establecimiento de límites claros al constituyente¹⁰⁹. En efecto, en los casos *Rekvenyi vs. Hungría*¹¹⁰ y en *Wille vs. Lienchenstein*¹¹¹ el Tribunal Europeo se vio compelido a evaluar los límites a la libertad de expresión establecidos en una reforma constitucional en Hungría y los límites establecidos en el texto constitucional de Lienchenstein, y aunque no concibió la falta de competencia para ello, lo cierto es que no estimó la incompatibilidad normativa en ninguno. En el primero por la obvia razón de estimar la compatibilidad de las restricciones legales del texto constitucional, pero en el segundo se limitó a declarar la violación al artículo 10 del CEDH y establecer una indemnización compensatoria, pero no las reformas constitucionales como medidas de no repetición de las violaciones constatadas¹¹².

4. Los tipos de control normativo

4.1 El control *in concreto*

El examen de compatibilidad de las disposiciones de una ley o un acto atribuible a un Estado solo tiene cabida en la aplicación de un caso concreto, en virtud del sistema de demandas individuales e interestatales previsto en el Convenio Europeo y la Convención Americana. Bajo esa premisa no podría considerarse el juicio de ninguna disposición interna y actos de un Estado *in abstracto*. En efecto ambos tribunales regionales han reiterado tal postura en muchas sentencias, pero también

¹⁰⁸ Retomando su jurisprudencia ya expuesta en relación al alcance del artículo 8.1 del CEDH sobre las parejas del mismo sexo, sostenido en *Schalk and Kopf vs. Austria*, pero ampliándolo respecto a la obligación positiva de brindar un marco legal para tal fin. TEDH, *Oliari and Others vs. Italia*, sentencia de 25 de julio de 2015, párrs. 185-187.

¹⁰⁹ EGUIGUREN PRAELI, F. y BUSTOS GISBERT, R. et.al. “Las libertades de pensamiento, información y expresión, y los derechos de reunión y asociación: pautas para un diálogo”, en GARCÍA ROCA, J. y FERNÁNDEZ SANCHEZ, P.A. et.al. (ed), *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 185-219.

¹¹⁰ TEDH, *Rekvenyi vs. Hungría*, sentencia de 20 de mayo de 1999, párrs. 37, 38, 60 y 62.

¹¹¹ TEDH, *Wille vs. Lienchenstein*, sentencia de 28 de octubre de 1999.

¹¹² EGUIGUREN PRAELI, F. y BUSTOS GISBERT, R. et.al. “Las libertades de pensamiento....”, op.cit. p. 199.

han admitido que en ciertas circunstancias el control *in abstracto* puede llegar a tener lugar, como se verá en el siguiente apartado.

El Tribunal Europeo ha sostenido desde sus primeros fallos que su función no es la de realizar un juicio de compatibilidad de los ordenamientos jurídicos nacionales con el Convenio *in abstracto* sino *in concreto* “en el caso específico de la aplicación de dicha ley”¹¹³. Así, se entiende que una ley no puede transgredir *per se* las disposiciones del Convenio Europeo sino hasta que ésta se ha aplicado a una situación particular y, por ende, ha generado un perjuicio a un persona; lo cual equivaldría a satisfacer la primera exigencia procesal para alegar violaciones al Convenio, esto es, la existencia de una víctima.

En esa misma línea la Corte Interamericana ha sostenido que “[l]a jurisdicción contenciosa de la Corte se ejerce con la finalidad de proteger los derechos y libertades de personas determinadas y no con la de resolver casos abstractos. No existe en la Convención disposición alguna que permita a la Corte decidir, en el ejercicio de su competencia contenciosa, si una ley que no ha afectado aún los derechos y libertades protegidos de individuos determinados es contraria a la Convención”¹¹⁴. Bajo los mismos criterios, en el caso *Amparo vs. Venezuela*, la Corte se abstuvo “de pronunciarse en abstracto sobre la compatibilidad del Código de Justicia Militar de Venezuela y sus reglamentos e instrucciones con la Convención Americana”¹¹⁵.

En los sentidos proferidos por ambos tribunales, se deduce que el control *in concreto* solo tiene lugar bajo el sistema de peticiones individuales e interestatales, de modo que es un control de tipo incidental; lo cual, a su vez indica la necesidad de satisfacer los presupuestos procesales para incoar el asunto en la competencia contenciosa del TEDH y la Corte IHD; a saber, la existencia de una víctima, de un daño constatable, el hecho punible o la ley incompatible, el agotamiento de los recursos internos, y desde luego la sujeción del Estado a la competencia contenciosa del tribunal en el caso interamericano.

¹¹³ TEDH, *Becker vs. Bélgica*, sentencia de 27 de marzo de 1962, párr. 14; TEDH, *Silver and Others vs. Reino Unido*, sentencia de 25 marzo de 1983, párr. 79; TEDH, *Findlay vs. Reino Unido*, sentencia de 25 de febrero de 1997, párr. 67.

¹¹⁴ Corte IDH, OC 14/94, de 9 de diciembre de 1994, párr. 49.

¹¹⁵ Corte IDH, *Amparo vs. Venezuela* (Reparaciones y Costas) sentencia de 14 de septiembre de 1996, párr. 60.

4.2 El control *in abstracto*

De lo anterior se asume que la regla general adoptada por ambos tribunales es no resolver en abstracto posibles violaciones a los derechos protegidos, pero paralelamente se ha admitido también su competencia para resolver situaciones excepcionales que pueden afectar derechos. Propiamente, en el caso *Karner vs. Austria* el Tribunal Europeo sostuvo que pese a no ser competente para valorar *in abstracto* el ordenamiento interno del Estado demandado, en vista de la muerte de la víctima y la falta de herederos y familiares de éste, decide continuar con el examen del caso al considerar el asunto de interés para la interpretación del CEDH, no solo para el Estado concernido sino además para el resto de Estados partes del Convenio¹¹⁶.

En esos términos, el TEDH establece como excepción que el problema principal planteado trascienda los intereses de la persona afectada, como presupuesto para flexibilizar el requisito formal de la existencia de una víctima que habilita el mecanismo subsidiario de protección europeo¹¹⁷. Así, el control *in abstracto* de normas internas puede tener lugar ante situaciones que previsiblemente pueden constituir violaciones y afectar a víctimas potenciales. El caso *Klass y otros vs. Alemania* y *Soering vs. Reino Unido* ilustran aquella circunstancia.

En el primero, el Tribunal Europeo entró a analizar la noción “víctima” dentro del antiguo artículo 25.1 del Convenio, en virtud de una demanda presentada por los señores Gerhard Klass, Peter Lubberger, Jürgen Nussbruch, Hans-Jürgen Pohl y Dieter Selb contra Alemania, por la aplicación de la “Ley de 13 de agosto de 1968” de contenido restrictivo al secreto de las correspondencia, correos y telecomunicaciones. En virtud de que la vigilancia secreta prevista en la ley era considerada contraria al artículo 6 (derecho equitativo), 8 (derecho a la vida privada y familiar) y 13 (derecho a un recurso efectivo) del CEDH.

La afectación de aquellos derechos por la aplicación de la medida restrictiva supuso la exigencia de considerar eventuales lesiones a otros derechos de las demandantes, toda vez que éstos no se constituyeron como víctimas directas de la vigilancia secreta. Así, el asunto requirió *inter alia* la

¹¹⁶ Así afirmarí que si bien es cierto que las sentencias resuelven los casos particulares traídos ante el TEDH también lo es que cumplen un propósito más general de aclarar, proteger y desarrollar las normas instituidas en el Convenio, lo que contribuye a la observancia de los demás Estados con los compromisos contraídos con el tratado. TEDH, *Karner vs. Austria*, sentencia de 24 de julio de 2003, párr. 26 y 27. Vid. QUERALT JIMÉNEZ, A., *La interpretación...*, op.cit. p. 125.

¹¹⁷ TEDH, *Karner vs. Austria*, párr. 25.

interpretación de la noción de víctima bajo la conocida prohibición de los particulares a ejercer un *actio popularis* para la interpretación del tratado, como también de “alegar violaciones en abstracto contra una ley, simplemente porque creen que contravienen el Convenio”¹¹⁸.

Como ya había resuelto en el caso *Belgian Linguistic vs. Bélgica* y el caso *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen vs. Dinamarca*, el TEDH entró a analizar la compatibilidad de la citada ley con el Convenio Europeo, argumentado en que “una ley por si sola puede vulnerar derechos de una persona si la persona se ve afectada directamente por la ley en la ausencia de medidas específicas de implementación”¹¹⁹. Así, aunque la ley impugnada no fue aplicada en realidad a la reclamante, el desconocimiento de las medidas de vigilancia secreta comprometía el derecho a la vida privada y familiar, domicilio y el secreto de su correspondencia de los demás personas; como también el acceso a los recursos internos e, incluso, institucionales del Convenio Europeo. En ese sentido, la intromisión de la legislación impugnada afectaba “directamente a todos los usuarios y potenciales usuarios de los servicios postales y telecomunicaciones de la República Federal Alemana”¹²⁰.

Por su parte, en el segundo caso, *Soering vs. Reino Unido*, el TEDH se vio exigido a examinar la posible violación del artículo 3 del CEDH (prohibición de la tortura), en atención a la solicitud de extradición de los Estados Unidos de América del ciudadano alemán Jens Soering, implicado en un asesinato cometido en aquel país, pero detenido en el Reino Unido por vinculaciones a fraudes de cheques. El hecho de que la posible pena por los asesinatos atribuidos al señor Soering sería la pena de muerte, llevó al Tribunal Europeo a examinar si la exposición del demandante al “fenómeno corredor de la muerte” podría constituir una violación a la prohibición de la tortura¹²¹.

El TEDH sostuvo que de llegar a ocurrir la extradición todavía pendiente, constituiría un riesgo real de que el señor Soering sufra un tratamiento y castigo a consecuencia del prolongado período de espera de la ejecución de la pena capital. En esos términos “de ser aplicada la medida de

¹¹⁸ Esto, porque en principio “no es suficiente que un peticionario particular reclame la mera existencia de violaciones de una ley a sus derechos bajo el Convenio, sin que la ley se haya aplicado en su detrimento”. TEDH, *Klass y otros vs. Alemania*, sentencia de 6 de septiembre de 1978, párr. 33.

¹¹⁹ TEDH, *Klass y otros vs. Alemania*, párr. 34.

¹²⁰ Ídem. párr. 37.

¹²¹ En ese escenario las consecuencias adversas de la extradición era el riesgo real de ser condenado a pena de muerte en Virginia, Estados Unidos, lo que implicaría la exposición del demandante al “fenómeno corredor de la muerte”, el cual presumiblemente era lesivo o contrario al artículo 3 del Convenio, pero no así a la privación de la vida en sí en razón de la pena capital también prevista excepcionalmente en el artículo 2.1 del Convenio Europeo. TEDH, *Soering vs. Reino Unido*, sentencia de 7 de julio de 1989, párr. 101.

extradición daría lugar a una violación del artículo 3”¹²². En efecto, el estatus del demandante no era propiamente el de una víctima sino de una potencial víctima mientras no fuese extraditado a los Estados Unidos de América, pues en si el hecho violatorio no se había consumado y solo en el supuesto que el Reino Unido cumpliera la medida de extradición se configuraría la violación al artículo 3, y el riesgo real de ser sometido a tortura no sería más presumible.

En la doctrina igualmente se han examinado otras posibilidades en que podría sostenerse el control *in abstracto* de las normas internas, en particular, QUERALT JIMÉNEZ, afirma que a través de las demandas interestatales podría tener cabida tal situación, porque éstas responden a la garantía colectiva de los derechos fundamentales en un CEDH que rigen para todos los Estados, como obligaciones de garantizar los derechos¹²³. En ese supuesto, RUIZ MIGUEL agrega que si un Estado dictara una ley que se supone contraria al Convenio Europeo, en principio, dicha ley, en tanto no se aplique a casos concretos, no puede ser objeto de recurso por particulares, pero sí podría ser denunciada por otro Estado con base en el artículo 33 del CEDH¹²⁴.

En el Sistema Interamericano la Corte Interamericana ha admitido como regla general el examen *in abstracto* de la compatibilidad de una norma o acto estatal de exclusivamente bajo su competencia consultiva, por la cual puede examinar la compatibilidad de leyes internas, incluso, un proyecto de ley, con la Convención Americana y “otros tratados” (art. 64.2 CADH)¹²⁵. Es así, que inicialmente la Corte IDH rechazó realizar un control *in abstracto* bajo su competencia contenciosa en el caso *Amparo vs. Venezuela*, y justificó su decisión de no examinar la compatibilidad del Código de Justicia Militar de Venezuela con la CADH en razón de que éste no fue aplicado en el caso concreto¹²⁶. Básicamente porque requería de la consumación de un daño material o moral

¹²² TEDH, *Soering vs. Reino Unido*, párrs. 111 y 126.

¹²³ QUERALT JIMÉNEZ, A., *Los Efectos interpretativos de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Especial consideración a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Universidad de Barcelona, Barcelona, 2005 (Tesis Doctoral). p. 14.

¹²⁴ RUIZ MIGUEL, C., “La Función Consultiva en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: ¿Crisálida de una Jurisdicción Supra-Constitucional?”, en *Liber Amicorum Héctor Fix- Zamudio, Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Tomo II. San José, 1998. pp. 1345- 1363.

¹²⁵ La Corte también ve posible el control *in abstracto* dentro de “la función principal de promover la observancia y defensa de los derechos humanos” de la CIDH. Corte IDH, OC 14/94, párr. 49; *Genie Lacayo vs. Nicaragua*, párr. 49.

¹²⁶ A lo cual el entonces juez A. CANÇADO TRINDADE criticó porque la propia existencia de una disposición legal *per se* puede crear una situación de afectación directa de derechos en la ausencia de medidas de ejecución, en la medida en que, por ejemplo, “por su vigencia priva a las víctimas o a sus familiares de un recurso efectivo ante los jueces o tribunales nacionales competentes, independientes e imparciales, así como de las garantías judiciales plenas”. Voto disidente del ex juez Antonio A. CANÇADO TRINDADE en la sentencia *Amparo vs. Venezuela*, Reparaciones y Costas, sentencia de 14 de septiembre de 1996. párr. 2 y 3.

para que una ley pueda ser impugnada, a diferencia de los criterios que el Tribunal Europeo había sostenido con anterioridad sobre la base del argumento de víctima potencial, excepcionalmente establecido en circunstancias de amenaza continua de que se aplique una ley impugnada que sigue en vigor¹²⁷.

Posteriormente, la Corte Interamericana adoptó una posición más flexible en el caso *Suárez Rosero vs. Ecuador* en el que accedió al análisis de la posible violación del artículo 2 de la Convención Americana por la mera existencia de una disposición legal, *Ley sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas de Ecuador*; que dejaba desprovistas de protección legal y el derecho a la libertad personal a las personas acusadas. Así, calificó la medida legal restrictiva al “[despojar] a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental en virtud del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculpad[os]”¹²⁸. La Corte declaró la incompatibilidad *per se* de la norma con el artículo 2 de la Convención Americana, independientemente de que haya sido aplicada en el caso concreto, por lo que su enjuiciamiento fue más allá de la situación particular planteada.

El caso *Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago*, en el que en principio se debatía la naturaleza obligatoria de la pena de muerte impuesta a las víctimas, la suspensión o conmutación de la pena capital y las violaciones a diversas garantías judiciales; la Corte IDH también declaró la inconveniencia de la pena de muerte obligatoria establecida en la *Ley de Delitos contra la Persona de 1925 de Trinidad y Tobago*. En este caso por exceder los límites establecidos en el artículo 4.2 de la CADH que permite la privación de la vida en delitos de mayor gravedad¹²⁹.

La Corte IDH argumentó su decisión afirmando que “aun cuando no se ha ejecutado a 31 de las presuntas víctimas en este caso, es posible declarar una violación del artículo 2 de la Convención, en virtud de que la sola existencia de la Ley de Delitos contra la Persona es *per se* violatoria de esa disposición convencional”. Pese a no calificar a las personas acusadas bajo ese marco legal como

¹²⁷ Siguiendo los criterios del Tribunal Europeo en las citadas sentencias *Klass y otros vs. Alemania*, *Marckx vs. Bélgica*, *Johnston y Otros vs. Irlanda* y *De Jong, Baljet y van den Brink vs. Los Países Bajos*. En el mismo sentido, según CANÇADO TRINDADE, se había expresado el Comité de Derechos Humanos de la ONU en relación al Pacto de Derechos Civiles y Políticos en el caso *Aumeeruddy-Cziffra y Otras*, (Observaciones del 09.04.1981, pár. 9.2.) y el caso de los *Impedidos y Minusválidos Italianos*, (Observaciones del 10.04.1984, pár. 6.2.).

¹²⁸ Corte IDH, *Suárez Rosero vs. Ecuador*, sentencia de 12 de noviembre de 1997, párr. 98.

¹²⁹ Corte IDH, *Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago*, párrs. 103-109.

potenciales víctimas de una violación, el razonamiento de la Corte se enfocó en la inconventionalidad de la norma y en establecer como reparación la adecuación normativa conforme a la Convención Americana¹³⁰.

De ese modo, conforme a la tesis sostenida en su Opinión Consultiva 14/94 (en adelante OC), la Corte Interamericana allanó el camino para el control *in abstracto* de normas internas siempre y cuando éstas fueran “leyes de aplicación inmediata”, pues en esas circunstancias “la violación de los derechos humanos, individual o colectiva, se produce por el solo hecho de su expedición”¹³¹. La excepcionalidad manifiesta en tales circunstancias hacía valer la tesis del control *in abstracto* de las normas internas bajo la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, pero teniendo presente que la única vía contemplada en la CADH para tal fin es bajo su función consultiva. De allí, que sea precisamente las opiniones consultivas las que hayan fundamentado la operatividad de tal excepción.

4.3 El control *in abstracto a posteriori* y *a priori* en la función consultiva interamericana

Como se ha explicado, el control incidental de las normas internas tiene cabida en el ejercicio de potestades jurisdiccionales del TEDH y la Corte IDH, propiamente, bajo su competencia contenciosa. Sin embargo, ambos tribunales también ejercen potestades consultivas que refuerzan el sentido garantista de los tratados, bajo la cual ejercen una labor interpretativa, aclaratoria y desarrolladora del contenido de las obligaciones contraídas por los Estados. En ese sentido, el Convenio Europeo confiere al TEDH la potestad de emitir criterios interpretativos sobre la aplicación de las disposiciones convencionales¹³², como también lo reconoce la Convención Americana para la Corte Interamericana¹³³. Aunque, la competencia consultiva de ambos no es idéntica¹³⁴ como tampoco lo es su origen¹³⁵, la legitimidad activa¹³⁶, la materia y el alcance de la

¹³⁰ Corte IDH, *Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago*, párr.116.

¹³¹ Corte IDH, OC 14/94, párr. 43.

¹³² Regulada en los artículos 47, 48 y 49 del Convenio Europeo y el Capítulo IX (art.82-90) del Reglamento de la Corte Europea de Derechos Humanos de 1 de abril de 2011.

¹³³ De acuerdo con el artículo 64 de la CADH y artículo 2.2 del Estatuto de la Corte IDH.

¹³⁴ En efecto, desde el anteproyecto preparado por la CIDH, en su período extraordinario de sesiones de julio de 1968, (OEA/Ser.G/V/C-d-1631), ya se planteaba la extensión de la función consultiva de la Corte IDH, la cual era comprendida lejos de toda comparación con los antecedentes análogos en el Derecho internacional. La competencia consultiva posteriormente sería ampliada a los términos del actual artículo 64 de la CADH. Corte IDH, ‘Otros Tratados’ Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). OC-1/82, de 24 de septiembre de 1982. párrs.15-18.

misma¹³⁷. Es más, en relación a la materia consultiva la CADH incluye las leyes en conflicto con la CADH¹³⁸, como elemento diferencial del CEDH que solamente es previsto en la Convención Americana. Empero, esta circunstancia se encamina a un cambio significativo con las previsiones del Protocolo Adicional No.16 al Convenio Europeo, pero que tendrá que esperar hasta que éste entre en vigor¹³⁹; en particular, porque faculta a los tribunales nacionales, a ser designados por el Estado, a someter una consulta al TEDH cuando tengan duda sobre la compatibilidad de la

¹³⁵ De hecho, el texto original del CEDH no incluía aquella potestad para ninguno de los órganos originarios del Sistema Europeo, fue con la adopción del Protocolo Adicional No.2, adoptado en Estrasburgo el 6 de mayo de 1968, y en vigor desde el 21 de septiembre de 1970, que se adiciona la competencia consultiva al TEDH. Como dato histórico de su origen, se puede decir que la función consultiva se originó en la Recomendación 232 (1960) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, a la que le seguiría la Resolución 20 (60) del Comité de Ministros en que instruyó a la Comité de Expertos determinar la conveniencia de concertar un acuerdo con base en la Recomendación 232(1960). En junio de 1962 el Comité de Expertos presentó al Comité de Ministros un informe que contenía un proyecto para conferir la competencia consultiva a la Corte que formalmente fue adoptado en septiembre de 1962, después de adicionar las observaciones de la Comisión. *Vid.* Explanatory Report on the Protocol No. 2, (En línea), (Consulta de 17 de marzo de 2014). Disponible en: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/044.htm>

¹³⁶ De acuerdo con el artículo 47 del Convenio Europeo solo el TEDH “podrá emitir opiniones consultivas, a solicitud del Comité de Ministros, acerca de cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y de sus Protocolos”. A diferencia del Convenio Europeo, el artículo 64.1 de la CADH legitima a los Estados miembros de la OEA, aun cuando no hayan aceptado y ratificado la Convención Americana ni la competencia de sus dos órganos, para presentar una solicitud de opinión consultiva. La legitimación activa se extiende a los órganos enumerados en el Capítulo X de la Carta de la OEA, entre los que está la CIDH. Corte IDH, OC 1/82, párr. 19.

¹³⁷ En la primera solicitud de opinión consultiva presentada por el Comité de Ministros, el 9 de enero del 2002, relativa a la compatibilidad de la Convención de Derechos Humanos de la Comunidad de Estados Independientes y el Convenio Europeo; el TEDH sostuvo que “El ámbito de consulta está vedada a cualquiera de “las cuestiones que guarden relación con el contenido o la extensión de los derechos y libertades definidos en el Título I del Convenio y de sus Protocolos, [y] sobre las demás cuestiones de las que el Tribunal o el Comité de Ministros puedan conocer en virtud de la presentación de un recurso previsto en el Convenio”; como sería una solicitud relativa a las condiciones de admisibilidad de peticiones individuales e inter-estatales, es decir, no vinculadas a la función judicial. TEDH, *Decision on the competence of the Court to give an Advisory Opinion*, 2 de junio de 2004; TEDH, *Advisory Opinion on certain legal questions concerning the lists of candidates submitted with a view to the election of judges to the European Court of Human Rights [GC]*, 12 February 2008. párrs. 38 y 39; TEDH, *Advisory Opinion on certain legal questions concerning the lists of candidates submitted with a view to the election of judges to the European Court of Human Rights (No. 2) [GC]*, 22 January 2010.

En cuanto a la materia objeto de consulta en el ámbito interamericano se extiende más allá de la CADH y sus protocolos, e incluye a los tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. Corte IDH, OC 1/82, párrs.34-39 y puntos resolutivos.

¹³⁸ En efecto, bajo la función consultiva la Corte IDH sobre la compatibilidad del Derecho interno -leyes formales y proyecto de ley- con la Convención Americana, se ha pronunciado en diversos dictámenes consultivos. Así, por ejemplo, la OC 4/84; OC 5/85 del 13 de noviembre de 1985, sobre *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*; OC 6/86 del 9 de mayo de 1986, sobre *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*; OC 8/87 del 30 de enero de 1987, sobre *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*; OC 12/91 del 6 de diciembre de 1991, sobre *Compatibilidad de un Proyecto de ley con el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, y la citada OC 14/94.

¹³⁹ El Protocolo Adicional No.16 al CEDH, fue adoptado el 2 de octubre de 2013. El Protocolo aún se encuentra en estado de ratificación por los Estados miembros del Consejo de Europa y España todavía no lo ha firmado ni ratificado. Véase en: http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=#n13739061715477258442752_pointer (Consulta del 18 de junio de 2015).

aplicación de una ley con alguna disposición convencional en el contexto de un caso pendiente ante el tribunal interno¹⁴⁰.

Considerando los límites materiales del control de las normas jurídicas internas bajo la función consultiva del TEDH, el análisis que aquí propuesto se restringe exclusivamente a la función consultiva de la Corte IDH. Con ese propósito, cabría empezar por la habilitación normativa para el inusitado control normativo, por lo que nos serviremos de su necesaria transcripción. Así el artículo 64.2 de la CADH establece:

“La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”.

Aunque la previsión legal parece dejar claro la materia consultiva, lo cierto es que algunos términos seguían inconclusos por lo que se precisaba, primeramente, aclarar el contenido de los mismos para determinar el alcance de las expresiones “cualquiera de sus leyes internas”; asumiendo ya que la expresión “instrumentos internacionales” había sido resuelta con anterioridad y se refería a la aplicación de tratados internacionales concernientes a la protección de los derechos humanos, aunque “hayan sido adoptados fuera del marco del sistema interamericano”¹⁴¹. Así, nuevamente la Corte IDH expresó que la referencia a que hace la expresión “leyes internas” contenida en el artículo 64.2 de la CADH “es para toda la legislación nacional y para todas las normas jurídicas de cualquier naturaleza, incluyendo disposiciones constitucionales”¹⁴².

¹⁴⁰ El artículo 1 establece: “1. *Highest courts and tribunals of a High Contracting Party, as specified in accordance with Article 10, may request the Court to give advisory opinions on questions of principle relating to the interpretation or application of the rights and freedoms defined in the Convention or the protocols thereto. 2 The requesting court or tribunal may seek an advisory opinion only in the context of a case pending before it. 3 The requesting court or tribunal shall give reasons for its request and shall provide the relevant legal and factual background of the pending case*”. En el caso español CANOSA USERA cree que tal delegación es más próxima al TS que al TC, en virtud de que éste último ampara gran parte de los derechos convencionales por vía constitucional. CANOSA USERA, Raúl., *El Control...*, op.cit. p. 121.

¹⁴¹ El discernimiento de la Corte IDH se basa en la idea de la existencia de un interés práctico en que su función interpretativa sobre la compatibilidad de una norma interna y los tratados sobre derechos humanos se cumpla dentro del Sistema Interamericano, aun cuando se trate de acuerdos internacionales adoptados fuera de su marco, ya que a su entender, las jurisdicciones regionales "son más idóneos para la tarea y al mismo tiempo podríamos decir que son más tolerables para los Estados de este hemisferio...". Corte IDH, OC 1/82, de 24 de septiembre de 1982. párr. 39.

¹⁴² Corte IDH, OC 4/84, párrs. 13 y 14.

La *ratione materiae* de la Corte IDH para emitir criterios sobre compatibilidades de leyes internas con los tratados sobre derechos humanos comprende un aspecto singular que puede estar interconectado con las obligaciones genéricas asumidas por los Estados del artículo 2 de la CADH, relativa al deber de adoptar medidas legislativas para hacer efectivos dichos derechos. En virtud de que la obligación impuesta a los Estados de garantizar los derechos en su Derecho interno se ve asociada a la legitimidad que tienen los Estados de consultar al tribunal sobre la compatibilidad de las leyes internas que puedan estar en conflicto con la CADH. En correspondencia, la competencia consultiva de la CIDH, enclavada dentro del sistema de protección de los derechos fundamentales, se comprende en un sentido amplio en cuanto lo requiera la salvaguardia de tales derechos. Así, la Corte IDH ha entendido que su función consultiva “hay que entenderla con criterio amplio, encaminado también a hacer efectivos tales derechos y libertades”¹⁴³.

Pese a que el artículo 64.2 de la CADH no parece dejar dudas que la expresión “leyes internas” se refiere a leyes formales y en vigor, la Corte IDH ha sostenido que una interpretación restrictiva de esa disposición, en el sentido que limite su potestad para emitir una opinión sobre proyectos de leyes, podría, en algunos casos, “equivaler a forzar a dicho Gobierno a la violación de la Convención, mediante la adopción formal y posiblemente la aplicación de la medida legislativa, para luego acudir a la Corte en busca de la opinión”. Lo cual no ayudaría a “dar efecto” a la norma, es decir, no ayuda a la protección de los derechos y libertades fundamentales de los seres humanos”¹⁴⁴.

Por tanto, la Corte IDH estableció que el análisis de compatibilidad no se restringe a las leyes formadas y en vigor, sino que se extiende a los proyectos de leyes, atendiendo a que su propósito “es de ayudar al Estado solicitante a cumplir mejor con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos”. Pero asegurando que su jurisdicción consultiva en estos casos no sea utilizada como instrumento de un debate político con el fin de afectar el resultado del proceso legislativo interno¹⁴⁵.

Con base a esos criterios la Corte IDH se declararía competente para emitir una opinión consultiva sobre el Proyecto de modificación de la Constitución Política de Costa Rica relacionado con la

¹⁴³ Corte IDH, OC 4/84, párr.25.

¹⁴⁴ Ídem. párr.26.

¹⁴⁵ Ídem. párr. 30.

naturalización, y entraría a examinar la compatibilidad de la propuesta de reforma a los artículos 14 y 15 de su Constitución Política con los artículos 17.4, 20 y 24 de la Convención Americana¹⁴⁶. En el análisis de las disposiciones del Proyecto la Corte Interamericana entró a valorar las posibles intromisiones indebidas a los derechos reconocidos en el tratado en caso de que el proyecto fuese aprobado por el parlamento costarricense.

Aunque la Corte IDH tomó en cuenta “el margen de apreciación reservado al Estado que otorga la nacionalización sobre los requisitos y conclusiones que deben llenarse para obtenerla”, también dejó constancia de una serie de apreciaciones generales sobre medidas discriminatorias en razón del origen o nacionalidad, de las que parecía advertir al Estado. En el análisis de las disposiciones del Proyecto la Corte IDH procedió a valorar la proporcionalidad de las intromisiones permitidas a los derechos en cuestión, para concluir que el artículo 14.4 del Proyecto sí constituía una discriminación incompatible con los artículos 17.4 y 24 de la CADH por estipular condiciones preferentes para la naturalización por causa de matrimonio a favor de uno solo de los cónyuges. La ponderación deducida de la letra del Proyecto le llevó a afirmar que, respecto a las otras disposiciones, las intromisiones establecidas en los requisitos previstos para la naturalización de ciudadanos extranjeros no constituían incompatibilidades con el artículo 17.4 y 24 de la CADH¹⁴⁷.

De lo anterior podemos anticipar que en los términos del artículo 64.2 de la CADH, la función consultiva de la Corte Interamericana adopta unos matices más complejos en el test de compatibilidad de las normas internas con las disposiciones convencionales, lo que ha llevado a algunos autores a aventurar la comparación las funciones de un Tribunal Constitucional¹⁴⁸. En un análisis comparativo de las funciones de la Corte IDH con los tribunales constitucionales, BURGORGUE-LARSEN resalta el parentesco del procedimiento de consulta de la Corte IDH, con el control *a posteriori in abstracto* y *a priori* de los mecanismos jurisdiccionales de control de constitucionalidad. Por cuanto permite controlar leyes en vigor y leyes en gestación que aún no han sido promulgadas¹⁴⁹.

¹⁴⁶ En ese sentido, el derecho a la protección familiar respecto a los cónyuges, (artículo 17.4), el derecho a la nacionalidad (artículo 20) y la igualdad ante la ley (artículo 24) de la Convención Americana.

¹⁴⁷ Corte IDH, OC 4/84, párr. 62 y puntos resolutivos.

¹⁴⁸ En ese sentido, FAÚNDEZ LEDESMA sostiene que en el ejercicio de la competencia consultiva la Corte IDH opera como una especie de “Tribunal Constitucional”, encargado de interpretar la Convención u otros tratados de derechos humanos, y de la congruencia de las leyes internas con las obligaciones internacionales asumidas en dichos instrumentos. FAÚNDEZ Héctor, *El Sistema Interamericano...*, op.cit. pp. 991 y 992.

¹⁴⁹ BURGORGUE-LARSEN., L. “La Corte Interamericana...”, op.cit. p.5.

La misma idea comparte RUIZ MIGUEL, quien ve en la función consultiva de la Corte IDH ciertas similitudes con la jurisdiccional de los tribunales constitucionales, en cuanto el artículo 64.2 “instituye, en sentido amplio, un sistema de enjuiciamiento de la convencionalidad de las disposiciones internas”, que abarca tanto leyes formales, como proyectos de reforma de ley ordinaria y proyectos de reforma constitucional, que puede parecer como una crisálida de una futura jurisdicción supra-constitucional¹⁵⁰. El mecanismo de control de leyes internas por la vía consultiva, continúa el autor, parece acentuar una tendencia a aproximar los ámbitos consultivos y jurisdiccionales, pero que, en principio, la función consultiva sigue pareciendo la “más idónea para contestar cuestiones abstractas que concretas y, por eso mismo, también más adecuada para resolver dudas preventivamente que a posteriori”, encomendado al ámbito jurisdiccional de la Corte IDH¹⁵¹.

Sobre esto cabría salvar la comparación asumida aclarando que tal semejanza solo valdría respecto a la facultad de la Corte IDH y los mecanismos constitucionales para realizar el control de las disposiciones internas en conflicto con la CADH u “otros tratados”, como tendría lugar el control de constitucionalidad respecto a la Constitución Política. No sin denotar que la primera se realiza en el ámbito consultivo y la otra en el ámbito jurisdiccional, donde los efectos de las sentencias es también distinto, *inter partes* y *erga omnes*, como también el carácter técnico y abstracto del juicio emitido en vía consultiva¹⁵².

5. La incompatibilidad normativa como criterio habilitante del test de convencionalidad de las leyes internas

Retomando las explicaciones arriba vertidas, partimos aquí del presupuesto normativo, el Convenio Europeo y la Convención Americana¹⁵³, sostenido por el TEDH y la Corte IDH como referencia de la confrontación normativa que intuye la verificación de la (in)compatibilidad de los sistemas jurídicos internos alegados en los casos sometidos bajo su competencia contenciosa. En el asunto que nos ocupa, entonces, el elemento habilitante del mecanismo jurisdiccional se encuentra en las presuntas violaciones a las convenciones y protocolos adicionales derivados de

¹⁵⁰ RUIZ MIGUEL, C., “La Función Consultiva...”, op.cit. p. 1362

¹⁵¹ Ídem.

¹⁵² BURGORGUE-LARSEN, L. “La Corte Interamericana...”, op.cit.

¹⁵³ Y sus adiciones que constan en los Protocolos a ambos textos que en el caso interamericano se extiende a las convenciones especializadas ya mencionadas.

las normas internas incompatibles y, por ende, generadora de responsabilidad internacional para los Estados. En ese sentido, se ha comprendido que bajo la función judicial desplegada por el TEDH y la Corte IDH se ejerce un test o control de convencionalidad¹⁵⁴ que tiene como parámetro de juicio la compatibilidad de las normas internas con los textos convencionales¹⁵⁵.

En términos más concretos el test de convencionalidad de las normas internas se fundamenta en las obligaciones primarias que los Estados partes han asumido en relación a cada derecho. En cuanto a la obligación positiva de los Estados se entiende que los mismos asumen un deber inmediata *ab initio* de armonizar las normas internas con las convenciones con fundamento en el artículo 2 de la CADH; la proyección de tal obligación se expresa en la dimensión de garantizar y respetar en su Derecho interno los derechos de matriz convencional, así como eliminar todos los obstáculos para asegurar su disfrute. Del mismo modo podría predicarse respecto a la connotación negativa de las obligaciones genéricas, donde la actuación estatal contraria al sentido finalista de los textos convencionales – por acción u omisión del legislador –, podría terminar en la declaración de responsabilidad internacional.

Así pues, cuando aquellos deberes primario ha sido inobservado y las consecuencias jurídicas de las incompatibilidades normativas han dado lugar a la afectación de los derechos reconocidos en aquellos textos internacionales, los Estados concernidos pueden verse exigidos a enmendar las contrariedades normativas y adoptar medidas legislativas para interrumpir las lesiones constatadas y evitar la repetición de las mismas. Lo anterior, como producto del control jurisdiccional que ejercen los dos tribunales regionales que de forma conclusiva es expresado en la sentencia definitiva de constatación de las violaciones al CEDH o CADH.

En el Sistema Interamericano el control jurisdiccional de la Corte IDH ha adoptado la terminología del “control de convencionalidad”, acuñada en el voto razonado del ex juez interamericano GARCÍA RAMÍREZ, en la sentencia *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, estableciendo la analogía de la función judicial de la Corte IDH con el control jurisdiccional ejercido en los sistemas

¹⁵⁴ Término de origen interamericano que se asume para referirse a la acción de verificar la compatibilidad de las normas internas con el CEDH y la CADH. CANOSA USERA, Raúl., *El Control...*, op.cit. p. 25. Véase la Sección 4.1 de la Segunda Parte del Capítulo Cuarto.

¹⁵⁵ En relación al Tribunal Europeo véase a QUERALT JIMÉNEZ, A., *La interpretación...*, op.cit. p. 103. SÁIZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional al Derecho Internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 CE*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 221.

concentrados de control de constitucionalidad; especialmente por la forma de aplicar e interpretar la CADH en el examen de las normas internas. Así, GARCÍA RAMÍREZ sostenía que “[...] si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos”¹⁵⁶.

La invocación del “control de convencionalidad” en la jurisprudencia interamericana ha puesto de manifiesto la intensidad del discurso de constitucionalidad que sigue dicho tribunal, como “rasgo evidente de la asunción de sus funciones ‘constitucionales’ no tan presentes en Europa”¹⁵⁷. O quizá por la conciencia de la Corte Interamericana de su papel en la construcción de una cultura de los derechos ante la debilidad de las tradiciones constitucionales nacionales a la hora de su garantía, o bien por homogénea cultura jurídica de los países latinoamericanos que le permite avanzar más en la integración a través de los derechos; a diferencia del pluralismo nacional y jurídico europeo y la identidad constitucional que ha obligado al Tribunal Europeo a reconocer el margen de apreciación de los Estados en la aplicación de las normas convencionales¹⁵⁸.

El Tribunal Europeo ha evitado el enfoque del control de convencionalidad en su lenguaje cuando aplica e interpreta el CEDH y ha optado por un discurso más recatado cuando verifica la vulneración de los derechos reconocidos en el CEDH. La prudencia del TEDH, empero, no desdice que la contrariedad constatada de una norma interna con el CEDH conlleva la asunción de la inconventionalidad con el canon europeo fijado en dicho tratado y en su misma jurisprudencia. Entre muchos ejemplos se pueden citar los asuntos *Darby vs. Suecia* y *Van Raalte vs. Los Países Bajos* en que declaró la incompatibilidad –a modo de inconventionalidad– del cobro de determinado tributo por ser incompatible, entre otro, con el principio de no discriminación consagrado en el CEDH¹⁵⁹.

Desde esa perspectiva, consideramos posible la extrapolación terminológica del control de convencionalidad a la labor jurisdiccional del TEDH, por cuando los parámetros de actuación en este sentido son idénticos; a saber; un control jurisdiccional incidental, la compatibilidad como

¹⁵⁶ Luego reiterado en el voto razonado de GARCÍA RAMÍREZ a la sentencia *Tibi vs. Ecuador*, de 7 de septiembre de 2004, párr.3.

¹⁵⁷ GARCÍA ROCA, J., NOGUERA ALCALÁ, et.al., “La comunicación entre...”, op.cit. p. 87. En un sentido similar CAPPUCCIO, Laura, et. al., *Le Corti Regionali...*, op. cit. pp. 18 y 19.

¹⁵⁸ Ídem. p. 88. Sobre lo mismo véase a CANOSA USERA, Raúl., *El Control...*, op.cit. p. 23 y ss.

¹⁵⁹ SILVA GARCÍA, Fernando., “El control judicial de las leyes con base en tratados internacionales sobre derechos humanos”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 2006, No 5, México, pp. 231-253.

parámetro de juicio de las normas internas, la resolución de los conflictos mediante sentencias definitivas, las obligaciones positivas y negativas como elementos condicionantes de la actuación o conducta estatal. En todo caso la novedad del término, y lo cual descartamos referirnos en relación al ámbito europeo, se sitúa en la intensidad del paralelismo con el control de constitucionalidad insistido por la Corte Interamericana desde la sentencia *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, como una obligación de los jueces y autoridades nacionales, que en el seno del Tribunal ha sido calificado bajo el término “control difuso o interno de convencionalidad”¹⁶⁰.

En todo caso para el análisis propuesto, el desarrollo de la doctrina del “control de convencionalidad” va a tener gran relevancia en el control de las normas internas por virtud de la claridad de las obligaciones expresadas en la disposición segunda de la CADH, que establece una obligación positiva a los Estados partes “a armonizar su ordenamiento jurídico interno con la normativa de protección de la Convención Americana”¹⁶¹. Aunque no podría predicarse lo mismo del artículo primero del CEDH, lo cierto es que el desarrollo jurisprudencial del TEDH ha sido destacado para dilucidar los mandatos positivos que entrañan los derechos sustantivos en conexión con dicha disposición, de los que se ha servido para ejercer un auténtico control de convencionalidad sobre las normas internas. Sobre lo que habría que decir, con miras a la armonización y no de uniformización, como consecuencia de la existencia del estándar mínimo europeo¹⁶².

¹⁶⁰ En ese sentido, véase la explicación del juez de la Corte IDH Eduardo FERRER MAC-GREGOR en su voto razonado a la sentencia *Cabrera García y Montiel y Flores vs. México*; HITTERS, J.C., “Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, *Centro de Estudios Constitucionales de Chile*, Universidad de Talca, 2009. año 7, No.2, p. 109-128. Sobre el desarrollo del control interno de convencionalidad véase (Sección 4.1 de la Segunda Parte del Capítulo Cuarto).

¹⁶¹ Voto razonado del ex juez CANÇADO TRINDADE a la sentencia *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, párr.9.

¹⁶² Por lo que se cabe agregar, según QUERALT JIMÉNEZ, que pese a la asunción la función armonizadora de la jurisprudencia del TEDH, es aún deudor de un *ius commune* europeo de derechos y libertades. Vid. QUERALT JIMÉNEZ, A., “Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales”, *Teoría y Realidad Constitucional*. UNED, 2007. No. 20, pp. 435-470.

6. La finalidad protectora de los sistemas de garantía regional como criterio definidor del control normativo

Se ha dicho que el Convenio Europeo y la Convención Americana son tratados multilaterales que contienen un catálogo de derechos y libertades, ampliado mediante los protocolos adicionales e instrumentos específicos¹⁶³; que además crean un sistema de protección jurisdiccional de carácter regional bajo sus respectivos tribunales europeo e interamericano. Adicionalmente, esta noción garantista del tratado también plantea otra idea, ampliamente sostenida, de dos sistemas regionales que subyacen en ciertos valores y principios universales reconocidos en la Declaración Universal, que giran en torno a la protección del ser humano¹⁶⁴. En ese sentido, partimos aquí de la singularidad de los mecanismos de protección instituidos en ambos cuerpos normativos que, como finalidad del ejercicio jurisdiccional, se basa en un sistema de garantía colectiva exclusivo para la protección del ser humano. Una concepción que va a resultar de gran importancia en el desarrollo jurisprudencial de principios generales y contenidos de ambos textos normativos.

6.1 El individuo como titular de los derechos y libertades

El artículo 1 del Convenio Europeo y el 1.1 de la Convención Americana establecen con manifiesta claridad la correspondencia de la titularidad de los derechos reconocidos a “toda persona” bajo la jurisdicción de los Estados partes. En esos términos, y considerando la naturaleza protectora del ser humano de ambos textos como derivación de la Declaración Universal, no parece existir duda alguna respecto a la persona física como el sujeto central y, por tanto, titular de dichos derechos y libertades. Una afirmación que se ve reforzada en valores, como la dignidad humana, que fundamentan tales derechos; y base del núcleo esencial de los derechos a la vida, a la integridad física y psicológica, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura, los malos tratos inhumanos y degradantes. De igual forma, la titularidad se estima idéntica en aquellos derechos personalísimos como el derecho a la vida privada y familiar, derecho a libertad y seguridad, derecho a contraer matrimonio, libertad de expresión, pensamiento conciencia y religión.

Como elemento común en ambos sistemas se puede destacar que el ejercicio de la titularidad de los derechos y libertades reconocidos está dissociado del criterio de nacionalidad. De modo que no

¹⁶³ Como se explica en la Sección 3 de la Primera Parte del Capítulo Primero.

¹⁶⁴ El desarrollo de estos temas puede verse en el siguiente Capítulo (Sección 2 de la Primera Parte del Capítulo Primero).

solo los ciudadanos europeos están protegidos bajo la jurisdicción de un Estado parte del CEDH, sino además los extranjeros¹⁶⁵, en virtud de la prohibición de la discriminación por razones de origen nacional en el reconocimiento y protección de los derechos¹⁶⁶. En los mismos términos el artículo 1.1 de la CADH expresamente establece que la protección prevista a toda persona sujeta a la jurisdicción de un Estado parte, se ejerce sin discriminación alguna como aquella basada en el “origen nacional”.

Ahora bien, pese a que la expresión “a toda persona sujeta a la jurisdicción” no prevé una extensión de la titularidad de los derechos reconocidos a una persona no física, tampoco se puede afirmar su exclusión sin tomar en cuenta la lectura complementaria de los Protocolos Adicionales al CEDH. Propiamente, el artículo 1 del Protocolo Adicional No.1 reconoce el derecho de propiedad a “toda persona física o moral”, de lo que se entiende que las personas jurídicas son también titulares de derechos¹⁶⁷. Más aún, en la lectura del término “vida privada” contenida en el artículo 8 del CEDH, el Tribunal Europeo ha entendido que éste no se debe comprender en un sentido restrictivo, pues comprende “el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos; por tanto, no hay razón alguna en principio que permita excluir las actividades de carácter profesional o empresarial de la noción “vida privada”¹⁶⁸. En otras palabras, la interferencia a la privacidad o correspondencia de una persona jurídica es también considerada una violación de derechos. Del mismo modo, el TEDH ha ampliado la cobertura del derecho a la libertad de expresión a personas no físicas, especialmente a periódicos o editoriales, cuya labor principal es difundir información e ideas sobre asuntos de interés público¹⁶⁹.

¹⁶⁵ MORENILLA RODRÍGUEZ, J.M., “Naturaleza del...,” op.cit. p. 109.

¹⁶⁶ El artículo 14 de Convenio Europeo prohíbe la discriminación en el goce de los derechos y libertades allí reconocidas, entre otras, por razones de origen nacional.

¹⁶⁷ Vid. MORENILLA RODRÍGUEZ, J.M., “Naturaleza del...,” op.cit. p. 109. Aunque habría que decir que tal reconocimiento solo fue posible con dicho Protocolo, de modo que con anterioridad las personas jurídicas estaban desprovistas de tal protección en el CEDH. Por otra parte, pese al reconocimiento de la titularidad de derechos en el Protocolo No.1 lo cierto es que su efectividad tuvo lugar mucho tiempo después en las sentencias *Marckx vs. Bélgica*, párr.65 y en el caso *Sporrong and Lönnroth vs. Suecia*, de 23 de septiembre de 1982, puntos resolutive 1-3. Por ello que en la doctrina se atribuya la protección judicial de ciertos derechos de las personas jurídicas antes del desarrollado por el TEDH, el ejercido por el antiguo Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto *Van Gend en Loos vs. Los Países Bajos*, de 5 de febrero de 1963. Vid. NÚÑEZ MARÍN, R.F., “La persona jurídica como sujeto de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Perspectivas Internacionales*, 2010, Vol.7. No.1, enero-diciembre, pp. 205-226.

¹⁶⁸ TEDH, *Amann vs. Suiza*, sentencia de 16 de febrero de 2000, párr. 65; TEDH, *Niemietz vs. Alemania*, sentencia de 16 de diciembre de 1992, párr. 29; TEDH, *Haldof vs. Reino Unido*, sentencia de 25 de junio de 1997, párr.44.

¹⁶⁹ TEDH, *Kobenter and Standard Verlags GMBH vs. Austria*, sentencia de 2 de noviembre de 2002, párrs. 29 y ss.

Así las cosas, cabría preguntarse si la titularidad de derechos de las personas jurídicas adquiere la misma significación en el ámbito interamericano, a lo que, llanamente, la Convención Americana no deja lugar a dudas sobre la carencia normativa de que no dispone el Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos (en adelante el Sistema Europeo). En efecto, la protección del derecho a propiedad privada del artículo 21 de la Convención Americana no hace referencia alguna a las personas jurídicas en ninguna de sus cláusulas, por lo que de su redacción se descarta la cobertura a las personas morales. Pese a ello la Corte IDH ha desarrollado criterios jurisprudenciales para ampliar el alcance convencional a las personas no físicas, al menos de forma indirecta. En el caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, aunque sin referirse a personas jurídicas, la Corte Interamericana empezaría a trazar los lineamientos jurisprudenciales en ese sentido, al declarar la violación al derecho a la propiedad privada, las garantías judiciales y la libertad de expresión del recurrente, Ivcher Bronstein¹⁷⁰. La singularidad de tal violación consistía en que el demandante acudía en su calidad de accionista mayoritario de una compañía operadora del Canal 2 de la televisión peruana, y a su vez Director y Presidente del Directorio de dicha Compañía, en la que tomaba las decisiones editoriales respecto de la programación de dicho canal. Para la Corte IDH, las violaciones constatadas se vieron configuradas en la restricción de los derechos de la víctima en calidad de propietario y representante de una persona jurídica, por la interferencia indebida de las autoridades públicas peruanas. Así, aun sin referirse a las personas jurídicas, la Corte IDH dejó entrever su protección a través de las afectaciones directas a una persona física.

Sin embargo, en el caso *Cantos vs. Argentina* la Corte Interamericana zanjó el asunto de la protección indirecta, que no la titularidad, de ciertos derechos a las personas jurídicas en el marco de la Convención Americana; en ocasión de la alegación del gobierno argentino sobre la incompetencia de la Corte Interamericana para conocer de violaciones a derechos donde no figurara como víctima una persona física o natural; pues, como había sostenido la CIDH con anterioridad, la persona protegida en la Convención, según el artículo 1.2 es “todo ser humano”, y su ámbito de aplicación excluye “a las personas jurídicas o ideales, por cuanto éstas son ficciones jurídicas sin existencia real en el orden material”¹⁷¹. Contrario a los argumentos sostenidos por la

¹⁷⁰ Corte IDH, *Ivcher Bronstein vs. Perú*, sentencia de 6 de febrero de 2001.

¹⁷¹ CIDH, Informe N° 39/99 del 11.III.1999, *Mevopal, S.A. vs. Argentina*, párr. 17. Como también lo había sostenido previamente en el caso *Tabacalera Boquerón*, en el que negaba la condición de ‘víctima’ de violación de derechos humanos a una persona jurídica a la luz de la Convención Americana. CIDH Informe No. 47/97, *Tabacalera Boquerón, S.A.*, párrafos 25 y 35; y CIDH, Informe 10/91, caso *Banco de Lima*, párrs.1/3. *Vid.* NÚÑEZ MARÍN, R.F., “La persona...”, op.cit. p. 208.

CIDH, la Corte IDH expresó que pese a que la CADH no reconoce expresamente la titularidad del derecho de propiedad a las personas jurídicas como lo hace el Protocolo No.1 al CEDH, “esto no restringe la posibilidad que bajo determinados supuestos el individuo pueda acudir al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos para hacer valer sus derechos fundamentales, aun cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema del Derecho”¹⁷².

La ampliación de la cobertura convencional a las personas jurídicas en dicha sentencia, además, pudo haber dejado abierta la posible extensión a otros derechos como la indemnización por condena judicial precedida de error judicial (art.10), a la igualdad y protección judicial (24 y 25), como el derecho a defensa en juicio y la inviolabilidad de la correspondencia¹⁷³. El criterio se sustentaba en la determinación de circunstancias especiales en la posible correlación de los derechos y obligaciones de las personas físicas con las morales¹⁷⁴. Aunque cierto es que ello no implicó el reconocimiento de una protección autónoma de las personas jurídicas a la luz de la CADH, por cuanto negó su calidad de víctima, en todo caso sí reconoció estar bajo al amparo indirectamente por la afectación de derechos de una persona física, como en dicho caso así reconoció al Sr. José María Cantos, representante y propietario de dicho grupo empresarial¹⁷⁵. En todo caso, para el objeto aquí planteado queda claro que el ser humano constituye el eje central en torno al que los dos sistemas de garantías se configuran, cuya protección incluso alcanza otras formas en que los mismos pueden relacionarse y organizarse y, en efecto, concurrir bajo ficciones jurídicas reguladas por el Derecho interno, y por tanto, generadoras de relaciones jurídicas.

6.2 La garantía colectiva de los sistemas regionales

La relevancia de la protección del ser humano en dichos mecanismos regionales descansa, además, en la naturaleza colectiva de ambos sistemas, como corolario de las obligaciones que

¹⁷² Corte IDH, *Cantos vs. Argentina* (Excepciones Preliminares), sentencia de 7 de septiembre de 2001, párr.29.

¹⁷³ De hecho, en el caso *Perozo y otros vs. Venezuela*, la Corte IDH retomó los criterios sostenidos en *Ivcher Bronstein y Cantos* para entrar a analizar los daños a los bienes de la emisora de televisión Globovisión, de la que los recurrentes eran accionistas, aunque la Corte estimaría que no se había demostrado que “el Estado haya violado el derecho de propiedad privada de las presuntas víctimas, en los términos del artículo 21 de la Convención”. Corte IDH, *Perozo y otros vs. Venezuela*, sentencia de 28 de enero de 2009, párrs. 399-403.

¹⁷⁴ En efecto, la Corte IDH estableció que “los derechos y las obligaciones atribuidos a las personas morales se resuelven en derechos y obligaciones de las personas físicas que las constituyen o que actúan en su nombre o representación”. Corte IDH, *Cantos vs. Argentina* (Excepciones Preliminares), párr.24 y 27.

¹⁷⁵ Vid. NÚÑEZ MARÍN, R.F., “La persona...”, op.cit. pp. 208 y 209.

aquellos textos crean, en tanto, son distintas de los que emanadas de los tratados internacionales de tipo clásico, basados en obligaciones recíprocas entre los Estados; pues crean ante todo obligaciones objetivas para los Estados signatarios que refuerzan el contenido de las disposiciones sustantivas de ambos textos¹⁷⁶. En ese sentido las obligaciones contraídas por los Estados son de cara a los individuos bajo su jurisdicción y no frente a otros Estados, pero que además van a significar ciertos compromisos bilaterales que “desborda el marco de la simple reciprocidad entre los Estados partes” que se benefician de la garantía colectiva¹⁷⁷.

El Preámbulo del Convenio Europeo, propiamente, recoge tal expresión cuando se refiere al espíritu que le ha llevado a la creación de tal sistema: “para asegurar la garantía colectiva de algunos derechos enunciados en la Declaración Universal”. Una idea ciertamente conectada, como ha sostenido CARRILLO SALCEDO, con la finalidad del Consejo de Europa de “realizar la unión más estrecha entre sus miembros” en torno a esos derechos¹⁷⁸. La garantía colectiva que configura el Convenio Europeo, de acuerdo con MORENILLA RODRÍGUEZ, se basa en el compromiso internacional de los Estados de garantizar los derechos humanos, la cual tiene también una proyección nacional en una materia típica del sistema constitucional de cada país, que solo en caso de incumplimiento de esas obligaciones, y de forma subsidiaria, su órgano jurisdiccional asegurará esos derechos¹⁷⁹.

Pese a que el Tribunal Europeo ya había planteado la naturaleza del Convenio Europeo “como un instrumento creado para mantener y promover los ideales y valores de una sociedad democrática”¹⁸⁰; no obstante, fue hasta la sentencia *Loizidou vs. Turquía* que con claridad reconoció que “en la interpretación de las disposiciones fundamentales se debe tener en cuenta el carácter especial de la Convención como un tratado de garantía colectiva de los derechos humanos y libertades fundamentales¹⁸¹, en todo caso para hacer valer el objeto y fin del tratado

¹⁷⁶ TEDH, *Irlanda vs. Reino Unido*, sentencia de 18 de enero de 1978, párr. 239 y la Corte IDH, OC-2/82, de 24 de septiembre de 1982. párr.29.

¹⁷⁷ TEDH, *Loizidou vs. Turquía* (Excepciones preliminares), sentencia de 23 de marzo de 1995, párrs.70 y ss.

¹⁷⁸ CARRILLO SALCEDO, J.A., “El Proceso de internacionalización...” op.cit. p. 55. Sobre esto también en GARCÍA ROCA, J.A., “El Preámbulo Contexto Hermenéutico del Convenio Europeo: Un instrumento constitucional de orden público europeo”, en GARCÍA ROCA, J.A. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.(Coords), *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.pp. 21-47.

¹⁷⁹ MORENILLA RODRÍGUEZ, J.M., “Naturaleza del...” , op.cit.

¹⁸⁰ TEDH, *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen vs. Dinamarca*, sentencia de 7 de diciembre de 1974; párr.50. TEDH, *Soering vs. Reino Unido*, párr.87; TEDH, *Irlanda vs. Reino Unido*, párr. 239.

¹⁸¹ TEDH, *Loizidou vs. Turquía*, párr. 70.

como un instrumento de protección de los derechos humanos con carácter práctico y preventivo¹⁸².

En el Sistema Interamericano el régimen de garantía colectiva de derechos puede deducirse de algunas expresiones del Preámbulo de la Convención Americana. Por ejemplo, el párrafo primero del Preámbulo ilustra para tal efecto el propósito perseguido por los Estados signatarios con la institución de un sistema de garantía regional, es decir, consolidar en el continente americano “un régimen de libertad personal y justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”. El cual estaría basado en una “naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos” (párrafo segundo).

El contenido material y adjetivo manifiesto en tales declaraciones se refieren a la configuración de un sistema regional integrado por Estados, en primer término, para respetar una serie de derechos contenidos en el texto y, en segundo término, bajo expresa aceptación, someterse a un mecanismo institucional de corte judicial que enjuiciara los actos y normas de los Estados partes contrarios a la CADH¹⁸³.

En particular, la Corte Interamericana ha sostenido que “la Convención es la piedra fundamental del sistema de garantía de los derechos humanos en América”, y en virtud de las obligaciones contraídas los Estados partes deben “garantizar los derechos y libertades previstos en la Convención y de sancionar las infracciones que se cometieren”. Esa previsión es complementada con la labor desarrollada por sus órganos principales, la CIDH y la Corte Interamericana, en atención a su naturaleza “coadyuvante o complementaria” al sistema interno de tutela; que verían habilitada su actuación cuando una cuestión no ha sido resuelta en el orden interno según las cláusulas de la Convención y la jurisprudencia interamericana¹⁸⁴.

En ese sentido, AYALA CORAO sostiene que el sistema de garantía colectiva que instituye el Sistema Interamericano sería el de “la vigencia de los derechos humanos”, fundado en la

¹⁸² TEDH, *Loizidou vs. Turquía*, párr. 72.

¹⁸³ En ese mismo sentido, AGUILAR CARVALLO, sostiene que el sistema de garantía colectiva comprende la Declaración Americana, en cuanto es también un instrumento de orden público americano que entra bajo el esquema de supervisión de la CIDH. Vid. AGUILAR CAVALLO, G., *La Corte Interamericana y los Derechos Sociales*, (En línea) *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 2010, No.13, enero-junio, pp. 3-60. Disponible en: http://www.iidpc.org/revistas/13/pdf/19_76.pdf (Consulta de 15 de enero de 2013).

¹⁸⁴ Corte IDH, *Las Palmeras vs. Colombia*, sentencia de 6 de diciembre de 2001, párr.33.

objetivación de las obligaciones asumidas por los Estados partes con la CADH, y en un sistema de protección encomendado a la CIDH y a la Corte Interamericana. En el caso de la CIDH, a diferencia de la Corte IDH, se basa en una labor de promoción y prevención de los derechos mediante visitas *in loco* a los Estados para conocer la situación de los derechos, y establecer recomendaciones mediante los informes de las relatorías temáticas, los informes generales, así como, los informes de fondo de casos concretos y el seguimiento de soluciones amistosas. Mientras la Corte Interamericana se erige como el eje central del sistema colectivo de protección por medio del mecanismo de peticiones y casos previsto en la CADH¹⁸⁵; que, no obstante, CANÇADO TRINDADE solo ve completamente extendida si se logra la aceptación universal de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana¹⁸⁶.

Así, la noción de garantía colectiva es concebida, por una parte, a partir de la obligación de todos los Estados partes de la Convención Americana (art. 1 y 2) de proteger los derechos consagrados y garantizar su libre ejercicio a todas las personas bajo su jurisdicción y, por otra parte, como una obligación de los Estados *inter se* de “asegurar la integridad y efectividad de la Convención”. Donde, precisamente, este deber general de protección se erige como la garantía colectiva, por ser de interés directo de cada Estado parte, “y de todos ellos en conjunto (obligación *erga omnes* partes)”, como lo ha explicado CANÇADO TRINDADE en su voto razonado en la sentencia interlocutoria del caso *Las Palmeras vs. Colombia*¹⁸⁷.

Con ese propósito, a la par del sistema de peticiones individuales consagrado en ambos textos, también se ha previsto un sistema de comunicaciones o denuncias interestatales¹⁸⁸, mayormente empleado en el Sistema Europeo que en el Interamericano¹⁸⁹; como un “mecanismo *par excellence* de acción de garantía colectiva”¹⁹⁰ que posibilita en el marco del Convenio Europeo y de la

¹⁸⁵ AYALA CORAO, C., “Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”. En: *Presentación en el XVII Curso Interdisciplinario de Derechos Humanos*, IIDH (San José, de 18 a 29 de agosto de 2008).

¹⁸⁶ Presentación del ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Antonio Augusto CANÇADO TRINDADE (CP/CAJP-1932/02) ante el Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, (OEA/Ser.GCP/CAJP/SA.379/02), de 17 junio 2002.

¹⁸⁷ Corte IDH, *Las Palmeras vs. Colombia*, Excepciones Preliminares, sentencia de 4 de febrero de 2000. Voto razonado del ex juez CANÇADO TRINDADE (párr.12).

¹⁸⁸ Así, el artículo 33 (demandas interestatales) y 34 (demandas individuales) del Convenio Europeo y el artículo 44 (demandas individuales) y 45.1 (comunicaciones interestatales) de la Convención Americana.

¹⁸⁹ El caso interestatal *Nicaragua vs. Costa Rica* (Informe No. 11/07), de 8 de marzo de 2007, ante la CIDH fue el primero de este tipo y resuelto inadmisiblemente. La Corte Interamericana hasta la fecha no ha conocido ninguna demanda interestatal.

¹⁹⁰ Corte IDH, *Las Palmeras vs. Colombia*, voto razonado del ex juez CANÇADO TRINDADE, párr.13.

Convención Americana que un Estado parte demande otro Estado parte, por violación de las respectivas disposiciones convencionales.

Cierto es que en el Sistema Interamericano los Estados antes deberán satisfacer la exigencia del artículo 45 de la Convención Americana y aceptar la competencia de la CIDH para someter comunicaciones interestatales¹⁹¹, y, a la vez, la competencia contenciosa de la Corte Interamericana si la demanda finalmente termina ante este Tribunal¹⁹². Mientras en el Sistema Europeo la acción de garantía colectiva se rige por la competencia obligatoria del Tribunal Europeo para todos los Estados partes.

La similitud sobre la naturaleza colectiva de ambos sistemas de garantías, empero, no es exclusiva del CEDH y la CADH; pues también es prevista en otros tratados internacionales de derechos humanos “que se inspiran en valores comunes superiores”, donde el ser humano constituye la finalidad protectora. La Corte IDH ha reconocido que todos los instrumentos de derechos humanos “están dotados de mecanismos específicos de supervisión, [que] se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva, [y] consagran obligaciones de carácter esencialmente objetivo, y tienen una naturaleza especial, que los diferencian de los demás tratados, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre los Estados Partes y son aplicados por éstos, con todas las consecuencias jurídicas que de ahí derivan en los ordenamientos jurídicos internacional e interno”¹⁹³.

En ese sentido, los sistemas de garantía colectivos instaurados en dichos continentes, según GARCÍA ROCA, surgen en la base de un Derecho común e integrador de las categorías normativas internacionales e internas, en la medida de que ambos textos convencionales han venido a romper la separación entre el Derecho internacional y el Derecho interno mediante la objetivación de esas obligaciones asumidas por los Estados, y por el mecanismo jurisdiccional de tutela encomendado a sus tribunales¹⁹⁴. Esta circunstancia en ambos casos refuerza la idea de estrechar una unión más

¹⁹¹ Véase las “Consideraciones iniciales relativas al trámite de esta comunicación interestatal” (párr. 123 y ss) del caso interestatal *Nicaragua vs. Costa Rica*.

¹⁹² Artículo 62 de la Convención Americana.

¹⁹³ Así lo reconocía la Corte IDH en el caso *Tribunal Constitucional vs. Perú*, sentencia de 24 de septiembre de 1999, párr. 41.

¹⁹⁴ GARCÍA ROCA, J., *El margen de apreciación...*, op.cit. p. 34; SÁIZ ARNÁIZ, A, *La apertura constitucional...*, op.cit. p. 136; CARRILLO SALCEDO, J.A., “El Proceso de internacionalización...”, op.cit.

sólida entre los miembros del Consejo de Europa y los miembros de la OEA en torno a esos derechos impregnados de los valores y principios de la Declaración Universal.

Por otra parte, habría que decir que la análoga configuración normativa de la Convención Americana con el Convenio Europeo, y estos con los sistemas constitucionales, se presenta como una materia fértil para un diálogo jurisdiccional en diversos grados, horizontal – entre el TEDH y la Corte IDH – y vertical – entre éstos y los tribunales internos –; en el primero, para comprender los límites y alcances de las obligaciones surgidas del tratado, así como de su competencia para interpretar y aplicar las disposiciones convencionales; y en el segundo, para asegurar la eficacia interna de la ambos textos en la aplicación de las mismas por los tribunales internos. En esa tesitura no son extrañas las frecuentes citas de la Corte Interamericana de las sentencias del Tribunal Europeo, para explicar el sistema garantía colectiva instaurado por la CADH¹⁹⁵; como el uso de la jurisprudencia europea e interamericana por los tribunales internos como fuente interpretativa de los derechos fundamentales¹⁹⁶.

6.3 La armonización normativa como finalidad pro futuro

Se ha hecho referencia ya a la protección del individuo como una finalidad originaria del sistema jurisdiccional del TEDH y la Corte IDH, y como contención de los poderes públicos en el entramado de obligaciones suscritas con dichos instrumentos internacionales, en un sentido preventivo para evitar violaciones a los derechos y libertades y desde un punto de vista reparatorio, cuando la responsabilidad internacional de los Estados se ha visto comprometida por los actos u omisiones de cualquier agente o autoridad que detenta poder público. Sobre esto último, la responsabilidad internacional comporta un deber adicional de reparación de los daños causados por tales

¹⁹⁵ Por ejemplo, en el citado caso *Tribunal Constitucional vs. Perú* (párr 44 y siguientes) la Corte Interamericana recurre al caso *Austria vs. Italia* de la Comisión Europea, para explicar el carácter objetivo de las obligaciones derivadas del texto convencional. Asimismo, recurre a las sentencias del Tribunal Europeo en los casos *Irlanda vs. Reino Unido*, *Soering vs. Reino Unido* y *Loizidou vs. Turquía* para reforzar el contenido de la garantía colectiva que deduce de la CADH como reproducción del instituido en el Convenio Europeo. Una similitud que no se encuentra con los sistemas instituidos en otros tratados de tipo clásico, caracterizados por la discrecionalidad los actos unilaterales de los Estados, que sí posibilitan la solución pacífica de controversias. En ese mismo sentido, y con idéntica producción argumentativa, las sentencias interamericanas en *Ivcher Bronstein vs. Perú* (Competencia), sentencia de 24 de septiembre de 1999, párr.41 y ss; y *Baena Ricardo y otros vs. Panamá* (Competencia), sentencia de 28 de noviembre de 2003, párr.96 y ss.

¹⁹⁶ Un diálogo que queda servido en la disposición 10.2 de la CE y los artículos 46 y 71 de la CN (véase en: Sección 4 de la Segunda Parte del Capítulo Cuarto).

violaciones, la cual también se proyecta de diversos sentidos, según la naturaleza de las violaciones.

Así pues, podríamos hablar que la acción inmediata por excelencia sería la *restitutio in integrum* de los derechos conculcados, que de ser posible podría acontecer por medio de la exigencia de una acción positiva al Estado para interrumpir los efectos lesivos derivados; que der originados por una contrariedad normativa se proyectaría en la revisión de la norma cuestionada, es decir, por medio de una modificación legislativa. Sin embargo, cuando la restitución integral no es posible por las circunstancias violatorias que han terminado por desnaturalizar un derecho, la segunda medida esperada será ya no de cara al perjuicio verificado en el caso concreto, sino como medida pro futuro y garantía de no repetición de los hechos lesivo; siguiendo el criterio de compatibilidad con el estándar mínimo establecido en el fallo internacional.

En ese sentido, el TEDH y la Corte IDH pueden encontrarse ante la singular tarea de establecer modificaciones legislativas a un Estado demandado, si de ello depende la restitución de un derecho y la consecuente garantía de no repetición del hecho lesivo. Como se ha visto, la Corte IDH ha entonado un discurso más propio de un Tribunal Constitucional para revisar las normas internas incompatibles con la CADH y, en lo sucesivo, decretar las modificaciones legislativas como reparación de las consecuencias negativas derivadas de la contrariedad normativa verificada. La gran diferencia entre ambos sistemas regionales en este sentido estaría en el grado de exigibilidad a los Estados para responder a las disfunciones normativas¹⁹⁷.

En la jurisprudencia interamericana las medidas legislativas, como mecanismos de reparación, son deducidas de los preceptos 63.1 en relación al 1.1 y 2 de la Convención Americana, es decir, del deber de garantizar los derechos y de adoptar las medidas legislativas para garantizarlos. Estas medidas pueden ser ubicadas dentro de la categoría de reparaciones no compensatorias y como garantía de no repetición¹⁹⁸, que pueden ser otorgadas de forma conjunta con cualquier tipo de medidas. En ese sentido, las modificaciones legislativas tienen una dimensión reparadora, en cuanto interrumpe los efectos lesivos de los derechos y, una preventiva, en razón de la exigencia

¹⁹⁷ Aunque en ambos casos, ciertamente, desprovisto de un fundamento normativo explícito para expulsar o declarar la inaplicabilidad de la norma del Derecho interno. (véase en: Sección 4 de la Primera Parte del Capítulo Cuarto).

¹⁹⁸ Corte IDH, *Bulacio vs. Argentina*, sentencia de 18 de septiembre de 2003, Punto Resolutivo no. 5.

de armonizar el ordenamiento jurídico interno con las normas convencionales como garantía de no repetición¹⁹⁹.

La compatibilización o armonización normativa exigida en las modificaciones legales está relacionada a la intervención exigida al Estado para evitar la reiteración de violaciones de derechos precedidos en una norma incompatible. La reparación en ese sentido, no es solo atiende el caso particular, como ocurre con una indemnización, sino también a evitar la repetición del acto lesivo, por lo que la medida reparadora trasciende el caso concreto y su intención de proyecta en sentido abstracto a eventuales casos. En efecto, la Corte Interamericana ha establecido que en ciertas circunstancias es necesario añadir “medidas de carácter positivo que el Estado debe adoptar para asegurar que se repitan los hechos” cuando las normas internas no garantizan los derechos reconocido en la Convención²⁰⁰.

La amplia jurisprudencia interamericana sobre el control del Derecho interno de los Estados partes, ha tenido su correspondencia con el establecimiento de medidas de reparación en el sentido reformador y armonizador expresado. Es así, que la Corte IDH ha transitado de una comedida posición inicial para exigir las reformas legales a una posición más parecida a la de un Tribunal Constitucional²⁰¹, no solo para declarar la incompatibilidad normativa, sino también para exigir a los Estados su derogación²⁰², o declarar por sí misma “sin efectos legales” una ley²⁰³. En el caso *Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala* la Corte IDH estableció que el deber de adecuar la legislación interna guatemalteca al artículo 19 de la CADH, aunque dejó abierta la posibilidad para que se procediera bien para “derogar el Código de la Niñez de 1979 o en poner en vigencia el Código de la Niñez y la Juventud aprobado por el Congreso de la República de

¹⁹⁹ Un desarrollo más extendido sobre esto se puede ver en la Sección 1 de la Primera Parte del Capítulo Cuarto.

²⁰⁰ Corte IDH, *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, sentencia de 7 de junio de 2003, párr. 150; Corte IDH, *Trujillo Oroza vs. Bolivia* (Reparaciones y Costas), sentencia de 27 de febrero de 2002, párr. 62; y Corte IDH, *Bámaca Velásquez vs. Guatemala* (Reparaciones y Costas), sentencia de 22 de febrero de 2002, párr. 40.

²⁰¹ En ese aspecto, DULITZKY señala que con anterioridad a la sentencia *Barrios Altos vs. Perú*, la Corte IDH no se atribuía facultades para invalidar normas internas y se limitaba a declarar su contrariedad con la CADH, por tanto, a partir de *Barrios Altos* se considera la génesis de las atribuciones constitucionales de la Corte IDH y el control de convencionalidad. Vid. DULITZKY Ariel., “An Inter-American Constitutional...”, op.cit. p. 67.

²⁰² Corte IDH, *Yatama vs. Nicaragua*, párrs. 259 y 275.9

²⁰³ Corte IDH, *Barrios Altos vs. Perú* (Fondo), Sentencia de 14 de marzo de 2001, párrs. 44 y 51.4. Adicionalmente a la declaración de incompatibilidad de las leyes de amnistía No. 26479 y No. 26492, la Corte estimó su inconvencionalidad con efectos generales. Véase en *Barrios Altos vs. Perú*, sentencia de interpretación, de 3 de septiembre de 2001, párr. 18. En ese mismo sentido *Gelman vs. Uruguay*, sentencia de 24 de febrero de 2011, párr.246.

Guatemala en 1996 y el Plan de Acción a Favor de Niños, Niñas y Jóvenes de la Calle de 1997”²⁰⁴. En el mismo sentido, en el caso *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*²⁰⁵ y *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* estimaría las contrariedades normativas internas con la CADH y la necesaria modificación legislativa como mecanismo de reparación²⁰⁶.

La misma intensidad mostrada respecto a leyes ordinarias declaradas incompatibles con la CADH, la ha manifestado para establecer reformas constitucionales en virtud de las contrariedades verificadas. El *leading case* en este asunto es la citada sentencia *La última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, en la cual estableció el deber de reformar la disposición constitucional 19.12 *in fine*, declarada incompatibilidad con el artículo 13 de la Convención Americana; por cuanto la falta de previsión del constituyente para adecuar el texto constitucional al estándar mínimo de protección de la CADH, originó una violación al artículo 2 de la Convención²⁰⁷. En efecto, Chile terminó por reformar su Constitución para dar cumplimiento a la obligación resultada de la sentencia²⁰⁸.

Bajo el mismo mecanismo fueron declaradas otras reformas constitucionales como resultado de las incompatibilidades constatadas con la CADH. En los citados casos *Boyce*²⁰⁹ y *Dacosta Cadogan*²¹⁰ contra Barbados, relacionados a la imposición de la pena de muerte obligatoria; la Corte IDH sostuvo la necesidad de que se reformara la sección 26 de la Constitución Política de ese Estado; como antes ya lo había sostenido para la sección 6 de la Constitución Política de Trinidad y Tobago en los casos *Hilaire, Constantine y Benjamin*²¹¹ y *otros* y *Caesar*²¹², que excluía del escrutinio judicial la “Ley de Delitos contra la Persona” por la que se condenaron a muerte a las víctimas en el primer caso y se infligieron castigos físicos en el segundo.

²⁰⁴ Corte IDH, *Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala* (Reparaciones y Costas), sentencia de 26 de mayo de 2001, párr.98.

²⁰⁵ Referida a medidas legislativas “necesarias para regular el procedimiento y los requisitos conducentes a adquirir la nacionalidad dominicana, mediante la declaración tardía de nacimiento”. Corte IDH, *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, sentencia de 8 de septiembre de 2005. párr. 239.

²⁰⁶ En relación a la falta de un recurso interno en la jurisdicción penal que permita recurrir las sentencias dictadas por el juez inferior, de acuerdo al artículo 8.2.h de la Convención Americana. Corte IDH, *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, Sentencia de 2 de julio de 2004, párrs. 167 y 198.

²⁰⁷ Corte IDH, *La última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, párrs. 85, 88, 90 y 97.

²⁰⁸ BURGORGUE-LARSEN, L. “La Corte Interamericana...op.cit. p. 7.

²⁰⁹ Corte IDH, *Boyce y otros vs. Barbados*, párrs. 46-63 y 127.

²¹⁰ Corte IDH, *Dacosta Cadogan vs. Barbados*, sentencia de 24 de septiembre de 2009, párrs. 46, 75 y 104.

²¹¹ Corte IDH, *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, párr. 152(c).

²¹² Corte IDH, *Caesar vs. Trinidad y Tobago*, párrs. 115-117, 132 y 133.

En la jurisprudencia europea las medidas legislativas han tenido lugar con mayor claridad a partir de los asuntos decididos bajo el procedimiento de las sentencias piloto (*pilot judgment*)²¹³, aplicado por primera vez en el caso *Broniowski vs. Polonia*²¹⁴, relacionado a violaciones al derecho de propiedad en virtud de problemas sistemáticos sobre mal funcionamiento de la legislación; en virtud de cual se instó al Estado, primero, remover cualquier obstáculo que impida el ejercicio de los derechos de todas las personas afectadas, como proporcionar una indemnización equitativa a la víctima, así como aplicar las medidas legales o administrativas para asegurar la realización efectiva y rápida del derecho en cuestión²¹⁵. Aunque desde sus inicios el TEDH ha ejercido un control de las normas internas, por ejemplo, en citados casos *Marckx* y *Vermeire* contra Bélgica, lo cierto es que no llegó a estimar las obligaciones positivas de tipo legislativo de forma explícita en dichos fallos, si bien de la *ratio decidendi* podía deducirse los artículos estimados incompatibles con el Convenio Europeo²¹⁶.

²¹³ Entendido como una medida estrictamente procesal orientada a la solución de uno de los mayores problemas que acusa el Sistema Europeo: la carga excesiva de casos. Este nuevo método se enfoca en la solución de asuntos repetitivos sometidos ante el Tribunal Europeo que le permite ver más allá de los hechos concernidos al caso concreto y entrar a valorar situaciones fácticas que le dieron origen, como son los problemas estructurales o sistemáticos que revelan disfunciones normativas o prácticas contrarias a texto convencional. En ese sentido, a partir de un caso concreto se resuelven una situación generalizada de afectación de derechos de un grupo de individuos y de peticiones presentadas ante el TEDH. Esta figura surgió de la cooperación entre el TEDH, el Comité de Ministros y los Estados previas a la adopción del Protocolo No. 14, donde se discutía como mejorar de los recursos internos, acelerar la ejecución de las sentencias y reducir la repetición de casos ante la Corte; expresado en el Informe Interino del Comité Directivo para los Derechos Humanos el 26 de noviembre de 2003. Sobre esto véase a WILDHABER, LUZIUS, “Pilot Judgment un cases of structural or systematic problem on the national level”, en RUDIGER WOLFRUM & ULRIKE DEUTSCH (eds.), *The European Court of Human Rights Overwhelmed by application: problem and possible solutions*, Berlin: Springer Verlag, 2009, pp. 69-75; FRIBERGH, Erik., “Pilot Judgments from the Court’s Perspective”, en Council of Europe, *Towards Stronger Implementation of the European Convention on Human Rights. Proceedings of the Colloquy organised under the Swedish Chairmanship of the Committee of Ministers of the Council of Europe* (Strasbourg: Council of Europe 2008) pp. 86-93; SADURSKI, Wojciech., “Partnering with Strasbourg: Constitutionalization of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and Eastern European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments”, (En línea). *Sydney Law School Legal Studies*, 2008 (Research Paper No. 08/135), Disponible en: ssrn.com/abstract=1295652 (Consulta de 01-02-2012); LAMBERT ABDELGAWAD, E., “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la técnica de las sentencias piloto: Una pequeña revolución en marcha en Estrasburgo”, *Revista de Derecho Político UNED*, No.69, 2007. pp. 355-383.

²¹⁴ El TEDH estimó que el caso era parte de un problema mayor sobre reclamaciones de restitución de propiedad en el Estado polaco, originado en el mal funcionamiento de la legislación polaca y las prácticas administrativas, que habían dado lugar a 167 peticiones ante el TEDH relacionadas a 80,000 afectados por la falta de compensación. El Tribunal Europeo constató la violación del artículo 1 del Protocolo No.1 (Protección de la Propiedad) y estableció medidas generales de carácter legislativo y administrativas para asegurar la realización efectiva y rápida del derecho en cuestión en relación a los demás demandantes de las causas del “Río Bug”. TEDH, *Broniowski vs. Polonia*, sentencia de 22 de junio de 2004, párr.200.4. A este caso le seguirían una serie de sentencias pilotos en las que el TEDH excepcionalmente dejaría atrás el sentido eminentemente declarativo de sus sentencias para establecer medidas legislativas como mecanismos de no repetición, por ejemplo, en la sentencia *Sejdovic vs. Italia*, *Hutten-Czapska vs. Polonia*, *Lukenda vs. Eslovenia*.

²¹⁵ TEDH, *Broniowski vs. Polonia*, párr. 194.

²¹⁶ RIPOL CARULLA, S., *El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos y el Derecho Español. La incidencia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico español*, Atelier, Barcelona, 2007. pp. 78 y 79.

La forma en que el TEDH ha establecido medidas legislativas es diversa y no siempre precisa. Aun así, es posible hacer referencia a sentencias del Tribunal Europeo en las que no ha dejado margen de duda sobre el contenido y plazos para efectuar las enmiendas legales estimadas. Por ejemplo, en el caso *Burdov No.2 vs. Rusia*, el TEDH estableció que el Estado contaba con seis meses para establecer un efectivo recurso interno en casos de la falta de cumplimiento de las decisiones judiciales y dentro de un año para proveer compensaciones a todos los peticionarios en situaciones similares a los casos presentados ante el Tribunal Europeo y ya comunicados al gobierno ruso²¹⁷. En igual sentido se había pronunciado ya en el *Xenides-Arestis vs. Turquía*, requiriendo al Estado a adoptar un recurso interno dentro un plazo de tres meses que garantizara los derechos involucrados en el presente caso (derecho a vida privada y familiar y derecho de propiedad), como los de los peticionarios en los demás casos similares pendientes ante el TEDH²¹⁸.

Más ilustrativo resulta la sentencia *Sejdovic vs. Italia*²¹⁹, también dictada en el marco del *pilot judgment*, relativa a los problemas estructurales y disfunciones normativas verificadas en el Código Procesal Criminal italiano, que daba lugar a una serie de casos repetitivos ante el Tribunal Europeo. El TEDH se amparó en el caso particular para plantear la situación estructural derivada de la incompatibilidad de algunas disposiciones del citado Código (art.175) cuyos efectos trascendían el caso concreto. Como resultado, Italia fue exigida a modificar aquella disposición de conformidad con las obligaciones primarias de garantizar los derechos, y eliminar el perjuicio causado a la víctima y además de prevenir la repetición de los hechos²²⁰. En esencia el TEDH encontró que la legislación resultaba especialmente incompatible con el CEDH en razón de las dificultades que creaban a las partes interesadas en demostrar la ausencia involuntaria en los juicios penales y el corto tiempo que la parte condenada en ausencia disponía para hacer el reclamo de la reparación²²¹.

El parlamento italiano tomó nota de la sentencia y adoptó una serie de medidas legislativas para corregir aquellas contrariedades normativas, para tal fin adoptó el Decreto No.17, de 21 de febrero de 2005 que dio lugar a la ley No. 60 de 22 de abril de 2005. Así mismo modificó el Código

²¹⁷ TEDH, *Burdov No.2 vs. Rusia*, sentencia de 15 de enero del 2009, párr.141

²¹⁸ TEDH, *Xenides-Arestis vs. Turquía*, sentencia de 22 de diciembre de 2005, párr.40.

²¹⁹ TEDH, *Sejdovic vs. Italia*, sentencia de 1 de marzo de 2006.

²²⁰ MONTAGNA, M. "The Strasbourg Court's influence on the Italian Criminal Trial", en Giorgio Repetto (ed.), *The Constitutional relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian perspective*, Intersentia, 2013, pp. 71-81.

²²¹ MONTAGNA, M. "The Strasbourg Court's...", op.cit. p. 74.

de Procedimiento Criminal en los términos señalados por el tribunal y agregó el párrafo 2 al artículo 175 que garantiza la comparecencia del imputado bajo criterios menos inflexibles y ampliando los plazos para ejercer las acciones procesales correspondientes²²².

Sin embargo, en la citada sentencia *Oliari and Others vs. Italia* el TEDH se pronunció en términos muy similares a los de la Corte IDH para explicitar las medidas legislativas necesarias en el pronunciamiento sobre las reparaciones (art. 41 del CEDH), en respuesta a la petición de los demandantes para que se estableciera recomendaciones al Estado para que adoptara las medidas legales que reconozca las uniones de las parejas del mismo sexo. Así, el Tribunal Europeo concedió la petición y con base en el artículo 46 del CEDH estableció la obligación del Estado para adoptar las medidas individuales y generales para satisfacer y asegurar el derecho a la vida privada y familiar de los peticionarios, bajo la supervisión del Comité de Ministros²²³.

Una diferencia más evidente se puede apreciar en la exigencia de modificaciones constitucionales. En este aspecto, el TEDH ha evitado pronunciarse con la misma claridad de la Corte IDH para establecer enmiendas constitucionales en virtud de una declaración de incompatibilidad con el CEDH. En la citada sentencia *Wille vs. Lienchenstein*²²⁴ el Tribunal Europeo evitó hacer un examen exhaustivo sobre la compatibilidad del texto constitucional de Lienchenstein respecto al artículo 10 del CEDH, de forma que no declaró su incompatibilidad respecto a la violación de ese artículo y, en consecuencia, las reformas constitucionales²²⁵. A pesar de la ponderada forma de examinar la inconventionalidad de los textos constitucionales, para EGUIGUREN PRAELI y BUSTOS GISBERT la incompatibilidad quedó manifiesta en el cuerpo de la sentencia y, por ende, la obligación implícita de reformar el texto constitucional de Lienchenstein, que pese al proceso de reforma constitucional suscitado por la sentencia, pero no establecido por el TEDH, éste no llegó a materializarse²²⁶.

Lo mismo podría sostenerse de la enmienda constitucional que tuvo lugar en Irlanda, como consecuencia de las apreciaciones generales del TEDH en la sentencia *Open Door vs. Irlanda*. Pese a que en dicho caso habría quedado en evidencia la posible contrariedad del artículo 40.3.3 de la

²²² MONTAGNA, M. "The Strasbourg Court's...", op.cit. pp. 74 y 75.

²²³ TEDH, *Oliari and Others vs. Italia*, párr. 200.

²²⁴ TEDH, *Wille vs. Lienchenstein*, sentencia de 28 de octubre de 1999.

²²⁵ EGUIGUREN PRAELI, F. y BUSTOS GISBERT, R. et.al. "Las libertades de pensamiento...", op.cit. p. 198.

²²⁶ EGUIGUREN PRAELI, F. y BUSTOS GISBERT, R. et.al. "Las libertades de pensamiento...", op.cit. p. 199.

Constitución irlandesa y la falta de regulación legal del derecho a información en relación al artículo 10 del CEDH; el TEDH evitó pronunciarse sobre esto y, por ende, establecer medidas legislativas para la adecuación normativa²²⁷. Aunque el TEDH no estableció ninguna medida legislativa, en 1992 el Estado irlandés reformaría la citada disposición constitucional en el sentido expresado en la sentencia, para proteger el derecho a la vida del no nacido en igualdad al derecho de la vida de la madre; así mismo adoptaría una nueva ley²²⁸ para garantizar el acceso a información sobre las posibilidades de terminación de un embarazo fuera del país²²⁹.

Del mismo modo, en 1999 Italia reformaría la Constitución Política para adecuarla a la disposición 6 del CEDH, de acuerdo a los criterios precedidos en la sentencia *Craxi vs. Italia*²³⁰; mientras Turquía modificaba el artículo 6 de su Constitución para garantizar el derecho a los privados de libertad reconocido en el artículo 5.4 del CEDH. Cierto es que en ambos los procesos de reformas constitucionales se derivaron de incompatibilidades sostenidas por el TEDH en la *ratio decidendi* de las sentencias, sin que mediara por ello una exigencia particular para su concreción. Una práctica que, en efecto, se ajusta a la etapa posterior de supervisión de la ejecución de las sentencias ante el Comité de Ministros, por virtud del artículo 46.2 del CEDH²³¹.

En suma, habría que decir que las medidas generales expresadas a modo de modificaciones legislativas tienen propósitos reparadores y preventivos. Cuando de tales modificaciones depende la interrupción de los efectos lesivos de derechos – y la reparación en concreto –, ambos tribunales regionales pueden expresarse con similar intensidad para exigir al Estado o Estados concernidos la garantía de un derecho, y con ello para prevenir futuras violaciones. Si bien no se estima una variación sustancial en la función judicial del TEDH y la Corte IDH desde los textos

²²⁷ TEDH, *Open Door and Dublin Well Woman vs. Irlanda*, sentencia de 29 de octubre de 1992, párr. 50 y ss. En ese sentido, el ex juez MORENILLA, expresaba su voto concurrente a la sentencia (párr8), resaltando la falta de legislación que garantizara el derecho a la información contenido en el artículo 10 del CEDH.

²²⁸ *Regulation of Information (Services outside the State for Termination of Pregnancies) Act of 1995*.

²²⁹ Véase en: Council of Europe, *General measures adopted to prevent new violations of the European Convention on Human Rights. Stock-taking of measures reported to the Committee of Ministers in its control of the execution of judgments and decisions under the Convention (Application of former Articles 32 and 54 and of Article 46)*: H-Exec(2006)1. Last update: May 2006.

²³⁰ TEDH, *Craxi vs. Italia*, sentencia de 5 de diciembre de 2002. En ese orden, en 2001 el Parlamento italiano también adoptaría una nueva ley para implementar aquella disposición constitucional (Law No. 63 of 1/03/2001), que reformaba el artículo 513 del Código de Procedimiento Criminal, en el que se fundó la violación al CEDH en el caso concreto. *Vid.* Council of Europe, *General measures adopted to prevent new violations of the European Convention on Human Rights. Stock-taking of measures reported to the Committee of Ministers in its control of the execution of judgments and decisions under the Convention (Application of former Articles 32 and 54 and of Article 46)*: H-Exec(2006)1. Last update: May 2006.

²³¹ RIPOL CARULLA, S., *El Sistema Europeo...*, op.cit. p. 106.

convencionales, y menos, sobre lo que han comprendido que caen dentro del material controlable; lo cierto es que el TEDH adopta una posición más recatada para enjuiciar las normas constitucionales como, en consecuencia, para exigir las enmiendas constitucionales que merezcan. Pese a las diferencias discursivas entre el TEDH y la Corte IDH en el lenguaje entonado en sus sentencias, no podría decirse que la finalidad no se proyecta en el mismo sentido: la reparación y la garantía de no repetición de las violaciones constatadas.

SEGUNDA PARTE

La interpretación del TEDH y la Corte IDH en el control de las normas internas sobre la base de instrumentos constitucionales de orden público

1. La apreciación del Convenio Europeo y la Convención Americana como instrumentos constitucionales

1.1 La representación del CEDH como instrumento constitucional

El Convenio Europeo ha adquirido ciertos matices en la jurisprudencia del TEDH que ha suscitado apreciaciones de su rigor normativo desde el punto de vista constitucional; en particular, a partir de la sentencia *Loizidou vs. Turquía* en la que el TEDH se refirió al Convenio Europeo como “un instrumento constitucional de orden público”²³². Sin embargo, el paralelismo suscitado tenía como base una opinión muy generalizada del Convenio Europeo como una “superconstitución” europea, como ha sostenido MORENILLA RODRÍGUEZ. En todo caso, por su análoga configuración constitucional, es decir, con un catálogo de derechos y un mecanismo jurídico e institucional de protección que responde a esos objetivos y fines del Convenio como un instrumento de orden público²³³.

La semejanza natural de dos sistemas de garantía autónomos tiene como presupuesto unos vínculos materiales fundados en torno a la protección del ser humano; ciertamente, el aspecto más evidente y menos controversial de tal comparación. Por ello que la idea del Convenio Europeo como una Constitución, en un sentido estrictamente formal, haya sido desestimada por la obvia razón de que una Constitución atiende a una “estructura política y legal fundamental de un gobierno o de una comunidad política distinta, que establece materias tales como jefe de Estado, la legislatura, ejecutivo y judicial, sus composiciones, poderes y relaciones”²³⁴.

²³² TEDH, *Loizidou vs. Turquía*, párr.75.

²³³ MORENILLA RODRÍGUEZ, J.M., “Naturaleza del...”, op.cit. p. 90.

²³⁴ ALBERT ALKEMA citando a D.M. Walker. Vid. ALBERT ALKEMA, E., “The European Convention as a constitution and its Court as a constitutional court”, en MAHONEY P, et.al (ed), *Protecting Human Rights: The European Perspective. Studies in memory of Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 2000, pp.41-63.

En ese sentido, también se ha dicho que desde un punto de vista conceptual el Convenio Europeo no puede ser considerado ni comparado con una Constitución Política; pues, no es siquiera un tratado de integración como el tratado que estableció la Comunidad Económica Europea; sino “un compromiso histórico concebido para crear un sistema de garantía colectiva de los Estados miembros del Consejo de Europa” con fines de proteger al individuo dentro del espacio jurídico de los Estados partes²³⁵. Así, su adopción tampoco pretendía “una codificación integral de disposiciones constitucionales para el funcionamiento de una organización ni para el funcionamiento de un Estado”; sino en el marco del desarrollo de responsabilidades y competencias de instituciones europeas, como ha sostenido MEYER-LADEWING²³⁶. La negación de la naturaleza constitucional del CEDH es también por su origen. Aunque dicho tratado haya sido adoptado en el seno del Consejo de Europa es conocido que éste no es siquiera una comunidad política o económica similar a la Unión Europea, por tanto, se ha estimado que aquel no surge de un poder constituyente²³⁷. En ese contexto, la aventurada comparación resulta compleja e inacabada en un sistema de protección regional en continua evolución.

Ahora bien, si el Convenio no es una Constitución Política tampoco es un tratado más, pues ante todo es, siguiendo a ALBERT ALKEMA, una *Bill of Rights* supervisado bajo un mecanismo institucional independiente²³⁸, que anticipa una proyección hacia los ordenamientos legales internos para obligar a los Estados a integrarlo en su Derecho “como una superestructura común a todo los Estados”²³⁹. Eso sí, dejando en manos de aquellos la forma de hacerlo y el posicionamiento que tendrá en el sistema de fuente de su Derecho. En esa idea, el Convenio Europeo protagoniza “la creación de un espacio constitucional común” en construcción bajo instituciones democráticas. De allí que el Tribunal Europeo haya venido creando una “cultura constitucional” en todos los Estados europeos y, particularmente, en los “nuevos” Estados de Europa central y oriental, adicionalmente al sistema de peticiones individuales, bajo una misión constitucional más general en la aplicación e interpretación de las disposiciones convencionales²⁴⁰. Así, se ha llegado a sostener que la garantía de los derechos y libertades contenidos en el

²³⁵ MORENILLA RODRÍGUEZ, J.M., “Naturaleza del...,” op.cit. p. 91.

²³⁶ MEYER-LADEWIG, J., “The European Court of Human Rights as European Constitutional Court”, en DELAS, Olivier (Comp), *Liber Amicorum Peter Leuprecht*, Bruxelles, Bruylant, Mondialisation et droit international, 2012, pp. 183-210.

²³⁷ Incluso dentro del proceso de integración de la Unión Europea, el Convenio nunca ha sido considerado como una Constitución. ALBERT ALKEMA, E, “The European Convention...”, op.cit. p. 42.

²³⁸ ALBERT ALKEMA, E, “The European Convention...” op.cit. p. 42.

²³⁹ MORENILLA RODRÍGUEZ, J.M., “Naturaleza del...,” op.cit. p. 93.

²⁴⁰ MEYER-LADEWIG, J., “The European Court...” op.cit. p. 190.

Convenio son estándares contenidos en las constituciones modernas y, sin duda, una parte esencial de ellas que termina por definir al Convenio como “una codificación constitucional fundamental en la creciente red de constituciones europeas”²⁴¹.

La doctrina también ha ahondado en el paralelismo del CEDH con los sistemas de garantía constitucional. En ese sentido, se ha dicho que el Convenio Europeo es un tratado *sui generis* con un sistema de garantía jurisdiccional similar al constitucional, que también logra proyectarse en el ámbito de la Unión Europea como “una garantía comunitaria”, en vista de su recepción en la Constitución Europea²⁴², y desde antes en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE). En efecto, cuando el TJUE ha buscado identificar los principios generales del derecho comunitario asegurado por las instituciones europeas, lo ha hecho en dos fuentes de referencia: “las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y en el Convenio Europeo”²⁴³.

En todo caso, habrá que decir que el CEDH adquiere cierta dimensión constitucional a partir de los efectos sobre los ordenamientos internos en que se integra, sobre todo porque la naturaleza de su objeto es materialmente constitucional, aunque no formalmente, y la fuerza expansiva de sus derechos se expresa en todos los ámbitos del ordenamiento interno; especialmente la Constitución por impulso de su órgano jurisdiccional. Así mismo, la categoría constitucional a la que se asocia el Convenio plantea una forma de interpretación que implica una “sutil fusión de las categorías y herramientas propias del Derecho Internacional Público y del Derecho Constitucional”²⁴⁴. En palabras de GARCÍA ROCA, el Convenio es más un Derecho común “con efecto integrador y armonizador” que un Derecho Constitucional. Aunque puede actuar como “un instrumento constitucional de orden público europeo”, su naturaleza no es constitucional, dada la ausencia ya apuntada, de “supremacía formal y del ejercicio de un poder constituyente”²⁴⁵.

²⁴¹ MEYER-LADEWIG, J., “The European Court...”, op.cit. p. 184.

²⁴² GARCÍA ROCA, J.A., “El Preámbulo...”, op.cit. p. 32.

²⁴³ Véase por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea del 15 de mayo de 1986, caso No.222/84. Vid. ABRAHAM, Ronny., “The Effects of the ECHR on Constitutional and Administrative Law in Contracting Parties”, en EVERT A. ALKEMA, THEO L. BELLEKOM, ANDREW Z. DRZEMCZEWSKI, et. al (ed), *The Domestic Implementation of the European Convention on Human Rights in Eastern and Western Europe*, Proceeding of the seminar held in Leiden, 24-26 October 1991, European Human Rights Yearbook, vol.2. 1992, pp. 127-146.

²⁴⁴ Por ejemplo, así encontramos la cláusula constitucional del artículo 10.2 CE que obliga a la interpretación de los derechos fundamentales, allí reconocidos, de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos. Vid. GARCÍA ROCA, J.A., “El Preámbulo...”, op.cit. p. 24 y ss.

²⁴⁵ De ese modo, su legitimidad está asentada en la soberanía de los Estados que lo han ratificado, la cual contradictoriamente termina siendo limitada en interés de ese sistema de garantía colectiva. Vid. GARCÍA ROCA, J., *El*

Por otra parte, del mismo modo que una Constitución el Convenio ejerce un papel de estructurar el ordenamiento jurídico interno, por ser la norma de referencia en materia de derechos fundamentales para su articulación, propicia una aproximación normativa entre ambos y cumplen igual función de desplazar normas contrarias a sus disposiciones²⁴⁶, aunque no de forma automática, sino por la exclusiva cooperación o lealtad institucional de los poderes públicos para ello. En este sentido, las similitudes se ven mermadas por cuanto el TEDH tiene unas potestades limitadas para enjuiciar las normas internas en conflicto con el CEDH y, en consecuencia, no podría anular una norma interna como si lo podría hacer un Tribunal Constitucional. Así, entonces, se puede decir que el papel de estructurador del Derecho interno se manifiesta en el carácter imperativo de la parte sustantiva del tratado, de las obligaciones primarias que obligan a los Estados partes a armonizar sus ordenamientos internos con el CEDH; más cuando el Estado concernido ha sido declarado responsable internacionalmente por las normas lesivas de un derecho.

1.2 La dimensión constitucional de la CADH

Si bien la Corte Interamericana no se ha referido a la CADH como un “instrumento constitucional”²⁴⁷, siguiendo el planteamiento expuesto para el Convenio Europeo se podría sostener que ésta también alberga una dimensión constitucional, a partir de la función armonizadora que ejerce por mandato normativo de su artículo 2 en la configuración de los ordenamientos jurídicos internos. En todo caso, la analogía que aquí suscribimos de la CADH con el CEDH y con las constituciones, se centra en los aspectos ya delimitado anteriormente, esto es, los vínculos materiales que hacen posible tal paralelismo. Sin que ello nos lleve a plantear o inferir la CADH como una Constitución²⁴⁸ y la Corte IDH como un Tribunal Constitucional Interamericano²⁴⁹.

margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, Aranzadi, España, 2010. p. 60 y ss.

²⁴⁶ GARCÍA ROCA, J., *El margen de apreciación...*, op.cit. p. 62.

²⁴⁷ En el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* pareció que la Corte IDH se encaminaría al desarrollo de la CADH en aquel sentido, aunque no llegó a profundizar sobre ello. De modo que, según CANÇADO TRINDADE, modestamente resolvió las cuestiones sobrevenidas en la solicitud de interpretación de la misma sentencia, que decidió por inadmitir en su totalidad, y que tenía que ver con el cumplimiento de las obligaciones del Estado de “garantizar el acceso a un recurso rápido, sencillo y eficaz” en virtud del artículo 2 de CADH. Corte IDH, *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de Noviembre de 2007. Voto razonado del juez CANÇADO TRINDADE, párr.8.

²⁴⁸ Así, creemos que la misma razón que nos ha llevado a desestimar el origen y naturaleza constitucional del Convenio Europeo pueden ser esgrimidas para la Convención Americana, toda vez que ésta no surge de un poder constituyente, carece de la jerarquía normativa vertical propio de una Constitución, y tampoco organiza ni dirige una unidad jurídico-

En efecto, en el mismo seno de la Corte IDH se ha llegado plantear el desarrollo jurisprudencial de la dimensión constitucional de la Convención Americana, a partir del proceso de “internacionalización” del Derecho Constitucional, del cual el Derecho internacional tomó nota especialmente a partir de la segunda mitad del Siglo XX, y desde la “constitucionalización” del Derecho internacional. En ese sentido, se ha manifestado que los tratados de derechos humanos adquieren una “dimensión constitucional”, no en el sentido de su posición jerárquica en el Derecho interno, sino en un plano más avanzado “de construcción de un orden jurídico constitucional de respeto de los derechos humanos”²⁵⁰. En ese mismo sentido, el juez interamericano FERRER MAC-GREGOR ha sostenido el rol constitucional de la CADH en la configuración de los sistemas jurídicos internos, como una consecuencia de la “internacionalización” del Derecho Constitucional, y con ello, el traslado de las “garantías constitucionales” como instrumentos procesales al sistema de garantía convencional²⁵¹.

Una idea acogida por algunos autores, como BIRDART CAMPOS, para quien el vínculo material de la CADH con el Derecho Constitucional ha dado lugar a un “Derecho Constitucional de los Derechos Humanos”²⁵², nacido en un enlace de mayores proporciones, que según FERRER MAC-GREGOR, se ubica a nivel de un “Derecho Constitucional Internacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, que en la actualidad está dando lugar al establecimiento de un *auténtico ius constitutionale commune* en las Américas²⁵³.

A la par de la noción de la Convención Americana como un instrumento constitucional de carácter regional, surgida en la interrelación de aquellas categorías normativas, se ha comprendido su despliegue en la cohesión del respeto de los derechos humanos desarrollado en la jurisdicción de los Estados partes; en virtud de la naturaleza “coadyuvante y complementaria” del tratado al de

política como un Estado, federación, o una unidad política única conformada por un poder ejecutivo, judicial y legislativo. Pues, como el CEDH, la CADH surge en el seno de una organización regional, la OEA, similar al Consejo de Europa, con los mismos objetivos: la protección del ser humano bajo el reconocimiento de un catálogo de derechos y un sistema de garantía encomendado a un tribunal regional, en este caso, secundado por la CIDH.

²⁴⁹ Aunque, como ha sostenido DULITZKY, en la aplicación e interpretación de la CADH la Corte IDH termina asimilando una funciones de un Tribunal Constitucional. *Vid.* DULITZKY Ariel., “An Inter-American Constitutional...”, *op.cit.* p. 49.

²⁵⁰ Corte IDH, *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros). vs. Perú*, Voto razonado del juez CANÇADO TRINDADE, párrs. 6 y ss.

²⁵¹ Corte IDH, *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, sentencia de 26 de noviembre de 2010, Voto Razonado del juez ad-hoc. Ferrer Mac-Gregor, párr. 21 y ss.

²⁵² BIDART CAMPOS, Germán J. y HERRENDORF, D, *Principios de Derechos Humanos y Garantías*, Buenos Aires, 1991, p195.

²⁵³ En ese sentido, FERRER MAC-GREGOR en su Voto Razonado en el asunto *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. párr.31 y ss.

los ordenamientos internos, según el párrafo segundo de su Preámbulo²⁵⁴. En este aspecto, la Corte IDH ha jugado un papel fundamental para, implícitamente, promocionar aquella dimensión en la CADH por medio de construcciones jurisdiccionales, propias de su labor de máximo intérprete de la misma. En particular, a través del “control de convencionalidad”, y como desarrollo del contenido de las obligaciones generales contenidas en el artículo 2 de la CADH. Una disposición clave en el desarrollo del “control de convencionalidad” que no encuentra paralelo en el Convenio Europeo, porque expresamente obliga a los Estados partes “a armonizar su ordenamiento jurídico interno con la normativa de protección de la Convención Americana”²⁵⁵.

Como se ha dicho, el “control de convencionalidad” sería la expresión más clara de la asunción de la analogía del sistema de garantía instituido por la CADH con los sistemas concentrados de constitucionalidad²⁵⁶. Empero, la analogía asumida no se acaba en el control jurisdiccional internacional de las normas internas – y por ende en su comparación con la típica labor de los tribunales constitucionales continentales –, sino que se proyecta al interior de los Estados, en particular, desde la citada sentencia *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, como una obligación impuesta a todos los jueces y autoridades nacionales para velar para que “los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”²⁵⁷. Lo que la doctrina ha denominado como “control difuso de convencionalidad”, como una extensión de tal paralelismo con los sistemas difusos de control de constitucionalidad²⁵⁸.

Desde esa perspectiva, la CADH adquiere un papel armonizador e integrador de las categorías normativas – convencional y constitucional –; dado además, en la concepción de aquella como un orden jurídico interamericano que impone obligaciones objetivas a los Estados partes; y de un mecanismo jurisdiccional subsidiario del control de los actos y omisiones de los poderes públicos. La asunción de la fusión de aquellas categorías normativas, ciertamente, plantea también una

²⁵⁴ BAZÁN Víctor., “La Corte Interamericana y las Cortes nacionales: acerca del control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional sustentable”, en CARBONELL MIGUEL, et. al. (coord), *VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional Constituciones y Principios*, México, 6 -10 de diciembre de 2010. (En línea), disponible en: <https://www.juridicas.unam.mx/wccl/es/g13.htm> (Consulta de 28 de enero de 2013)

²⁵⁵ Corte IDH, *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros). vs. Perú*, Voto razonado del juez CANÇADO TRINDADE, párr.9.

²⁵⁶ Véase el voto razonado del ex juez interamericano GARCÍA RAMÍREZ a la sentencia *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2003 y a la sentencia *Tibi vs. Ecuador*, de 7 de septiembre de 2004, párr.3.

²⁵⁷ Corte IDH, *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, párr. 124.

²⁵⁸ Un desarrollo más amplio de esto puede verse en la Sección 4.1 de la Segunda Parte del Capítulo Cuarto.

convergencia de la Convención Americana y los sistemas constitucionales en un sistema integrado de protección de derechos humanos, bajo principios y una técnica interpretativa similar; donde la Corte Interamericana solo actúa de forma subsidiaria, cuando en los sistemas internos de tutela no se haya protegido los derechos convencionales de acuerdo al estándar interamericano; pero no como un tribunal de alzada o cuarta instancia establecido para revertir las sentencias internas, retrotraer procesos judiciales fenecidos, o anular leyes declaradas incompatibles con la CADH.

En ese sentido, la noción de la Convención Americana es más acorde a la de un Derecho común con propiedades armonizadoras de los sistemas legales internos de los Estados partes; concebido bajo un régimen flexible de incorporación interna y a discreción estatal, pues es “una materia a ser determinada fundamentalmente por la Constitución”²⁵⁹. Así, la CADH nace como un sistema normativo objetivo de límites y permisos que establece obligaciones insoslayables a los Estados partes para “garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios *effet utile* en el plano de sus respectivos derechos internos”²⁶⁰. Así, la similitud de los derechos protegidos en el Convenio Europeo y la Convención Americana, como los derechos garantizados en las constituciones políticas, deja a la vista uno valores superiores que comparten y que giran torno a la protección del ser humano; de los que también se puede afirmar que comparten unos mecanismos jurisdiccionales que similares, y propiamente sobre los sistemas europeo e interamericano, que se basan y aplican siguiendo la lógica de un sistema de garantía colectiva.

2. El orden público europeo e interamericano como criterio configurador de los sistemas jurídicos internos

Es ampliamente aceptado que el Convenio Europeo constituye un orden público europeo, por cuanto recoge y expresa ese conjunto de valores y principios comunes de los Estados miembros del Consejo de Europa, desarrollados en torno al concepto de una sociedad democrática, tal como lo menciona su Preámbulo²⁶¹. Aunque la noción de orden público europeo no se deriva

²⁵⁹ Por lo que el Estado libremente decide si la recepción de la CADH será bajo un modelo monista o dualista, y si la posición normativa que adoptará sería supra-constitucional, constitucional, supralegal o legal. *Vid.* AYALA CORAO, C.M., “El derecho de los derechos humanos (la convergencia entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos)”, en *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (En línea). Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1998, Estudios Jurídicos No. 193, (Consulta de 15 febrero de 2011). Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?!=113>, ISBN 968-36-6786-4

²⁶⁰ Corte IDH, *Tribunal Constitucional vs. Perú*, párr. 36.

²⁶¹ QUERALT JIMÉNEZ, A., *La interpretación...*, op.cit. p. 78.

expresamente del Convenio, el TEDH se ha referido a éste en el citado caso *Loizidou vs. Turquía* para afirmar que el CEDH es “un instrumento constitucional de orden público”²⁶², y a partir de allí desarrollar la idea del *consensus europeus* en cuanto al contenido del Convenio Europeo plasmado por los Estados partes.

Algunos autores han interpretado que el orden público fundado en el Sistema Europeo se refiere a la existencia de ciertas normas imperativas irrenunciables, valores y principios, que terminan imponiéndose en las relaciones sociales²⁶³. En esa línea argumentativa JOSEF MRÁZEK ha identificado dicha noción en el ámbito internacional con las normas *jus cogens*, por proteger los intereses de la comunidad internacional como un todo, y a su vez, por constituir las bases del Derecho internacional público²⁶⁴. La identificación de esas normas como parte del Derecho internacional público refleja una categoría de normas inderogables, ya contenidas en el derecho consuetudinario, y reconocidas desde 1969 en el artículo 66 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (en adelante Convención de Viena)²⁶⁵.

No obstante, el reconocimiento del orden público europeo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo no ha sido vinculado a la noción de las normas *jus cogens* en todo el contenido de las normas sustantivas; pero sí en aquellos supuestos que vulneran derechos reconocidos internacionalmente bajo prescripciones inderogables como la prohibición de la tortura²⁶⁶. Esencialmente se ha asociado a los valores comunes que comparten los miembros del Consejo de Europa, con base de los cuales estrechan tal unidad, es decir, el respecto de las libertades fundamentales que reposan en un “régimen jurídico verdaderamente democrático” y en “una

²⁶² TEDH, *Loizidou vs. Turquía*, sentencia de 23 de marzo de 1995, párr.75. Vid. QUERALT JIMÉNEZ, A., *La interpretación...*, op.cit. p. 79.

²⁶³ QUERALT JIMÉNEZ cita a F. SUDRE, *Existe un ordre public européen?* para explicar los rasgos distintivos del orden público. Vid. QUERALT JIMÉNEZ, A., *La interpretación...*, op.cit. p. 79

²⁶⁴ JOSEF MRÁZEK, “Public Order (Ordre Public) and Norms of Jus Cogens”, *Czech Yearbook of International Law*, 2012, Vol. III, pp. 79-100.

²⁶⁵ Adoptada en Viena, Austria el 23 de mayo de 1969, y entró en vigor en 27 de enero de 1980 (U.N. Doc A/CONF.39/27). Vid. JOSEF MRÁZEK, “Public Order...”, op.cit. p. 96-97.

²⁶⁶ Por ejemplo, en la sentencia TEDH, *Al-Adsani vs. Reino Unido*, de 21 de noviembre de 2001, el Tribunal planteó la analogía de las normas *jus cogens* protegidas en el artículo 5 de la Declaración Universal, el artículo 7 del PIDCP, la Convención de la ONU contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes con el artículo 3 del CEDH. Consagrada como una norma inderogable y de obligatorio cumplimiento para los Estados y, por ende, fundamento del orden público internacional. (párr. 59 yss). Aunque cierto es similares criterios ya había sostenido con anterioridad en *Aksoy vs. Turquía*, sentencia de diciembre de 1996 y más recientemente en el *Hirsi Jamaa and Others vs. Italia*, sentencia de 23 de febrero de 2012, sobre la expulsión de extranjeros solicitantes de asilo a sus países de origen donde existe riesgo de ser sometidos a torturas y malos tratos.

concepción y un respeto comunes de los derechos humanos de los cuales dependen”²⁶⁷. Por ello que tales valores constituyan un requerimiento para permanecer en el Consejo de Europa, según su Estatuto.

Así, se podría sostener que esos valores universales que fundan ese consenso mínimo del sistema de garantía colectivo, como una serie de derechos fundados en la dignidad humana y la protección de los mismos, son irrenunciable para los Estados y, por tanto, tienen un carácter imperativo propio de una norma *jus cogens*, que se muestra más evidente en el reconocimiento y la protección de su núcleo como la vida, las garantías judiciales, la prohibición de la tortura y los principios de igualdad y no discriminación, por ejemplo. En todo caso, siguiendo a JOSEF MRÁZEK, es claro que la aceptación de valores fundamentales y superiores dentro de un sistema denotan ese carácter de las normas *jus cogens*²⁶⁸, y pasan a constituir la base de un orden público internacional.

Desde esa perspectiva, el orden público europeo se funda en un marco legal infranqueable para los Estados partes del Convenio Europeo, en virtud de los límites impuestos por las disposiciones sustantivas que recogen una serie de derechos y libertades fundamentales, cuya intromisión ilegítima está vedada a los poderes públicos. No obstante, habría que decir que si bien los derechos consagrados en el texto convencional se estructuran bajo estándares mínimos de protección que los Estados deben garantizar y respetar, donde el concepto de soberanía estatal se ve reducido, como también la autonomía de los parlamentos nacionales al momento de legislar en la materia, su protección no puede ser infra-convencional. Así, al insertarse en el derecho doméstico el orden jurídico europeo se proyecta como “una superestructura común para todos los Estados”, aunque cierto es que con ciertos matices nacionales en vista de la pluralidad jurídica de los Estados partes²⁶⁹.

No obstante, la interrelación del Convenio Europeo con la pluralidad de ordenamientos de los Estados miembros del Consejo de Europa, es también con el de la Unión Europea, lo que le convierte en un tratado *sui generis* al integrar una diversidad de ordenamientos independientes dentro de un contexto de integración. Por ejemplo, agrega GARCÍA ROCA, el artículo 10.2 CE obliga

²⁶⁷ Párrafos cuarto y quinto del Preámbulo del Convenio Europeo.

²⁶⁸ JOSEF MRÁZEK., “Public Order...”, op.cit. p. 98.

²⁶⁹ MORENILLA RODRÍGUEZ, J.M., “Naturaleza del...”, op.cit. p. 91.

a una interpretación de la Constitución conforme al Convenio en materia de derechos fundamentales, aunque cada Estado ofrecerá soluciones distintas a dicha relación, asimismo, el Convenio Europeo dentro del Derecho de la Unión Europea permea el ordenamiento comunitario en virtud de su posición privilegiada, que lo aleja de la concepción de un tratado internacional cualquiera²⁷⁰.

En misma esa línea el Sistema Interamericano también se configura en torno a la preeminencia de valores y principios universales, como de un canon mínimo de protección de los derechos humanos en una sociedad democrática. La finalidad protectora del ser humano en la Convención Americana se complementa en la creación de una serie de obligaciones objetivas de hacer y no hacer a los Estados partes. Así, el sistema de límites y permisos configura un orden público interamericano basado en la vigencia de los derechos humanos y en la protección del individuo frente a los abusos de los poderes públicos, como, también de las mismas personas, grupos o actores no estatales²⁷¹.

En efecto, la analogía del Sistema Europeo y el Sistema Interamericano no ha pasado desapercibido por la Corte Interamericana, quien ha partido de los criterios desarrollados por su homónima para sostener un concepto de orden público en el marco de la Convención Americana. La Corte Interamericana ha sostenido que el orden público interamericano hace “referencia a las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios”, y en el “respeto de los derechos” consignados en la CADH; cuyo ejercicio garantizado en dicho texto “debe armonizarse con el bien común”, es decir, con los intereses de la comunidad²⁷².

En consecuencia, la CADH se concibe como un “orden público democrático”²⁷³ constituido por un régimen de derechos y libertades vigentes en una sociedad democrática; es decir, en los mismos

²⁷⁰ GARCÍA ROCA, J.A., “El Preámbulo...”, op.cit.

²⁷¹ AGUILAR CAVALLLO, G., “La Corte Interamericana...”, op.cit.

²⁷² Corte IDH, OC 5/85, párr. 64 y 65.

²⁷³ Aunque el Reglamento de la Corte Interamericana (artículos 35.1.f y 52.3) se refiere al “orden público interamericano de los derechos humanos”, como criterio a tomar en cuenta en afectaciones de derechos de gran relevancia, particularmente para habilitar a la CIDH para designar e interrogar los peritos que proponga. Véase sobre este asunto la Resolución del Presidente de la Corte Interamericana del 7 de julio de 2011, en la que se valora la afectación del orden público interamericano y la facultad de la CIDH para nombrar a los peritos en el caso *Atala Riffo vs. Chile*, por tratarse del primer caso en el Sistema Interamericano que exigió el análisis de “los estándares del derecho

términos que la extinta Comisión Europea lo sostuvo para el Sistema Europeo en el caso *Austria vs. Italia*. En efecto, en ese entonces la Comisión Europea señaló:

“que el propósito de las Altas Partes Contratantes al aprobar la Convención no fue concederse derechos y obligaciones recíprocos con el fin de satisfacer sus intereses nacionales sino... establecer un orden público común de las democracias libres de Europa con el objetivo de salvaguardar su herencia común de tradiciones políticas, ideales, libertad y régimen de derecho. (“*Austria vs. Italy*”, Application No.788/60, *European Yearbook of Human Rights*, vol.4, (1961), pág. 138)”.²⁷⁴

Siguiendo los criterios del Tribunal Europeo, la Corte IDH deja claro que el régimen jurídico previsto en la Convención Americana limita al Estado de hacer interferencias ilegítimas en el ejercicio de los derechos y libertades, y aunque el “orden público” o el “bien común” suelen ser empleados para afirmar derechos frente al poder público, de “ninguna manera pueden invocarse como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real”, de acuerdo al artículo 29.a de la CADH. En todo caso, cuando se invoquen como fundamentos de limitaciones debe ser apegado a las “justas exigencias” de una “sociedad democrática”²⁷⁵.

Así pues, el orden público europeo e interamericano se configura en torno a esos valores – como la dignidad humana y la protección del ser humano – y principios vigentes – como el principio democrático –; que, no obstante, van a tener un aplicación restringida a los miembros de la organización regional a la que pertenecen, pero que han aceptado como suyos aquellos tratados, de lo que se deduce un orden público regional y no universal. En efecto, el Tribunal Europeo ha sostenido que el Convenio Europeo tiene un carácter regional de operación multilateral; pues éste “no fue diseñado para ser aplicado en todo el mundo” sino en el espacio jurídico de los Estados partes²⁷⁶. Empero, ésta declaración definitiva no es absoluta y excepcionalmente se puede aplicar más allá del Consejo de Europa, bajo un criterio extra-territorial de la jurisdicción (art.1), para

internacional de los derechos humanos referentes al derecho a la igualdad y a la no discriminación por orientación sexual”.

²⁷⁴ Citado por la Corte Interamericana en su OC 5/85, párr. 69.

²⁷⁵ Corte IDH, OC 5/85, párr.67. En el mismo sentido los derechos reconocidos en el Convenio Europeo se estructuran como un mínimo al impedir la interpretación de las disposiciones convencionales para limitar el ejercicio de derechos que podrían ser reconocidos en el Derecho interno de cada Estado o de otro Convenio que sea parte, de acuerdo con el 53 del CEDH. *Vid.* CARRILLO SALCEDO, J.A., “El Proceso de internacionalización...”, *op.cit.* p. 57.

²⁷⁶ TEDH, *Bancokic and Others vs. Bélgica y otros*, decisión de 12 de diciembre de 2001, párr.80.

enjuiciar los actos de un Estado parte del Convenio fuera de su territorio y que afecten los derechos humanos en otro Estado no parte. En todo caso, para evitar un vacío lamentable en el sistema de protección previsto en el Convenio, como se verá más adelante²⁷⁷.

En cuanto al Sistema Interamericano, pese a sus similitudes en aquellos términos con el Sistema Europeo, existe una aplicación asimétrica de la CADH que le diferencia de su homónimo en virtud de que no todos los Estados miembros de la OEA han ratificado e incorporado en su sistema legal la Convención Americana²⁷⁸. Por otra parte, existe otro grupo de Estados que todavía no han aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana²⁷⁹; y un último grupo, como Trinidad y Tobago desde 1998 y Venezuela desde 2012, que han declarado su renuncia y retiro de la misma, mediante la denuncia de la CADH como un todo. Bajo estas circunstancias es evidente que la vigencia y aplicabilidad del orden público interamericano no es para todos los miembros de la OEA, como sí sucede en el Sistema Europeo con los Estados miembros del Consejo de Europa respecto al CEDH, aunque no respecto a todos los Protocolos Adicionales que ampliaron el marco justiciable.

Pese a tal fragmentación, los Estados miembros de la OEA que no han ratificado la CADH nunca han quedado al margen del sistema de garantías previsto en el Sistema Interamericano, pues bajo el mecanismo de la CIDH son objeto de escrutinio por violaciones a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante la DADH o Declaración Americana), la cual contiene un catálogo de derechos civiles y políticos, y económicos, sociales y culturales. En ese sentido, para Pedro NIKKEN, esta dicotomía lejos de debilitar el Sistema Interamericano ha fortalecido la Declaración Americana y ciertas normas de derecho consuetudinario, las que han adquirido un valor legal más allá de las aspiraciones morales en que inicialmente fueron concebidas²⁸⁰.

²⁷⁷ Así, por ejemplo, TEDH, *Ben El Mahi y otros vs. Dinamarca*, No. 5853/06, 11 de diciembre de 2006.

²⁷⁸ Entre los países que aún no han ratificado la Convención Americana están los Estados Unidos, Canadá, Belice, y entre los países caribeños, Antigua y Barbuda, Bahamas, Guyana, Sant Kitts y Navis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas. De los 34 Estados miembros de la OEA solo 25 Estados han ratificado la Convención Americana. Disponible en la página web de la CIDH: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/convratif.asp> De los 34 Estados miembros de la OEA solo 25 Estados han ratificado la Convención Americana.

²⁷⁹ Estados Unidos, Canadá, Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice, Dominica, Grenada, Guyana, Jamaica, Sant Kitts y Navis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas.

²⁸⁰ NIKKEN, Pedro., "Perfeccionar el...", op.cit.

Los valores y principios acreedores del orden público europeo e interamericano van a establecer, en definitiva, una limitación a los poderes constituidos de los Estados partes. La cesión de cuotas de soberanía que en su momento implicó la aceptación de la jurisdicción internacional de salvaguarda de las normas sustantivas de los tratados constitutivos, ha implicado también la permeabilidad de la autonomía de los Estados partes para reglamentar los derechos y libertades desde una posición soberana; empero, con ciertos niveles de permisividad según se adopte la doctrina del margen de apreciación nacional deducido por el TEDH o limitaciones de acuerdo al control interno de convencionalidad desarrollado por la Corte IDH. Según los criterios hermenéuticos de los dos tribunales, los Estados dispondrán, más o menos, autonomía para decidir sobre las regulaciones internas sobre derechos humanos protegidos en los dos textos internacionales; por tanto, los parlamentos nacionales como las magistraturas están cada vez más constreñidos a adoptar el estándar mínimo de garantía europeo e interamericano.

3. La función constitucional del TEDH y la Corte IDH en la interpretación de los textos convencionales

Al tenor de lo anterior se puede inferir que los vínculos materiales de aquellos ámbitos normativos, convencional y constitucional, ha propiciado el estudio de ciertas analogías de la función contenciosa del TEDH y la Corte IDH con los sistemas concentrados de control de constitucionalidad²⁸¹. Así, se ha llegado a afirmar que en el despliegue de su función judicial el Tribunal Europeo ejerce una función constitucional, al desarrollar el contenido de las disposiciones convencionales en la resolución de las cuestiones relativas a la violación de derechos y libertades; elaborando principios rectores y estableciendo estándares mínimos de protección, por medio de criterios jurisprudenciales que los Estados deben observar²⁸².

En ese sentido, para entender la función constitucional que algunos autores han comprendido que el TEDH y la Corte IDH ejerce en el control de los actos y las normas internas, se toma como punto de partida las analogías apuntadas con los sistemas constitucionales y la asunción de ciertos

²⁸¹ Como se ha dicho, la comparación se ve justificada por tratarse de tribunales jurisdiccionales con competencia para controlar los actos y omisiones de los poderes públicos, incluidos los normativos, tal como lo realizan los tribunales constitucionales frente a los poderes públicos. *Vid.* ALBERT ALKEMA, E, "The European Convention...", *op.cit.* p. 43.

²⁸² En ese sentido, MEYER-LADEWIG sostiene, que el derecho creado mediante la jurisprudencia es un fenómeno no indiferente para los Estados miembros, sean de sistemas legales *common law* o continental. *Vid.* MEYER-LADEWIG, J., "The European Court...", *op.cit.* pp. 190 y ss.

criterios interpretativos, propios de los sistemas normativos con los que se relaciona, y de los que se nutre; para definir los contornos de las actuaciones de los poderes públicos para garantizar los derechos en sus sistemas legales. Así pues, la función se comprende en una tarea interpretativa que se sirve de herramientas mixtas del Derecho internacional y del Derecho Constitucional; entre las que sobresale el principio *pacta sunt servanda*, la no invocación del Derecho interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones internacionales, el concepto del CEDH y la CADH como “instrumentos vivos” dentro del criterio evolutivo. Pero además, el principio de proporcionalidad, el test de igualdad, el principio *pro homine* o *favor libertatis*, el margen de apreciación nacional²⁸³; a los que con frecuencia recurren para desarrollar los contenidos de dichos tratados como un estándar mínimo que los Estados deben observar, en el marco de las obligaciones suscritas, pero también, como criterio de interpretación de los derechos fundamentales.

Empero, la especial función constitucional del máximo intérprete del CEDH no puede comprenderse sin tomar en cuenta las reformas introducidas por el Protocolo Adicional No. 14²⁸⁴, que pese a haber flexibilizado los criterios de admisibilidad de las demandas, terminó fortaleciendo las potestades del TEDH para resolver cuestiones generales en los ordenamientos jurídicos, a través de casos particulares bajo la figura del *pilot judgment*²⁸⁵. Del mismo modo, para el caso de la Corte IDH se deberá tomar en cuenta la competencia facultativa, ya explicada, como una debilidad técnica que no padece el TEDH²⁸⁶. Asumiendo tales distancias, se asume que la labor interpretativa de ambos de las disposiciones convencionales es similar, que, incluso, en muchos casos se ve reflejado en un diálogo jurisdiccional horizontal que refuerza los contenidos de los derechos y obligaciones.

En efecto, el Tribunal Europeo ha sostenido que “sus sentencias sirven no solo para resolver los asuntos que se le sometan, sino con más amplitud para aclarar, amparar y desarrollar las normas del Convenio y contribuir de esta manera a que los Estados respeten los compromisos

²⁸³ Sobre estos temas véase con mayor amplitud la próxima sección de este capítulo.

²⁸⁴ Entre otros cambios, introdujo el nuevo criterio de admisibilidad en el artículo 35.3 (b) del CEDH, relativo a la gravedad o importancia de la lesión sufrida a un derecho tutelado en el Convenio.

²⁸⁵ Que si bien no aparece en dicho Protocolo, cierto se ha servido de los cambios introducidos por éste para establecerse en la jurisprudencia y normativamente en el Reglamento del TEDH, como ha quedado explicado. *Vid.* HARMSEN, Robert., “The European Court of Human Rights as a ‘Constitutional Court’: Definitional Debates and the Dynamics of Reform”, en MORISON, John, et.al (ed) *Judge, Transition, and Human Rights*, Oxford University Press, New York, 2007, pp. 33-53.

²⁸⁶ BURGORGUE-LARSEN, L., “La Corte Interamericana...”, op.cit. p. 17.

contraídos”²⁸⁷. Ello explica, que la expansiva fuerza argumentativa del TEDH, inherente a los litigios de derechos, haya dado lugar a su comparación con la labor de interpretación constitucional y con la misma idea procesal constitucional de vinculación de todos los poderes públicos a sus sentencias²⁸⁸. En ese sentido, MEYER-LADEWIG aprecia la excepcional relevancia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo para comprender el CEDH y las obligaciones de allí derivadas, como sucede con la jurisprudencia de un Tribunal Constitucional para comprender una Constitución Política²⁸⁹. Incluso, se ha llegado a estimar que el Tribunal Europeo no se ve atado por una doctrina de *stare decisis*, de la misma manera que un Tribunal Constitucional no lo hace; aunque se ha advertido que aquel cada vez está más a favor de no desviarse de forma abrupta e innecesaria de la jurisprudencia establecida²⁹⁰. En ese sentido, la labor interpretativa de ambos tribunales no solo se centra en la solución de casos concretos sino en el desarrollo de principios y estándares generales de aplicación, que no solo vincularían al Estado concernido en el asunto que resuelve sino a todos los Estados partes de la CADH y el CEDH. Sin que esto implique que el TEDH y la Corte IDH se hayan constituido *de facto* en un Tribunal Constitucional para Europa y América respectivamente. Sobre esto cabría hacer algunas aclaraciones.

Si bien ambos tribunales contienen ciertas similitudes en la interpretación objetiva de las disposiciones sustantivas con la realizada por los tribunales constitucionales de las constituciones, siguiendo a GARCÍA ROCA, es claro que el TEDH dista de ser un Tribunal Constitucional “desde una perspectiva procesal rigurosa, a causa del efecto jurídico de sus sentencias”. Pues no existe disposición convencional alguna que le faculte para declarar la nulidad de una ley, reglamento o acto administrativo ni de una sentencia de cualquier órgano judicial, ni retrotraer procedimientos judiciales o administrativos al momento de la lesión del derecho. Como todo tribunal internacional en sus sentencias se limita a declarar o desestimar una violación de las disposiciones convencionales. Así, por los rasgos que adopta de los tribunales internacionales y de los sistemas constitucionales, el TEDH se ubica en el camino intermedio de un tribunal internacional y un Tribunal Constitucional que no llega a ser²⁹¹. Por ello la comparación entre ambos resulta problemática. Incluso, más, si además vemos que los actores constitucionales difieren

²⁸⁷ TEDH, *Capital Bank AD vs. Bulgaria*, sentencia de 24 de noviembre de 2005, párr.79.

²⁸⁸ Haciendo la salvedad de que la sentencias del TEDH no son idénticas a las sentencias constitucionales y, por ende, de efectos distintos. *Vid.* GARCÍA ROCA, J.A., “El Preámbulo...”, op.cit. p. 26.

²⁸⁹ MEYER-LADEWIG, J., “The European Court...” op.cit. p. 192.

²⁹⁰ GARCÍA ROCA, J.A., “El Preámbulo...”, op.cit.; ALBERT ALKEMA, E, “The European Convention...” op.cit. p. 44.

²⁹¹ GARCÍA ROCA, J.A., “El Preámbulo...”, op.cit. p. 28.

considerablemente de los previstos en los tratados, donde los Estados partes serían los únicos sujetos de control judicial. En ese escenario, los Estados se presentan como una especie omnipotente que concentra el poder legislativo, ejecutivo y judicial; y que además terminan constituyéndose en los ejecutores de las sentencias del TEDH dictadas en su contra. Así pues, más que asemejarse a la naturaleza de un Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo se ve como un tribunal *sui generis* en el que sus actores *dramatis personae* resultan incompletos en el sentido de un texto constitucional²⁹².

Por tal razón, BURGORGUE-LARSEN señala que las comparaciones del TEDH con un Tribunal Constitucional han insistido, mayormente, en el aspecto más obvio, esto es, la salvaguarda de los derechos humanos contenidos en unos catálogos de derechos relativamente similares, y por virtud de la función protectora en este ámbito del TEDH y los tribunales constitucionales. Una analogía que el caso de la Corte IDH no se ve mermado por la competencia facultativa, por cuanto, la interpretación de los derechos protegidos en la CADH, y demás tratados, que realiza la Corte IDH, también, es equiparable a “una función constitucional” a merced “de técnicas interpretativas equivalentes”²⁹³.

Asumiendo las distancias entre el TEDH, la Corte IDH y los tribunales constitucionales, cabría la pregunta de si la función interpretativa en todo caso es constitucional o cuasi-constitucional; pues claro está que en el desarrollo de las normas del CEDH y la CADH, los tribunales regionales adoptan criterios domésticos e internacionales de interpretación; por tanto, adquieren grados de diferencia y similitud con los tribunales internacionales y los tribunales constitucionales. En ese sentido, creemos válido comprender aquellos ámbitos de influencia para decir que si bien compartimos el sentido expresado de la fuerza interpretativa para establecer parámetros mínimos de protección en sus sentencias²⁹⁴; no podría decirse lo mismo, al menos con la misma certeza, de la fuerza de las sentencias europeas e interamericanas para atar los poderes públicos como lo hace una sentencia constitucional; pues ante todo resuelven las disputas presentadas bajo una dinámica internacional y mediante sentencias declarativas por naturaleza. En ese sentido, la

²⁹² Como tampoco el Convenio Europeo es una Constitución Política, por contener solo una parte del derecho constitucional. ALBERT ALKEMA, E., “The European Convention...”, op.cit. p. 45-46.

²⁹³ BURGORGUE-LARSEN, L., “La Corte Interamericana...”, op.cit. p. 17.

²⁹⁴ Que, además, se sitúan como criterios de interpretación en los sistemas internos de tutela, a partir de los efectos directos e indirectos (cosa interpretada). Vid. HITTERS, Juan Carlos., “Incidencia de la jurisdicción de los tribunales supranacionales”, en *XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Málaga-España (25 a 27 de octubre de 2006).

misma razón que nos ha llevado a asumir la idea de los textos convencionales como instrumentos constitucionales, nos conduce a apreciar la función interpretativa del TEDH y la Corte IDH con la que ejercen los tribunales constitucionales, sin obviar que sus decisiones y pronunciamientos son los un tribunal internacional, en todo caso híbrido, por las influencias expuestas. Por tanto, ese paralelismo no llega a plantear la idea de aquellos como tribunales constitucionales sino anclados en las sinergias de dos sistemas de garantías de categorías normativas autónomas.

4. Los criterios interpretativos de los tribunales regionales

Ahora bien, conviene referirnos a las herramientas interpretativas empleada por el TEDH y la Corte IDH, ya enunciados arriba, de los que se sirven para desplegar la función constitucional explicada. Así, encontramos que ambos tribunales usan técnicas y principios interpretativos similares, algunos retomados del Derecho internacional y otros de las tradiciones constitucionales, por lo su técnica interpretativa de las disposiciones convencionales es también similar a la de los tribunales constitucionales, en todo caso, porque ambos se nutren de éstos. Una de ellas, es la técnica de interpretación “abiertas”, usada tanto en las sistemas constitucionales como en el Sistema Interamericano (artículo 29.b) de la CADH), que permite a la Corte IDH interpretar la Convención Americana en un sentido abierto a otros tratados internacionales, tal como muchas cortes constitucionales lo hacen aplicando el Derecho Internacional de los Derechos Humanos para interpretar los derechos fundamentales²⁹⁵.

Una apreciación similar se puede extraer del uso de la técnica interpretativa de los tratados por medio del uso del principio de proporcionalidad, frecuentemente usado en los sistemas de control de constitucionalidad, el principio *pro homine* y criterio evolutivo empleado por la Corte IDH en correspondencia con el principio constitucional *favor libertatis*, y así otras doctrinas de origen doméstico como el margen de apreciación nacional y otros propios del Derecho internacional, como la buena fe y el objeto y fin de los tratados, y el principio de subsidiariedad. Aunque algunas

²⁹⁵ Como el citado artículo 10.2 CE configura los derechos fundamentales abiertos a la influencia de carácter interpretativo “de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. En el mismo sentido, el artículo 46 de la CN que reconoce la vigencia de una serie de tratados de derechos humanos, entre los que figura la CADH. En el caso interamericano la influencia de otros tratados es muy amplia e incluye, entre otros, el Convenio No. 196 de la OIT, los Pactos internacionales de 1966, la Convención sobre los derechos del niño, la Declaración Americana, la Declaración Universal; y la jurisprudencia de otros tribunales internacionales y regionales y del sistema de la ONU. *Vid.* BURGORGUE-LARSEN, L., “La Corte Interamericana...”, op.cit. pp. 21 y 22.

variaciones en el desarrollo de los contenidos son visibles, BURGORGUE-LARSEN sostiene, que tanto el TEDH como la Corte IDH interpretan sus cuerpos normativos de referencia de modo similar, pese a que la terminología no coincida al momento de ubicar al CEDH como parte del “consensus europeo” y en otras ocasiones de “consensus internacional”; y la CADH como parte del “corpus juris interamericano o internacional”²⁹⁶.

Como elemento común de ambos tribunales se puede afirmar el empleo no siempre sistematizado de dicha técnica interpretativa ante situaciones similares; y como diferenciación se puede asumir algunas tendencias interpretativas más arraigadas en uno que en otro. Por ejemplo, el uso frecuente del principio *pro homine* en el Sistema Interamericano y no empleado aún por el TEDH; mientras éste ha desarrollado una doctrina del margen de apreciación nacional en la aplicación del CEDH, de la que la Corte IDH se resiste a aceptar para la CADH; quien, por el contrario, ha fortalecido su proyección interna con un control judicial más intenso a través del “control de convencionalidad”²⁹⁷.

4.1 El principio de proporcionalidad como criterio de ponderación en el control de las normas internas

Al tenor de lo anterior, queda claro que el contenido normativo del CEDH y la CADH plantean el uso frecuente de los mismos criterios y principios judiciales de interpretación en razón de la naturaleza jurisdiccional de sus tribunales. Así como todo tribunal internacional, el TEDH y la Corte IDH suelen recurrir a la Convención de Viena, para apoyarse en el principio de la buena fe y el objeto y fin de los tratados, para interpretar el alcance y límites de las disposiciones convencionales. Sin embargo, por tratarse del ámbito de la protección de derechos,

²⁹⁶ Es decir, una interpretación “diáfana” de la Convención americana que es conforme con la aproximación “cosmopolita” del TEDH. *Vid.* BURGORGUE-LARSEN, L., “La Corte Interamericana...”, *op.cit.* p. 22.

²⁹⁷ Por la que parece asimilarse a una Corte Constitucional Interamericana y la CADH como una Constitución Interamericana para declarar, incluso, la invalidez de leyes en conflicto con la CADH, especialmente leyes de amnistía. Pero que, además, ha atribuido tales atribuciones a los jueces nacionales y otras autoridades internas para practicar un control de normas internas en conflicto con la CADH. *Vid.* DULITZKY Ariel., “An Inter-American Constitutional...”, *op.cit.* p. 49 y 66. Aunque, con ello la Corte IDH pareciera hacer una transferencia de competencia a los tribunales internos como una medida clara para reforzar las evidentes debilidades para obtener la inaplicación de una ley declarada incompatible. BURGORGUE-LARSEN, L., “La Corte Interamericana...”, *op.cit.* p. 12.

adicionalmente, emplean otros principios utilizados en la interpretación constitucional como el principio de proporcionalidad, por ser derechos de materia constitucional²⁹⁸.

A simple vista la aplicación del principio de proporcionalidad conlleva al examen de compatibilidad de las restricciones e interferencias internas en los derechos protegidos en los textos convencionales. Esta herramienta, típicamente europea desde su génesis en el siglo XIX en el Derecho sancionador de Prusia, y empleada también por diversos tribunales constitucionales; está compuesta de varios ingredientes y sub-principios: la existencia de una interferencia real en el ámbito de protección de un derecho, el principio de legalidad, la legitimidad de la medida restrictiva, la necesidad de la medida o inexistencia de otra equivalente que signifique una menor interferencia y la proporcionalidad en sentido estricto de la misma²⁹⁹.

El empleo de este principio de carácter hermenéutico en el ámbito regional de protección ha tenido una mayor continuidad, como no podría ser de otra forma, en el Sistema Europeo donde el Tribunal Europeo suele plantear el análisis a partir del criterio de necesidad y proseguir con el juicio de proporcionalidad de forma escalonado³⁰⁰. En efecto, en caso *Sunday Times vs. Reino Unido*, al examinar las interferencias al derecho a la libertad de expresión (art.10) el Tribunal Europeo sostuvo el criterio de necesidad de la medida en una sociedad democrática (art.10.2) como parámetro para deducir “si era proporcional al fin legítimo perseguido”³⁰¹. El TEDH estableció que para una medida sea “necesaria” de acuerdo con el artículo 10.2 del CEDH, no significa que tenga que ser “indispensable”, pues requiere la existencia de una “necesidad social imperiosa”, y para que esa restricción sea “necesaria” no es suficiente demostrar que sea “útil”, “razonable” u “oportuna”³⁰². Más tarde, entre otros casos, *Steel and Morris vs. Reino Unido*³⁰³ y *Kuliś and Różycki vs. Polonia*³⁰⁴ prosiguió en la valoración de ponderación de la interferencia al derecho a la libertad de expresión a la luz del juicio de proporcionalidad, cuyo valor en la

²⁹⁸ GARCÍA ROCA, J., NOGUERA ALCALÁ, et.al., “La comunicación entre...”op.cit. p. 80. En efecto, el principio de proporcionalidad ha estado vinculado al campo de la protección de derechos fundamentales y desde allí ha impregnado diversos ordenamientos jurisdiccionales nacionales e internacionales como una herramienta para comprender y delimitar los excesos de la acción pública. Vid. BURGORGUE-LARSEN, L., “La Corte Interamericana...”, op.cit. p. 25.

²⁹⁹ GARCÍA ROCA, J. y DALLA VÍA, A. R., “Los Derechos Políticos...”,op.cit. p. 233.

³⁰⁰ Ídem.

³⁰¹ TEDH, *Sunday Times vs. Reino Unido*, sentencia de 26 de abril de 1979, párr. 61 y 62.

³⁰² TEDH, *Sunday Times vs. Reino Unido*, párr. 59, TEDH, *Handyside vs. Reino Unido*, sentencia de 7 de diciembre de 1976, párr.48.

³⁰³ TEDH, *Steel and Morris vs. Reino Unido*, sentencia de 15 de febrero de 2005, párr. 95 y 96.

³⁰⁴ TEDH, *Kuliś and Różycki vs. Polonia*, sentencia de 6 de septiembre de 2009, párr. 32.

interpretación de los derechos convencionales radica en el examen de las medidas restrictivas de derechos no absolutos como la libertad de expresión.

El juicio de proporcionalidad, inherente en las restricciones previstas en el artículo 10.2 del CEDH (libertad de expresión) como en el artículo 13 de la CADH (libertad de pensamiento y expresión), de igual forma ha sido asumido por la Corte Interamericana desde la OC 5-85, siguiendo el razonamiento del TEDH en el asunto *Sunday Times vs. Reino Unido*³⁰⁵. Como su par europeo, la Corte Interamericana prosiguió con el análisis de los demás elementos configuradores del principio de proporcionalidad, de forma que entraría a valorar “otras opciones para alcanzar” la finalidad perseguida, debiendo escogerse “a aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido”. Así, descartó la sola concurrencia de un propósito útil y oportuno en la ley, al considerar que el juicio de compatibilidad de las medidas restrictivas con la Convención “deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario[...]”. De ese modo, el examen de la proporcionalidad de una medida restrictiva de derechos será, además, respecto al interés que la justifica y ajustado al logro de ese legítimo objetivo³⁰⁶.

En el asunto *Kimel vs. Argentina y Usón Ramírez vs. Venezuela*, la Corte Interamericana también adoptaría un análisis estructurado del principio de proporcionalidad al evaluar la medida legal penal que restringía la libertad de expresión consagrada en la Convención Americana, examinada a la luz del principio de legalidad, la legitimidad del fin perseguido, la idoneidad para lograr tal fin, la necesidad de la medida y la proporcionalidad en sentido estricto de la medida³⁰⁷. En el primero, la Corte Interamericana resolvió declarando “que la afectación a la libertad de expresión del señor Kimel fue manifiestamente desproporcionada” y violatoria de tal derecho, al no superar el examen de proporcionalidad de las medidas restrictivas³⁰⁸. En el segundo, la Corte declaró la violación del derecho a la libertad de expresión por la imposición de una responsabilidad penal a la víctima por

³⁰⁵ Así, sostuvo que “la ‘necesidad’ y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo”. Corte IDH, OC-5/85, párr. 46.

³⁰⁶ Corte IDH, OC-5/85, párr. 46. Citando la jurisprudencia europea *Barthold vs. Alemania*, sentencia de 25 de marzo de 1985, párr. 59 y el ya citado *Sunday Times vs. Reino Unido*, párr. 62.

³⁰⁷ Corte IDH, *Kimel vs. Argentina*, sentencia de 2 de mayo de 2008, párr. 49 y Corte IDH, *Usón Ramírez vs. Venezuela*, sentencia de 20 de noviembre de 2009, párr. 49.

³⁰⁸ Corte IDH, *Kimel vs. Argentina*, párrs. 67 y 94.

el delito de injuria, en razón de que en la restricción a dicho derecho no se respetaron las exigencias de legalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad³⁰⁹.

El uso del principio de proporcionalidad en la jurisdicción contenciosa del TEDH y la Corte IDH es singularmente relevante para el control de las normas internas en conflicto con el CEDH y la CADH. El criterio de ponderación empleado constituye un elemento definidor del test de convencionalidad de las normas enjuiciadas, de tal modo que algunos autores, como SWEET STONE, han sostenido su jerarquía en el enjuiciamiento de la conducta estatal, solamente equiparado al realizado por los tribunales constitucionales. En ese sentido, continúa el autor, el TEDH ejerce ciertas funciones normativas, como un Tribunal Constitucional, a través de la progresiva interpretación y aplicación de los derechos reconocidos en el CEDH y articulada en sus sentencias; particularmente, cuando resuelve conflictos estructurales en las normas calificadas de interés público³¹⁰. En esa lógica, el principio de proporcionalidad constituye un mecanismo de coordinación entre la CEDH y los ordenamientos jurídicos internos y entre otros sistemas jurídicos de los Estados partes, donde se espera sea igualmente aplicado en la interpretación de los derechos³¹¹.

4.2 El principio *pro homine* de interpretación interamericano

El principio *pro homine* es considerada como una nueva máxima latina nunca usado con anterioridad en el Derecho internacional, incluso nunca mencionado en el Derecho Romano³¹². Este principio es empleado como un criterio hermenéutico deducido del artículo 29.b de la

³⁰⁹ Corte IDH, *Usón Ramírez vs. Venezuela*, párr. 88.

³¹⁰ SWEET STONE, A., "On the Constitutionalisation of the Convention: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court" (En línea), Faculty Scholarship Series, 2009, (Paper 71), Disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/71.

³¹¹ Así, por ejemplo, en *Smith and Grady vs. Reino Unido* (1999) y *Peck vs. Reino Unido* (2003) el TEDH criticó a los tribunales internos por no haber empleado el criterio de proporcionalidad en los casos señalados, tal como la jurisprudencia europea lo había desarrollado. Por su parte, en *Hirst vs. Reino Unido* (2005), el TEDH enfáticamente criticó al Parlamento del Reino Unido por no haber considerado la proporcionalidad al momento de adoptar ciertas medidas legislativas. En esos términos, según el autor, el TEDH se ha asegurado su supremacía estructural, especialmente en el análisis de la conducta gubernamental en el contexto de la legislación interna. *Vid.* SWEET STONE, A., "On the Constitutionalisation..." , op.cit. p. 6.

³¹² CREMA, Luigi., "Disappearance and New Sightings of Restrictive Interpretation(s)", (En línea) *European Journal of International Law*, 2010. Vol. 21, No.3, pp. 681-700. Disponible en: <http://ejil.oxfordjournals.org/content/21/3/681.full> (Consulta de 19 de febrero de 2013).

Convención Americana y aplicado para el ámbito de protección de los derechos humanos³¹³, especialmente en relación a esa prohibición de interpretar la CADH en el sentido de “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes [...]”³¹⁴. Este criterio ha sido identificado como el principio de la norma más favorable a la persona o *pro persona*³¹⁵, y establece como regla de interpretación de la Convención Americana la elección de la “alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado”³¹⁶.

Pese a ser acuñado para la protección de derechos a nivel regional³¹⁷ su aplicación en el ámbito europeo no ha tenido la repercusión esperada, considerando la naturaleza y configuración similar del CEDH y la CADH y las similar técnica interpretativas de sus tribunales. Si bien es cierto que el Convenio Europeo no contiene una norma como el 29 de la CADH, su artículo 17 alberga un contenido similar para impedir una interpretación restrictiva a tal punto que termine desnaturalizando los derechos convencionales o excediendo los límites permitidos³¹⁸, pero con mayor claridad por medio del artículo 53³¹⁹ para impedir que la interpretación del CEDH pueda limitar derechos reconocidos en el Derecho interno u otro tratados ratificado por los Estados partes³²⁰. Pese a la apertura de tales disposiciones a la radicación del criterio de hermenéutico de

³¹³ La práctica extendida del uso de este principio denota la relevancia en la ponderación de normas que la Corte IDH realiza. De hecho, la Corte IDH ha empleado esta herramienta interpretativa en 62 casos contenciosos y en 6 opiniones consultivas. Véase en: GASPAROTO A.L., et.al., “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una comparación sobre el punto de vista de la aplicabilidad del principio de la primacía de la norma más favorable a la persona”, *Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos*. 2014. Vol.60, julio-diciembre. pp. 53-85.

³¹⁴ Corte IDH, OC-5/85, párr. 52.

³¹⁵ Corte IDH, *19 Comerciantes vs. Colombia*, sentencia de 5 de julio de 2004, párr. 173.

³¹⁶ Corte IDH, *Ricardo Canese vs. Paraguay*, sentencia de 31 de agosto de 2004, párr. 181; Corte IDH, *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, sentencia de 2 de julio de 2004, párr. 184; Corte IDH, *Masacre de Mapiripám vs. Colombia*, párr. 106.

³¹⁷ La misma Corte IDH ha llegado a afirmar que este principio tiene origen en el ámbito de los derechos humanos y no propiamente dentro de las reglas generales del Derecho internacional, aunque puede estar vinculado al principio de buena fe y al objeto y fin de los tratados del artículo 31.1 de la Convención de Viena. Corte IDH, OC-8/87, de 30 de enero de 1987, párr. 16.

³¹⁸ Artículo 17: “Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo”.

³¹⁹ Artículo 53: “Ninguna de las disposiciones del presente Convenio se interpretará en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte”.

³²⁰ Sobre esto véase a COMUNÉ Josefina y LUTERSTEIN Natalia., “Artículo 29. Normas de Interpretación”, en ALONSO REGUEIRA, E.M., *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el derecho argentino*, 1ra Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013. p. 522.; TOUFAYAN, MARK., “Human Rights Treaty Interpretation: A Postmodern Account of Its Claim to “Speciality”, NYU School of Law, *Center for Human Rights and Global Justice*, Working Paper No. 2 (2005); LIXINSKI, Lucas., “Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the

la norma preferente o más favorable a la persona; el TEDH no se ha pronunciado con la misma intensidad que la Corte IDH al respecto, aunque tampoco haya negado su aplicabilidad³²¹.

La Corte IDH lo ha aplicado como una herramienta de interpretación ante una misma situación donde es aplicable la Convención Americana y otro tratado internacional, ante la cual “debe prevalecer la norma más favorable a la persona”; pues el artículo 29.b) de la CADH no deducen efectos restrictivos sobre otros instrumentos internacionales, “menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos[...] para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce”³²². En ese sentido, la interpretación *pro homine* es también pertinente en la ponderación de una norma internacional frente a una norma interna o viceversa, pues el criterio de aplicar la norma más protectora tampoco restringe la posible prevalencia que pueda tener el sistema interno de tutela sobre el convencional. En ese sentido, algunos jueces interamericanos, como GARCÍA RAMÍREZ han negado que “quienes se hallan protegidos por el régimen de la Convención pierden por ello... las libertades, prerrogativas o facultades que ya tengan conforme a la legislación del Estado bajo cuya jurisdicción se encuentran”³²³. Así pues, el estándar de protección interno no se ve excluido por el interamericano sino que se complementan e integran, pudiendo ser posible el desplazamiento de cualquiera en pro de la protección más alta³²⁴.

4.3 El criterio evolutivo

Desde sus primeras sentencias el Tribunal Europeo ha reconocido el Convenio Europeo como un instrumento vivo que “debe interpretarse a la luz de las condiciones actuales”³²⁵. Un criterio que, igualmente, la Corte Interamericana adoptó desde muy temprano, aunque no solo respecto a la

Unity of International Law”, (En línea) *European Journal of International Law*, 2010, Vol. 21, No.3, pp. 585-604. Disponible en: <http://ejil.oxfordjournals.org/content/21/3/585.full> Consulta de 19 de febrero de 2013).

³²¹ Al menos en la sentencia *Open Door y Dublin Well Woman vs. Irlanda* la discusión sobre su aplicabilidad habría llegado de la mano del entonces Juez Blayney para justificar la decisión de la Corte Suprema de Justicia irlandesa sobre el asunto resuelto, a lo cual cierto es que el TEDH no se ajustaría. *Vid.* GASPAROTO A.L., et.al., “La Corte Interamericana...”, op.cit. p. 82.

³²² Corte IDH, OC-5/85, párr.52.

³²³ Corte IDH, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, sentencia de 31 de agosto de 2001, Voto razonado de SERGIO GARCÍA RAMÍREZ, párr. 3.

³²⁴ Véase, por ejemplo, el análisis de los casos *Yatama y Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni* contra Nicaragua (Sección 4 de la Segunda Parte del Capítulo Tercero).

³²⁵ TEDH, *Tyner vs. Reino Unido*, sentencia de 25 de abril de 1978, párr.31 y ss.

Convención Americana sino, además, para la Declaración Americana³²⁶; siguiendo los criterios establecidos por aquel, entre otras sentencias, en *Tyrer vs. Reino Unido*, *Marcx vs. Bélgica* y *Loizidou vs. Turquía*; para afirmar que la interpretación evolutiva de los tratados de derechos humanos, como instrumentos vivos, debe acompañar la evolución de los tiempos y condiciones actuales; la cual “es consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados consagradas en la Convención de Viena de 1969”³²⁷.

La apreciación del CEDH y la CADH como instrumentos vivos infiere su interpretación por medio del criterio evolutivo, tanto de las disposiciones sustantivas como de las adjetivas que rigen el funcionamiento del mecanismo institucional. A rasgos generales, se entiende a partir de la negación de que las disposiciones convencionales pueden ser interpretadas “exclusivamente de acuerdo a las intenciones de sus autores” o redactores; sino que, al ser un instrumento para la protección de los seres humanos, requiere que sus disposiciones se interpreten y apliquen como medida de garantía práctica y efectiva de los derechos reconocidos³²⁸. Aunque la Corte IDH razona el criterio evolutivo dentro del desarrollo experimentado por el “derecho americano” en la materia³²⁹, también lo hace respecto a los cambios experimentados por el sistema de garantía colectiva y “subsidiaria” con la estructuración e integración de nuevos instrumentos³³⁰.

La noción del CEDH y la CADH como instrumentos vivos es especialmente relevante en el desarrollo de las obligaciones originalmente contraídas por los Estados fundadores de los sistemas de garantía, y lo que en su momento implicó la adecuación al estándar de protección en ese

³²⁶ Respecto a la Declaración Americana, en la OC- 10/89 sostuvo que ésta, como expresión del Derecho americano en evolución, debía interpretarse “no a la luz de lo que en 1948 se estimó que era el valor y la significación de la Declaración Americana como la cuestión del status jurídico [...] sino que es preciso determinarlo en el momento actual, ante lo que es hoy el sistema interamericano, habida consideración de la evolución experimentada desde la adopción de la Declaración”. Corte IDH, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. OC-10/89, de 14 de julio de 1989, párr. 37.

³²⁷ Corte IDH, El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. OC-16/99, de 1 de octubre de 1999, párr. 114. En el mismo sentido, en el caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, nuevamente recurre a *Tyrer vs. Reino Unido*, para sostener el enfoque de instrumento vivo de la Convención Americana. Corte IDH, *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 106. Asimismo replicado en diversos fallos, entre otros, Corte IDH, *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, sentencia 17 de junio de 2005; Corte IDH, *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 165; Corte IDH, *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, Interpretación de la Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, sentencia de 26 de noviembre de 2003; párr. 56; Corte IDH, *Barrios Altos vs. Perú*, sentencia de 14 de marzo de 2001, párrs. 41-44.

³²⁸ TEDH, *Loizidou vs. Turquía* (Excepciones preliminares), párr.72.

³²⁹ Como “una expresión regional de la experimentada por el Derecho internacional contemporáneo y en especial por el de los derechos humanos; que presenta hoy algunos elementos diferenciales de alta significación con el Derecho internacional clásico”. Corte IDH, OC-10/89, de 14 de julio de 1989, párr. 38.

³³⁰ Corte IDH, OC-10/89, párr. 38.

entonces concebido. Así, el principio evolutivo sirve como una herramienta para el desarrollo y actualización de las normas sustantivas del CEDH y la CADH, que por el efecto de las sentencias de sus tribunales, termina proyectándose en el mismo sentido sobre los sistemas jurídicos domésticos. Así, tanto el TEDH como la Corte IDH desarrollan el contenido y alcance de los derechos protegidos en dichos tratados con miras a actualizarlo a las condiciones actuales imperantes, pero también, para establecer criterios interpretativos que al ser aplicados en los sistemas jurídicos internos se proyecta también para actualizar y perfeccionar las normas obsoletas, o que han dejado de estar conforme al desarrollo progresivo del canon europeo e interamericano de protección.

El enfoque de instrumentos vivos, según CANÇADO TRINDADE, acompaña la interpretación de sus disposiciones de acuerdo a la “evolución de los tiempos y del medio social en que se ejercen los derechos protegidos”³³¹. En otras palabras, es la dimensión evolutiva del Derecho en el tiempo, que está en función de las necesidades de la protección del ser humano; y son, a su vez, impulsada por “las nuevas y constantes valoraciones que emergen y florecen en el seno de la sociedad humana, y que naturalmente se reflejan en el proceso de la interpretación evolutiva de los tratados de derechos humanos”³³².

Pese a la relevancia y el significado de la interpretación evolutiva se ha echado de menos criterios de uniformidad en la aplicación del mismo, por ejemplo, para determinar la concurrencia de condiciones para aplicarlo y provocar una variación de la jurisprudencia del TEDH, en virtud de una acusada falta de sistematización al respecto³³³. Lo mismo puede afirmarse de la Corte IDH, aunque hemos distinguido ciertos patrones en la jurisprudencia interamericana de aplicabilidad para casos de protección de derechos de las comunidades indígenas -derecho a la propiedad comunal, derechos políticos y consulta previa-; ante la falta de especificidad sobre la titularidad de tales derechos – en las condiciones previstas por el ‘derecho indigenista’ – para dichas comunidades en la redacción de la CADH. Los que, al contrario, sí estaban garantizados en las constituciones

³³¹ Corte IDH, OC-16/99, de 1 de octubre de 1999, Voto razonado del juez CANÇADO TRINDADE, A. A. párr.10.

³³² Corte IDH, OC-16/99, Voto razonado del juez CANÇADO TRINDADE, A. A. párr.15.

³³³ QUERALT JIMÉNEZ, A., *La interpretación...*, op.cit. p. 97. En esa misma línea Maša MAROCHINI, señala que el TEDH usualmente no proporciona justificaciones para elegir entre uno y otro principio interpretativo, haciendo referencia al principio evolutivo, margen de apreciación y la doctrina de efectividad; de modo que está ha dado lugar al surgimiento de problemas al momento de identificar un estándar claro de aplicabilidad. *Vid.* MAROCHINI Maša., “The interpretation of the European Convention Human Rights” *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 2014. Vol. 51, pp. 63-84.

políticas de diversos Estados partes de la CADH³³⁴. No obstante, a pesar de la falta de sistematicidad sobre el uso del mismo, podemos destacar algunos casos donde es perceptible la virtualidad práctica de tal principio.

Así, por ejemplo, en el caso *Matthews vs. Reino Unido*, el TEDH llegó a sostener que el mero hecho que una organización o estructura constitucional como el Parlamento Europeo no haya sido prevista por los redactores del Convenio Europeo, no puede evitar que caiga dentro del ámbito de aplicación del Convenio. En tal supuesto, el Tribunal Europeo toma en cuenta esos cambios estructurales acordados mutuamente por los Estados, para interpretar el Convenio Europeo y sus Protocolos³³⁵. En ese mismo orden, en *Christine Goodwin vs. Reino Unido*, el TEDH reconoció que la falta de un enfoque dinámico y evolutivo en la interpretación de las disposiciones convencionales “amenazaría en constituir un impedimento para su mejora y reforma”; por lo cual, el reconocimiento del derecho a contraer matrimonio de una persona transgénero sería bajo las luz de las condiciones actuales “de lo que es ahora la adecuada interpretación y aplicación del Convenio”, la revisión de su misma jurisprudencia³³⁶.

El margen para interpretar las disposiciones convencionales, no obstante, son limitadas y no permite en ningún circunstancia arrogarse atribuciones legislativas para crear nuevos derechos o modificarlos bajo criterios jurisprudenciales³³⁷. Precisamente en el caso *Johnston and others vs. Irlanda*, el TEDH sostuvo que “es cierto que el Convenio y sus Protocolos deben de interpretarse a la luz de las condiciones actuales; pero no puede, mediante una interpretación evolutiva, derivar de esos instrumentos un derecho que no se incluyó en él desde el principio”³³⁸. Especialmente donde la omisión fue deliberada para no incluir el supuesto derecho al divorcio alegado por el peticionario.

El sentido evolutivo de las disposiciones convencionales comprende, entonces, la idea de instrumentos dinámicos y no estáticos que permiten actualizarse en el momento que debe ser interpretado, prescindiendo del que fueron concebidos³³⁹. En particular, para adecuar el contenido

³³⁴ Sobre este tema véase (Sección 4 de la Segunda Parte del Capítulo Tercero)

³³⁵ TEDH, *Matthews vs. Reino Unido*, sentencia de 18 de febrero de 1999, párr. 39.

³³⁶ TEDH, *Christine Goodwin vs. Reino Unido*, sentencia de 11 de julio de 2002, párr. 74.

³³⁷ QUERALT JIMÉNEZ, A., *La interpretación...*, op.cit. p. 95.

³³⁸ TEDH, *Johnston and Others vs. Irlanda*, sentencia de 18 de diciembre de 1986, párr. 53.

³³⁹ Vid. QUERALT JIMÉNEZ, A., *La interpretación...*, op.cit. p. 94.

de los derechos a las transformaciones culturales, institucionales, tecnológicas y a las modificaciones estructurales sobrevenidas³⁴⁰. Esta concepción de los textos convencionales constituye un elemento esencial para la articulación y perfección de los sistemas jurídicos internos, por vía de la armonización con el CEDH y la CADH; pues de la caracterización y la ampliación de su cobertura en la jurisprudencia se plantea la revisión y la actualización de los cánones de protección internos. Así, la obligación de armonización normativa conlleva la de hacerlo en el contexto actual en que han sido interpretados, incluso, si ello implica un cambio de *stare decisis*³⁴¹.

4.4 El principio de buena fe y el objeto y fin de los tratados

Ahora bien, cabría referirnos a los principios generales del Derecho internacional frecuentemente empleados por el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana para interpretar las disposiciones convencionales, en concreto, nos referimos al principio de buena fe y el objeto y fin de los tratados. Para tal efecto, empezaríamos aclarando que ninguno de aquellos aparece explicitado en los textos convencionales, el CEDH y la CADH, por lo que su aplicabilidad viene dada por la materia objeto de regulación: los tratados internacionales. No obstante, es posible deducir su incardinación en las disposiciones alusivas a la interpretación de los textos convencionales.

El artículo 29 de la Convención Americana y los artículos 17 y 53 del Convenio Europeo establece como normas de interpretación la forma en que no debe hacerse, es decir, en contravención al libre disfrute de los derechos consignados o restringiendo su contenido más allá del previsto en el texto. Las expresas restricciones contenidas en los textos deja entrever la apertura hacia otros criterios generales no incluidos en la CADH y el CEDH, pero deducidos de la práctica internacional y los principios generales del Derecho internacional; en todo caso porque ambos instrumentos son tratados internacionales regidos bajo aquellos principios generales.

La incorporación de criterios externos en la interpretación de dichos tratados no debe ser vista como una extralimitación de las potestades de sus órganos jurisdiccionales, más bien como un recurso de unidad de criterios hermenéuticos previstos en el artículo 31 de la Convención de

³⁴⁰ GARCÍA ROCA, J., NOGUERA ALCALÁ, et.al., "La comunicación entre...", op.cit. p. 81.

³⁴¹ Algunos ejemplos de esto pueden verse en la Sección 4.2.1 de la Segunda Parte del Capítulo Cuarto.

Viena, como es la buena fe y el objeto y fin de los tratados³⁴². Si bien las disposiciones sustantivas de la Convención Americana no remiten expresamente a la Convención de Viena el párrafo tercero de su Preámbulo expresamente se refiere a las normas del Derecho internacional general para su interpretación y aplicación; propiamente cuando se refiere a los principios reafirmados y desarrollados en instrumentos internacionales, “tanto de ámbito universal como regional”³⁴³. Por ello, la Corte Interamericana en reiteradas ocasiones ha establecido que la CADH debe interpretarse de acuerdo a la buena fe y conforme a su objeto y fin, es decir, para “la protección efectiva de los derechos humanos”; pero además en “el sentido de que el régimen de protección de derechos humanos tenga todos sus efectos propios (*effet utile*)”³⁴⁴.

La aplicación del principio de buena fe, como el principio *pro homine* o evolutivo, por ejemplo, está conectado con el método teleológico de interpretación de la Corte Interamericana, imbricado en el artículo 29 de la CADH y expresamente mencionado en el 31.1 de la Convención de Viena³⁴⁵; que en las innumerables citas la Corte IDH hace referencia para asegurar que los Estados garanticen el cumplimiento de la CADH “y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos”. Una ecuación que la Corte IDH extiende a las normas sustantivas³⁴⁶ como a las que se refieren al cumplimiento de las decisiones de la Corte Interamericana (art. 67 y 68.1 CADH)³⁴⁷; pues en el ámbito de la responsabilidad internacional estatal, de acuerdo al principio de la buena fe, no se admiten razones de orden interno para justificar su incumplimiento³⁴⁸. Aunque, ciertamente, la efectividad de la CADH y las sentencias de la Corte IDH yace en el Derecho interno al que continuamente remiten sus cláusulas. En este sentido, el cumplimiento de las obligaciones de resultado que surgen de las sentencias declarativas de incompatibilidad normativa de la Corte IDH, basado en el principio de la buena fe y

³⁴² El que señala que “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

³⁴³ Corte IDH, *Masacre de Mapiripám vs. Colombia*, párr. 107.

³⁴⁴ Corte IDH, OC-1/82, de 24 de septiembre de 1982, párr.43; Corte IDH, OC-2/82, de 24 de septiembre de 1982, párrs. 19 y ss.; Corte IDH, OC-3/83, de 8 de septiembre de 1983, párrs. 47 y ss.; Corte IDH, OC-4/84, de 19 de enero de 1984, párrs. 20 y ss.; Corte IDH, OC-5/85, párr. 29 y ss.; Corte IDH, OC-6/86, de 9 de mayo de 1986., párr. 13 y ss.; Corte IDH, OC-16/99, párr.58. Entre otros casos contra Honduras *Velásquez Rodríguez* (Excepciones Preliminares), sentencia de 26 de junio de 1987, párr. 30; *Fairen Garbi y Solís Corrales* (Excepciones Preliminares), sentencia de 26 de junio de 1987, párr. 35; *Godínez Cruz* (Excepciones Preliminares), sentencia de 26 de junio de 1987, párr. 33.

³⁴⁵ BURGORGUE-LARSEN, L., “El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, 2014, Año 12, No. 1, pp. 105-161.

³⁴⁶ Corte IDH, *Masacre de Mapiripám vs. Colombia*, párr. 105.

³⁴⁷ Corte IDH, *Baena Ricardo y Otros vs. Panamá*. Competencia, sentencia 18 de noviembre de 1999, párr. 66.

³⁴⁸ Corte IDH, *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, sentencia de 8 de julio de 2004, párrs. 151 a 152; Corte IDH, *Baena Ricardo y Otros vs. Panamá*. Competencia, párr. 61, y Corte IDH, *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, párr. 60; Corte IDH, *Masacre de Mapiripám vs. Colombia*, párr. 133.

la falta de coerción; muestra cierta semejanza al sentido de lealtad institucional de las sentencias constitucionales. Propiamente, cuando se atribuye al Tribunal Constitucional español (en adelante TC) la falta un poder para imponer sus decisiones, por lo que a menudo basa en “el Derecho infraconstitucional y en la lealtad institucional” la ejecución de las mismas³⁴⁹.

En cuanto al Convenio Europeo, igualmente se ha dicho que asimila el enfoque interpretativo de la Convención de Viena, a partir de su Preámbulo. En particular, cuando apunta a asegurar el reconocimiento y aplicación colectiva de los principios y derechos de la Declaración Universal, así como los objetivos de unificación del Consejo de Europa en torno a la protección de los derechos y libertades (párrafo segundo y tercero)³⁵⁰. En esa línea, también se ha dicho que el método interpretativo es objetivo y teleológico, particularmente cuando el Tribunal Europeo ha hecho referencia a la salvaguarda del objeto y fin del Convenio Europeo como un instrumento de derechos humanos eficaz y para prevenir que los Estados eludan cumplir las garantías convencionales³⁵¹.

Efectivamente, el Tribunal Europeo ha afirmado que “el Convenio Europeo debe ser interpretado a la luz de las reglas de interpretación establecidas en la Convención de Viena”³⁵². El criterio hermenéutico adoptado por el Tribunal Europeo toma como base el principio de buena fe y el objeto y fin del tratado, que al ser trasladado al contexto del Convenio Europeo, como un tratado para la protección efectiva de los derechos humanos individuales; obliga a “ser leído como un todo e interpretado de manera tal de promover la coherencia y armonía internas entre sus diversas disposiciones”, de manera que el sistema de garantía resulte “práctica y efectiva”³⁵³.

En ese sentido, se puede inferir que ambos tribunales regionales siguen las pautas interpretativas de la Convención de Viena, y han incorporado un método de interpretación similar bajo los principios de buena fe y el objeto y fin de los tratados, como elementos para determinar el límite y alcance de las disposiciones convencionales. Sin embargo, la CADH y el CEDH como *lex specialis*

³⁴⁹ GAVARA de CARA, J. C., *La proyección interna de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales: El artículo 10.1 CE*, Bosch, Barcelona, 2011, p. 32.

³⁵⁰ GROVER, SONJA C., *The European Court of Human Rights as a Pathway to impunity for International Crimes*, Springer, New York, 2010, p. 175.

³⁵¹ Vid. MAROCHINI Maša., “The interpretation...”, op.cit. p. 83.

³⁵² TEDH, *Rantsev vs. Chipre y Rusia*, sentencia de 7 de enero de 2010, párr. 274.

³⁵³ TEDH, *Rantsev vs. Chipre y Rusia*, párr. 273 y ss; TEDH, *Mamatkulov and Askarov vs. Turquía*, sentencia de 4 de febrero de 2005, párr. 123; TEDH, *Al-Adsani vs. Reino Unido*, sentencia de 21 de noviembre de 2001, párr.55; TEDH, *Soering vs. Reino Unido*, párr. 87; TEDH, *Artico vs. Italia*, sentencia de 13 de mayo de 1980, párr. 33.

dentro del Derecho internacional se rigen bajo un sistema de restricciones interpretativas previstas en sus preceptos 29 de CADH y 17 y 18 y 53 del CEDH, como garantía de efectividad.

5. El margen de apreciación nacional y el principio de subsidiariedad

El margen de apreciación nacional no se encuentra en ninguna disposición del Convenio Europeo, incluso, nunca fue mencionado en los *travaux préparatoires*. Este es considerado como una construcción jurisprudencial de carácter hermenéutico del Tribunal Europeo³⁵⁴ empleada como autocontención (*self-restraint*) de sus potestades de revisión judicial³⁵⁵ que tiene origen en el derecho administrativo alemán³⁵⁶. El Tribunal Europeo suele emplearlo bajo la premisa de que las autoridades nacionales están mejor situadas que un juez internacional para resolver ciertas disputas, en virtud de la naturaleza subsidiaria del sistema de garantía, el pluralismo legal, la falta de consenso europeo y la soberanía estatal³⁵⁷. Así, de acuerdo con JUSTUS VASEL, la doctrina puede ser entendida como “un espacio de valoración o espacio de libertad de decisión de los órganos internos de los Estados”³⁵⁸.

El margen de apreciación nacional ha sido desarrollado y empleado exclusivamente dentro del espacio jurídico de los Estados europeos partes del CEDH, y no se tiene referencia como tal aún en la jurisprudencia interamericana; salvo alguna reseña puntual en la OC 4/84, para explicar “el margen de apreciación reservado al Estado que otorga la nacionalización sobre los requisitos y conclusiones que deben llenarse para obtenerla”; del juez interamericano FERRER MAC-GREGOR en el caso *Cabrera García Montiel Flores vs. México*, para referirse a la discrecionalidad que los Estados cuentan “para interpretar el *corpus juris* interamericano”³⁵⁹; y, más recientemente, en las alegatos del Estado de Costa Rica en el caso *Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”)*³⁶⁰, para

³⁵⁴ SPEALMANN, Dean., “Allowing the Rights Margin of the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver of Subsidiarity of European Review?”, *Center for European Legal Studies*, University of Cambridge, 2012, pp. 1-30; JUSTUS VASEL, J., “El ‘Margin of Appreciation’ como elemento clave en el Derecho Constitucional Europeo”, (En línea) *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2009, no.11. pp. 189-208. Disponible en: http://www.ugr.es/~redce/REDCE11pdf/07_JOHANN%20JUSTUS.pdf (Consulta de 20 de febrero de 2013).

³⁵⁵ GARCÍA ROCA, J., *El margen de apreciación...*, op.cit. p. 219.

³⁵⁶ Propiamente se origina en el ámbito procesal administrativo alemán e, incluso, se ha visto en el Derecho de Guerra (*martial law*), pero no en el Derecho Internacional Público o supranacional. *Vid.* JUSTUS VASEL, J. “El ‘Margin...”, op.cit.191.

³⁵⁷ SPEALMANN, Dean, “Allowing the Rights...”, op.cit. p.3

³⁵⁸ JUSTUS VASEL, J. “El ‘Margin...”, op.cit. 194.

³⁵⁹ Corte IDH, *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, sentencia de 26 de noviembre de 2010, Voto Razonado del juez ad hoc Ferrer Mac-Gregor, párr. 87.

³⁶⁰ Corte IDH, *Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*, sentencia de 28 de noviembre de 2012.

justificar las regulaciones internas de prohibir las técnicas de fertilización in vitro³⁶¹. La explicación de ello podría encontrarse en la mayor homogeneidad cultural de las sociedades iberoamericanas que las europeas, que estaría siendo aprovechado para propiciar la aplicación de una *integración funcional*³⁶².

La “doctrina del margen de apreciación”, como ha sido nombrada en la literatura³⁶³, fue mencionada por primera vez por la desaparecida Comisión Europea en la decisión interestatal *Grecia vs. Reino Unido* de 26 de septiembre de 1958, para señalar que los Estados gozaban de “un cierto margen de apreciación” en la aplicación del artículo 15 del CEDH que regula la derogación en caso de estado de excepción. El mismo criterio luego fue sostenido por la Comisión Europea en el primer caso del Tribunal Europeo *Lawless vs. Irlanda*, del 1 de julio de 1961, sobre las concesiones que gozan los Estados para determinar la existencia de un peligro público amenazante de la vida de la nación³⁶⁴.

Sin embargo, en el caso *Wilde, Ooms and Versypts vs. Bélgica* el Tribunal Europeo adoptaría la doctrina en relación al examen del respeto a la vida privada y familiar (art.8.1) y las límites de la apreciación discrecional que el artículo 8.2 del CEDH deja a los Estados partes para regular tal derecho³⁶⁵. Empero, fue hasta el caso *Handyside vs. Reino Unido*, que el Tribunal Europeo hizo una caracterización del llamado margen de apreciación nacional, esta vez en el examen de las interferencias y sanciones permitidas en el ejercicio de la libertad de expresión (art. 10.2 del CEDH).

El TEDH sostuvo que el artículo 10.2 del CEDH prevé un margen de apreciación nacional para regular dicho derecho, debido a la imposibilidad de encontrar en el Derecho interno de los Estados una concepción europea uniforme de la moral. En ese sentido, las variaciones de la moral que

³⁶¹ Al amparo en criterios sostenidos en el ámbito europeo, como es, la falta de consenso en relación con el estatuto jurídico del embrión; la inexistencia de consenso sobre el inicio de la vida humana, y en el argumento de que como existen otros Estados que, por omisión legislativa, permiten la práctica de la Fecundación in vitro, Costa Rica lo había perdido al establecer dichas prohibición. A diferencia de la experiencia europea -en donde el margen de apreciación era invocado para autorizar-, CONTRERAS sostiene que en éste caso Costa Rica alegaba la utilización de la misma doctrina para prohibirla. *Vid.* CONTRERAS, Pablo., “Control de Convencionalidad, Deferencia Internacional y Discreción Nacional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Ius et Praxis*, 2014, Año 20, No. 2, pp. 235 – 274.

³⁶² GARCÍA ROCA, J., NOGUERA ALCALÁ, et.al., “La comunicación entre...”, *op.cit.* p.80.

³⁶³ JUSTUS VASEL, J. “El ‘Margin...”, *op.cit.* p. 191.

³⁶⁴ SPEALMANN, Dean., “Allowing the Rights...”, *op.cit.* p. 3.

³⁶⁵ TEDH, *Wilde, Ooms and Versypts vs. Bélgica*, sentencia de 18 de julio de 1971, párr. 93.

pueden existir de un lugar a otro y de tiempo en tiempo ubican en mejor lugar a las autoridades nacionales que a un juez internacional, para pronunciarse sobre el contenido exacto de los requerimientos, así como de la necesidad de una restricción o sanción. En consecuencia, el margen de apreciación que deja al Estado se da tanto al legislador nacional como a los órganos judiciales, entre otros, que están llamados a interpretar y aplicar las leyes en vigor³⁶⁶.

De igual modo, en el caso interestatal *Irlanda vs. Reino Unido* agregaría que las autoridades nacionales están en principio mejor situadas que los jueces internacionales para pronunciarse cuando la vida es amenazada por una emergencia pública y sobre la naturaleza y ámbito de las derogaciones necesarias para evitarla. Para tal fin señaló que “en esta materia el artículo 15 párr.1 (art.15.1) deja a dichas autoridades un amplio margen de apreciación”³⁶⁷. En el asunto *Leyla Sahin vs. Turquía*, respecto al derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art.9), nuevamente el TEDH señaló que el alcance de las regulaciones y los límites puede variar de un país a otro, de acuerdo a las tradiciones nacionales y las exigencias que imponen las necesidades de proteger los derechos y libertades y mantener el orden público. En ese sentido, aquellas dependen exclusivamente del contexto doméstico del Estado concernido³⁶⁸.

Sobre esto cabría aclarar que el margen de apreciación nacional no es un derecho de los Estados demandados ni una herramienta procesal que posibilita su aplicación incondicionada en cada caso, según ha entendido el TEDH. En efecto, éste ha establecido que el margen de apreciación de los Estados para asegurar los derechos no es ilimitado; pues, de acuerdo a la naturaleza subsidiaria del sistema va de la mano con la supervisión europea ante lo cual el Tribunal controla si los Estados no han ido más allá de esa libertad de decisión permitida³⁶⁹. Desde esa perspectiva, tal doctrina funciona como “un argumento consustancial a una interpretación constitucional” de ciertos derechos contenidos en el tratado³⁷⁰.

Según DEAN SPEALMANN la jurisprudencia europea ha asentado esta doctrina en la interpretación de interferencias a ciertos derechos, que según el Convenio Europeo tienen lugar del artículo 8 al 11 del CEDH (vida privada y familiar, libertad de pensamiento, conciencia y religión, libertad de

³⁶⁶ TEDH, *Handyside vs. Reino Unido*, sentencia de 7 de diciembre de 1976, párrs. 47 y 48.

³⁶⁷ TEDH, *Ireland vs. Reino Unido*, sentencia de 18 de enero de 1978, párr.206.

³⁶⁸ TEDH, *Leyla Sahin vs. Turquía*, sentencia de 10 de noviembre de 2005, párr.109.

³⁶⁹ TEDH, *Handyside vs. Reino Unido*, párr.49; *Ireland vs. Reino Unido*, párr. 207.

³⁷⁰ GARCÍA ROCA, J., *El margen de apreciación...*, op.cit. p. 219.

expresión y libertad de asociación), aunque parece dejar un margen de ampliación sobre la misma categoría de derechos; pero no en aquellos derechos inderogables y absolutos y, por ende, no sujetos a restricciones como la vida, la prohibición de la tortura, malos tratos y prohibición de la esclavitud³⁷¹.

No obstante, la aplicabilidad del margen de apreciación nacional ha sido criticada por la doctrina por ajustar los criterios del TEDH a los estándares internos de los Estados, en lugar de enjuiciar su compatibilidad con las disposiciones convencionales. Así se ha dicho que bajo dicha doctrina el TEDH estaría analizando la contundencia de una decisión interna y relativizando el contenido del Convenio Europeo³⁷², que en ocasiones parece servir más como un criterio de justificación de la autocontención judicial del TEDH³⁷³. La controversial doctrina tampoco ha gozado de la aprobación unánime en el seno del mismo tribunal, donde los ex jueces DE MEYER, el Vice-presidente ROZAKIS Y MALINVERNI han hecho valer sus discrepancias en sendos votos disidentes³⁷⁴.

En el voto disidente del ex juez DE MEYER en la sentencia *Z vs. Finlandia* criticó la posición del TEDH al respecto y condenó el uso de la doctrina en el ámbito de los derechos humanos; por la relativización que implica habilitar a los Estados a decidir que es aceptable y que no lo es en lugar de que el Tribunal decida sobre los límites que los Estados no deben sobrepasar. Por el contrario, solo ve concebible el uso del margen de apreciación en ciertos dominios cuando, por ejemplo, un tribunal interno determina una sanción, dentro de las leyes penales vigentes y el rango de sanciones establecidas, y de acuerdo a la valoración de la gravedad del caso³⁷⁵.

En el asunto *Egeland and Hanseid vs. Noruega*, el Juez ROZAKI matizó el “grado de automaticidad” con que el Tribunal Europeo hizo uso del margen de apreciación en dicho caso, pese a que los hechos del caso no lo exigían. No obstante, el juez defendió su aplicación en “los casos en que, después de una cuidadosa consideración, se establece que las autoridades nacionales estaban realmente en mejores condiciones que el Tribunal para evaluar las condiciones ‘locales’ y específicas que existían dentro de un orden interno en particular”. Solo en dichas circunstancias el

³⁷¹ SPEALMANN, Dean, “Allowing the Rights...op.cit. p. 5.

³⁷² JUSTUS VASEL, J. “El ‘Margin...’, op.cit. citando a F. ERMACORA, «Richtungsweisendes Handyside-Urteil?», EuGRZ 1977, p. 363.

³⁷³ Vid. GARCÍA ROCA, J., *El margen de apreciación...*, op.cit. p. 219.

³⁷⁴ SPEALMANN, Dean, “Allowing the Rights...”, op.cit. p. 9.

³⁷⁵ TEDH, *Z vs. Finlandia*, sentencia de 25 de febrero de 1997, Voto disidente del Juez J. De Meyer.

Tribunal debe renunciar a examinar en profundidad los hechos de un caso, y “limitarse a una supervisión simple de las decisiones nacionales, sin asumir el lugar de las autoridades nacionales, sino simplemente examinar su razonabilidad y la ausencia de arbitrariedad”³⁷⁶.

En la misma sentencia, el ex juez MALINVERNI centró su crítica en la extensión del margen de apreciación bajo el adjetivo “amplio” usado por el Tribunal, lo cual puso en evidencia la naturaleza fluctuante e imprecisa de tal doctrina. Una tendencia que parece no tener límites definidos si se toma en cuenta que la aplicación del criterio ha variado su aplicación para casos de emergencia pública que ponen en peligro la vida de la nación, a ámbitos donde no existe una base común entre los sistemas jurídicos europeos; o ante la falta de principios comunes en materia de adopción de las parejas homosexuales, entre otros. El entonces juez abogó por una delimitación y el establecimiento de criterios objetivos y específicos que hagan posible identificar en qué casos tienen cabida el margen de apreciación de los Estados y cuando limitarlo.

Empero, se puede decir que la doctrina del margen de apreciación nacional ha tenido una aplicación práctica para determinar el sentido del consenso europeo en ciertos asuntos y conservar el pluralismo jurídico de los Estados; pero también para dar expresión al principio de subsidiariedad y amparar la contención de revisión judicial de los actos legislativos. De ese modo, la diferencia cultural, la heterogeneidad política y jurídica *pluralisme européen* se convierte en causa y efecto de dicha doctrina³⁷⁷. La falta de homogeneidad cultural y jurídica de los Estados europeos parece ser una explicación más realista a la amplitud con que suele ser empleado por el TEDH, en detrimento del establecimiento de límites más precisos para determinar en qué situaciones tiene o no aplicabilidad³⁷⁸.

Con la adopción del Protocolo Adicional No.15 al Convenio Europeo³⁷⁹, cuya entrada en vigor se prevé hasta que los 47 Estados miembros del Consejo de Europa lo hayan ratificado³⁸⁰, viene a fortalecer el principio de subsidiariedad en que descansa el Sistema Europeo con la inclusión del

³⁷⁶ TEDH, *Egeland and Hanseid vs. Noruega*, sentencia de 16 de abril de 2009, Opinión concurrente del juez ROZAKIS.

³⁷⁷ JUSTUS VASEL, J., “El ‘Margin...’”, op.cit. p. 204 y ss.

³⁷⁸ GARCÍA ROCA, J., *El margen de apreciación...*, op.cit. p. 218.; MAROCHINI Maša., “The interpretation...”, op.cit. p. 84.

³⁷⁹ Adoptado el 24 de junio de 2013 en Estrasburgo, Francia, en respuesta a la Declaración de Brighton del 20 de abril de 2012, y las declaraciones adoptadas en las conferencias en Interlaken el 18 y 19 febrero de 2010 y en Ízmir el 26 y 27 Abril de 2011. Véase en <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1591969> (Consulta de 18 de junio de 2015).

³⁸⁰ El Protocolo Adicional No. 15 fue firmado por España el 24 de junio de 2013, pero está pendiente de ratificarlo. Véase en: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=213&CM=7&DF=18/06/2015&CL=ENG> (consulta de 18 de junio de 2015).

margen de apreciación nacional en el preámbulo del CEDH. De ese modo, los Estados se verían respaldados desde el punto de vista normativo, y desde luego por la jurisprudencia establecida del TEDH, para la aplicación de criterios domésticos en ciertos asuntos que el Tribunal ya venía dejando a estos. Si bien en la redacción del Protocolo No.15 no se prevé un debilitamiento de las facultades jurisdiccionales del TEDH, se estima que sí podría reforzar la tendencia de la práctica del Tribunal de autocontención judicial en asuntos en los que podría tener una mayor incidencia en los ordenamientos jurídicos internos, así como potenciar desde el Convenio la tutela interna de derechos como un el espacio ideal para resolver dichos conflictos. Es una posibilidad que los Estados encuentran para ajustar sus sistemas internos de protección de derechos, sin desatender sus condiciones socio-económicas, políticas y culturales; lo cual, no obstante, queda bajo supervisión del TEDH.

En esos términos, estaríamos hablando de un estándar de protección sujeto a aquellos condicionamientos, que desde un punto de vista conceptual podría entrar en contradicción con la universalidad de los derechos protegidos y el criterio evolutivo de los mismos, que el TEDH ha empleado en otras situaciones para desarrollar el contenido sustantivo de las disposiciones convencionales. Por otra parte, los Estados se verían amparados para actuar y legislar en materias que quedarían ausentes de control jurisdiccional más estricto; y las obligaciones positivas se verían relativizadas en relación al deber de armonizar las normas internas con el Convenio Europeo. Un claro ejemplo, entre otros, de tales circunstancias – por cierto no nuevas – se puede ver reflejado en el caso *Lautsi vs. Italia* donde el TEDH amparó determinadas prácticas nacionales, en relación a los crucifijos en las escuelas italianas, por ausencia de una política homogénea de los Estados. Del mismo modo, en la sentencia *Otegi vs. España* el TEDH consideró que existía un consenso en no perseguir penalmente las ofensas al honor o la reputación de los Jefes de Estado³⁸¹.

En ese escenario, el control jurisdiccional de las normas internas se ve condicionado por unas circunstancias locales privativas y las obligaciones positivas exceptuadas del contenido material que imponen en la expresión “respetar” (arto 1 CEDH), en conexión con ciertos derechos personalísimos como el respeto a la vida privada (art.8 CEDH). La noción de que las autoridades nacionales están mejor situadas que un tribunal internacional estima la manera y la excepción de

³⁸¹ MONTORO IRURZUN, F., “¿Una nueva reforma al Tribunal Europeo de Derechos Humanos?” *Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional*, Universidad Complutense de Madrid, 2012, No.10 (paper), p. 8.

las obligaciones positivas, subrayando que se refiere no solo la eficiencia funcional de las autoridades nacionales, sino también una elección de sentido democrático³⁸². En el caso *Johnston and Others vs. Irlanda* el TEDH sostuvo la expresión respetar del artículo 8 del Convenio Europeo no establecen con claridad las obligaciones positivas derivadas, y considerando la diversidad de prácticas y circunstancias encontradas en los Estados partes, aquellos requerimientos afirmativos varían de un caso a otro, por lo cual los Estados gozan de un amplio margen de apreciación para determinar las medidas a tomar en cuenta para asegurar aquel derecho, atendiendo a la necesidad y medios de la comunidad y de los individuos³⁸³.

La doctrina del margen de apreciación aparece, en ese sentido, como un elemento diferenciador de la práctica judicial seguida por la Corte IDH. Efectivamente, la tendencia marcada por la práctica de los dos tribunales evidencia un enfoque sobre el examen de las decisiones nacionales bajo dos posiciones distintas: una para reforzar – relativamente – la autonomía estatal para decidir sobre las medidas para proteger los derechos convencionales, por virtud del margen de apreciación nacional; y otra, más invasiva, que establece criterios de aplicación directa del CADH a partir de la asunción implícita del valor preeminente de ésta sobre las demás normas internas, bajo un control de convencionalidad encomendado a los poderes constituidos, donde ciertamente el margen de discreción es reducido. Así, el control judicial de las normas internas varía en intensidad y rigurosidad en cuanto a aplicación de las construcciones jurisprudenciales de referencia: el control de convencionalidad y margen de apreciación nacional. A rasgos generales, entonces, la aplicación de una u otra podría estimar un efecto inmediato de los textos convencionales en el Derecho interno, sobre la base de la idea apuntada, como vías para una homogeneidad de los sistemas internos – bajo el principio de armonización (art.2 CADH) – en el ámbito americano y otra para la heterogeneidad en el europeo. De forma que mientras el TEDH trata de preservar ese pluralismo jurídico europeo, la Corte IDH hace lo propio para reforzar el contenido de las obligaciones convencionales y allanar el camino para una mayor armonización y homogeneidad jurídica. En ese aspecto, la labor interpretativa de ambos tribunales también se ve modelada por los grados de intensidad en la aplicación de algunos principios a los que aquellas

³⁸² ARAI-TAKAHASHI, Yutaka., *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of ECHR*, Intersentia, 2002, p. 85.

³⁸³ *Johnston and Others vs. Irlanda*, sentencia de 18 de diciembre de 1986, párr 55. ARAI-TAKAHASHI, se extiende en ese asunto para afirmar incluso el respeto a la soberanía estatal derivado del margen de apreciación nacional en casos de control migratorio bajo el artículo 8 del CEDH, declarado como un derecho soberano de los Estados partes a controlar el acceso a sus territorios. *Vid.* ARAI-TAKAHASHI, Yutaka., *The Margin...*, op.cit. pp. 85 y 86.

doctrinas están conectadas; por ejemplo, el principio de proporcionalidad, cuya utilidad resulta determinante en el examen de interferencias normativas en ciertos derechos. Así, se ha dicho que el margen de apreciación nacional es la otra cara del principio de proporcionalidad³⁸⁴, lo que no podría decirse del ejercicio del control de convencionalidad en el examen de conflictos normativos, donde el escrutinio internacional -con frecuencia y la misma intensidad- recurre a aquel para determinar la convencionalidad de una norma interna.

³⁸⁴ Así, CONTRERAS, citando a ARAI-TAKAHASHI, sostiene la conexión entre ambos en que según el grado del margen de apreciación así afecta el principio de proporcionalidad y viceversa. En otras palabras, a mayor discreción nacional menor intensidad del principio de proporcionalidad; mientras mayor intensidad de tal principio ante un reducido margen de apreciación, que además menor será la deferencia internacional. *Vid.* CONTRERAS, Pablo., "Control de...", op.cit. p. 237.

CAPÍTULO II

LOS CRITERIOS DEFINIDORES DE LAS OBLIGACIONES OBJETIVAS DEL CEDH Y LA CADH EN EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS NORMAS INTERNAS

Introducción

El presente capítulo estudia los fundamentos normativos de los sistemas regionales de protección de derechos humanos, el Convenio Europeo y la Convención Americana, como marco configuradores del sistema de garantía europeo e interamericano, estructurado en torno a un catálogo de derechos – ampliado por los Protocolos Adicionales e instrumentos especializados – y en un marco institucional; que en la vertiente contenciosa, en la que nos centramos, se articula en el TEDH y la Corte IDH. A modo de introducción al tema de análisis, este capítulo prosigue con el estudio comparativo de ambos sistemas de protección, enfocado en los marcos normativos exigible a los Estados partes de dichos tratados; con el objetivo de identificar el rigor jurídico de los compromisos internacionales asumidos por esos Estados y el carácter objetivo de las obligaciones inferidas del marco convencional justiciable.

El estudio propuesto en este segundo capítulo pretende, entonces, resaltar los elementos esenciales que dan lugar a la institución de los sistemas de garantía, y el criterio definidor de los contenidos justiciables a nivel internacional de los derechos humanos. En ese sentido, es un examen de ambos textos a partir del sentido de integridad expresado en los mismos y su singularidad formulada en la objetivación de las obligaciones asumidas; como eje central bajo el que giran los dos sistemas regionales, especialmente para el tema que nos ocupa, el control de las normas jurídicas internas. A rasgos generales, el estudio de éste capítulo es el complemento de la delimitación de los ámbitos de aplicación del control de jurisdiccional, o convencional si se prefiere, de las normas internas definida en el capítulo primero.

El capítulo está compuesto por dos partes. La primera parte se centra en el estudio del Convenio Europeo y la Convención Americana a partir de su valor normativo, del que se extraen elementos comunes para la configuración del sistema subsidiario de protección, que si bien se erige como una categoría normativa autónoma, evidencia rasgos de unidad y de integración con los sistemas internos de protección de derechos humanos. Desde esa perspectiva, se resalta la preeminencia

del valor del vínculo de universalidad de los derechos, como elementos clave para la comunicación jurisdiccional entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana; pero también para comprender el material justiciable y los vínculos con los derechos fundamentales. En ese mismo sentido, se estudia la jurisprudencia de ambos tribunales para comprender la definición de aplicabilidad territorial de los cuerpos normativos convencionales y los presupuestos mínimos de operatividad del régimen de derechos con los regímenes políticos de los Estados donde se espera su operatividad.

La segunda parte es un estudio comparativo de la proyección interna del Convenio Europeo y la Convención Americana en España y Nicaragua. En ese sentido, es una contextualización del análisis que proseguirá en los siguientes capítulos, aplicado a los Estados objeto de estudio. Esta parte comprende un análisis del efecto irradiador del CEDH y la CADH en el Derecho español y nicaragüense, a través de los mecanismos formales de incorporación en sus sistemas legales. Adicionalmente se estudia y analiza las consecuencias jurídicas que se derivan de las obligaciones genéricas que comportan un mandato de hacer, conocidas como obligaciones positivas, y las que implican un deber de contención, también conocidas como obligaciones negativas. El estudio tiene por finalidad llegar al conocimiento del alcance y límites de las obligaciones positivas en la actividad legislativa y jurisdiccional correspondiente a la protección interna de los derechos convencionales.

El enfoque normativo estará en las disposiciones primeras de las dos convenciones, el artículo 1 del Convenio Europeo y el artículo 1.1 y 2 de la Convención Americana, sin entrar a un análisis del contenido específico de cada derecho. En el examen del contenido de aquellas disposiciones se sustentará principalmente en los criterios jurisprudenciales del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana, y desde luego las posiciones doctrinarias sobre el quehacer jurisdiccional de aquellos órganos en ese sentido. Especialmente en aquellas referidas a autoridad judicial erigida como configurador de los sistemas jurídicos nacionales.

PRIMERA PARTE

El valor normativo del Convenio Europeo y la Convención Americana y el carácter justiciable de su contenido material

1. El sentido fundacional del Convenio Europeo y la Convención Americana

El Convenio Europeo es el primer instrumento de carácter regional que instituyó el Sistema Europeo en el continente europeo³⁸⁵, como una concreción de las disposiciones sobre la materia de derechos humanos contenidas en el Estatuto del Consejo de Europa³⁸⁶, que estableció como principios rectores de dicha organización el imperio del Derecho y el de disfrute de los derechos humanos y de las libertades fundamentales³⁸⁷. Así, el cumplimiento de esos principios dejó sujeto a sus miembros a la permanencia en la organización de acuerdo a la disposición tercera y octava del Estatuto³⁸⁸.

Así, la adopción del Convenio Europeo figura como el gran logro por el que los Estados del Consejo de Europa lograron cristalizar esa convicción jurídica de que “los Estados soberanos tiene la obligación de respetar los derechos humanos de las personas que se hallen bajo su jurisdicción”³⁸⁹. En efecto, los trabajos preparatorios del Convenio Europeo iniciados en el Congreso de la Haya de 1948, por el Comité Internacional del Movimiento de la Unión Europea, plantearon la necesidad

³⁸⁵ Su adopción surge en el seno del Consejo de Europa Tiene sus antecedentes en los primeros intentos de unificación de Europa de la post-guerra, en la Conferencia de la Haya, del 7 al 10 de mayo de 1948. Fue fundado por los países integrantes del Pacto de Bruselas de 1948 (Francia, Bélgica, Luxemburgo, Los Países Bajos y Gran Bretaña), y actualmente está integrado por 47 Estados miembros. Vid. GARCÍA DE ENTERRIA, E., *El Sistema Europeo...*, op.cit. p. 57.; KELLER, H. and STONE S., *A Europe of Rights...*, op.cit. p. 5; GARCÍA JIMÉNEZ, M.E., *El Convenio Europeo...*, op.cit. p. 24 y ss.

³⁸⁶ El Estatuto del Consejo fue aprobado el 5 de mayo de 1949 y entró en vigor el 3 de agosto de 1949, originalmente firmado y aprobado por Bélgica, Dinamarca, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Los Países Bajos, Noruega, Suecia, Gran Bretaña e Irlanda del Norte. El texto constitutivo quedó abierto a la firma de otros Estados europeos que luego lo aprobarían y ratificarían: Albania, Andorra, Armenia, Austria, Azerbaijón, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Chipre, República Checa, Estonia, Finlandia, Georgia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Malta, Moldavia, Mónaco, Montenegro, Polonia, Portugal, Rumania, Rusia, San Marino, Serbia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Suiza, Macedonia, Turquía y Ucrania.

³⁸⁷ CARRILLO SALCEDO, J.A., “El Proceso de internacionalización de los Derechos Humanos. El fin del mito de la Soberanía nacional. Plano Regional: El Sistema de protección instituido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *Consolidación de Derechos y Garantías: Los grandes retos de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Seminario Conmemorativo del 50 Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 49-76.

³⁸⁸ En los mismos términos, cualquier Estado aspirante a integrar el Consejo de Europa se vería emplazado a cumplir con los imperativos del artículo 3, por tanto, el reconocimiento y el respeto de los derechos humanos se convirtieron en un examen a superar para el ingreso y permanencia de los Estados en el organismo regional. Vid. GARCÍA DE ENTERRIA, E., *El Sistema Europeo...* op.cit. p. 56

³⁸⁹ CARRILLO SALCEDO, J.A., “El Proceso de internacionalización...” op.cit. p. 50.

de una Carta de Derechos Humanos y un Tribunal de Justicia que sancionara su incumplimiento³⁹⁰. Sin embargo, más allá de materializar las disposiciones fundamentales del Estatuto del Consejo de Europa el Convenio logró transformar en obligaciones objetivas varios principios de la Declaración Universal³⁹¹, de allí que el Preámbulo del CEDH menciona hasta tres veces la Declaración Universal en los párrafo primero, segundo y quinto, como prueba de su clara influencia³⁹².

Desde su fundación el Sistema Europeo ha sufrido diversas modificaciones que, de acuerdo con LÓPEZ GUERRA³⁹³, deben tomarse en cuenta en diversos periodos. El primero referido al período de creación (1950-1959) que culmina con la constitución del Tribunal Europeo; segundo, el período de desarrollo, que transcurre de su fundación hasta la entrada en vigor del Protocolo Adicional No. 11, en 1998, y que trae como gran aporte la constitución del “nuevo Tribunal”; tercero, el período de puesta en marcha del nuevo Tribunal, que se extiende hasta la nueva reforma al CEDH introducida por el Protocolo Adicional No. 14, en 2010; y cuarto, a partir de la entrada en vigor del Protocolo No. 14 al funcionamiento actual de las novedades introducidas³⁹⁴.

A diferencia del Sistema Europeo las bases del Sistema Interamericano de Protección y Promoción de los Derechos Humanos fueron creadas con anterioridad a la adopción de la Convención Americana, propiamente, con la Declaración Americana y la Carta Constitutiva de la OEA³⁹⁵, por lo cual su surgimiento no se da con la Convención Americana sino con la Declaración Americana³⁹⁶.

³⁹⁰ Ciertamente, el proyecto de Convenio Europeo fue presentado por el Comité Internacional del Movimiento de la Unión Europea al Comité de Ministros el 12 de julio de 1949, el que contenía una lista de derechos y un mecanismo institucional de control. CARRILLO SALCEDO, J.A., *El Convenio Europeo...*, op.cit. p. 11 y ss. También véase en: GARCÍA JIMÉNEZ, M.E., *El Convenio Europeo...*, op.cit. p. 25.

³⁹¹ Proclamada por la Asamblea General de la ONU en París, el 10 de diciembre de 1948.

³⁹² De acuerdo con CARRILLO SALCEDO, los trabajos preparatorios del Convenio se llegó a considerar que en la parte que reconocía los derechos se hiciera referencia a los contenidos en la Declaración Universal, pero que luego se optó por definirlos autónomamente. *Vid.* CARRILLO SALCEDO, J.A., “El Proceso de internacionalización...” op.cit. p. 54.

³⁹³ Siguiendo el estudio del desarrollo del Sistema Europeo en: BATES, E., *The evolution of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

³⁹⁴ LÓPEZ GUERRA, Luis., “El Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos”, en BANDEIRA GALINDO, G. R., URUEÑA, René y TORRES PÉREZ, Aida. (coords.), *Protección Multinivel de Derechos Humanos. Manual*. (En línea) Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2013. pp. 165-186, (Consulta de 13 de octubre de 2015). Disponible en: <http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19770#preview>

³⁹⁵ Igual que la Carta de la OEA la Declaración Americana fue adoptada en la Novena Conferencia Internacional de los Estados Americanos realizada en Bogotá, Colombia en mayo de 1948, seis meses antes de la adopción de la Declaración Universal, para comprometer a los Estados de la región con la protección internacional de los derechos humanos y se considera como la base para la adopción de la Convención Americana.

³⁹⁶ Propiamente en la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra de la Paz, realizada en la ciudad de México del 21 de febrero al 8 de marzo de 1945, las repúblicas americanas expresaron la idea de establecer un sistema internacional para la protección de los derechos humanos y encomendaron al Comité Jurídico Interamericano la redacción de un anteproyecto de Declaración y Deberes Internacionales del Hombre. *Vid.* FAÚNDEZ LEDESMA, H., *El Sistema Interamericano...*, op.cit. pp. 31-34; MEDINA QUIROGA, C, *The Battle of Human Rights...* op. cit. pp. 27-30;

En ese sentido, el Sistema Interamericano nace bajo el mismo el espíritu de las expresiones de la Carta de San Francisco de 1945, que germinó en América Latina un proceso similar de “institucionalización” al que se venía experimentando en el Derecho internacional³⁹⁷.

Así pues, la Declaración Americana instauró las bases del primer sistema de protección de derechos humanos en el continente americano, que incluyó un catálogo de derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales; en los términos expresados seis meses más tarde por la Declaración Universal, como una aspiración moral, pero incorporando en las relaciones internacionales y las expectativas sociales de que los gobiernos debían respetar los derechos de los individuos³⁹⁸. De ese modo, dicho instrumento es considerado hoy como el punto de partida hacia la “internacionalización” de los derechos humanos en la región, la cual adquirió un mayor impulso y rigor normativo con la creación de la CIDH en 1959, en el marco de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores celebrada en Santiago de Chile³⁹⁹.

En ese contexto habría que resaltar que si bien el surgimiento del Sistema Interamericano no se identifica con la Convención Americana, ha sido ésta quien ha articulado el sistema normativo e institucional actualmente existente en el sistema regional de protección de derechos; por medio de la creación de un órgano jurisdiccional encargado de aplicar e interpretar sus disposiciones, la Corte Interamericana, e integra a la CIDH que había sido creada con anterioridad. La articulación acontecida con la CADH es un aspecto relevante para la judicialización del sistema de protección nacido con la CIDH, que carecía de la fuerza propia de un tribunal jurisdiccional sustentado en la objetivación de aquellos principios y valores recogidos en la Declaración Americana, la Declaración Universal y la Carta de la OEA.

TAIANA, J. E., “El Compromiso de la Comunidad Internacional con la Protección Internacional efectiva de los Derechos Humanos y las implicaciones financieras del fortalecimiento del Sistema Interamericano: Caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en *Memoria del Seminario: El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*, Tomo I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, C.R., 2 ed. 2003, pp. 279-292.

³⁹⁷ SALVIOLI, F.O., “El aporte de la Declaración Americana de 1948, para la protección internacional de los derechos humanos,” en *Memoria del Seminario: El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tomo I, San José, C.R., 2 ed. 2003, pp. 679-696.

³⁹⁸ GROSSMAN, Claudio., “Reflexiones sobre el Sistema Interamericano de Protección y Promoción de los Derechos Humanos”, en NIETO NAVIA, R. (ed), *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, San José, CR, 1994, pp. 245-262.

³⁹⁹ La Declaración Americana pasó a ser el complemento indispensable de la Carta de la OEA, por cuanto esta última no contiene una lista de los derechos que la CIDH aplicaría en las demandas contra los Estados miembros de la OEA. *Vid.* GROSSMAN, Claudio., “Reflexiones sobre...”, op.cit.; FAÚNDEZ LEDESMA, H., *El Sistema Interamericano...*, op.cit. p. 32.

En ese sentido, la Convención Americana también guarda una relación estrecha con la Declaración Universal y, por ende, con los mismos fines perseguidos por el Convenio Europeo, en este caso para el continente americano. La relación que albergan ambos textos convencionales se puede ver también en la organización en que surge, si se toma en cuenta que la adopción de la Convención Americana surge en el marco de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos celebrada en San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969⁴⁰⁰, propiamente en el seno de la OEA⁴⁰¹.

2. El vínculo de universalidad en la configuración normativa

2.1 La influencia de la Declaración Universal

A pesar de las considerables distancias temporales y, desde luego políticas, económicas y sociales; ambos sistemas regionales han tenido una clara influencia de la Declaración Universal en la configuración de su marco normativo, como se ha adelantado⁴⁰². De hecho el párrafo tercero y cuarto del Preámbulo de la Convención Americana menciona que el sistema que se crea es fundado en el “respeto de los derechos esenciales del hombre”, nacidos de los atributos mismos de la condición humana consagrados en la Declaración Americana y la Declaración Universal. Reiterando que solo con arreglo a la Declaración Universal dicho ideal puede realizarse si se garantiza a la persona el disfrute de los derechos económicos sociales y culturales y los derechos civiles y políticos.

⁴⁰⁰ En efecto, la propuesta de una Convención Americana se ubica en el Proyecto de Convención Interamericana elaborado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos en 1959, y los Proyectos de Convención también presentados por los gobiernos de Chile y Uruguay. Sin embargo, fue hasta 1965, en la Segunda Conferencia Interamericana, que se encomienda al Consejo de la OEA que actualice y complete el Proyecto de 1959, el cual delegó a la CIDH la elaboración de su Anteproyecto, que finalmente fue presentado al Consejo el 18 de julio de 1968, que terminaría siendo discutido y aprobado en la citada Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos celebrada en San José, Costa Rica.

⁴⁰¹ La OEA fue creada en la Carta constitutiva adoptada en la Novena Conferencia Internacional de los Estados Americanos realizada en Bogotá, Colombia en mayo de 1948, como un organismo regional para el continente americano, en principio para resolver las controversias entre los Estados americanos mediante la mediación, conciliación y el arbitraje. Su origen se ubica en distintos intentos de integración, por ejemplo, la Primera Conferencia Internacional de Estados Americanos celebrada en Washington DC, entre el 2 de octubre de 1889 y el 9 de abril de 1890, que creó la Unión Internacional de Repúblicas Americanas, con sede en Washington, D.C. La Cuarta Conferencia Interamericana de 1910 en Buenos Aires, Argentina, modificó la Unión Internacional y la nombró Unión Panamericana. MEDINA QUIROGA, Cecilia, *The Battle of Human Rights...*, op.cit. pp. 21-23; DAVIDSON, Scott, *The Inter-American Human Rights System*, Dartmouth, United Kingdom, 1997, pp. 1-3.

⁴⁰² Una influencia normativa también atribuida a la configuración del Sistema Africano de Protección de Derechos Humanos a través de la universalidad de los derechos y libertades reconocidos. *Vid.* CAPPUCCIO, Laura, et. al., *Le Corti Regionali...*, op.cit. p. 3 y ss.

En ese sentido, es claro que tanto en el Convenio Europeo como en la Convención Americana la dignidad humana aparece como un valor universal, y como elemento constitutivo de la fundación de ambos sistemas regionales, por cuanto los dos se derivan de la Declaración Universal⁴⁰³. En el caso interamericano tal influencia estaría precedida por la Declaración Americana, la que fundó el reconocimiento de aquellos derechos en los atributos del ser humano en las expresiones de su Preámbulo “Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos...” en clara alusión al aspecto universal e intrínseco de estos a la persona y qué, por tanto, su vigencia no depende del reconocimiento del Estado⁴⁰⁴.

Ciertamente, este elemento común en ambos sistemas de garantías regionales, permite comprenderlos en un sistema integrado y complejo de carácter internacional de protección de derechos humanos; pues, como ha sostenido GARCÍA ROCA, los Estados signatarios de ambos instrumentos también lo son de diversos instrumentos de carácter universal sobre la misma materia. Por ejemplo, el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP)⁴⁰⁵, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (en adelante PIDESC), la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, la Convención contra todas las formas de Discriminación de la Mujer, la Convención contra la Tortura y otras Penas y Tratos Crueles Inhumanos y Degradantes, la Convención de los Derechos del Niño, la Convención sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Inmigrantes y sus Familiares⁴⁰⁶.

El párrafo tercero del Preámbulo de la Convención Americana prevé la interacción de los diversos sistemas de protección en que se circunscribe el interamericano al reconocer que esos principios y derechos esenciales de la persona “han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional”, que no pueden ser interpretados de forma aislada y contradictoria por los distintos órganos encargados de su aplicación y supervisión. De lo que se puede deducir una comunicación entre las distintas jurisdicciones – regional y

⁴⁰³ GARCÍA ROCA, J., NOGUERA ALCALÁ, et.al., “La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo”, en GARCÍA ROCA, J. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. et.al. (ed) *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 66-100.

⁴⁰⁴ La influencia de la Declaración Americana también fue significativa en la adopción de otros instrumentos de derechos humanos en el continente, por ejemplo, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicarla Violencia contra la Mujer de 1994. SALVIOLI, F.O., “El aporte de...”, op.cit. p. 686.

⁴⁰⁵ Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, adoptado el 16 de diciembre de 1966, entró en vigor el 3 de enero de 1976 (A/RES/2200 A (XXI)).

⁴⁰⁶ GARCÍA ROCA, J., NOGUERA ALCALÁ, et.al., “La comunicación entre...” op.cit. p. 94.

universal – sobre la base de catálogos de derechos, más o menos similares, contenidos en unos instrumentos internacionales que giran en torno a la protección del ser humano.

2.2 La comunicación jurisdiccional de los sistemas regionales y el universal de derechos humanos

Asumiendo la premisa de la comunicación normativa antes descrita, también, es posible inferir que lejos de ser un sistema normativo e institucional fragmentado existe uno conformado bajo un diálogo horizontal entre la actividad jurisdiccional de los sistemas regionales y aquella prevista en el sistema universal, a partir de lo que GARCÍA ROCA ha denominado una especie de incorporación *per saltum* del contenido de los textos internacionales en la actividad de las instancias regionales⁴⁰⁷. Eso sí, haciendo la salvedad que aquellos textos y los criterios de aplicación que sobre estos realicen sus órganos o comités, tendrán un valor interpretativo que sirven para comprender el plexo de derechos reconocidos en el Convenio Europeo y la Convención Americana.

Esta idea se ve reforzada en el hecho que los Estados partes del Convenio Europeo y de la Convención Americana también son objetos de supervisión y escrutinio en el cumplimiento de las obligaciones contraídas con otros instrumentos internacionales, cuyos criterios de interpretación sobre derechos justiciables en los sistemas regionales no debe ser desconocida por dichos tribunales; pues de ser así podría conllevar a la interpretación contraria del contenido de los mismos derechos reconocidos en el sistema regional y universal, ante lo cual los Estados se verían supeditados a cumplir obligaciones internacionales contradictorias. Esta circunstancia, por otra parte, deduce que entre aquellos instrumentos internacionales universales y regionales además hay un diálogo obligado⁴⁰⁸.

La influencia de los tratados internacionales sobre derechos humanos en la configuración normativa del Sistema Europeo e Interamericano, es tal que el Convenio Europeo y la Convención Americana se redactó de forma que fuera comprendido e interpretado en sentido abierto a los tratados internacionales en la materia⁴⁰⁹. No obstante, la Corte IDH ha aclarado que ello no implica la ampliación de su competencia para enjuiciar la compatibilidad de los actos y normas de un

⁴⁰⁷ Ídem.

⁴⁰⁸ Ídem.

⁴⁰⁹ BURGORGUE-LARSEN, L., “La Corte Interamericana...op.cit. pp. 21 y 22.

Estado con otros instrumentos que no sean parte del Sistema Interamericano⁴¹⁰, pero sí competencia *ratione materiae* para tomarlos en cuenta “como un elemento de interpretación de la Convención”⁴¹¹.

Desde ese punto de vista, entonces, la valoración que la Corte Interamericana hace respecto de las normas internacionales no interamericanas será exclusivamente con carácter interpretativo. En ese sentido, el aporte de las normas internacionales en el trabajo de la Corte Interamericana han servido para fijar el alcance de la CADH a partir de ese *corpus iuris*, así como el contenido, límites y trascendencia de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados.

En esa dinámica es frecuente encontrar referencias a normas internacionales de carácter universal en las sentencias interamericanas, por ejemplo, las continuas citas del principio general de Derecho internacional *pacta sunt servanda*, extraído del artículo 26 de la Convención de Viena, para referirse al cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados; como para “asegurar la concordancia de una norma con el objeto y fin de la Convención”⁴¹². En la sentencia *Villagrán Morales y otros (Niños de la Calle) vs. Guatemala*, la Corte Interamericana recurrió a la definición de “niño” contenida en el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU, para determinar el alcance de esa acepción no contenida en la CADH⁴¹³.

Por otra parte, esos vínculos suponen otro ángulo de análisis comparado hacia los sistemas internos de protección de los derechos humanos. El párrafo segundo del Preámbulo de la Convención Americana se expresa en ese sentido al justificar la creación de una “protección internacional de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el Derecho interno de los Estados Americanos”; en la medida que aquellos derechos reconocidos internacionalmente comparten su origen en el constitucionalismo. El valor universal que integra los sistemas de garantía internacional y regional se configura a su vez de forma subsidiaria e

⁴¹⁰ En el caso *Las Palmeras vs. Colombia*, la Corte IDH admitió la excepción preliminar del Estado colombiano que cuestionaba la competencia de la Corte para aplicar normas de Derecho Internacional Humanitario (Convenios de Ginebra) y otros tratados internacionales, en el marco de una demanda por violaciones a derechos en medio de un conflicto interno. Corte IDH, *Las Palmeras vs. Colombia* (Excepciones Preliminares), sentencia de 4 de febrero de 2000, párr. 32.

⁴¹¹ Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala* (Fondo), sentencia de 25 de noviembre de 2000, párrs. 208 y 209.

⁴¹² Corte IDH, OC-16/99, de 1 de octubre de 1999. párr. 113,114 y 128.

⁴¹³ Corte IDH, “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y otros vs. Guatemala* (Fondo), sentencia de 19 de noviembre de 1999. párr. 188.

interrelacionado con los sistemas internos de tutela, donde precisamente las constituciones políticas han creado esos derechos, consecuencia de las grandes revoluciones liberales, americana y francesa, que dieron lugar a la Declaración de Independencia Americana y la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano respectivamente⁴¹⁴.

Por tanto, no es casualidad que el contenido de ambos convenios y el dogmatismo constitucional guarde cierta similitud sino consecuencia de que los derechos protegidos a distintos grados parten de la dignidad humana como valor universalmente reconocido; mediante la “internacionalización” de esos derechos en los tratados internacionales que luego las constituciones políticas los han “internalizados”, mediante cláusulas de apertura e incorporación en los sistemas jurídicos internos⁴¹⁵. Un ejemplo de ello es el artículo 10.2 CE, el artículo 16.2 de la Constitución de Portugal de 1976 y la mayoría de Constituciones Políticas de América Latina que, incluso, los han incorporados con rango constitucional⁴¹⁶.

En ese sentido, se cree que la reciprocidad normativa y esos vínculos nacidos en la mutua relación que retroalimentan los sistemas internos y regionales de protección, deben significar un reforzamiento de los cuerpos normativos y la naturaleza protectora de los sistemas de garantía. En ese orden, también el reforzamiento de las obligaciones objetivas asumidas por los Estados con el CEDH y la CADH y la doble proyección de los derechos amparados en los dos regímenes de derechos. De modo que la obligación de garantizar la vigencia de los derechos convencionales en el Derecho interno sea un consecuencia de un hacer pacífico devenido de tal convergencia y no producto de la debilidad institucional interna que se ha visto exigida en una sentencia internacional.

⁴¹⁴ GARCÍA ROCA, J., NOGUERA ALCALÁ, et.al., “La comunicación entre...” op.cit. p. 71.

⁴¹⁵ DULITZKY, Ariel., “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado”, en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (Comp), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS, Buenos Aires, 1997, pp. 33-74.

⁴¹⁶ Por ejemplo, el artículo 46 y 71 de la CN, el artículo 15, 16 y 18 de la Constitución de Honduras, el artículo 5 de la Constitución chilena, el artículo 93 de la Constitución de Colombia, el artículo 7 de la Constitución de Costa Rica, el artículo 144 de la Constitución de El Salvador, el artículo 46 de la Constitución guatemalteca, el artículo 3, 105 Disposición Final y Transitoria Cuarta de la Constitución del Perú, el artículo 23 de la Constitución de Venezuela, el artículo 1 y 133 de la Constitución mexicana, el artículo 75.22 de la Constitución argentina. *Vid.* SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I., “Los Sistemas de Protección Americano y Europeo de los Derechos Humanos: El problema de la Ejecución interna de las sentencias de las respectivas Cortes de Justicia”, en NIETO NAVIA, R (ed), *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, San José, 1994, pp. 501- 513.; DULITZKY, Ariel., “La aplicación de...”, op.cit.

3. El contenido material justiciable del CEDH y la CADH

3.1 La influencia de carácter normativo e institucional

Como se ha dicho los derechos protegidos en el Convenio Europeo y la Convención Americana se fundamentan en los valores y principios reconocidos en la Declaración Universal, y de allí la connotación universal de los mismos. Pese a ello la protección jurisdiccional de los mismos, en los términos expresados en ambos textos, no tiene el mismo sentido de la Declaración Universal y, por el contrario, se restringe a los espacios jurídicos de los Estados parte de cada instrumento⁴¹⁷. Lo importante de tal aseveración es que el contenido material del Convenio Europeo y la Convención Americana comparten un mismo fundamento, como una vocación claramente protectora de los derechos civiles y políticos, a pesar de que sus catálogos de derechos no estén reconocidos de forma idéntica⁴¹⁸.

La interacción normativa e institucional entre los dos sistemas regionales de protección es también porque la instauración del Sistema Interamericano siguió el modelo europeo que ya había sido creado con anterioridad, como se ha explicado⁴¹⁹. Sin embargo, pese a que la Convención Americana también se inspiraba en el Sistema Universal de la ONU y en el Convenio Europeo, los redactores de la Convención Americana rechazaron replicar simplemente aquellos tratados y consideraron apropiado incluir algunas modificaciones deseables a la luz de las circunstancias que prevalecían en las repúblicas americanas, como la extrema pobreza, la injusticia y la explotación⁴²⁰.

⁴¹⁷ Sobre esto se puede ver a GROSS ESPIEL, H., *La Convención Americana y la Convención Europea de derechos humanos. Análisis comparativo*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991; ROBERTSON, A.H., "Pactos y Protocolo Adicional de las Naciones Unidas, Convención Americana y Convención Europea de Derechos Humanos: Estudios Comparativos", en *La Protección Internacional de los Derechos del Hombre. Balance y Perspectivas*. UNAM, México, 1983; MEDINA QUIROGA, Cecilia., *The Battle of Human Rights...* op.cit.; DAVIDSON, Scott., *The Inter-American...*, op.cit.; SALVIOLI, F.O., "El aporte de...", op.cit.; FAÚNDEZ LEDESMA, H., *El Sistema Interamericano...*, op.cit.; GROSSMAN, Claudio., "Reflexiones sobre...", op.cit.; GARCÍA ROCA, J. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. et.al. (ed) *El Diálogo entre...*, op.cit.; y PASQUALUCCI, Jo. M., *The practice and procedure of the inter-American Court of Human Rights*, Cambridge University Press, London, 2003; REMOTTI CARBONELL, J. C., *La Corte interamericana...*, op.cit. p. 18 y ss.

⁴¹⁸ GARCÍA ROCA, J. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. et.al. (ed) *El Diálogo entre...*, op.cit. p. 84.

⁴¹⁹ Es conocida la influencia de los jueces de la Corte Europea, René Bassin, principal redactor de la Declaración Universal, y Giorgio Balladore Pallieri; así como del entonces Jefe del Directorio de Derechos Humanos del Consejo de Europa, A.H. Robertson, como asesores en la redacción de la Convención Americana. Vid. BUERGUENTHAL, Thomas., "The European and Inter-American...", op.cit. p. 125 y ss.

⁴²⁰ PASQUALUCCI, Jo. M., *The practice and procedure...*, op.cit. p. 4.

La diferencia de la realidad social y el desarrollo de los Estados marcaron una asimetría entre ambos sistemas regionales que, incluso, se manifestarían en el tipo de violaciones a derechos inicialmente confrontadas. Por ejemplo, los casos de desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales fueron asuntos inicialmente tratados por la Corte interamericana, mientras que el Tribunal Europeo en sus inicios lidiaba con casos de violaciones a las garantías judiciales y pronta administración de justicia, cierto es, hasta la entrada de los países de Europa del Este al Consejo de Europa⁴²¹.

Así, se sabe que el Convenio Europeo tuvo un rol ejemplar en el establecimiento de los mecanismos institucionales en el Sistema Interamericano, aunque no lo fue con igual intensidad en cuanto a las disposiciones sustantivas de la Convención Americana; la cual en ciertos derechos ha seguido más el lenguaje del PIDCP. Esto explica las diferencias en la redacción de algunos artículos que regulan derechos en la CADH, por ejemplo, el derecho a las garantías judiciales del 8.1 de la CADH evitó los problemas interpretativos surgidos en el texto del derecho a un proceso equitativo del artículo 6 del CEDH, donde no se determina si su aplicabilidad se extendía a los tribunales administrativos en aquellos países donde las cortes de derecho civil y administrativas están separadas⁴²².

El catálogo de derechos del Convenio Europeo originalmente fue pensado en la inclusión de un núcleo esencial de derechos y libertades necesarios que sirvieran de base para la aparición de otros futuros. En ese sentido, fue concebido con un catálogo de mínimo, a pesar de inspirarse en la Declaración Universal, y dejó por fuera los derechos económicos sociales y culturales; cuya regulación quedó recogida en la Carta Social Europea, adoptada por el Consejo de Europa en Turín, el 18 de octubre de 1961 y en vigor desde 1965⁴²³; limitándose de ese modo a la justiciabilidad de los derechos civiles y políticos contenidos en el Título I (Derechos y Libertades).

En efecto, el sistema de *numerus clausus* de la carta de derechos recogida del artículo 2 al 14 son básicamente derechos civiles y políticos⁴²⁴ y alberga el consenso manifiesto en los trabajos

⁴²¹ Ídem.

⁴²² BUERGUENTHAL, Thomas, "The European and Inter-American...", op.cit. p. 124; y ROBERTSON, A.H., "Pactos y Protocolo...", op.cit.

⁴²³ QUERALT JIMÉNEZ, A., *La interpretación...*, op.cit. p. 98.

⁴²⁴ En efecto, el Título I reconoce el derecho a la vida, la prohibición de la tortura, prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado, a la libertad y a la seguridad, a un proceso equitativo, a la vida privada y familiar, a la libertad de

preparatorios del Convenio Europeo, de incluir ciertos derechos bajo la protección del órgano jurisdiccional, postergando la aprobación de los derechos económicos, sociales y culturales a una “etapa posterior en la que se hubiese logrado una mayor coordinación de las economías europeas”⁴²⁵. Sin embargo, la lista de derechos luego fue ampliada con la adopción de una serie de Protocolos Adicionales al Convenio Europeo.

3.2 La expansión de los justiciables

Del núcleo esencial de derechos y libertades reconocidos en el CEDH se pasaría a la ampliación del contenido sustantivo del CEDH mediante la adopción de una serie de protocolos adicionales al Convenio. Así, el Protocolo Adicional, No. 1, adoptado en París el 20 de marzo de 1952, añadió el derecho a la protección de la propiedad (art.1), el derecho a la instrucción (art.2) y el derecho a las elecciones libres (art.3). El Protocolo Adicional No. 4, firmado en Estrasburgo el 16 de septiembre de 1952, integró la prohibición de la privación de libertad por deuda (art.1), el derecho de libre circulación (art.2), y la prohibición de expulsión de nacionales (art.3) y la prohibición de expulsión colectiva de extranjeros (art.4). El Protocolo Adicional No. 6, firmado en Estrasburgo el 28 de abril de 1983, abolió la pena de muerte (art.1), aunque, excepcionalmente, permite a los Estados parte imponer la pena de muerte, de acuerdo a su legislación, por actos cometidos en tiempos de guerra o de peligro inminente de guerra (art.2).

Del mismo modo, el Protocolo Adicional No. 7, firmado en Estrasburgo el 22 de noviembre de 1984, amplió el catálogo de derechos con la inclusión de la prohibición de la expulsión arbitraria de extranjeros (art.1), el derecho a un recurso de apelación contra una condena penal (art.2), el derecho a una compensación por causa de error judicial (art.3), derecho a no ser procesado y condenado dos veces por el mismo hecho o *non bis in idem* (art.4), e igualdad de derechos entre cónyuges (art.5). Asimismo, el Protocolo Adicional No. 12, abierto a firma el 4 de noviembre del 2000 en Roma, incluyó la prohibición general de la discriminación como un derecho autónomo. El

pensamiento, de conciencia y de religión, a la libertad de expresión, a la libertad de reunión y asociación, a contraer matrimonio, a un recurso efectivo y a la prohibición de la discriminación.

⁴²⁵ De acuerdo con GARCÍA DE ENTERRÍA, en el “informe Teitgen”, elaborado por el Comité para Asuntos Legales y Administrativas, ya se había resuelto incluir solamente los derechos civiles y políticos en el proyecto de Convenio de Europa, que quedarían sujetos al control jurisdiccional de la Corte Europea que luego crearían. *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *El Sistema Europeo ...*, op.cit. p. 59.

Protocolo No. 13, firmado en Viena el 3 de mayo del 2002, relativo a la abolición de la pena de muerte en cualquier circunstancia es un complemento del Protocolo Adicional No. 6⁴²⁶.

Sin embargo, bajo la ampliación del catálogo de derechos mediante los protocolos adicionales se dio lugar a una protección desigual del individuo que varía de un Estado a otro, en virtud de que no todos los Estados del Consejo de Europa han ratificado por igual todos los citados protocolos⁴²⁷. De forma que no todos los derechos reconocidos en los protocolos pueden ser exigidos en los espacios jurídicos de todos los Estados, pues solo serán exigibles en aquellos que lo han ratificado. Por ejemplo, hasta el 2009 España no había ratificado el Protocolo 4 y 7, mientras Suiza sigue sin ratificar el Protocolo 4, y Los Países Bajos y Alemania del Protocolo 7, una disparidad manifiesta en otros Estados parte del Convenio Europeo⁴²⁸.

En cuanto a la Convención Americana, el catálogo de derechos está contenido en el Capítulo II (Derechos Civiles y Políticos) del artículo 3 al 25⁴²⁹ y en el Capítulo III (Derechos Económicos, Sociales y Culturales), donde el artículo 26 solo hace alusión al compromiso de los Estados al desarrollo progresivo de tales derechos, a modo de recomendación, sin que llegue a ser una norma sustantiva como las del Capítulo Segundo. No obstante, la CADH dejó abierta la inclusión de nuevos derechos por intermediación de la cláusula de apertura del artículo 31 de la CADH, vía enmiendas o protocolo adicionales a la CADH, de conformidad con la letra de sus artículos 76 y 77⁴³⁰.

⁴²⁶ CARRILLO SALCEDO, J.A., *El Convenio Europeo...* op.cit. pp. 24-29.

⁴²⁷ En ese contexto, habría que considerar que mediante el mecanismo de reserva previsto en el artículo 57 del CEDH, los efectos jurídicos y aplicación de ciertas disposiciones pueden ser sujetos a modificaciones por los Estados, aunque también es cierto que la validez de la reserva deberá ajustarse al objeto y fin del tratado, de acuerdo con el artículo 19.c de la Convención de Viena. De modo que el TEDH tiene la última palabra sobre la validez de cualquier reserva hecha por los Estados parte. MORENILLA RODRÍGUEZ, J.M., "Naturaleza del...", op.cit. p. 112.

⁴²⁸ El estado de las ratificaciones de los Protocolos Adicionales se puede consultar en la página Web del Consejo de Europa: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?MA=3&CM=7&CL=ENG>

⁴²⁹ Así, se reconoce el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (art.3), derecho a la vida (art.4), derecho a la integridad física, psíquica y moral (art.5), prohibición de la esclavitud y la servidumbre (art. 6), derecho a la libertad persona y recurso de *habeas corpus* (art.7), garantías judiciales (art.8), principio de legalidad (art.9) y derecho a indemnización en caso de error judicial (art.10), protección de la honra y dignidad (art. 11), libertad de conciencia y religión (art.12), libertad de pensamiento y de expresión (art.13), derecho de rectificación y de respuesta (art.14), derecho de reunión (art.15), derecho de asociación (art.16), protección de la familia (art. 17), derecho al nombre (art.18), derechos del niño (art. 19), derecho a la nacionalidad (art.20), derecho a la propiedad privada (art. 21), derecho de circulación, residencia, asilo y refugio (art.22), derechos políticos (art.23) derecho a la protección judicial (art.25).

⁴³⁰ Aunque también es cierto que la CADH deja la posibilidad de los Estados a limitar su contenido mediante el mecanismo de reserva previsto en el artículo 75, eso sí, tomando en cuenta que la reserva deberá ajustarse al objeto y fin del tratado, según el artículo 19.c de la Convención de Viena.

Así, el catálogo de derechos de la Convención Americana fue ampliado con la posterior adopción del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador"⁴³¹; que a pesar de integrar una carta de derechos en esa materia⁴³² de acuerdo a su artículo 19.6 solo reconoce la justiciabilidad del derecho a organizar y afiliarse a sindicatos (art.8.1.a) y el derecho a educación (art.13), bajo el sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la CADH. Asimismo, el Protocolo Adicional a la Convención Americana relativo a la Abolición de la Pena de Muerte⁴³³, aunque no agrega ningún derecho nuevo, es concebido "como un acuerdo internacional" de desarrollo progresivo del derecho a la vida y la restricción de la aplicación de la pena de muerte (art.4) de la Convención Americana.

En ese mismo contexto se ha reforzado el contenido de diversos derechos de la CADH mediante Convenios específicos sobre determinadas materias. Por ejemplo, se ha adoptado la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura⁴³⁴, como complemento del artículo 5.2 de la CADH; también se ha adoptado la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas⁴³⁵, como una contribución para "prevenir, sancionar y suprimir la desaparición forzada de personas en el Hemisferio". Y otros instrumentos, dirigidos a sectores específicos como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o "Convención Belén do Pará"⁴³⁶, y la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad⁴³⁷.

⁴³¹ Adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimoctavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

⁴³² Cuyo cumplimiento sería objeto de supervisión bajo un mecanismo no jurisdiccional llevado a cabo por la Consejo Interamericano Económico y Social y al Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura y la CIDH (art.19 del Pacto).

⁴³³ Adoptado en Asunción, Paraguay, el 8 de junio de 1990, en el vigésimo período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

⁴³⁴ Adoptada en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985 en el decimoquinto período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

⁴³⁵ Adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

⁴³⁶ Adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994 en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General. Pese a no agregar otros derechos es concebida como "una positiva contribución para proteger los derechos de la mujer y eliminar las situaciones de violencia que puedan afectarlas".

⁴³⁷ Aprobada en Ciudad de Guatemala, Guatemala el 7 de junio de 1999, en el vigésimo noveno período ordinario de sesiones de la Asamblea General. Su objetivo es prevenir y eliminar todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad.

Como en el Sistema Europeo en el Sistema Interamericano ocurre una situación similar de protección desigual de los derechos reconocidos, en este caso no solo en relación a los derechos nuevos agregados en los protocolos adicionales e instrumentos interamericanos especiales, sino de todos los derechos contenidos en la misma Convención Americana; habida cuenta que no todos los 35 Estados miembros de la OEA han ratificado dicho tratado. Así, encontramos a los Estados Unidos de América, Canadá, Belice y una serie de Islas caribeñas, que pese a ser integrantes del organismo regional – OEA – no han ratificado la CADH y, en consecuencia, no se encuentran regidos y obligados por la misma, como tampoco de los Protocolos Adicionales y demás instrumentos interamericanos⁴³⁸. Por su parte, Nicaragua aún no ha ratificado la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Convención Interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia y la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia.

Desde esa perspectiva, se infiere que si bien test de convencionalidad de las normas internas adopta como parámetro la compatibilidad con el Convenio Europeo y la Convención Americana, es sabido que también se proyecta sobre los demás instrumentos. Por tanto, la plenitud del control va a estar supeditado a la operatividad de todos los instrumentos regionales adicionales a aquellos tratados. No obstante, dado que los instrumentos adicionales, y en el caso interamericano la misma CADH, no rigen por igual a todos los Estados parte, también se crean asimetrías en el ejercicio de la función judicial del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana. De tal forma que estaríamos en presencia de un control jurisdiccional condicionado a ciertas cuestiones formales, y sostenido en la justiciabilidad del núcleo esencial de derechos y libertades que dieron origen a ambos sistemas de garantía instituido por el Convenio Europeo y la Convención Americana.

4. El principio de irretroactividad y de territorialidad como criterio de aplicabilidad

La irretroactividad del Convenio Europeo y la Convención Americana tiene que ver con el ámbito temporal de aplicación o *ratione temporis*. La contabilización se realiza a partir de la fecha en que entra en vigor para el Estado signatario, propiamente, la fecha del acto de depósito de su

⁴³⁸ *Infra* (Primera Parte del Capítulo Primero). La lista de ratificaciones de la Convención Americana y sus Protocolos adicionales, como de los demás instrumentos interamericanos pueden ser consultados en la página Web de la CIDH: http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp

instrumento de ratificación o adhesión, según las disposiciones 59.4 y 74.2 de los respectivos tratados. La territorialidad, por su parte, se refiere al lugar donde se aplica o *ratione loci*, de acuerdo con el artículo 1 del CEDH y 1.1 de la CADH, entendida ésta como el espacio jurídico de los Estados parte de dichos tratados; porque hablamos, en principio, de un concepto regional de aplicación considerando la pertenencia de los Estados al Consejo de Europa y la OEA.

El principio de irretroactividad de la Convención Americana y Convenio Europeo viene dado en la cláusula interpretativa del artículo 28 la Convención de Viena que establece:

“las disposiciones de un Tratado no obligarán a una parte respecto a ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo”.

Sin embargo, ese criterio tiene variaciones en los sistemas europeo e interamericano, especialmente en cuanto al ejercicio del derecho de petición ante los tribunales regionales para demandar el cumplimiento de los compromisos asumidos por los Estados partes. En el Sistema Interamericano, previo a la consideración de la aplicación temporal de la CADH en un supuesto de violación, se deberá examinar si el Estado en cuestión con anterioridad al hecho ya había aceptado la cláusula facultativa de la competencia contenciosa de los órganos interamericanos, la CIDH y Corte Interamericana (art.45.1 y 62.1 de la CADH), para conocer de la interpretación y aplicación de dicho tratado. En ese sentido, la aplicación temporal tiene que ver con la fecha desde que la CADH rige y obliga al Estado, pero también con la fecha a partir de la que un Estado acepta quedar sujeto al control judicial de sus actos y leyes por parte de la Corte Interamericana.

Así, por ejemplo, en el caso *Almonacid Arellanos y Otros vs. Chile*, la Corte IDH resolvió las excepciones preliminares respecto a su competencia presentadas por Chile, con base en la limitación temporal de conocer de asuntos anteriores a la aceptación de la competencia contenciosa de ese tribunal. En esa oportunidad la Corte IDH tuvo que evaluar los hechos de la demanda y la fecha que tuvieron lugar, a fin de esclarecer si el principio de ejecución de la supuesta violación fue anterior al reconocimiento de la competencia de la Corte⁴³⁹.

⁴³⁹ Corte IDH, *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (Excepciones Preliminares), párr. 47-49.

En el Sistema Europeo, por el contrario, la irretroactividad ya no depende de las mismas circunstancias aplicadas para el caso interamericano, propiamente, desde que el Protocolo Adicional No. 11 entró en vigor la competencia del Tribunal Europeo pasó a ser obligatoria para todos los Estados parte. Por lo cual, ante el examen de una demanda por violaciones de los derechos convencionales el examen de la irretroactividad del Convenio Europeo se simplifica a la verificación de la fecha en que entró en vigor y la ocurrencia de los hechos, aunque en aquellas demandas elevadas con anterioridad al Protocolo No. 11, se sigue el procedimiento previo.

De igual modo, el principio de territorialidad contempla ciertas variaciones en las apreciaciones de los dos tribunales regionales, a pesar de que ambos parten del mismo criterio de aplicación estrictamente regional. La mayor significación del artículo 1 del Convenio Europeo y 1.1 de la Convención Americana es la protección del individuo bajo la jurisdicción de los Estados partes, de lo que se deduce una apreciación territorial de la jurisdicción, que en el caso del CEDH incluye aquellos territorios de cuya relaciones internacionales el Estado parte es responsable, o de los territorios designados en una notificación para tal fin, según lo dispuesto en el artículo 56 del CEDH.

Sin embargo, el Tribunal Europeo ha considerado, excepcionalmente, la extraterritorialidad de su jurisdicción en aquellos supuestos donde como consecuencia de una acción militar – legal o no – un Estado parte del Convenio Europeo ejerce en la práctica el control sobre la zona situada fuera de su territorio nacional, en todo caso para asegurar en esa región el respeto de los derechos y libertades garantizados en el espacio jurídico del Estado concernido⁴⁴⁰. Pese a que los citados preceptos no prevén la aplicación del Convenio Europeo fuera de las fronteras del Consejo de Europa, por surgir en el seno de dicha organización, aquellas se ven rebasadas para amparar a toda persona frente a actos de las autoridades del Estado parte⁴⁴¹.

La aplicación extraterritorial del Convenio Europeo opera como excepción al artículo 1 para impedir violaciones a derechos en un Estado no parte del CEDH y, por ende, no miembro del Consejo de Europa pero bajo la autoridad de un Estado parte como consecuencia de una acción militar legal o ilegal. Para tal efecto, el artículo 1 no podrá interpretarse en el sentido que exima

⁴⁴⁰ Entre otros, TEDH, *Loizidou vs. Turquía* (Excepciones Preliminares), párr. 62; TEDH, *Bancokic and Others vs. Bélgica*, decisión de 12 de diciembre de 2001, párr. 80.

⁴⁴¹ MORENILLA RODRÍGUEZ, J.M., "Naturaleza del...", op.cit. p. 105.

de responsabilidad internacional al Estado parte por violaciones cometidas por sus agentes fuera de su territorio nacional que no se le permitiría en el suyo⁴⁴². Por el contrario, la Corte Interamericana ha mantenido el criterio de territorialidad previsto en el artículo 1.1 de la Convención Americana, ya que no se ha visto exigida a pronunciarse sobre la posible extraterritorialidad de su jurisdicción y la aplicación de la CADH en otros espacios jurídicos.

5. El régimen democrático como garantía mínima para la operatividad de los sistemas de garantía

Ahora bien, queda claro que los derechos humanos consignados en ambos textos convencionales son de corte universal y están sujetos a un régimen de protección jurisdiccional regional. Su vigencia y tutela supone además la existencia de marcos jurídicos internos integrados y armonizados de conformidad con los parámetros europeos e interamericanos. Empero, aunque las convenciones carezcan de una naturaleza constitucional y no hayan sido concebidas para regular la estructura de una unidad política, lo cierto es que sí declaran su preferencia con un régimen político compatible con el objeto y fin de dichos tratados, propiamente, el régimen democrático⁴⁴³.

El párrafo cuarto del Preámbulo del Convenio Europeo estatuye que el mantenimiento de la adhesión a aquellos derechos y libertades proclamados en la Declaración Universal, reposan esencialmente “en un régimen político verdaderamente democrático”. Del mismo modo, el párrafo primero del Preámbulo de la Convención Americana reconoce que el “régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre” que recoge, se ve consolidado “dentro del cuadro de las instituciones democráticas”. De forma más concreta el artículo 29.c. de la CADH contempla la exclusión de la interpretación contraria del

⁴⁴² TEDH, *Ben El Mahi y otros vs. Dinamarca*, de 11 de diciembre de 2006.

⁴⁴³ Como se ha sostenido, en todo análisis de los sistemas de protección de derechos humanos en Europa o en América la democracia es la base esencial y condición *sine qua non* para la interpretación y aplicación de la Convención Americana y el Convenio Europeo, teniendo en cuenta que tal expresión se encuentra en sus preámbulos. *Vid.* BARBOSA DELGADO, F.R., “La democracia: un concepto base dentro de los sistemas de protección de los derechos humanos” (En línea), *Revista Derecho Estado*, 2011, No.27, Bogotá, julio-diciembre, (Consulta de 13 de octubre de 2015), Disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0122-98932011000200009&script=sci_arttext#num47 En un sentido similar REMOTTI CARBONELL ve los derechos como “accesorios a la democracia” cuya vigencia pasa a constituir un elemento configurar del sistema democrático, de modo que su proyección es también sobre las estructuras, la organización y funcionamiento del Estado como un todo. *Vid.* REMOTTI CARBONELL, J. C., *La Corte interamericana...*, op.cit. p. 20.

texto a los derechos allí reconocidos y aquellos de que se “derivan de la forma democrática representativa de gobierno”⁴⁴⁴, cuya correlación de derechos y deberes solo se ven asegurados en una “sociedad democrática” donde sus límites están definidos por los derechos de los demás (art.32 de la CADH)⁴⁴⁵.

La singularidad de los dos sistemas regionales se traducen, entonces, “en la necesaria existencia de sistemas democráticos, representativos y pluralistas”, donde la garantía efectiva de los derechos humanos sea posible, como ha sostenido GROSS ESPIEL⁴⁴⁶. Las cuestiones básicas del Estado democrático abarcadas en el Convenio Europeo y sus Protocolos, pone de manifiesto que el sistema de garantía está íntimamente conectado con la democracia⁴⁴⁷, como también con la garantía de la separación de poderes, la independencia judicial y el respeto del Estado de Derecho⁴⁴⁸. No obstante, una sociedad democrática no implicaría una garantía *per se* del pleno ejercicio de los derechos reconocidos en los textos convencionales. Así se ha afirmado que la libertad de elección que puedan tener los Estados parte en la configuración de sus sistemas jurídicos, por ejemplo, en la elección de su sistema electoral, no significa que quede al margen del juicio de compatibilidad con el Convenio Europeo⁴⁴⁹.

En efecto, el Tribunal Europeo ha reiterado que el Convenio Europeo y la democracia están interconectados, su Preámbulo establece que éste fue concebido para mantener y promover los ideales y valores de una sociedad democrática. De ese modo la democracia constituye “un

⁴⁴⁴ Por ejemplo, derecho de reunión, libertad de asociación, de circulación y residencia, y los derechos políticos.

⁴⁴⁵ De modo que la referencia a la democracia no solo se encuentra en el Preámbulo, sino en el texto de la CADH para resaltar la relevancia de la misma en la protección de los derechos humanos, del que indefectiblemente se infiere una obligatoriedad para los Estados partes, como elemento distintivo de la CADH y ausente en el CEDH, “aunque desarrollado de forma pretoriana”. Sobre lo mismo también la extensa obra de ÚBEDA DE TÓRRES, Amaya., *Democracia y derechos humanos en Europa y en América. Estudio comparado de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos*, Reus, Madrid, 2007, p. 279.

⁴⁴⁶ GROSS ESPIEL, H, *La Convención...*, op.cit. p. 25.

⁴⁴⁷ Al respecto ÚBEDA DE TÓRRES afirma que para el Consejo de Europea el valor del principio democrático no es un valor más, sino el signo de distinción y elemento esencial sobre el que subyace, por tanto, una exigencia para adquirir la condición de miembro; mientras en la OEA dicho principio se ve sujetado al desarrollo progresivo de su regulación – Carta de la OEA – y de los cambios políticos de los países del continente. Sobre lo mismo también la extensa obra de ÚBEDA DE TÓRRES, Amaya., *Democracia...*, op.cit. p. 70.

⁴⁴⁸ Intrínseco en las constituciones modernas de los Estados miembros del Consejo de Europa, y elementos esenciales a ser valorados en conjunto con el principio democrático para adquirir la condición de miembro. *Vid.* ÚBEDA DE TÓRRES, Amaya., *Democracia...*, op.cit. p. 73.

⁴⁴⁹ MEYER-LADEWIG, J., “The European Court...”, op.cit. p. 186.

elemento fundamental en el orden público europeo” y aparece como “el único modelo político contemplado en el Convenio y, por consiguiente, el único compatible con éste”⁴⁵⁰.

Por el contrario, al Convenio Europeo como a la Convención Americana no interesa si un Estado adopta un sistema parlamentario – unicameral o bicameral – o presidencial, o bien se trata de una unidad política federada, de una organización de Estados o un unidad simple como un Estado. Tal circunstancia no resulta una cuestión de relevancia convencional al momento de enjuiciar la compatibilidad de los actos y normas con las disposiciones convencionales, por ser un asunto exclusivo de las constituciones políticas. En todo caso, lo que sí sería incumbencia de los tribunales regionales sería el respeto del principio democrático en cada sistema constitucional elegido por cada Estado⁴⁵¹, pues, la democracia es considerada como el lecho donde se asientan los derechos⁴⁵².

En el Sistema Interamericano la democracia adquiere una connotación mayor por intermediación de la Carta Democrática Interamericana⁴⁵³ (en adelante la Carta Democrática), cuyo surgimiento se enfoca en el fortalecimiento y preservación de las instituciones democráticas y el “ejercicio efectivo de la democracia representativa”; como base del Estado de Derecho y los regímenes constitucionales de los Estados miembros de la OEA⁴⁵⁴. Específicamente, el artículo 7 de la Carta Democrática reconoce que la democracia “es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos, en su carácter universal, indivisible e interdependiente, consagrados en las respectivas constituciones de los Estados y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos”. En todo caso, porque la

⁴⁵⁰ TEDH, *Mathieu-Mohin and Clerfayt vs. Bélgica*, sentencia de 2 de marzo de 1987, párr. 47; TEDH, *Yumak and Sadak vs. Turquía*, sentencia de 8 de julio de 2008, párr.105; TEDH, *United Communist Party of Turkey and others vs. Turquía*, sentencia de 30 de enero de 1998, párr.21-22; y TEDH, *Refah Partisi and others vs. Turquía*, sentencia de 13 de febrero de 2003, párr.86.

⁴⁵¹ ABRAHAM, Ronny., “The Effects of the ECHR...”, op.cit. p. 128.

⁴⁵² GARCÍA ROCA, J. y DALLA VÍA, A. R., “Los Derechos Políticos y electorales: un orden público democrático”, en GARCÍA ROCA, J. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. et.al. (ed) *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 221-271.

⁴⁵³ Aprobada en la primera sesión plenaria de la Asamblea General de la OEA, celebrada el 11 de septiembre de 2001, Lima, Perú.

⁴⁵⁴ Así, la Carta Democrática define como elementos esenciales la democracia representativa “el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos”. Artículo 2 y 3 de la Carta Democrática.

intención de fortalecer el Sistema Interamericano es también la de “consolidar la democracia en el Hemisferio”⁴⁵⁵.

La compatibilidad del régimen de derechos y libertades con el político democrático, empero, se profundiza en el reconocimiento de un “derecho de los pueblos de América a la democracia”, de acuerdo con el artículo primero de la Carta Democrática. La Corte Interamericana, pese a no extenderse en el contenido de tal derecho, lo ha invocado en el caso *Yatama vs. Nicaragua*, en el contexto de violaciones a los derechos políticos contenidos en el artículo 29 de la Convención Americana⁴⁵⁶. La afirmación de tal derecho, según GARCÍA ROCA y DALLA VÍA, es más de contenido simbólica y política que jurídico, pues presenta serios obstáculos técnicos respecto a su titularidad como derecho subjetivo judicialmente exigible⁴⁵⁷.

Propiamente, en la sentencia *Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*, la Corte Interamericana desestimó la alegación de la violación de tal derecho por los peticionarios, sosteniendo que solo “se ha referido al concepto de democracia en términos interpretativos”⁴⁵⁸ para señalar que “las justas exigencias de la democracia deben [...] orientar la interpretación de la Convención y, en particular, de aquellas disposiciones que están críticamente relacionadas con la preservación y el funcionamiento de las instituciones democráticas”⁴⁵⁹. A pesar de la poca claridad que intuye el “derecho a la democracia”, debe tenerse claro que “[l]a democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte”, y constituye “un ‘principio’ reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano”⁴⁶⁰.

⁴⁵⁵ Es así que el artículo 17 prevé que el gobierno de un Estado Miembro recurra al Secretario General o al Consejo Permanente, cuando considere que está en riesgo su proceso político institucional democrático o su legítimo ejercicio del poder, a fin de solicitar asistencia para el fortalecimiento y preservación de la institucionalidad democrática.

⁴⁵⁶ Así expresó que “...según lo dispuesto en el artículo 6 de la Carta Democrática Interamericana, ‘[p]romover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia’, para lo cual se pueden diseñar normas orientadas a facilitar la participación de sectores específicos de la sociedad, tales como los miembros de las comunidades indígenas y étnicas...” Corte IDH, *Yatama vs. Nicaragua* (Fondo), sentencia de 23 de junio de 2005, párr. 206.

⁴⁵⁷ GARCÍA ROCA, J. y DALLA VÍA, A. R., “Los Derechos Políticos...”, op.cit. p. 230.

⁴⁵⁸ Corte IDH, *Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela* (Fondo), sentencia de 5 de agosto de 2008, párr. 222.

⁴⁵⁹ Corte IDH, OC-5/85, párr. 44; *Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*, párr. 222 y 223.

⁴⁶⁰ Corte IDH, *Castañeda Gutman vs. México* (Excepciones Preliminares), sentencia de 6 de agosto de 2008, párr.141; Corte IDH, OC-6/86, párr.34.

La noción del régimen democrático como único sistema político compatible con el objeto y fin de los textos convencionales, adquiere singular relevancia en la determinación de las restricciones legales a ciertos derechos de acuerdo con el CEDH y la CADH. En ese sentido, la limitación permitida de ciertos derechos y libertades solo puede ser posible bajo un sistema democrático que ofrezca garantía de control de los posibles excesos del poder público. Para tal efecto, la Corte Interamericana ha sostenido que no solo se requiere la proclamación formal de la ley y la vigencia del principio de legalidad; “sino la existencia de un régimen que garantice eficazmente su aplicación y un control adecuado del ejercicio de las competencias de los órganos”⁴⁶¹.

En los términos del artículo 30 de la Convención Americana, una ley en un Estado democrático debe tener un contenido y una finalidad, cuya creación haya derivado de los órganos constituidos por virtud de “ejercicio efectivo de la democracia representativa”; es decir, de conformidad con los procedimientos y por los órganos establecidos en la Constitución Política de cada Estado parte. En todo caso, porque “las instituciones democráticas”, a que hace referencia el Preámbulo de la CADH, representan los cimientos en la que descansan el propósito de los Estados americanos dirigido a consolidar en ese Continente un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre⁴⁶².

⁴⁶¹ Corte IDH, OC-6/86, párr.24.

⁴⁶² Ídem. párr.32.

SEGUNDA PARTE

La proyección del Convenio Europeo y la Convención Americana en los ordenamientos internos

1. La interacción de sistemas normativos autónomos

La relación del Derecho internacional y el Derecho interno ha estado marcada por los clásicos planteamientos teóricos de los “dualistas” y “monistas”⁴⁶³, que se han visto superadas con el surgimiento de los Derechos Humanos a mitad del Siglo XX⁴⁶⁴. En ese sentido, se ha aceptado que el reconocimiento de la subjetividad internacional del individuo ha venido a desplazar al Estado como sujeto único de Derecho internacional y ha planteado la protección del ser humano fuera de la jurisdicción interna, por lo que su protección dejó de ser una exclusividad de los tribunales nacionales para ser también de los tribunales internacionales⁴⁶⁵.

Así, el imperativo de la protección universal del individuo apareció como un elemento incontrovertible y ajeno a “la vieja polémica entre los “monistas” y “dualistas”, la cual, en palabras de CANÇADO TRINDADE, “restó esfuerzos en pro de la emancipación del individuo *vis-à-vis* su propio Estado”⁴⁶⁶. En el nuevo escenario internacional la relación entre el Derecho internacional y el Derecho interno se circunscribe a la correspondencia y complementariedad en aquellos aspectos que le son comunes: los derechos humanos. Por tanto, el impacto de un tratado de derechos humanos en el Derecho de un Estado transita, necesariamente, por la adecuación de las normas de orden doméstico que se le opongan y los ajustes constitucionales que merezca, para

⁴⁶³ En la relación de las categorías normativas internacional y nacional, a que se referían ambas doctrinas, los derechos humanos estaban ausentes. Así, la teoría Dualista o Pluralista, fundadas por Triepel y Anzilotti afirmaba que el Derecho internacional y el Derecho interno son dos ordenamientos jurídicos absolutamente separados, por tener fundamentos de validez y destinatarios distintos, y solo puede ser integrado mediante una ley interna posterior. La teoría Monista, formulada por Hans Kelsen, surge como crítica a la teoría Dualista y plantea que a la cuestión de las relaciones entre el Derecho nacional y el Derecho internacional solo se puede presentar como una unidad. *Vid.* VERDROSS, Alfred, *Derecho Internacional Público*, Aguilar, Madrid. 1974, pp. 63-64; RUIZ MIGUEL, C., *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid. 1997, p. 73; BUJOSA VADELL, L. M., *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento español*, Tecnos. Madrid, 1997, p. 140.

⁴⁶⁴ SCHEININ, Martin., “International Human Rights in National Law”, en HANSKI, R y SUKSI, M. (ed) *An Introduction to the International Protection of Human Rights*, Institute for Human Rights Abo Akademi University, Turku-Abo, 2004, pp. 417-428.

⁴⁶⁵ CANÇADO TRINDADE, A.A., “Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano: el acceso directo de los individuos a la justicia a nivel internacional y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales de derechos humanos”, en *Memoria del Seminario: El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*, 2ª Edición, Tomo I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2003, pp. 5-68.

⁴⁶⁶ CANÇADO TRINDADE, A.A., “Las cláusulas pétreas...”, *op.cit.* p. 9.

cumplir con los compromisos internacionales asumidos como también las obligaciones resultadas de las decisiones de los órganos internacionales⁴⁶⁷. De forma que los textos internacionales se configuran en auténticos límites a los poderes públicos y la soberanía externa estatal, que el constitucionalismo ha tomado nota, recogiénolos en cláusulas de apertura a los tratados internacionales de derechos humanos⁴⁶⁸.

El impacto del CEDH y la CADH en los ordenamientos internos de los Estados partes ha venido a revisar la validez de los citados postulados teóricos en la incorporación de esos tratados en el ámbito doméstico; pero también el carácter *self executing* y programático de los mismos; y constituirse como fuente interpretativa de los derechos fundamentales para los tribunales internos⁴⁶⁹. De ese modo, la obligatoriedad de dichos tratados no se ve sujeta a los medios de incorporación en el ordenamiento jurídico interno -postura monista o dualista- que adopta un Estado, cuya relevancia va a quedar reducida en la determinación de la responsabilidad internacional estatal⁴⁷⁰; toda vez que según los principios generales del Derecho internacional no se puede alegar razones de orden interno para justificar el incumplimiento de los compromisos internacionales⁴⁷¹.

Ahora bien, se ha dicho que los textos convencionales poseen una fuerza expansiva en el Derecho interno, propiamente en una materia propia del Derecho Constitucional⁴⁷²: la garantía de los derechos fundamentales. En ese sentido, se ha llegado a decir que aquella interacción ha facilitado una “sutil fusión de las categorías y herramientas propias del Derecho Internacional Público y del Derecho Constitucional”⁴⁷³, que ha avanzado a la integración de un sistema binario de protección de los derechos: nacional e internacional.

⁴⁶⁷ ABREGÚ, Martín., “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: una introducción”, en ABREGÚ, M. y COURTIS, C. (Comp), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS, Buenos Aires, 1997, pp. 3-31.

⁴⁶⁸ Por ejemplo, el ya citado artículo 10.2 CE. *Vid.* DE CARRERAS, F., “Función y alcance del art. 10.2 de la CE”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2000, No. 60, septiembre-diciembre, pp. 321-342.

⁴⁶⁹ SCHEININ, Martin., “International Human...”, *op.cit.* p. 421.

⁴⁷⁰ Este criterio refuerza el contenido de la obligación de resultado que encarnan las sentencias definitivas de ambos tribunales, cuya exigibilidad resulta ser autónoma a la jerarquía interna del tratado.

⁴⁷¹ Como así lo estableciera la Corte IDH en el caso *Neira Alegría y otros vs. Perú*, Reparaciones y Costas. Sentencia del 19 de septiembre de 1996, párr. 37.

⁴⁷² Como producto de la influencia de las tradiciones constitucionales europeas en la configuración del Convenio Europeo.

⁴⁷³ GARCÍA ROCA, J.A., “El Preámbulo...”, *op.cit.* p. 24 y ss.

Así mismo, se ha afirmado que la interacción de aquellas categorías normativas se ve reforzada en el contenido de las disposiciones primeras del CEDH y la CADH, que en relación a las normas sustantivas establecen obligaciones genéricas de hacer y no hacer, y en consecuencia imponen un marco de referencia de comportamiento y de configuración normativa para los Estados partes. La proyección nacional de los textos convencionales anticipa su inserción en los ordenamientos internos, para lo cual los Estados cuentan con un margen de discreción para decidir bajo que modalidad los integran en su Derecho – de forma automática, por ley o decreto legislativo⁴⁷⁴ – así como para decidir su rango jerárquico en el sistema de fuentes. Por tanto, la recepción y la jerarquización de los tratados son determinadas en los sistemas constitucionales y no en los tratados mismos⁴⁷⁵.

La categoría del Convenio Europeo y la Convención Americana como “instrumento constitucional de orden público”, deducido por los tribunales regionales, sugiere la idea de una correspondencia mínima con los sistemas jurídicos internos en cuanto a su contenido material, como de las garantías de protección. En ese sentido, el *ius commune* en materia de derechos humanos en Europa y América está destinada al entendimiento y a la *necesidad de garantizar la convivencia entre diversos ordenamientos jurídicos autónomos*, entre los que no solo cabe mencionar el CEDH y la CADH y el Derecho nacional sino además el derecho comunitario y demás tratados internacionales de derechos humanos⁴⁷⁶.

Pese a aquella confluencia normativa no es deducible un sistema único de incorporación interna de ambas convenciones⁴⁷⁷, toda vez que no contienen disposición alguna que establezca tal

⁴⁷⁴ Los métodos de implementación pueden ser bajo la adopción, incorporación, transformación y de referencia, según SCHEININ, cuya diferencia va a descasar en la incorporación directa o indirecta de los tratados. Vid. SCHEININ, Martin., “International Human...”, op.cit.

⁴⁷⁵ AUST, Anthony., *Moder Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, Reino Unido, 2000, p. 143 y ss; SAGÜÉS, Nestor., “Mecanismo de incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos al derecho interno”, en GONZÁLEZ VOLIO, Lorena (ed), *Presente y Futuro de los Derechos Humanos. Ensayos en Honor a Fernando Volio Jiménez*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1998, pp. 299-314; AYALA CORAO, C.M., “El derecho de...”, op.cit.

⁴⁷⁶ GARCÍA ROCA, J., NOGUERA ALCALÁ, et.al., “La comunicación entre...”, op.cit. p. 89-90. Por lo que es cada vez más frecuente encontrar en los ordenamientos internos mecanismos de armonización de los derechos y libertades constitucionalmente consagrados con los reconocidos en los textos internacionales. Así, por ejemplo, el artículo 10.2 CE. Vid. RODRÍGUEZ CARRIÓN, A, J., “Derecho Internacional, Derechos Humanos y Derecho Interno”, en *Consolidación de Derechos y Garantías: Los grandes retos de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Seminario Conmemorativo del 50 Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 225-276.

⁴⁷⁷ Siguiendo la nomenclatura de las teorías “dualista” y “monista”, Anthony AUST sintetiza las diversas modalidades de la incorporación de los tratados internacionales en Europa, de forma que no podría hablarse de la estandarización de

asignatura. En el continente europeo y el americano los Estados han adoptado diversos medios para integrar el Convenio Europeo y la Convención Americana en su ordenamiento interno, una diversidad que también es perceptible en la discrepancia jerárquica de los tratados de un Estado a otro. Por ejemplo, en algunos Estados del continente americano los tratados adquieren rango supra-constitucional, en otros un rango constitucional, mientras en otros infraconstitucional o supralegal e incluso legal⁴⁷⁸.

En Europa, los Países Bajos es el único país del Consejo de Europea que reconoce una jerarquía supra-constitucional al CEDH, en virtud del reconocimiento de la supremacía del Derecho internacional en el Derecho holandés según el artículo 94 de la Constitución de 1983⁴⁷⁹. En esa misma categoría podría ubicarse a Guatemala en relación a la CADH, si se toma en cuenta la cláusula de “primacía del Derecho internacional” del artículo 46 de la Constitución, que reconoce que “...en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”⁴⁸⁰.

El CEDH y la CADH también han sido integrados con rango constitucional en diversos Estados. En Europa destaca Austria como Estado que ha reconocido el CEDH con rango constitucional (artículo 50 de *Bundes-Verfassungsgesetz*)⁴⁸¹, pero en América la mayoría de los sistemas constitucionales han optado por la “constitucionalización” de diversos tratados de derechos humanos bajo cláusulas constitucionales declarativas, que ha ubicado a tratados como la Convención Americana bajo la misma jerarquía normativa de la Constitución Política. Así, por ejemplo, el artículo 15, 16 y 18 de la Constitución de Honduras, el artículo 93 de la Constitución de Colombia, el artículo 7 de la Constitución de Costa Rica, el artículo 3, 105 y Disposición Final y Transitoria Cuarta de la

medios. Vid. AUST, Anthony, *Moder Treaty...*, op.cit. p. 146 y ss. Asimismo, la extensa obra dedicada al tema de KELLER, H. and STONE S, *A Europe of Rights...*, op.cit.

⁴⁷⁸ SAGÚÉS, Nestor., “Mecanismo de incorporación...”, op.cit. p. 300.

⁴⁷⁹ DE WET, Ericka., “The reception process in The Netherlands and Belgium” en KELLER, H. y STONE S.A. (ed), *A Europe of Rights. The impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 229-310; YVONNE KLERK y ERIC JANSE DE JONGE, “The Netherlands”, en C.A. GEARTY (edit), *European Civil Liberties and the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1997. pp. 105-142; BRENNINKMEIJER, A., “Implementation of the decision of the supervisory bodies of the ECHR by revision of judgments of national court in the Netherlands”, en T. BARKHUYSEN, M.L. VAN EMMERIK y P.H.PH.M.C VAN KEMPEN (ed), *The execution of the Strasbourg and Geneva Human Rights decisions in the national legal order*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1999. pp.185-200; RUIZ MIGUEL, C., *La ejecución...*, op.cit. p. 93.

⁴⁸⁰ SAGÚÉS, Nestor., “Mecanismo de incorporación...”, op.cit. p. 301.

⁴⁸¹ CARDOSO DA COSTA, José Manuel., “Constitutional Supremacy of Human Rights Treaties, en *The status of international treaties of human rights*, Venice Commission, Council of Europe, 2006, pp. 77-86.

Constitución del Perú, el artículo 23 de la Constitución de Venezuela y el artículo 75.22 de la Constitución de Argentina⁴⁸².

Por otra parte, en Portugal el CEDH adquiere un rango infraconstitucional pero con especial importancia como criterios de interpretación de los derechos reconocidos en la Constitución (art.8.2 y 16 de la Constitución Política)⁴⁸³. Del mismo modo Alemania ha incorporado el Convenio Europeo con rango de ley federal, como exige el artículo 59.2 de la Ley Fundamental de Bonn⁴⁸⁴.

Desde esa perspectiva, el rango jerárquico que los tratados integrados en el orden jurídico interno pueden adquirir no es autónomo y está condicionado al reconocimiento constitucional. Pese a la falta de uniformidad en la forma de incorporación del CEDH y la CADH, hay que destacar que la naturaleza constitucional de los derechos protegidos en los tratados ha hecho posible que las constituciones políticas se configuran en un sistema abierto a los derechos contenidos en los instrumentos internacionales⁴⁸⁵; lo cual flexibiliza la interpretación de los mismos e, incluso, relativiza su jerarquía en el sistema de fuentes en algunos casos. Asimismo, se estima que el efecto de convergencia de los dos sistemas normativos allana el camino a la comunicación entre las jurisdicciones internas e internacionales, o bien a la existencia de “jurisdicciones concurrentes y compartidas”⁴⁸⁶.

⁴⁸² Entre otros, véase a SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I., “Los Sistemas de Protección...”, op.cit.; DULITZKY, Ariel., “La aplicación de...”, op.cit.; CANÇADO TRINDADE, A.A., “Reflexiones sobre la interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en la Protección de los Derechos Humanos”, en *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (En línea). Instituto de Investigaciones Jurídicas, Estudios Jurídicos No. 193. México, 1998, (Consulta de 15 febrero de 2011). Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=113>, ISBN 968-36-6786-4; UPRIMNI, RODRIGO., “La fuerza vinculante de las decisiones de los órganos internacionales de derechos humanos en Colombia: un examen de la evolución de la jurisprudencia constitucional”, en KRSTICEVIC, Viviana y TOJO Liliana (Coord), *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*, 1ª Ed., CEJIL, Buenos Aires, 2007, pp. 127-142.

⁴⁸³ CARDOSO DA COSTA, José Manuel., “Constitucional Supremacy...”, op.cit.

⁴⁸⁴ RUIZ MIGUEL, C., *La ejecución...*, op.cit. p. 80.

⁴⁸⁵ Si se toman ciertas disposiciones sustantivas del CEDH y se comparan con las de muchas constituciones políticas, se puede deducir, en primer término, una correspondencia en ciertos derechos elementales, o núcleo duro de derechos, por ejemplo, el derecho a la vida, la libertad individual, derecho a la propiedad, libertad de expresión, asociación, y prohibición de los tratos inhumanos, crueles y degradantes, como la prohibición de la tortura. Ese catálogo de derechos del CEDH sirve como complemento de los derechos contenidos en los sistemas constitucionales, así como fuente de interpretación. Aunque la norma interna en algunos estados determina la forma de proceder. *Vid.* ABRAHAM, Ronny., “The Effects of the ECHR...”, op.cit. pp. 132 y ss.

⁴⁸⁶ En relación al Sistema Interamericano véase a BAZÁN, Víctor., “La interacción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Interno en Argentina”, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 5, No. 2, 2007, pp. 137-183. En cuanto al Sistema Europeo, especialmente cuando se refiere a situaciones de “jurisdiccional pluralism”, véase, a STONE SWEET, S., “From the Point of View of National Judiciaries: The Role of National Courts in the Implementation of the Court’s Judgments”. En: *Dialogue between judges. Proceeding of the*

1.1 La incorporación del CEDH en el Derecho español

Tomando en cuenta, como ha sostenido REQUEJO PAGÉS, que la Constitución aparece “como la única norma habilitada para decidir acerca de la existencia de otras normas”, incluso, las que proceden del Derecho internacional, siempre y cuando no contradigan sus contenidos normativos; se infiere que su aplicabilidad interna dependerá de su incorporación por mandato constitucional; del cual, cabe aclarar, no depende su validez como norma internacional. Para tal efecto, el artículo 96 constitucional condiciona la integración de los tratados al Derecho interno a la satisfacción de ciertos requerimientos, estos es, que sean publicados oficialmente siempre que hayan sido “válidamente celebrados” y cumplan los requisitos establecidos en los artículos 93⁴⁸⁷ y 94⁴⁸⁸ y la autorización que eventualmente añade el artículo 95 CE⁴⁸⁹.

En cuanto al CEDH habría que decir que su incorporación al Derecho español se ha efectuado por el artículo 96.1 constitucional⁴⁹⁰ y la forma de entrada en vigor del tratado en el ordenamiento jurídico fue mediante su publicación en Boletín Oficial del Estado; es decir, de la misma forma que las demás normas estatales. De modo que no necesitó de una ley para transformarlo en Derecho interno⁴⁹¹, pero dejó inconcluso la jerarquía del mismo en el sistema de fuentes. A falta de una mayor claridad en la norma, la doctrina ha aceptado que el CEDH tiene el mismo rango normativo

Seminar 'Implementation of the judgments of the European Court of Human Rights: a shared judicial responsibility?' (Strasbourg, 31 January 2014), European Court of Human Rights, 2014. pp. 22-26.

⁴⁸⁷ “Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión”.

⁴⁸⁸ “1. La prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales, en los siguientes casos:

- a) Tratados de carácter político.
- b) Tratados o convenios de carácter militar.
- c) Tratados o convenios que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I.
- d) Tratados o convenios que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública.
- e) Tratados o convenios que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución.

2. El Congreso y el Senado serán inmediatamente informados de la conclusión de los restantes tratados o convenios”.

⁴⁸⁹ De modo tal, señala el autor, que “respecto de las normas internacionales, la Constitución no hace sino llevar a cabo una más de las múltiples remisiones a las que está indefectiblemente abocada en virtud de su condición de norma diseñadora del marco procesal de generación de otras normas”. *Vid.* REQUEJO PAGÉS, J.L., “Consideraciones en torno a la posición de las normas internacionales en el ordenamiento español”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1992, Año 12, No.34, enero-abril, pp. 41-66.

⁴⁹⁰ FREIXES SANJUAN, T., “Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El standard mínimo exigible a los sistemas internos de derechos en Europa”. *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrigue Furió Ceriol*, No. 11-12, (1995), pp. 97-115.

⁴⁹¹ RUIZ MIGUEL, C., *La Ejecución...* op.cit. p. 109.

que los tratados internacionales inferiores a la CE en virtud del artículo 95.1 constitucional⁴⁹². Tal afirmación se basa en el mecanismo de revisión constitucional de los tratados internacionales con estipulaciones contrarias a la Constitución, previsto en el artículo 95.1 CE, que asegura la supremacía constitucional⁴⁹³. De modo que la jerarquía del CEDH sería infraconstitucional pero superior a las demás leyes⁴⁹⁴.

En cuanto al valor supralegal se ha afirmado que éste se deriva de su fuerza activa y de su fuerza pasiva. Por su fuerza activa los tratados (no los del art. 94.2 CE) pueden llegar a modificar una ley. Así, el artículo 94.1.e) CE contempla la posibilidad de que un tratado suponga la “modificación o derogación de alguna ley” o exija “medidas legislativas para su ejecución”. Por su fuerza pasiva los tratados no pueden ser modificados por una ley⁴⁹⁵. También se ha defendido que la relación de las leyes con los tratados se basa en el principio de competencia y en razón de la materia, considerando que son susceptibles de control de constitucionalidad (art.27.2 LOTC) por la fuerza de ley que poseen (art. 161.1.a CE), aunque otros autores como BRAGE, han llegado a afirmar su supremacía o aplicación preferente⁴⁹⁶.

En ese sentido, REQUEJO PAGÉS aboga por la integración de las normas internacionales en la Constitución a través de los preceptos de esta última que las dotan de aplicabilidad, dado que si bien su aplicabilidad interna está condicionada a su recepción también es cierto que la aplicación de esas normas está determinado por los tratados internacionales, y por los principios generales de la Convención de Viena⁴⁹⁷; ante lo cual la supremacía constitucional “es solo tal en el orden

⁴⁹² GARCÍA ROCA, J., *El margen de apreciación...*, op.cit. pp. 52 y ss. TORRES PÉREZ, A, “The Judicial Impact of European Law in Spain: ECHR and EU Law Comparative”, *Yearbook of European Law*, 2011, Vol. 30, No. 1. pp. 159–179.

⁴⁹³ La supremacía de la Constitución también se ve asegurada cuando el tratado se encuentra ya ratificado y en vigor, dada la posibilidad de impugnar (artículos 27.2.c, 31 y 32.1 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional – en adelante LOTC -) o cuestionar (art. 35 LOTC) la constitucionalidad de los tratados una vez que formen parte del ordenamiento jurídico interno (art. 96.1 CE). *Vid.* RUIZ MIGUEL, C., *La ejecución...* op.cit. p. 110.

⁴⁹⁴ RUIZ MIGUEL, C., *La ejecución...*, op.cit. Sobre lo mismo, CUENCA GÓMEZ, sostiene que una vez que los instrumentos internacionales han sido incorporados “se convierten en intangibles para los poderes públicos estatales adquiriendo en este sentido un estatus en cierto modo ‘supra-legal’”. CUENCA GÓMEZ, P., “La incidencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Interno: La interpretación del artículo 10.2 de la Constitución Española”, (En línea) *Revista de Estudios Jurídicos*, 2012, No. 12. (Consulta de 19 septiembre de 2015), Disponible en: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:7NIIFgOboCEJ:revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/829+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=nl>

⁴⁹⁵ En efecto, cuando el artículo 96.1 CE establece que los tratados solo podrán ser modificados, derogados o suspendidos “en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional”, se está negando que un tratado pueda ser afectado de forma unilateral. *Vid.* RUIZ MIGUEL, C., *La ejecución...*, op.cit. p. 110 y ss.

⁴⁹⁶ Ídem. p. 114.; GARCÍA ROCA, J., *El margen de apreciación...*, op.cit. p. 53.

⁴⁹⁷ La que fue firmado por España el 16 de mayo de 1972, fecha misma en que se adhirió a la misma.

lógico no positivo”, puesto que “en la aplicación del principio *pacta sunt servanda*, el ordenamiento internacional antepone a cualquier consideración —incluso al respeto de las normas constitucionales— el cumplimiento de los convenios internacionales”⁴⁹⁸. En ese sentido, se está de acuerdo con que la aplicación interna del CEDH no se comprende aisladamente del sistema del que surge, por lo que al integrarse al sistema de normas internas su relación resulta dinámica, más aún, a partir del desarrollo de sus contenidos por parte del TEDH, en particular, por virtud del 10.2 CE, sin que ello desmerezca el valor normativo de dicho tratado en razón de las obligaciones objetivas que imponen al Estado español⁴⁹⁹.

Asumiendo el valor infraconstitucional y supralegal del CEDH en el Derecho español, habría que resaltar además su proyección interna de acuerdo al artículo 10.2 CE, por cuanto obliga a interpretar los derechos fundamentales y libertades que la Constitución reconoce de conformidad con los tratados sobre derechos humanos, de los que se deduce el Convenio Europeo⁵⁰⁰. Sobre este aspecto, algunos autores han afirmado que el CEDH adquiere una dimensión constitucional en la interpretación de los derechos fundamentales, pero también de integración de los dos marcos normativos y de facilitador del diálogo jurisdiccional entre el Tribunal Constitucional y el TEDH⁵⁰¹. Aunque el Convenio Europeo no sea mencionado en artículo 10.2 CE, es indudable que éste ha llegado a constituirse en el instrumento de principal referencia para el TC para interpretar los derechos fundamentales⁵⁰².

Así, adicionalmente a la incorporación del CEDH en el Derecho español, en razón del 10.2 CE éste despliega una fuerza integradora en el ámbito de la protección de derechos, cuya efectividad se ve garantizada por la recepción de la jurisprudencia europea. De hecho, el propio TC ha reconocido que el contexto internacional en materia de derechos fundamentales y libertades públicas en que se inserta la Constitución – del que hace constancia en el 10.2 – obliga a que haya que interpretar sus normas, y cualquiera del ordenamiento jurídico relativa a esta materia, “de conformidad con

⁴⁹⁸ REQUEJO PAGÉS, J.L., “Consideraciones en torno...”, op.cit. p. 51.

⁴⁹⁹ En todo caso, de acuerdo con STONE SWEET, uno de los aspectos principales en las discusiones actuales, considerando que todos los Estados partes del CEDH la han incorporado en su Derecho interno, es que el CEDH ya no es principalmente una especie del Derecho internacional, pues es también ley nacional, en algunos Estados, y parte de la normativa constitucional en otros, de aplicación directa por los jueces nacionales. Vid. STONE SWEET, S., “From the Point of...”, op.cit. p. 23.

⁵⁰⁰ En cuyo propósito sirve como cauce de apertura o cláusula puente del Derecho interno al Derecho internacional para conectar ambos sistemas normativos. Vid. CUENCA GÓMEZ, P., “La incidencia del Derecho...”, op.cit. p. 4.

⁵⁰¹ GARCÍA ROCA, J., *El margen de apreciación...*, op.cit. p. 54.

⁵⁰² TORRES PÉREZ, A., “The Judicial Impact...”, op.cit. p. 160.

la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales que menciona el precepto”⁵⁰³. De lo que se extrae la incardinación del CEDH en el Derecho interno con cierto valor preeminente en los ámbitos materiales que comprende, lo que implícitamente condiciona la conducta estatal en sus ámbitos de aplicación, como materialización del sentido afirmativo y negativo de las obligaciones primigenias contraídas por el Estado español⁵⁰⁴.

Esta fórmula integradora del CEDH y la jurisprudencia del TEDH en el Derecho español ha sido calificada como una de las historias exitosa, sino la más, de todos los casos de democratización de Estados post-autoritarios con enfoque en los derechos (*post-authoritarian rights-based democratization*), donde el TC ha jugado un papel determinante en la efectividad del Convenio Europeo en su parámetro de juicio, a partir de la radicación de la jurisprudencia Tribunal Europeo⁵⁰⁵.

1.2 La incorporación de la CADH en el sistema jurídico de Nicaragua

El artículo 46 CN consagra la apertura del constitucionalismo latinoamericano hacia la integración del Derecho internacional de los Derechos Humanos en el Derecho interno⁵⁰⁶. Propiamente, el artículo 46 declara la “plena vigencia de los derechos inherente a la persona” consignados en la Declaración Universal, la Declaración Americana, el PIDESC, el PIDCP y la Convención Americana⁵⁰⁷. Así pues, considerando que aquellos tratados ya formaban parte del Derecho interno, una vez superado los trámites de ratificación, el constituyente originario decidió incluirlos en la

⁵⁰³ STC 78/1982, de 20 de diciembre, FJ4.

⁵⁰⁴ Así se ha sostenido la vinculación de los tratados internacionales a los que se refiere el 10.2 abarca no solo al máximo intérprete constitucional, sino también a todas las instituciones y a los poderes constituidos: judicial, ejecutivo y legislativo. Del mismo modo que los tribunales internos están obligados a interpretar los derechos fundamentales de acuerdo a dichos tratados internacionales, también lo está el legislador en el despliegue de su actividad legislativa, como el ejecutivo dentro de sus ámbitos materiales y competenciales. *Vid.* CUENCA GÓMEZ citando a REY MARTÍNEZ y MANGAS MARTÍN en CUENCA GÓMEZ, P., “La incidencia del Derecho...”, *op.cit.* p. 11. También en: REY MARTINEZ, F., “El criterio interpretativo de los Derechos Fundamentales conforme a normas internacionales, (Análisis del artículo 10.2), *Revista General de Derecho*, 1989, Año XLV, No. 537, pp. 3611-3632; MANGAS MARTÍN, A., “Cuestiones de Derecho Internacional Público”, *RFDUC*, 1980, No. 61, pp. 143-184.

⁵⁰⁵ KELLER Helen y STONE SWEET A., “Assessing the impact of the ECHR on National Legal Systems”, en KELLER, H. y STONE S, A. (eds). *A Europe of Rights. The impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 677-712.

⁵⁰⁶ El que se ubica en la tendencia, desde el surgimiento del constitucionalismo latinoamericano, a contener disposiciones o remisiones al Derecho internacional, con el claro objetivo de brindar una mayor protección a sus ciudadanos. *Vid.* DULITZKY, Ariel., “Aplicación de las Normas Internacionales en Derecho Interno: Internalizar los Derechos Humanos: Algunas Reflexiones”. En: *Memoria del Foro: ‘El Marco Legal Internacional de los Derechos Humanos y la Normatividad Interna 19*, (México, 31, 31 de agosto y 1 de septiembre, 2000), Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, 1ra. Ed. México, 2001, pp. 19-23.

⁵⁰⁷ En relación al artículo 71 CN también declara la “plena vigencia” de la Convención de los Derechos del Niño.

Constitución de 1987, aunque sin establecer la significación de tal precepto respecto a los derechos fundamentales.

La mención de la CADH en el artículo 46 CN, entonces, infiere su incorporación directa en el Derecho interno pero no su jerarquía⁵⁰⁸. Una idea que se ve reforzada en las normas que regulan la incorporación de los tratados internacionales, y que aclara la incorporación directa de la CADH en el Derecho nicaragüense, por lo que no requerirá de una ley posterior para su operatividad⁵⁰⁹. En relación a su jerarquía, en principio, se podría deducir su infraconstitucionalidad de la letra de la cláusula de supremacía constitucional del artículo 182 CN; por cuanto declara que “No tendrán valor alguno las leyes, tratados, decretos, reglamentos, órdenes o disposiciones que se le opongan o alteren sus disposiciones”. Sin embargo, tal disposición no parece referirse a los instrumentos mencionados en el 46 CN, cuya enumeración en el texto instituye la constitucionalización de los derechos reconocidos en dichos tratados; sino a tratados de materias diferentes a la relativa a la protectora del ser humano reconocido en aquellos.

Así parece que la intención del Constituyente en la prescripción del artículo 46 se proyecta en dos sentidos. Por una parte, para expresar “la aplicabilidad directa y la operatividad inmediata” de las normas contenidas en aquellos tratados incorporados; y, por otra parte, como una excepción al artículo 182 constitucional, de manera que se pueda sostener la jerarquía constitucional de los tratados enumerados⁵¹⁰.

⁵⁰⁸ Como cabe recordar, Nicaragua firmó la CADH el 22 de noviembre de 1969 y el 25 de octubre de 1979 la ratificó e hizo el depósito el instrumento. Empero, hasta el 12 de febrero de 1991 aceptó la competencia contenciosa de la Corte IDH.

⁵⁰⁹ En cuanto a la incorporación de los tratados internacionales en el Derecho interno habría que remitirse a los artículos 138.12 y 150.8 CN, que delegan a la Asamblea Nacional la atribución para “aprobar o rechazar los instrumentos internacionales celebrados con países u organismos sujetos de Derecho Internacional”. El artículo 124 la Ley Orgánica del Poder Legislativo (Ley No. 606) establece que la aprobación de los instrumentos internacionales se realizará mediante Decretos Legislativos, que luego serán publicados en la Gaceta, Diario Oficial. El último párrafo del mismo artículo señala que “La aprobación legislativa le conferirá efectos legales dentro y fuera de Nicaragua, una vez que haya entrado en vigencia internacionalmente, mediante depósito o intercambio de ratificaciones o cumplimiento de los requisitos o plazos, previsto en el texto del instrumento internacional”. Ley No. 606, Ley Orgánica del Poder Legislativo, de 23 de Diciembre del 2006. Publicada en La Gaceta No. 26 del 06 de febrero del 2007.

⁵¹⁰ MANILI, Luis Pablo., “La recepción del derecho internacional de los derechos humanos por el derecho constitucional iberoamericano”, en MENDEZ SILVA, R. (Coord), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (En línea). Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Jurídica No. 98, México, 2002, (Consulta de 25 de mayo de 2011). Disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=342> ISBN 970-32-0002-8

La verificación del estatus constitucional de los instrumentos incorporados en el artículo 46, y como excepción del artículo 182, es particularmente válida en el contexto de un tratamiento especial y diferenciado, aunque implícito, de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos frente a otros tratados internacionales de diferentes materias en el texto constitucional. Es decir, que el Constituyente haya querido privilegiar y posicionar de forma preferente a las normas internacionales que contienen regulaciones sobre la protección del ser humano frente aquellas referidas a asuntos exclusivamente interestatales, optando por la incorporación de una serie de instrumentos sobre derechos humanos en la misma Constitución.

Esa tesis parece ser la de la Sala de lo Constitucional sostenidos en dos sentencias del 2010, que en definitiva vinieron a aclarar la asunción de la infraconstitucionalidad de un tratado internacional en razón de la supremacía constitucional del artículo 182⁵¹¹; y establecer una nueva línea interpretativa del 46 sobre la base del reconocimiento del rango constitucional de los instrumentos internacionales allí enunciados. Para tal efecto, la citada Sala sostuvo:

“[...]las disposiciones (artículos 46 y 71, párrafo segundo, CN), otorga a estos instrumentos internacionales rango y reconocimiento constitucional, los integra con carácter de normas constitucionales, por tanto, en el ámbito de la jerarquía normativa comparten el carácter de Supremacía que la Constitución Política tiene frente a las normas ordinarias del ordenamiento jurídico”.⁵¹²

Aunque la Sala de lo Constitucional no se extendió en desentrañar las vínculos entre los artículos 46 y 71 y el 182 CN, implícitamente dejó entrever que la referencia de la Constitución a los instrumentos internacionales enunciados en el 46 y 71 y es distinto a los tratados a que se refiere en el artículo 182. Los primeros se refiere a instrumentos de rango constitucional y los del segundo a instrumentos de rango inferior, al menos, infraconstitucional, pues tampoco se precisa si se ubicarían en un rango intermedio entre la norma fundamental y las leyes ordinarias, o bien, al mismo nivel jerárquico de éstas.

⁵¹¹ Así, con la sentencia No. 15 de las doce meridiana del 29 de marzo de 2005, el Pleno de la CSJ declaró la inconstitucionalidad en el caso concreto del artículo 22.f. del Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia, por ser contrario al artículo 164.12 de la Constitución, de conformidad a la cláusula de supremacía constitucional de los artículos 182 constitucional y 5 de la Ley de Amparo.

⁵¹² Sala Constitucional. Sentencia No. 57/2010, del día dos de marzo del año dos mil diez, a las doce y treinta minutos de la tarde, considerando 3; Sentencia No. 78/2010, del día diez de marzo del año dos mil diez, a las cuatro y diez minutos de la tarde, considerando 3.

La jerarquía constitucional que la CADH adquiere en el Derecho nicaragüense implica, además, su aplicación directa en el Derecho interno; la cual, a su vez se integra en el bloque de constitucionalidad a ser protegido bajo el sistema mixto de control de constitucionalidad previsto en la Constitución⁵¹³, por cuanto reconoce la plena vigencia de todos los derechos reconocidos en dicho tratado. De hecho, en la sentencia 78/2010 de la Sala de lo Constitucional se poya en los vínculos materiales de los textos internacionales del 46 y 71 con el marco sustantivo de la CN⁵¹⁴, para argumentar el valor supremo de los textos internacionales en la materia. En ese particular sostuvo:

“La voluntad del Estado de Nicaragua de haber integrados estos principios y normas de Derecho Internacional en materia de Derechos humanos en la Constitución Política, demuestra su voluntad inequívoca de considerar a la persona como eje o valor fundamental de su Estado Democrático y Social de Derecho y, como consecuencia de lo anterior, tiene la finalidad de promover la tutela efectiva y real de los Derechos humanos y los Derechos fundamentales de la persona, para que el Estado, los Poderes del Estado y todas sus instituciones, sin perjuicio de su nivel y naturaleza, los observen, apliquen, cumplan y respeten en el ámbito de sus respectiva actividad, sea esta de administración de justicia, administración pública, electoral o de la administración de las regiones autónomas de la Costa Atlántica del país”⁵¹⁵.

⁵¹³ Los artículos 164 numerales 2, 3, 4, 12, 13 de la Constitución establece que el control de constitucionalidad recae en el sistema judicial representado por la CSJ (control concentrado) que es activado por medio del recurso por inconstitucionalidad (art.187), de amparo (art. 188), de exhibición personal (art. 189) y habeas data (art.190.1), conflicto de competencia y constitucionalidad entre los poderes del Estado (art.190.2), el recurso por conflictos de constitucionalidad entre el Gobierno Central y los Gobiernos Municipales y de las Regiones Autónomas de la Costa Caribe (art.190.4).Y el control (difuso) de constitucionalidad en el caso concreto (art. 190.3) que habilita a toda autoridad judicial (jueces locales, de distrito y del tribunal de apelación) que conozca de un caso, para declarar la inaplicabilidad de una norma al caso concreto de cuya validez depende el fallo.

De tales regulaciones, se desprende la naturaleza mixta del control de constitucionalidad, dada por la combinación de elementos del sistema concentrado y difuso de control de constitucionalidad. La inexistencia de una jurisdicción constitucional *ad hoc* se combina con la atribución, parcial, de competencias en la materia a la Sala de lo Constitucional de la CSJ; mientras el Pleno de la CSJ mantiene la competencia de enjuiciar la constitucionalidad de las normas con fuerza de ley. A lo que habrá que agregar la facultad de todos los órganos judiciales de apreciar la inconstitucionalidad de normas que deben aplicar en el caso concreto. *Vid.* PÉREZ TREMPES, Pablo., “La justicia constitucional en Nicaragua”, *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), 1999. No. 106 (octubre-diciembre), pp. 9-27. También en: CUAREZMA TERÁN, S.J., “Introducción al Control Constitucional en Nicaragua”, en VAZÁN, Víctor (coord), *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Tomo I, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2010, pp. 605-626; GARCÍA PALACIOS, O.A., “El sistema mixto de control de constitucionalidad en Nicaragua”, en Iván ESCOBAR FORNOS Iván y CUAREZMA TERÁN, S.J. (dirs), *Homenaje al profesor Héctor Fix-Zamudio*, INEJ, Managua, pp. 576-585.

⁵¹⁴ Aprobada el 9 de enero de 1987.

⁵¹⁵ Sentencia No. 78/2010, considerando 3.

Aunque la Constitución nicaragüense carece de la previsión normativa de los tratados como fuente interpretativa de los derechos fundamentales, en el sentido del artículo 10.2 CE; tal apreciación se comprende en la configuración abierta de los derechos fundamentales a los tratados sobre derechos humanos constitucionalizados en el artículo 46; cuya aplicación es directa pero tomando en cuenta los criterios jurisprudenciales de la Corte IDH y los criterios interpretativos de los órganos supervisores de los tratados referidos al Sistema Universal de la ONU, por cuanto son los máximos intérpretes de dichos tratados.

Así, la proyección interna de la CADH tiene una relevancia mayúscula no solo por los mandatos legislativos que impone como tratado internacional, sino también por su valor constitucional en el sistema interno de tutela. De ese modo se aprecia su integración en el sistema jurídico interno con carácter preeminente y en un sentido configurador del mismo, por virtud de su constitucionalidad y del sentido objetivo de las obligaciones internacionales asumidas por Nicaragua; cuya irradiación se considera sobre los poderes constituidos, pero con especial relevancia sobre el Poder Judicial y Legislativo, de quienes se espera una mayor labor de observancia y articulación normativa por tal influencia externa⁵¹⁶.

Por otra parte, es importante remarcar que aleatoriamente a la recepción formal del CEDH y la CADH en los ordenamientos internos, es apreciable otra recepción de los mismos a través de los criterios jurisprudenciales del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana aplicados por los tribunales internos. La configuración abierta de los derechos fundamentales asimila, así, una comunicación más fluida de los sistemas de garantía regionales e internos, pero también de los parlamentos nacionales para darle sentido material y formal a aquella confluencia de normas. Tal como sucediera para muchos Estados europeos con la ratificación del CEDH en tiempos de transición democrática⁵¹⁷, la CADH – y demás tratados internacionales sobre la materia – han

⁵¹⁶ Así lo sostiene la Sala Constitucional al expresar que en virtud del vínculo del Derecho internacional y el Derecho interno en materia de Derechos humanos, los operadores de justicia deben interpretarlos de forma imparcial e independiente, por el carácter obligatorio que tienen para estos. Todavía más, en razón de “la aplicación y alcance de los instrumentos internacionales en materia de Derechos humanos está en el día a día de los operadores de justicia al momento de aplicar la ley, sin dejar de entrever las instancias del Poder Ejecutivo que tienen que velar por la aplicación de los Derechos humanos y demás instrumentos internacionales en dicha materia. La interpretación y aplicación de los instrumentos internacionales debe ser amplia, no restrictiva, siempre a favor de la persona (pro homini, pro libertatis)”. Sentencia No. 78/2010, considerando 3.

⁵¹⁷ Así Helen KELLER y Alex STONE SWEET se refieren al impacto del CEDH en los Estados partes que lo acababan de ratificar, como España y Grecia, que venían de largos periodos de represión y gobiernos autoritarios, dieron por sentado la legitimidad política de CEDH y el TEDH, y para quienes el CEDH sirvió como un punto de acceso al Consejo de Europa y al círculo de “Estados buenos” e influencia externa del estándar normativo para la transición constitucional democrática.

servido de fuente externa para la configuración constitucional de los derechos y sistema de garantía⁵¹⁸, de modo tal que su inclusión en el texto pretende exaltar los valores universales suscritos por el Estado con la ratificación de los mismos; asimismo secundado por la adhesión de Nicaragua “a los principios que conforman el Derecho Internacional Americano reconocido y ratificado soberanamente” incorporados más tarde en el artículo 5 constitucional en las reformas constitucionales de 1995⁵¹⁹.

2. Las obligaciones generales en el marco del Convenio Europeo y de la Convención Americana

Siguiendo con la línea expuesta, se comprende que el Convenio Europeo y la Convención Americana imponen obligaciones de los Estados partes a partir de su ratificación, independientemente de las modalidades de incorporación de éstas en el Derecho interno. En ese sentido, las obligaciones surten efecto a partir del acto de aceptación de los compromisos que los textos convencionales comprenden, de los que no se deduce su necesaria incorporación en el Derecho interno. Tales obligaciones representan mandatos concretos para las autoridades públicas y, en particular, para lo que nos ocupa: al legislador ordinario y al constituyente⁵²⁰.

Vid. KELLER HELEN y STONE SWEET A., “Assessing the impact...”, op.cit. pp. 677-678. En efecto, la génesis del artículo 10.2 CE, según DE CARRERAS, se remonta a dos propuestas posteriores al anteproyecto constitucional, en las que destacaba una remisión más amplia a los tratados internacionales de derechos humanos, legitimados internacionalmente, y aun cuando ninguna de las propuestas fructificó, la redacción final aceptada pudo verse influenciada por la recién aprobada Constitución Portuguesa de 1976, que en su artículo 16.2 contiene una cláusula de apertura a dichos tratados internacionales similar al artículo 10.2 constitucional. *Vid.* DE CARRERAS F., “Función y alcance...”, op.cit. p. 326.

⁵¹⁸ Algunos autores, como Gabriela KLETZEL, Pétalla TIMO, Edurde CÁRDENAS y Gastón CHILLIER, han llegado a sostener que durante la segunda mitad del siglo XX América Latina llegó a padecer el efectos de los conflictos armados y dictaduras militares que alteraron los órdenes constitucionales en muchos países, cometiendo graves violaciones de derechos humanos. Con el fin de las dictaduras algunos Estados fueron suscribiendo e incorporando instrumentos internacionales y del Sistema Interamericano, como una necesidad de proveerse de mayor protección contra estos ataques y amenazas y, una vez superadas, para evitar el regreso a las mismas. En la última década, agregan los autores, se ha podido observar que varios países latinoamericanos, de la mano de gobiernos populares de izquierda o centro izquierda, han generado una nueva configuración geopolítica, con la creación de la Unión de Naciones Suramericanas del Sur (Unasur) y la Comunidad de Estados Latinos Americanos y del Caribe (Celac), y la revalorización de los pilares del Mercosur, así como una crítica sostenida contra los órganos del Sistema Interamericano, Comisión y Corte. Si bien se podría hablar de cierta estabilidad de la democracia sustantiva, es innegable las amenazas a la institucionalidad en ciertos países como Venezuela, Bolivia y Ecuador. *Vid.* KLETZEL Gabriela, et.al., “Democracia y Subsidiariedad, en AA.VV. *Desafíos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Nuevos tiempos, viejos retos*. Colección Dejusticia, Bogotá, 2015. pp. 190-229.

⁵¹⁹ Relativo a las reformas parciales a la CN aprobadas en la Ley No. 192, de 4 de julio de 1995.

⁵²⁰ Para lo que ciertamente se va a servir de las regulaciones internas, variables de un Estado a otro, sobre la forma en que los parlamentos nacionales asegurarían el cumplimiento efectivo de la CADH y el CEDH. Al menos en el caso español, tal atribución se espera que el Defensor del Pueblo sirva de consejero del ejecutivo y el legislativo sobre la adecuación o convencionalidad de las normas o proyectos de ley con el CEDH. *Vid.* KELLER HELEN y STONE SWEET A.,

En esencia las obligaciones están contenidas en una doble dimensión: las obligaciones negativas identificadas con la abstención o deber de no hacer y las obligaciones positivas identificadas con el deber de actuar o de hacer⁵²¹. Desde esa perspectiva, el CEDH se constituye en un sistema normativo de permisos y restricciones para España, del mismo modo que la CADH lo establece para Nicaragua y los demás Estados partes de ambas convenciones. Empero, las obligaciones derivadas de los textos convencionales no son consecuencia de la forma en que los tratados se integran en el Derecho nacional, sino del carácter normativo autónomo como fuentes de Derecho. Así, entonces, se deduce que la dimensión de tales obligaciones se comprende en la relación directa con los sistemas jurídicos internos en se ven reflejadas.

El artículo 1 del Convenio Europeo establece la obligación de los Estados de respetar los derechos humanos contenidos en el instrumento mediante la siguiente declaración:

“Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio”.

En ese mismo sentido el artículo 1.1 de la Convención Americana regula la obligación de respetar y garantizar los derechos y en el artículo 2 el deber de adoptar disposiciones de Derecho interno para garantizar los derechos. El artículo 1.1 señala:

“Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Mientras el artículo 2 contiene un elemento complementario del primero al señalar:

“Assessing the impact...”, op.cit. p. 687. También en HAECK Yves., “La recepción Nacional del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos”, en GARCÍA RAMÍREZ, S. y CASTAÑEDA HERNÁNDEZ, M (ed), *Recepción Nacional Del Derecho Internacional De Los Derechos Humanos y Admisión De La Competencia Contenciosa De La Corte Interamericana*. México DF. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009. p. 81–90.

⁵²¹ La similitud manifiesta es fruto de la misma tradición de valores jurídicos que los Estados europeos y del continente americano han dejado plasmado, primeramente, en la elaboración de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, y posteriormente en aquellos dos convenios regionales. Vid. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. y MÉNDEZ SILVA, R. “El alcance de las obligaciones...”op.cit.

“Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

Es claro que la Convención Americana es más explícita que el Convenio Europeo para establecer la doble dimensión de las obligaciones estatales. De hecho, el texto del Convenio Europeo solamente requiere a los Estados partes “reconocer” los derechos convencionales sin hacer mención del deber de los Estados de adoptar medidas legislativas para asegurar los derechos sustantivos, que igualmente resulta muy limitado con otros instrumentos como el artículo 2 del Convenio Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵²². Por su parte, la Convención Americana además de requerir a los Estados “respetar” los derechos contenidos en el texto también exige “garantizar” el libre ejercicio de los mismos. Adicionalmente, va a requerir a los Estados la adopción medidas legislativas o de otra índole para hacer efectivos esos derechos cuando el Derecho interno no los asegura o protege⁵²³.

Efectivamente, la limitada redacción del artículo 1 del Convenio Europeo puso en perspectiva la no inclusión de las obligaciones positivas de los Estados en el texto, cuyo esclarecimiento tuvo lugar en la práctica judicial del Tribunal Europeo, recurriendo a los textos originales para determinar el sentido de la palabra “reconocer”, traducido del texto francés *reconnaissent*, y la palabra “asegurarán” del texto en inglés *shall secure* de las propuestas de los redactores del Convenio.

Es claro que la expresión “asegurar” es más protectora que “reconocer”, por lo cual era evidente que el Tribunal Europeo considerara optar por el significado de la expresión más protectora, en inglés, para comprender el amplio contenido de las obligaciones recogidas en el artículo primero. Tomando en cuenta que el artículo 33.4 de la Convención de Viena⁵²⁴, aplicable para la

⁵²² STEINER Henry J. y ALSTON Philip., *International Human Rights in Context. Law, Political, Moral*, 2 Ed. Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 788.

⁵²³ SHELTON, Dinah., *Regional Protection of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 311.

⁵²⁴ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A., *Las obligaciones de los Estados en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, p. 61; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. y MÉNDEZ SILVA, R. “El alcance de las obligaciones...” op.cit. p. 123; XENOS Dimitris., *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, Routledge, London- New York, 2012, p. 10.

interpretación de un texto internacional autenticado en dos idiomas, como en este caso, francés e inglés, sugiere “adoptar el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y fin del tratado”.

No obstante, las obligaciones primarias de los Estados si bien son amplias éstas no son ilimitadas, pues el alcance y los límites han sido definidos por los tribunales regionales de conformidad a las circunstancias de cada caso y el contenido de cada derecho. De esa manera el examen de la responsabilidad internacional de un Estado por violaciones a las obligaciones convencionales es tanto por los actos como por omisión, incluso, de lo que se deduce no solo actos lesivos cometidos agentes estatales sino también los cometidos por particulares, en ese caso por la falta de previsiones legales para prevenirlos, investigarlos y sancionarlos.

3. La contención de los poderes públicos en las obligaciones negativas

El catálogo de derechos consagrados en las convenciones americana y europea aparece como una manifiesta limitación al poder estatal, como consecuencia de la naturaleza garantista de los derechos en su doble comprensión: como derechos subjetivos y como normas atributivas de competencias⁵²⁵. En virtud de esa premisa se ha asumido que el carácter normativo de los instrumentos impone ciertas obligaciones a los Estados partes para poder alcanzar sus objetivos y fines; las cuales, a diferencia de los tratados internacionales de tipo clásico, que crean obligaciones entre los Estados contratantes; son obligaciones objetivas para los Estados partes frente a los individuos, que pueden ser exigidas directamente por éstos contra cualquier Estado parte de la Convención Americana y el Convenio Europeo⁵²⁶. Así, FREIXES SANJUAN sostiene que la función que el TEDH atribuye a los derechos consistentes en impedir la injerencia de los poderes públicos en una esfera de autonomía determinada previamente, se constituye como “standard

⁵²⁵ GARCÍA ROCA, Javier., *El margen de apreciación...*, op.cit. p. 65. Precisamente tratándose de instrumentos que contienen un catálogo de derechos, el Tribunal Europeo ha señalado que la Convención debe ser leída e interpretada de forma tal que promueva una interna coherencia y armonía entre sus disposiciones. TEDH, *Stec and Other vs. Reino Unido*, decisión de 6 de Julio de 2005, párr. 48. Entre otros, véase en TEDH, *Klass and Others vs. Alemania*, sentencia de 6 septiembre de 1978, párr. 68; TEDH, *Maaouia vs. Francia* [GC], no. 39652/ 98, párr. 36, TEDH, *X and Kudła vs. Polonia* no. 30210/96, párr. 152 y TEDH, *Soering vs. Reino Unido*, párr. 103.

⁵²⁶ TEDH, *Irlanda vs. Reino Unido*, sentencia de 18 de enero de 1978, párr.239; Corte IDH, *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. OC-2/82, párr. 29.

mínimo” que impone ciertas obligaciones a los Estados como garantes de la efectividad de los derechos⁵²⁷.

En el texto de ambas convenciones las obligaciones negativas están contenidas en las expresiones “reconocer” y “respetar” cuyo significado intuye la exigencia de no intervención o actuación de los órganos públicos para vulnerar las disposiciones sustantivas. Para FERNÁNDEZ SÁNCHEZ el hecho de “reconocer” lleva implícito una obligación de no hacer, la que, por ejemplo, se deduce en que los Estados partes no deberían someter a nadie a tratos inhumanos crueles o degradantes, ni siquiera en caso de guerra. La fuerza obligatoria de tal reconocimiento define el alcance de las normas convencionales⁵²⁸, que en caso de incumplimiento conlleva de forma aleatoria obligaciones de reparar las consecuencias de las violaciones.

Normalmente las obligaciones de no hacer están contenidas en términos de prohibición en las normas sustantivas de la Convención América y el Convenio Europeo, a modo de limitar la intromisión en el ejercicio de derechos y libertades consagrados en los textos⁵²⁹. Por ejemplo, en el derecho a la vida⁵³⁰, derecho a la integridad personal⁵³¹, a la protección contra la esclavitud, servidumbre o trabajo forzado⁵³², derecho a la libertad personal y seguridad⁵³³, derecho a la vida privada y la honra y reputación⁵³⁴, libertad de pensamiento, conciencia y religión⁵³⁵, libertad de expresión⁵³⁶, derecho a la propiedad privada⁵³⁷ y el derecho de circulación y residencia⁵³⁸.

⁵²⁷ Pero también a los particulares a modo de un deber de no violar los derechos que el CEDH reconoce. *Vid.* FREIXES SANJUAN, T., “Las principales construcciones...”, *op.cit.* p. 102.

⁵²⁸ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A., *Las obligaciones...*, *op.cit.* p. 60.

⁵²⁹ Una idea que se extiende sobre prohibiciones concretas sobre derechos absolutos y como “límite a los límites” permitidos por las disposiciones convencionales, siguiendo a REMOTTI CARBONELL, pues no todos los derechos son absolutos sino también pueden ser limitados. Un elemento determinante en el control de las normas a partir del principio de legalidad y proporcionalidad. *Vid.* REMOTTI CARBONELL, J. C., *La Corte interamericana...*, *op.cit.* pp. 21 y 22.

⁵³⁰ Artículos 4.1 de la Convención Americana y artículo 2 del Convenio Europeo.

⁵³¹ El artículo 5.2 de la Convención Americana establece como medida de prohibición el no sometimiento de toda persona a tratos inhumanos, crueles y degradantes. En ese mismo sentido el artículo 3 del Convenio Europeo.

⁵³² Artículo 6 de la Convención Americana y Artículo 4 del Convenio Europeo

⁵³³ Artículos 7 y 4 de la Convención Americana y Convenio Europeo respectivamente.

⁵³⁴ Así, el artículo 11.2 de la Convención Americana prohíbe las injerencias arbitrarias en la vida privada, la familia, domicilio, correspondencia y ataques contra la honra y reputación de las personas. De forma similar el artículo 8 del Convenio Europeo.

⁵³⁵ Artículo 12 de la Convención Americana y 9 del Convenio Europeo.

⁵³⁶ Contiene elementos prohibitivos de la censura previa en la difusión de información (artículo 13 de la Convención Americana y 10 del Convenio Europeo).

⁵³⁷ Prohíbe la interferencia en el ejercicio de tal derecho, salvo por razones de utilidad pública y en los supuestos establecidos por la ley. (art. 21 de la Convención Americana y artículo 1 del Protocolo No.1. del Convenio Europeo.

⁵³⁸ Las limitaciones a este derecho solo será mediante ley y los criterios y principios contenidos en los tratados (artículo 22 de la Convención Americana y el 2, 3 y 4 del Protocolo No.4 al Convenio Europeo.

En la práctica del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana estas obligaciones han sido desarrollados en la lectura conjunta de los términos genéricos del artículo 1 del Convenio Europeo y del artículo 1.1 de la Convención Americana y los que contienen cada derecho sustantivo concernido⁵³⁹, lo cual ha sido de gran utilidad en el esclarecimiento de los alcances y los límites de los amplios contenidos de las disposiciones primeras. Así, el TEDH ha llegado a afirmar que los principios aplicables a la evaluación de las obligaciones positivas y negativas de un Estado en virtud del Convenio Europeo son similares; por tanto, deben tomarse en consideración, para el justo equilibrio que debe lograrse, los intereses en juego de la persona y de la comunidad en su conjunto⁵⁴⁰.

4. La expresión “respetar” como límite al legislador

Se ha dicho que la naturaleza jurídica de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados aduce en principio a una conducta pasiva o de abstención de los Estados para proteger los derechos convencionales, que tiene como premisa la garantía de los mismos en su inherente restricción de los poderes públicos. En ese sentido, el marco de las obligaciones negativas los Estados partes tienen un deber de no interferir en el ejercicio de tales derechos, exceptuando ciertos supuestos donde la intromisión estatal tendrá lugar de forma restringida y previamente regulados en la ley.

En otras palabras, los poderes constituidos en un Estado están impedidos para actuar en sentido contrario a las imposiciones legales derivadas del marco sustantivo del Convenio Europeo y la Convención Americana. Si se considera que un Estado ha contraído la obligación de adoptar medidas legislativas para hacer efectivos los derechos, “con mayor razón lo está la de no adoptar aquellas que contradigan el objeto y fin de la Convención”⁵⁴¹. El deber impuesto de ajustar las contrariedades normativas con los textos convencionales a simple vista se estima, entonces, como una restricción de la autonomía para legislar en contravención del sentido garantista del tratado, mediante la expedición de leyes claramente contrarias o incompatibles con dichos instrumentos. La Corte Interamericana ha sostenido que la expedición de leyes claramente incompatibles con la

⁵³⁹ Por ejemplo, el desarrollo de la igualdad y la no discriminación en la jurisprudencia del TEDH que, según FREIXES SANJUAN, adquieren “un alcance transversal que puede predicarse del ejercicio de todos y cada uno de los derechos... por lo cual carecen de identidad sustantiva”. Vid. FREIXES SANJUAN, T., “Las principales construcciones...”, op.cit. p. 101.

⁵⁴⁰ TEDH, *Oliari and Others vs. Italia*, párr. 160.

⁵⁴¹ Corte IDH, OC- 14/94, párr.33.

CADH, como por ejemplo las “leyes de aplicación inmediata”, que despojan de ciertos derechos individuales o colectivos a personas en razón de la raza; constituyen una violación automática al tratado y genera responsabilidad internacional al Estado concernido⁵⁴².

Sin embargo, del sistema de restricciones que puede deducirse de la expresión “respetar”, también puede llegar a colegir ciertos deberes normativos para evitar intromisiones indebidas a los derechos y libertades reconocidas, es decir, para garantizar la permeabilidad mínima permitida a ciertos derechos de acuerdo con los tratados; por ejemplo, en el derecho a la vida privada; observando el principio de proporcionalidad, como se ha explicado. Así, las potestades legislativas no se entienden totalmente coartadas sino limitadas, según los derechos en cuestión, de modo que el espacio de actuación será condicionado por los estándares europeos o interamericanos. En ese sentido, el TEDH ha afirmado que la noción de “respeto” en el artículo 8 no es clara, sobre todo en cuanto a las obligaciones positivas se trata; puesto que si se toma en cuenta la diversidad de las prácticas establecidas y las situaciones existentes en los Estados partes, los requisitos de la noción varían considerablemente de un caso a otro. Por lo cual, en la implementación de las obligaciones positivas que tengan lugar en virtud de dicho artículo, los Estados gozan de cierto margen de apreciación nacional para adoptar tales medidas⁵⁴³.

Empero, en los casos *Marckx* y *Belgian Linguistic* contra Bélgica, en relación al respeto al derecho a la vida privada y familiar (art. 8.1 del CEDH), el Tribunal Europeo señaló que la obligación del Estado de no interferir en el ejercicio de este derecho es conforme a las condiciones estrictas establecidas en el párrafo segundo del mismo artículo. Pues el objetivo de ese artículo es “proteger al individuo contra las injerencias arbitrarias de los poderes públicos”⁵⁴⁴. El TEDH se extendió en señalar que la obligación negativa deducida de aquella disposición no se limita a establecer al Estado la abstención de tal interferencia, sino que ella podía dar lugar a obligaciones positivas inherente a un respecto efectivo para la vida familiar⁵⁴⁵.

⁵⁴² Ídem. párrs. 43 y 50.

⁵⁴³ TEDH, *Oliari and Others vs. Italia*, párrs. 161 y 162.

⁵⁴⁴ TEDH, *Marckx vs. Bélgica*, sentencia de 13 de junio de 1974, párr.31; TEDH, *Belgian Linguistic vs. Bélgica*, sentencia de 23 de julio de 1968, párr.7.

⁵⁴⁵ TEDH, *Marckx vs. Bélgica*, párr.31.

En ese sentido, de la obligación de abstención se configuraría en un test para la adopción de una “obligación de hacer cesar el ilícito internacional”, en términos de RIPOL CARULLA⁵⁴⁶, que conllevaría a ciertas modificaciones legislativas en virtud de la declaración de incompatibilidad normativa con el CEDH. En efecto, en la sentencia *Vermeire vs. Bélgica* el TEDH constataba el incumplimiento de la citada sentencia *Marckx* por cuanto Bélgica no había compatibilizado la legislación civil en materia de sucesiones y filiaciones declaradas contrarias al artículo 8 y 14 del CEDH⁵⁴⁷ cuyas modificaciones eran aleatorias al deber de respetar tales derechos que finalmente no estaban garantizados localmente en los términos del Convenio Europeo. La misma apreciación es posible deducir de otros derechos, por ejemplo, del artículo 3 del Convenio Europeo (prohibición de la tortura), del que el Tribunal Europeo ha considerado contiene una obligación esencial para los Estados de abstenerse a infligir daños graves a las personas bajo su jurisdicción; pero además de una exigencia para que tomen las medidas destinadas a asegurar que los individuos dentro de su jurisdicción no estén sujetos a torturas o tratamientos inhumanos o degradantes, incluso, si tales tratamientos emanan de particulares⁵⁴⁸.

En la primera sentencia de la Corte Interamericana *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, relacionado a la desaparición forzada de varias personas presuntamente cometidas por agentes estatales, la Corte IDH desarrolló el amplio contenido de las obligaciones del artículo 1.1 de la Convención Americana, y sostuvo que el contenido de dicho artículo implicaba un doble deber para los Estados: de “respetar los derechos y libertades” y de “garantizar” el libre ejercicio de los mismos⁵⁴⁹. Los criterios de la Corte IDH evidencian la doble dimensión de las obligaciones generales, por una parte, como una limitación de actuar para trasgredir un derecho; y, por otra, para adoptar una conducta activa para garantizar los mismos, que en el caso señalado se traducirían en acciones concretas de investigación y sanción de los responsables. A lo que agregaría el deber de adoptar medidas legislativas para proteger y propiciar el ejercicio de los derechos, cuando las circunstancias lo exigiesen⁵⁵⁰.

⁵⁴⁶ RIPOL CARULLA, S., *El Sistema Europeo...*, op. cit. p. 78.

⁵⁴⁷ Ídem.

⁵⁴⁸ TEDH, *Pretty vs. Reino Unido*, sentencia de 24 de abril de 2002, párr. 50 y 51; TEDH, *Members of the Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses and 4 Others vs. Georgia*, 3 de mayo de 2007, para.96.

⁵⁴⁹ De ese modo la Corte declaró su violación a pesar que la CIDH no lo había invocado. Corte IDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (Fondo), párr. 163.

⁵⁵⁰ REMOTTI CARBONELL, J. C., *La Corte interamericana...*, op.cit. p. 20.

Por ello que la Corte Interamericana sostenga que la transgresión de ésta obligación genérica puede significar además la violación de su doble dimensión en conexión con derechos concretos. En efecto, en el citado caso *Velásquez Rodríguez*, la Corte IDH sostuvo que el artículo 1.1 de la Convención Americana comportaba una violación automática del mismo, toda vez que dicho artículo “contiene la obligación contraída por los Estados Partes en relación con cada uno de los derechos protegidos”⁵⁵¹.

Así, sostuvo que el vocablo “respetar” entraña el carácter negativo de las obligaciones, es decir, la restricción de los poderes públicos en la protección de los derechos, por tratarse de “esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que solo puede penetrar limitadamente”⁵⁵². Este criterio, sin embargo, no es de aplicación uniforme para todos los derechos, y en determinadas circunstancias puntuales de violaciones graves de derechos humanos como la desaparición forzada de personas y las ejecuciones sumarias, por ejemplo, las intromisiones son inexcusables, especialmente cuando se afecta el ejercicio del derecho a libertad personal, la personalidad jurídica y la vida⁵⁵³. En los casos *Fornerón e hija vs. Argentina* y la *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, la Corte Interamericana se pronunció sobre el derecho a la protección de familiar y del niño, para interpretar que la garantía de éstos implica un deber de “protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia”⁵⁵⁴.

⁵⁵¹ Corte IDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (Fondo), párr. 165. En igual sentido el Tribunal Europeo reconocía la violación del artículo 1 del Convenio en conjunción con otro artículo de contenido material, en los casos *Irlanda vs. Reino Unido* y *Streletz & Krenz vs. Alemania*. TEDH, *Streletz, Kessler & Krenz vs. Alemania*, sentencia de 22 de marzo de 2001, párr.112. Vid. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. y MÉNDEZ SILVA, R. “El alcance de las obligaciones...”, op. cit. p. 114.

⁵⁵² Corte IDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (Fondo), párr. 165.

⁵⁵³ En ese sentido, puede verse entre otras el amplio contenido desarrollado al respecto en: Corte IDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*; Corte IDH, *Godínez Cruz vs. Honduras*, sentencia de 20 de enero de 1989; Corte IDH, *Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras*, sentencia de 15 de marzo de 1989; Corte IDH, *Blake vs. Guatemala*, sentencia de 24 de enero de 1998; Corte IDH, *Gómez Palomino vs. Perú*, sentencia de 22 de noviembre de 2005; Corte IDH, *Goiburú y otros vs. Paraguay*, sentencia de 22 de septiembre de 2006; Corte IDH, *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, sentencia de 12 de agosto de 2008; Corte IDH, *Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*, sentencia de 27 de noviembre de 2008; Corte IDH, *Anzaldo Castro vs. Perú*, sentencia de 22 de septiembre de 2009; Corte IDH, *Radilla Pacheco vs. México*, sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 152; Corte IDH, *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*; Corte IDH, *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, sentencia de 1 de septiembre de 2010; Corte IDH, *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*; Corte IDH, *Gelman vs. Uruguay*, sentencia de 24 de febrero de 2011; Corte IDH, *Contreras y otros vs. El Salvador*, sentencia de 31 de agosto de 2011; Corte IDH, *Gómez Palomino vs. Perú*; Corte IDH, *González Medina y familiares vs. República Dominicana*, párr. 128 y 179; Corte IDH, *Heliodoro Portugal vs. Panamá*; Corte IDH, *Torres Millacura y otros vs. Argentina*, y Corte IDH, *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, sentencia de 4 de septiembre de 2012.

⁵⁵⁴ Corte IDH, *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, párr.145; Corte IDH, *Forneron e hija vs. Argentina*, sentencia de 27 de abril de 2012, párr. 46. Asimismo en la Corte IDH, OC- 17/02, párr. 71.

5. La actuación estatal derivada de las obligaciones positivas

A diferencia de las obligaciones negativas, las obligaciones positivas en ambos textos convencionales comprenden un significado para no exigir la abstención del Estado, sino su actuación para garantizar y proteger los derechos sustantivos de los citados instrumentos. En términos generales la obligación de hacer de los Estados redundaba en la protección activa consagrada en las expresiones “garantizar”, “asegurar”, “prevenir”, “investigar”, “sancionar” y más claramente “adoptar medidas legislativas”.

La noción de las obligaciones positivas en el Derecho internacional ha avanzado de su uso exclusivo para diferenciar los derechos económicos, sociales y culturales de los derechos civiles y políticos, donde su naturaleza se atribuía a los primeros, mientras los segundos se identificaban más con un contenido negativo de las obligaciones; para seguir en la actualidad hacia su desarrollo a partir del contenido negativo de ciertas disposiciones convencionales. El desarrollo de ésta noción ha sido particularmente importante en los discernimientos de los tribunales europeo e interamericano de los derechos sustantivos vinculados con las disposiciones primeras de las convenciones⁵⁵⁵.

Los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana consagran la naturaleza normativa de las obligaciones positivas en el Sistema Interamericano⁵⁵⁶. Una claridad normativa de la que carece el Convenio Europeo, especialmente de una disposición como el artículo 2 de la CADH, pese a ello la existencia de las obligaciones positivas en el artículo 1 del Convenio Europeo quedó fuera de dudas desde las primeras sentencias del Tribunal Europeo. En efecto, en el caso *Wilde, Ooms and Versyp vs. Bélgica*, el TEDH estableció que el cumplimiento de un deber impuesto por el Convenio Europeo puede dar lugar a acciones positivas por parte del Estado, como sería en ese caso garantizar el derecho de la persona detenida a que su caso sea ventilado en un tribunal jurisdiccional⁵⁵⁷. En ese mismo sentido, la antigua Comisión Europea sostuvo la posibilidad de que el Estado “pueda ser obligado a proteger a los individuos a través de los medios apropiados contra

⁵⁵⁵ BORELLI, Silvia., “Positive obligations of States and the Protection of Human Rights”, *Interrights Bolletín*, No. 15, 2006, pp. 101-103.

⁵⁵⁶ MELISH Tara J. y ALIVERTI Ana., “Positive Obligation in the Inter-American Human Rights System”, *Interrights Bolletín*, No. 15, 2006, pp. 120-122.

⁵⁵⁷ TEDH, *Wilde, Ooms and Versyp vs. Bélgica*, sentencia de 18 de junio de 1971, párr.76.

ciertas formas de injerencia por otros individuos, grupos y organizaciones”⁵⁵⁸. No obstante, en el asunto *Irlanda vs. Reino Unido* el Tribunal recurre a los trabajos preparatorios del Convenio Europeo y a su jurisprudencia establecida en *Wilde, Ooms and Versyp* y en *Swedish Engine Drivers’ Union* para desentrañar el contenido de la disposición primera⁵⁵⁹.

Así, el Tribunal Europeo concluye reconociendo que la obligatoriedad del Convenio Europeo aplica a los diversos niveles gubernamentales, y que para asegurar la vigencia y disfrute de aquellos derechos implícitamente los poderes públicos están obligados a proveer de los medios para ello y subsanar las consecuencias de sus infracciones. En particular, el TEDH sostuvo:

“The Convention does not merely oblige the higher authorities of the Contracting States to respect for their own part the rights and freedoms it embodies; as is shown by Article 14 (art. 14) and the English text of Article 1 (art. 1) ("shall secure"), the Convention also has the consequence that, in order to secure the enjoyment of those rights and freedoms, those authorities must prevent or remedy any breach at subordinate levels”⁵⁶⁰.

De ese modo, la deducción del alcance de las obligaciones asumidas por los Estados en relación a los derechos convencionales (del artículo 2 al 14), y las que derivaban de sus pilares fundamentales como el derecho a la vida y la protección contra la tortura, tratos inhumanos, crueles y degradantes (art. 2 y 3), han definido una conducta concreta al Estado. Mientras las obligaciones que se derivan de otros derechos como la protección a la vida privada (art.8) varían en dependencia de las circunstancias de cada caso⁵⁶¹. A rasgos generales, porque las obligaciones positivas han tenido un desarrollo concreto a partir de casos particulares de violaciones al respecto a la vida privada y familiar, el derecho a la vida, prohibición de torturas y tratos

⁵⁵⁸ Informe de la Comisión Europea, *National Union Belgian Police vs. Bélgica*, 27 de mayo de 1974, párr.59. Vid. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. y MÉNDEZ SILVA, R. “El alcance de las obligaciones...” op.cit. p. 122.

⁵⁵⁹ “By substituting the words "shall secure" for the words "undertake to secure" in the text of Article 1 (art. 1), the drafters of the Convention also intended to make it clear that the rights and freedoms set out in Section I would be directly secured to anyone within the jurisdiction of the Contracting States (document H (61) 4, pp. 664, 703, 733 and 927). That intention finds a particularly faithful reflection in those instances where the Convention has been incorporated into domestic law”, TEDH, *Irlanda vs. Reino Unido*, párr.239. Véase en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A., “El alcance de las obligaciones (art.1 CEDH), en GARCÍA ROCA, Javier y SANTOLAYA, Pablo (coord.), *La Europa de los Derechos. El Convenio de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 49-68.

⁵⁶⁰ TEDH, *Irlanda vs. Reino Unido*, párr.239.

⁵⁶¹ PAUL COSTA, Jean., “The European Court of Human Rights: Consistency of its case-law and positive obligations”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2008, no. 3, vol. 26. pp. 449-454.

inhumanos y degradantes, libertad de expresión, libertad de reunión⁵⁶². Es así, que su consolidación se ubica en las sentencias de 1979, *Marckx vs. Bélgica* y *Airey vs. Irlanda*,⁵⁶³ ya como una interferencia necesaria por parte del Estado para garantizar ciertos derechos convencionales⁵⁶⁴.

En la actualidad las obligaciones positivas han adoptado una generalidad que el Tribunal Europeo ha considerado su derivación de casi todos los derechos sustantivos garantizados en el Convenio Europeo, aunque sin ofrecer una definición de las mismas⁵⁶⁵. Así pues, se puede afirmar que en adición a la exigencia de garantizar el ejercicio de los derechos consagrados en el Convenio, los Estados también pueden ser requeridos para actuar en determinado sentido. El requerimiento a adoptar acciones positivas, según MOWBRAY, se puede ilustrar en la exigencia a los poderes públicos para investigar crímenes, proteger a las personas bajo su jurisdicción contra malos tratos infligidos por otros, arrestar a las personas con previa explicación de las razones del arresto, proveer asistencia legal gratis, reconocer legalmente el nuevo género adquirido por una persona⁵⁶⁶.

La diversidad de acciones que pueden significar las obligaciones positivas para los Estados ha sido categorizada como sustantiva y de procedimiento⁵⁶⁷. El criterio para distinguirlas descansa en las acciones esperadas del Estado. Así, por ejemplo, en las obligaciones sustantivas calificarían aquellas que requieren la adopción de medidas legales y administrativas para prevenir violaciones a derechos, o establecer procedimientos policiales, la prohibición de malos tratos o el trabajo forzado, reconocimiento legal de las personas transexuales, incorporar disposiciones convencionales en los procedimientos de adopción o de derecho de familia. En cambio, las obligaciones de procedimiento estarían las que requieren la organización de procedimientos

⁵⁶² LEACH, Philip., "Positive obligation from Strasbourg-Where do the boundaries lie?", *Interrights Bulletin*, No. 15, 2006, pp. 123-126.

⁵⁶³ XENOS Dimitris, *The Positive Obligations....*, op.cit. p. 22.

⁵⁶⁴ TEDH, *Airey vs. Irlanda*, Ap. No. 6289/73, sentencia de 9 de octubre de 1979, párr. 25.

⁵⁶⁵ La postura del Tribunal, de acuerdo con el Juez HAJIYEV KHANLAR, es reconocer que el propósito de estas obligaciones es establecer un orden público general y proteger los derechos de las personas, siguiendo los criterios establecidos por la desaparecida Comisión Europea, en el caso *Austria vs. Italia*, decisión del 11 de enero de 1961. HAJIYEV Khanlar., "The Evolution of the Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights", en Dean SPIELMANN, Marialena TSIRLI, Panayotis VOYATZIS (ed), *La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant : mélanges en l'honneur de Christos L. Rozakis*, Bruylant, Bruselas, 2011, pp. 207-218.

⁵⁶⁶ MOWBRAY, A.R., *The Development of positive obligation under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 20 y ss.

⁵⁶⁷ TEDH, *Öneryıldız vs. Turkey*, sentencia de 30 de noviembre de 2004.

internos para asegurar una mejor protección de las personas, el establecimiento de procedimientos para investigar o la debida diligencia en las investigaciones oficiales⁵⁶⁸.

5.1 El sentido normativo de las obligaciones positivas

Como se ha dicho, el CEDH no regula con la misma claridad de la CADH el sentido normativo de las obligaciones positivas recogida en el deber de “adoptar medidas legislativas” para hacer efectivos los derechos y libertades (art.2 CADH). Pese a ello es indefectible que a rasgos generales los Estados se ven emplazados a adoptar ciertas medidas legales para asegurar los derechos convencionales que han hecho suyos desde la ratificación y depósito del tratado. En particular, dado que la operatividad de ciertas normas internacionales requiere el concurso estatal para cumplir con los compromisos internacionales asumidos, de lo cual se asume una relación dialéctica entre ambos, Derecho internacional y nacional, por lo que requerirá de medidas legislativas, judiciales y de otra índole para hacerlas efectivas⁵⁶⁹.

En ese sentido, las medidas legislativas están dirigidas a realizar el contenido sustantivo de cada derecho y, en ese contexto, aspiran a integrar domésticamente los derechos convencionales, en caso que aún no se encuentren regulados y protegidos; o bien para eliminar obstáculos legales para su operatividad. Si éste fuera el caso, tal obligación podría verse exigida en una sentencia declarativa de violación a los derechos sustantivos⁵⁷⁰. En ese escenario, el sentido afirmativo de las obligaciones está contenido, por una parte, desde el carácter autónomo derivado del sentido genérico para armonizar los sistemas jurídicos con los textos convencionales y, por otra parte, procedida de las violaciones constatadas por los tribunales en casos concretos, como consecuencia de la incumplimiento de la obligación genérica en conexión con ciertos derechos.

En el Sistema Interamericano las obligaciones positivas han descansado en la doble criterio sostenido en la expresión “garantizar” del artículo 1.1 de la Convención Americana y el “deber de

⁵⁶⁸ AKANDJI-KOMBE, Jean-François., *Positive obligations under the European Convention on Human Rights: a guide to the implementation of the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, Strasbourg, 2007, p. 16.

⁵⁶⁹ DULITZKY, Ariel., “Alcance de las obligaciones...”, op.cit. p. 80.

⁵⁷⁰ La idea de dicha asunción subyace en el reflejo del principio aceptado de que la implementación de los derechos humanos bajo el Derecho internacional es primariamente doméstico, siendo que los órganos internacionales solo se limitarían a la supervisión de las medidas adoptadas en el fuero interno. *Vid.* DULITZKY, Ariel., “Alcance de las obligaciones...”, op.cit. pp. 80 y 81.

adoptar disposiciones de derechos interno” del artículo 2 de la misma. A diferencia de la obligación contenida en la disposición 2, la de garantizar los derechos es inmediata pues constituye “el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”⁵⁷¹.

El carácter normativo de las obligaciones positivas en el artículo 2 de la CADH tiene su concreción más clara en la exigencia de adoptar disposiciones de orden interno para garantizar los derechos que aún no han sido adoptados en el ámbito doméstico. El deber elemental del Estado sería el de prevenir las violaciones a los derechos a través de “medidas de carácter jurídico”, que salvaguarden el contenido material de la CADH y reglamenten la ilegalidad de los actos contrarios a los derechos, su sanción y la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales⁵⁷².

La Corte IDH ha afirmado que el sentido preceptivo de la disposición segunda de la CADH contiene una norma consuetudinaria del Derecho internacional, que establece “el deber de un Estado que ha celebrado un convenio internacional a introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidos”⁵⁷³. De la literalidad de la disposición se desprende el deber no solo de adoptar las medidas legales, sino también como restricción para impedir que los Estados dicten medidas legislativas que violen los derechos reconocidos en conexión con el 1.1 de la CADH⁵⁷⁴.

Así, la dimensión del tal compromiso internacional es en sentido unidireccional, para asegurar el establecimiento de un marco normativo dirigido a hacer posible la garantía de cada derecho, pero que no se agota allí y además requiere del Estado una conducta dirigida a hacer posible

⁵⁷¹ Corte IDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, párr.166.

⁵⁷² Corte IDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, párr.175.

⁵⁷³ Corte IDH, *Garrido y Baigorria vs. Argentina*, sentencia de 27 de agosto de 1998, párr.68, *La Cantuta vs. Perú*, sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr.170.

⁵⁷⁴ Corte IDH, *Cesti Hurtado vs. Perú*, sentencia de 29 de septiembre de 1999, párr. 166.

materialmente la protección efectiva y el ejercicio de los derechos sustantivos⁵⁷⁵, es decir, para asegurar el *effet utile* de la Convención Americana⁵⁷⁶.

Aunque la claridad del artículo 2 de la Convención Americana establece una actuación inmediata de los Estado parte para armonizar sus ordenamientos jurídicos internos con el texto convencional; lo cierto es que la exigibilidad de tal obligación ha venido a través de las normas de responsabilidad estatal, para asegurar los derechos convencionales conculcados en situaciones concretas como condición necesaria para su disfrute. En ese sentido, el carácter normativo de las obligaciones afirmativas se ha circunscrito a la adopción de medidas apropiadas y razonables en tres áreas fundamentales: prevención, respuesta y cumplimiento⁵⁷⁷. Por otra parte, cabría agregar que el contenido de las obligaciones impuestas a los Estados en relación a los derechos se integra como un canon de mínimos, toda vez que la garantía de los mismos no fija un límite máximo de protección, por lo que el reconocimiento no implica el menoscabo de un margen mayor de protección que pueda encontrarse en el Derecho interno⁵⁷⁸.

El Tribunal Europeo ha desarrollado las obligaciones genéricas a partir de casos concretos y para determinados derechos, de forma que se ha evitado teorizar el despliegue estatal en sentido afirmativo; tanto para prevenir como para evitar la repetición de casos similares. Así, por ejemplo, en el examen a las violaciones al artículo 8 del Convenio, sobre derecho a la vida privada, el TEDH consideró que la protección del individuo de interferencias arbitrarias por el Estado a su vida privada comprendía no solo la abstención del Estado, sino obligaciones positivas para la protección activa del derecho a la vida privada de la persona afectada en los procedimientos judiciales existentes, en vista que en los procedimientos existente tales derechos no estaban asegurados⁵⁷⁹. En cuanto a la protección del derecho a la vida en una situación de riesgo ha insistido que la obligación del Estado incluirá la de tomar las medidas adecuadas para salvaguarda la vida, amparado en el deber primordial de disponer de un marco legal y administrativo diseñado para ofrecer una prevención efectiva contra las amenazas contra la vida⁵⁸⁰.

⁵⁷⁵ Corte IDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, párr.166 y 167.

⁵⁷⁶ Corte IDH, *Ivcher Bronstein vs. Perú*, sentencia de 24 de septiembre de 1999, párr.37, *La Cantuta vs. Perú*, párr. 171.

⁵⁷⁷ MELISH Tara J. y ALIVERTI Ana., "Positive Obligation...", op.cit.

⁵⁷⁸ DULITZKY, Ariel., "Alcance de las obligaciones...", op.cit. p. 91.

⁵⁷⁹ TEDH, *X and Y vs. Los Países Bajos*, sentencia de 26 de marzo de 1985, párr.27.

⁵⁸⁰ TEDH, *Öneryıldız vs. Turquía*, párr.89, TEDH, *Osman vs. Reino Unido*, sentencia de 28 de octubre de 1998; TEDH, *Paul and Audrey Edwards vs. Reino Unido*, no. 46477/99, sentencia de 14 de marzo de 2002, párr. 54; TEDH, *İlhan vs. Turquía*

Desde esa perspectiva, la estimación de una protección efectiva de los derechos convencionales no se agota exclusivamente en el deber de no intervención de los Estados, sino que también puede requerir su participación activa o afirmativa para protegerlos⁵⁸¹. Sin embargo, la exigencia de tomar las medidas razonables y apropiadas para garantizar un derecho, en el sentido de interferir, tendrá como límite el inherente respeto de los derechos mismos⁵⁸², para lo cual el Tribunal debe encontrar el justo balance entre el interés general de la comunidad y los intereses del individuo⁵⁸³, que en ambos contextos el Estado gozará del margen de apreciación para decidir las medidas que debe tomar y para asegurar su compatibilidad con el Convenio Europeo⁵⁸⁴.

De igual forma, en los casos *Pretty vs. Reino Unido*, *Members of the Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses and 4 Others vs. Georgia*, el TEDH sostuvo que asegurar el ejercicio del derecho a la integridad física y psicológica en conexión con el artículo 1 del Convenio Europeo, adicionalmente exige a los Estados la adopción de las medidas destinadas a asegurar que los individuos dentro de su jurisdicción no estén sujetos a torturas o tratamientos inhumanos o degradantes, incluso si tales tratamientos emanan de particulares⁵⁸⁵. Particular mención merece aquí el desarrollo de las obligaciones positivas en la constatación de violaciones producidas por actos de particulares, amparadas en vacíos legales o en la falta de medidas legales para enmendar conflictividad normativas del Derecho interno con el Convenio Europeo, para reforzar el efecto horizontal del Convenio Europeo⁵⁸⁶.

El sentido configurador de los sistemas jurídicos internos, claramente visible a partir de las modificaciones legislativas establecidas por los tribunales regionales, esclarece el alcance de las

[GC], no. 22277/93, sentencia de 27 de junio de 2000, párr. 91; TEDH, *Kılıç vs. Turquía*, no. 22492/93, sentencia de 28 de marzo de 2000, párr 62 y TEDH, *Mahmut Kaya vs. Turquía*, no. 22535/93, sentencia de 28 de marzo de 2000, párr. 85.

⁵⁸¹ TEDH, *Marckx vs. Bélgica*, párr.31. Asimismo lo afirmaría después en otros asuntos, por ejemplo, TEDH, *Broniowski vs. Polonia*, párr.143; TEDH, *Sovtransavto Holding vs. Ucrania*, no. 48553/99, párr. 96, TEDH, *Keegan vs. Irlanda*, sentencia de 26 de mayo de 1994 y TEDH, *Kroon and Others vs. Los Países Bajos*, sentencia de 27 de octubre de 1994.

⁵⁸² En el caso *Pawell and Rayner* el Tribunal Europeo sostuvo que la intervención del Estado para proteger el derecho a la vida privada contenido en el artículo 8.1 del Convenio solo sería de conformidad con el párrafo 2 del mismo artículo. TEDH, *Pawell and Rayner vs. Reino Unido*, sentencia de 24 de junio de 1990, párr.41,

⁵⁸³ Por ejemplo, TEDH, *Ress vs. Reino Unido*, sentencia de 17 de octubre de 1986, párr.35; TEDH, *Coseey vs. Reino Unido*, sentencia de 27 de septiembre de 1990, párr.37. Vid. VAN DER SCHYFF, G., *Limitation of Rights. A Study of the European Convention and the South African Bill of Rights*, Wolf, Nijmegen, 2005, p. 66; CALPHAM, Andrew., "The 'Drittwirkung' of the Convention", en R. St. MACDONALD y F. MATSCHER & H. Petzold (ed), *The European system for the protection human rights*, Martinus Nijhoff, Boston/London, 1993, pp. 163-205.

⁵⁸⁴ TEDH, *Pawell and Rayner vs. Reino Unido*, párr. 41.

⁵⁸⁵ TEDH, *Pretty vs. Reino Unido*, no. 2346/02, sentencia de 24 de abril de 2002, párr. 50 y 51; TEDH, *Members of the Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses and 4 Others vs. Georgia*. no. 71156/01, 3 de mayo de 2007, para. 96.

⁵⁸⁶ AKANDJI-KOMBE, Jean-François., *Positive obligations...*op.cit. p. 15.

obligaciones asumidas por los Estados con el Convenio Europeo y la Convención Americana. Aunque ciertamente la intensidad del tratamiento judicial varía de uno y otro, en términos generales no podría aducirse diferencias conceptuales como acciones positivas que requieren de la cooperación de los parlamentos para ajustar contenidos regulatorios de los derechos sustantivos relacionados, a saber, de fuente constitucional y convencional. No obstante, a tomar en cuenta con algunos matices al tenor del artículo 30 de la CADH y 18 del CEDH, es decir, de los límites que algunos derechos permiten por virtud de su propia naturaleza⁵⁸⁷.

Si bien la Corte IDH apuesta por el *effet utile* de la CADH en los requerimientos de modificaciones legislativas, tampoco reduce la exigencia de ciertos derechos convencionales, como la rectificación o respuesta (art.14 CADH) a la existencia de regulaciones internas para ello, de manera que la aplicación directa de la CADH es posible en virtud de las obligaciones de la disposición 1.1; aun cuando tales derechos no hayan sido reconocidos o desarrollados legislativamente en la jurisdicción interna⁵⁸⁸. El Tribunal Europeo ha descansado la exigencia de los derechos convencionales en criterios más recatados o ponderados, en virtud del margen de apreciación nacional que los Estados disponen para adoptar las medidas jurídicas para garantizar tales derechos. Pero cuando ha tenido que exigir el reconocimiento y garantía interna de derechos vulnerados ha sido más enérgico, por ejemplo, para que se le reconociera legalmente la condición transgénero a una persona⁵⁸⁹.

5.2 La exigencia de medios

Las obligaciones de medio pueden ser ilustradas con mayor claridad en las exigencias de investigar los malos tratos o violaciones al derecho a la vida y con base a la falta de un recurso efectivo⁵⁹⁰. En el caso *Tanis and Others vs. Turquía*, el Tribunal Europeo sostuvo el incumplimiento de la obligación del Estado demandado por la falta de una investigación efectiva en el caso de la desaparición de la víctima. Lo expresado respecto a las obligaciones no se limitaba a los casos de homicidios intencionales que resulten del uso de la fuerza por parte de agentes del Estado, sino

⁵⁸⁷ Normalmente los derechos de libertad, como la vida privada y familiar, la libertad de creencia y religión, la libertad de pensamiento y expresión, el derecho de reunión, asociación, etc. *Vid.* DULITZKY, Ariel., "Alcance de las obligaciones...", *op.cit.* pp. 102 y 103.

⁵⁸⁸ Corte IDH, OC-7/86, párrs.23 y 28.

⁵⁸⁹ TEDH, *Christine Goodwin vs. Reino Unido*, sentencia de 11 de julio de 2002, párr. 93.

⁵⁹⁰ AKANDJI-KOMBE, Jean-François, *Positive obligations...*, *op. cit.*p. 17.

que se aplican también para casos en que una persona ha desaparecido en circunstancias que pueden ser consideradas como peligrosas para la vida⁵⁹¹.

La obligación de medios se deriva del compromiso genérico de los Estados de ofrecer una respuesta efectiva a través de mecanismos jurídicos y procesales (art.2 CADH), que conduzcan a la realización de ciertos deberes relacionados con la protección de los derechos sustantivos (art. 1.1 CADH), aunque no necesariamente a la producción de un resultado esperado. Las que se proyectan de forma más evidente en aquellas circunstancias que afectan directamente derechos elementales como la vida, la integridad física o psicológica. La Corte IDH ha entendido que la obligación de medios se ve reflejada en la exigencia de protección efectiva de los derechos, a través de cambios estructurales, operativos y de conducta necesaria para asegurar los derechos sustantivos, concretamente en la exigencia de medios para “prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención”⁵⁹².

En ese mismo sentido, en la citada sentencia *Öneryıldız vs. Turquía* el Tribunal Europeo estableció que en la protección del derecho a la vida, las obligaciones de los Estados comprendían además de ofrecer una respuesta adecuada, judicial o de otra índole, la aplicación correcta de ese marco legal de forma que cualquier violación sea reprimida y castigada⁵⁹³. Del mismo modo que deducía la obligación positiva de salvaguardar el derecho a la integridad física comprendía la eficacia de la investigación criminal⁵⁹⁴.

En el examen de la vulneración del artículo 3 del Convenio el Tribunal Europeo ha desarrollado el contenido de las obligaciones positivas de los Estados de la protección efectiva contra los malos tratos o degradantes, hacia un deber adicional del Estado a realizar una investigación oficial bajo la debida diligencia, que no se limita a los malos tratos ejecutados a manos de agentes del Estado⁵⁹⁵;

⁵⁹¹ TEDH, *Tanis and Other vs. Turquía*, no. 65899/01, sentencia de 2 de agosto de 2005, párr. 205.

⁵⁹² Corte IDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. párr.167.

⁵⁹³ TEDH, *Öneryıldız vs. Turquía*, párr.91, TEDH, *Osman vs. Reino Unido*, sentencia de 28 octubre de 1998, Reports 1998-VIII, p. 3164, párr.115; TEDH, *Paul and Audrey Edwards vs. Reino Unido*, 54.

⁵⁹⁴ TEDH, *Osman vs. Reino Unido*, párr. 128; TEDH, *M.C. vs. Bulgaria*, no. 39272/98, sentencia de 4 de diciembre de 2004, párr.152.

⁵⁹⁵ TEDH, *Members of the Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses and 4 Others vs. Georgia*. no. 71156/01, 3 de mayo de 2007, párr.97; TEDH, *Assenov and Others vs. Bulgaria*, sentencia de 28 octubre de 1998, párr. 102; TEDH, *Bati and Others vs. Turquía*, nos. 33097/96 y 57834/00, sentencia de 3 de junio de 2004, párr. 136, y TEDH, *Abdüsamet Yaman vs. Turquía*, no. 32446/96, párr. 60.

sino también de particulares por la falta de protección contra dichos actos⁵⁹⁶. La eficacia de las obligaciones en todos los casos debe de cumplir con los criterios de independencia, imparcialidad, publicidad y la debida diligencia y prontitud⁵⁹⁷.

Desde *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, la Corte Interamericana ha reiterado que la imputación de hechos violatorios de la CADH a un Estado no se agota en la actuación claramente lesiva de derechos por los agentes estatales, como sería la detención arbitraria y posterior desaparición de una persona; sino también en la omisión de órgano público, por ejemplo, por la falta de diligencia para investigar la detención y desaparición denunciada. De forma que la responsabilidad internacional de un Estado podría verse comprometida cuando la violación, aún si es obra de un particular, porque no se ha identificado el autor de la trasgresión, “por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención”⁵⁹⁸.

La Corte Interamericana ha planteado que “la obligación general de garantizar los derechos humanos consagrados en la Convención, contenida en el artículo 1.1 de la misma, deriva la obligación de investigar los casos de violaciones del derecho sustantivo que debe ser amparado, protegido o garantizado”⁵⁹⁹. En ese sentido, la obligación de investigar es entendida como una obligación de medio pero no de resultado cuyo incumplimiento no se demuestra porque ésta no produzca un “resultado satisfactorio”, sino que ello significará que deba “emprenderse con seriedad” y “como un deber jurídico propio”, no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa⁶⁰⁰.

Asimismo se ha identificado el cumplimiento de ésta obligación positiva con el accionar *ex officio* del Estado para realizar la investigación, bajo los criterios de celeridad, seriedad, imparcialidad y efectividad, especialmente cuando está involucrados el derecho a “la libertad personal, integridad

⁵⁹⁶ TEDH. *Castello Roberts vs. Reino Unido*, sentencia de 25 de marzo de 1993, párr.26.

⁵⁹⁷ TEDH, *Menesheva vs. Rusia*, sentencia de 9 de marzo de 2006, párr. 64 y TEDH, *Jasinskis vs. Letonia*, no. 45744/08, sentencia de 21 de diciembre de 2010, párr.76.

⁵⁹⁸ En ese sentido, la Corte Interamericana ha sostenido que la intención de dilucidar si la violación a los derechos humanos había tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si éste había actuado de manera que la trasgresión se había cumplido en defecto de toda prevención o impunemente. Corte IDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, párr.172 y 173.

⁵⁹⁹ Corte IDH, *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, sentencia de 31 de enero de 2006. párr. 142; Corte IDH, *Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*, sentencia de 4 de julio de 2007, párr. 88, y Corte IDH, *La Cantuta vs. Perú*, sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr. 110 y Corte IDH, *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, sentencia de 12 de agosto de 2008, párr.115.

⁶⁰⁰ Corte IDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. párr.177; Corte IDH, *Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*, sentencia de 27 de abril del 2012, párr. 129 y Corte IDH, *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, párr.192.

personal y vida”⁶⁰¹. La conexión del aspecto sustantivo y procesal de las obligaciones positivas, sin embargo, puede llegar a exigir el deber de organizar el aparato estatal, por ejemplo, para prevenir desapariciones forzadas de personas, como garantía de impunidad y la repetición de los hechos, y su efectiva protección en las medidas diligentes para investigarlos, y en su caso sancionar a los responsables⁶⁰². Así se ha comprendido que el compromiso internacional de los Estados de “suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos”, está implícito en el de sustanciarlos de “conformidad con las reglas del debido proceso legal”. Por tanto, el derecho de acceso a la justicia solo se entiende asegurado, cuando las víctimas o sus familiares tienen la posibilidad de ejercer en tiempo todos los medios necesarios para conocer la verdad de los hechos, y que se sancione a los responsables⁶⁰³.

6. La obligación recaída en los parlamentos nacionales

Como se ha explicado, las obligaciones que asumen los Estados para garantizar los derechos reconocidos en el CEDH y la CADH también recaen sobre la actividad legislativa de los parlamentos nacionales⁶⁰⁴. En consecuencia la noción del control jurisdiccional de los tribunales regionales no se restringe a los actos no normativos, sino al enjuiciamiento del Derecho interno, en caso que la inacción o la acción del legislador o constituyente no se ajuste a los cánones de protección deducidos de la jurisprudencia europeo e interamericana. De hecho, en la jurisprudencia regional es posible constatar una serie de funciones legislativas de los parlamentos nacionales respecto al cumplimiento de las obligaciones convencionales asumidas por un Estado, concretamente, para desarrollar el texto convencional en el Derecho interno de acuerdo con la disposición segunda de la CADH, lo que también podría deducirse de la expresión “respetar” de la disposición primera del CEDH, a falta de mayor claridad, aunque haciendo la salvedad de su escaso desarrollo en la jurisprudencia europeo, al menos con la misma claridad y determinación de la Corte IDH⁶⁰⁵. En ese ámbito comparativo, se ha insistido en que la Corte IDH ha tenido un papel más influyente en la

⁶⁰¹ Corte IDH, *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, párr.115.

⁶⁰² Corte IDH, *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2003, párr. 156; Corte IDH, *Goiburú y otros vs. Paraguay*, sentencia de 22 de septiembre de 2006, párr. 89; Corte IDH, *La Cantuta vs. Perú*, párr. 115.

⁶⁰³ Corte IDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, párr. 91; Corte IDH, *González Medina y familiares vs. República Dominicana*, sentencia de 27 de febrero de 2012, párr. 207 y Corte IDH, *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, párr.191.

⁶⁰⁴ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. y MÉNDEZ SILVA, R. “El alcance de las obligaciones...”, op.cit. p. 127.

⁶⁰⁵ El TEDH ha sido más incisivo en denotar tales obligaciones en casos sobrevenidos a problemas estructurales en los ordenamientos jurídicos internos, que han requerido su modificación de acuerdo al sentido expresado en el CEDH y la jurisprudencia europea, típicamente, por medio del procedimiento de los *pilot judgment*, aunque también por las sentencias ordinarias.

construcción de una cultura de derechos, por medio de una empeñada articulación normativa encomendada a los legisladores en virtud del artículo 2 de la CADH; que le ha llevado a sostener la responsabilidad internacional de un Estado por actos u omisiones legislativas⁶⁰⁶.

En principio, la premisa de que se parte es el sentido positivo de las obligaciones en la CADH a los parlamentos nacionales para materializar la obligación primaria de armonización legislativa, vía compatibilización de las normas contrarias al fin y objeto de la misma inmediatamente a su recepción⁶⁰⁷. Por otra parte, desde la perspectiva negativa de las obligaciones, los parlamentos están llamados a contener su función legislativa para no invadir reglamentariamente, más allá de los límites permitidos por los tratados, ciertos derechos y libertades así como para expedir leyes incompatibles con la Convención Americana. Asimismo, la inacción frente el mandato positivo podría causar responsabilidad internacional por la omisión legislativa de adecuar las normas internas con los estándares mínimos establecidos en la CADH y la jurisprudencia regional; lo que en un plano reparatorio podría convertir al legislador en ejecutor de las medidas legislativas sobrevenidas en una declaración de responsabilidad internacional.

El objetivo de armonización normativa que parece explícito en tal disposición, convive con la idea de que tal finalidad procede de la CADH y no del Derecho interno, de modo que al proyectarse internamente el tratado maximiza la protección de los derechos humanos; “acarreado en ese propósito la revisión o revocación de leyes nacionales – particularmente las de excepción – que no se adecuen a sus estándares de protección”⁶⁰⁸.

El deber de prevención que subyace en la disposición segunda del CADH, como ha sostenido CANÇADO TRINDADE, se proyecta en un sentido amplio como acción y omisión que puede llegar a configurar responsabilidad internacional; sin la necesidad de la búsqueda de un elemento subjetivo adicional, sino por el simple hecho de incumplirlo; por cuanto la responsabilidad en ese

⁶⁰⁶ *Supra* (Sección 3 y 4 de la Primera Parte del Capítulo Primero).

⁶⁰⁷ Y como un deber compatible con el contenido en el artículo 1.1 de la Convención Americana. NIKKEN, Pedro., “El artículo 2 de la convención americana sobre derechos Humanos como fundamento de la obligación de ejecutar en El orden interno las decisiones de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. En: Working Session on the Implementation of International Human Rights Obligations and Standards in the Inter-American System (Washington, D.C., 1 de marzo de 2003), 2003.

⁶⁰⁸ Voto disidente del ex juez CANÇADO TRINDADE a la sentencia resolutoria de la solicitud de interpretación de la Amparo vs. Venezuela, del 16 de abril de 1997, párr.13 y 14. En el mismo sentido, IBÁÑEZ RIVAS, J.M., “Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, No. 8. 2012, pp. 103-113.

sentido es absoluta. En ese sentido, la responsabilidad puede verse comprometida por la simple aprobación y promulgación de una ley contraria a sus obligaciones internacionales convencionales de protección, o por la no-adequación de su Derecho interno para asegurar el fiel cumplimiento de tales obligaciones, o por la no-adopción de la legislación necesaria para dar cumplimiento a éstas últimas⁶⁰⁹.

No obstante, cabría aclarar que la obligación legislativa para garantizar los derechos convencionales en el sentido antes expresado, no implica la de incorporar los textos convencionales en los sistemas jurídicos internos, tampoco de proveerlos de cierta jerarquía normativa. Tanto la CADH⁶¹⁰ como el CEDH⁶¹¹ no contienen disposición alguna que obligue a los Estados a incorporarlos en sus sistemas jurídicos como garantía de cumplimiento. Efectivamente, el Tribunal Europeo ha sostenido en el caso *James and Others* que del artículo 1 del CEDH no se desprende una obligación concreta de incorporar el Convenio Europeo en el sistema legal interno, pero sí una obligación de garantizar el ejercicio de los derechos sustantivos en el derecho local, por un medio u otro⁶¹².

En ese orden, se puede inferir, siguiendo a JORG POLAKIEWICZ, que una de las formas en que los Estados responden formalmente a la obligación del artículo 1 del CEDH es determinada por el medio de recepción de un tratado internacional⁶¹³; empero, ello no es garantía del cumplimiento efectivo del mismo ni del seguimiento de la jurisprudencia del TEDH, según agrega al respecto QUERALT JIMÉNEZ⁶¹⁴. Así, los mecanismos legales para garantizar los derechos convencionales a nivel local pueden variar de un Estado a otro, por la formalidad de recepción interna del CEDH para regular su exigibilidad directa o indirecta ante las instancias nacionales, en el sentido protector expresado en el tratado. Por ello que en Europa como en América la recepción del CEDH y la CADH es heterogénea como su jerarquía, por citar un ejemplo, en España el CEDH adquiere

⁶⁰⁹ Voto disidente del ex juez CANÇADO TRINDADE a la sentencia resolutoria de la solicitud de interpretación de la *Amparo vs. Venezuela*, del 16 de abril de 1997, párr. 22.

⁶¹⁰ DULITZKY Ariel., "An Inter-American Constitutional..." op.cit. p. 53.

⁶¹¹ Así, QUERALT JIMÉNEZ en relación al Convenio Europeo. *Vid.* QUERALT JIMÉNEZ, A., *La interpretación...*, op.cit. p. 154.

⁶¹² TEDH, *James and Others vs. Reino Unido*, sentencia de 21 de febrero de 1986, párr. 84.

⁶¹³ POLAKIEWICZ JORG, G., "The implementation of the ECHR and of the decision of the Strasbourg Court in Western Europe", en EVERT A. ALKEMA, THEO L. BELLEKOM, ANDREW Z. DRZEMCZEWSKI, et. al (ed) *The Domestic Implementation of the European Convention on Human Rights in Eastern and Western Europe*, Proceeding of the seminar held in Leiden, (24-26 October 1991), European Human Rights Yearbook, vol.2. 1992, pp. 147-171.

⁶¹⁴ QUERALT JIMÉNEZ, A., *La interpretación...*, op.cit. p. 154 y ss.

rango supralegal y es de aplicación directa en virtud del mecanismos de recepción interna, pero también adquiere valor interpretativo según el 10.2 CE. Mientras en Nicaragua la CADH ha sido constitucionalizada (art. 46 CN) y es posible la invocación directa de su contenido material en sentido preferente sobre las demás normas internas⁶¹⁵.

A diferencia del Sistema Europeo la intensidad discursiva de la Corte IDH con el control de convencionalidad supone una obligación a todos los jueces y autoridades nacionales para velar para que “los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin”⁶¹⁶, como expresión clara de su efecto directo y preferente sobre las demás normas internas; de modo que la efectividad de la CADH no dependerá de la forma en que ha sido incorporado en el derecho nacional⁶¹⁷. En esa idea, claramente opuesta a la seguida por el TEDH, el legislador se ve indudablemente exigido hacer valer el efecto útil del tratado en su función legislativa; debiendo para ello adoptar los criterios jurisprudenciales para imprimir el contenido protector requerido, por razón de una sentencia contra el Estado mismo o por el efecto *res judicata* de las sentencias⁶¹⁸.

Con lo cual el sentido preventivo y pro futuro se ve reforzado tanto para corregir las contrariedades manifiestas del Derecho local, como para garantizar la no repetición de las mismas en la práctica. La idea del legislador como garante y artífice de la articulación normativa interna con la CADH, puede verse amparado adicionalmente al artículo 2 de la CADH, como DULITZKY lo ha sostenido para los jueces internos, en su disposición 69 que requiere la notificación de todas sentencias de la Corte IDH a los Estados miembros de la OEA⁶¹⁹. Por cuanto, sugiere la comunicación de los fallos a los poderes constituidos, para ser tomados en cuenta como criterios mínimos en materia de derechos humanos⁶²⁰. En esa lógica se cree en el desconocimiento injustificado de la jurisprudencia en la actividad legislativa, al momento de articular o perfeccionar

⁶¹⁵ Véase *Supra* (Sección 1 de la Segunda Parte del Capítulo Segundo).

⁶¹⁶ Según lo expresaría desde *Almonacid Arellano y otros vs. Perú*.

⁶¹⁷ Véase *Infra* (Sección 4.1 de la Segunda Parte del Capítulo Cuarto).

⁶¹⁸ En ese sentido véase *Infra* (Sección 4.2 de la Segunda Parte del Capítulo Cuarto).

⁶¹⁹ DULITZKY Ariel., “An Inter-American Constitutional...”, op.cit. p. 69.

⁶²⁰ En ese sentido, resulta interesante la labor del Parlamento Británico desde la entrada en vigor de la *Human Rights Act* de 1998, que dio efecto directo a disposiciones del CEDH en el orden jurídico inglés, pero concretamente a través de la creación del *Joint Committee on Human Rights*, para evaluar contrariedades normativas con el CEDH y emitir criterios para prevenir violaciones. Sobre éste tema se puede ampliar en HIEBERT, Janet. L., “Parliament and Human Rights Act: can the JCHR help facilities a culture of rights?”, *International Journal Constitutional Law*, (Jan 2006), Vol. 4. No.1. pp. 1-38.; ELLIOT Mark., “United Kingdom: Parliamentary Sovereignty under pressure”, *International Journal Constitutional Law*, (Jan 2004), pp. 545-554.

los sistemas jurídicos internos, como aplica a los tribunales internos al momento de interpretar y aplicar correctamente las normas internas.

En Europa la situación es claramente distinta, por cuanto el Tribunal Europeo no ha abogado por el desarrollo de una doctrina similar al control de convencionalidad que obligue a las autoridades nacionales a la aplicación directa del CEDH contra leyes contrarias a su objeto y fin, incluidas las constitucionales; y, por el contrario, ha prevalecido el margen de apreciación nacional en la aplicación del CEDH, aunque no de todos sus derechos, y la noción de la libertad de medios para cumplir las sentencias del TEDH. En ese sentido, el TEDH entra en confrontación con la discreción de los Estados para garantizar la efectividad del tratado por medio de los mecanismos internos adoptados⁶²¹.

Adicionalmente, el CEDH puede adquirir una aplicación indirecta pero efectiva con base a la función normativa de la jurisprudencia del TEDH en el desarrollo de criterios generales que se extienden al análisis de casos concretos; en todo caso como mecanismo de salvaguarda del sistema de garantía colectiva. En ese sentido, se acuerda respecto al cierto grado persuasivo y efectivo de la jurisprudencia europea respecto a las jurisdicciones y legislaturas nacionales, a partir de cláusulas abiertas de interpretación de los derechos fundamentales, tal como el artículo 10.2 CE, de la que la jurisprudencia del TEDH adquiere relevancia directa en el Derecho interno⁶²². En efecto, para cierto sector de la doctrina española tal situación ha planteado la aplicación indirecta del CEDH en el bloque de constitucionalidad y parámetro de juicio del TC⁶²³.

6.1 La omisión legislativa generadora de responsabilidad internacional

De lo anterior se puede concluir de forma prematura que la existencia de infinidad de acciones por las que los Estados pueden vulnerar el Convenio Europeo y la Convención Americana, también puede ocurrir por omisiones de los poderes públicos, incluso, de los poderes legislativos. En ese escenario, un Estado puede ver comprometido internacionalmente por omisiones legislativas de

⁶²¹ En algunos Estados donde la CADH no adquiere rango constitucional, su preferencia sobre leyes en conflicto con el tratado, antes y después de su ratificación, es en principio reconocido en Bélgica, Chipre, Francia, Grecia, Luxemburgo, Malta, Portugal, España y Suiza. *Vid.* POLAKIEWICZ JORG, G., "The implementation...", op.cit. p. 152.

⁶²² POLAKIEWICZ JORG, G., "The implementation...", op.cit. p. 153.

⁶²³ Para ahondar en este asunto véase *Infra* (Sección 4.2 de la Segunda Parte del Capítulo Cuarto).

sus parlamentos, concretamente, en el incumplimiento de la obligación general de adecuar las leyes internas al estándar mínimo de protección contenido en los textos convencionales. En un sentido equivalente a los sistemas constitucionales es posible sostener que la idea de protección de los derechos en ambos sistemas regionales se proyecta del mismo modo: como un control frente a las acciones y omisiones de los poderes públicos que directamente afectan derechos reconocidos⁶²⁴.

En efecto, la Corte IDH ha afirmado que un Estado puede violar la CADH al “omitir dictar las normas a que está obligado por el artículo 2” de la Convención Americana⁶²⁵; por cuanto su órgano legislativo no ha sido capaz de garantizar la operatividad interna de tal disposición en conexión con los derechos sustantivos. Las leyes de amnistía son el ejemplo claro de la transgresión de la obligación primaria que demanda una acción concreta destinada a expulsar del ordenamiento jurídico a una ley privativa de derechos convencionales cuya declaración de incompatibilidad ha sido estimada en diversos precedentes⁶²⁶.

En ese orden de ideas, la obligación de respetar los derechos (art.1.1 CADH) empieza por suprimir, derogar, anular o expulsar del Derecho interno dichas leyes (art.2 CADH); por tanto, la respuesta a la cuestión de que si el Estado primero debe ser condenado o requerido directamente para ejecutar tales reformas es que no es necesario; pues del *effet utile* del tratado se desprende que se debe optar por su aplicación directa y de la jurisprudencia de la Corte IDH⁶²⁷. Primero como respuesta a un hecho comprobable, esto es, evitar la repetición de casos similares en virtud de normas jurídicas ya declaradas incompatibles, y segundo, como consecuencia del control de convencionalidad deducido por la Corte IDH, que deja en manos de los órganos internos la obligación de inaplicar leyes contrarias al CADH.

⁶²⁴ GAVARA de CARA, J. C., *La proyección interna...*, op.cit. p. 90.

⁶²⁵ Corte IDH, OC-14/94, párr.37, OC-13/96, párr. 26.

⁶²⁶ En ese sentido, es claro el ejemplo del control jurisdiccional ejercido por la Corte IDH sobre leyes que contienen la regla de proscripción de la impunidad en casos de amnistías, indultos y leyes de perdón en los casos *Barios Altos vs. Perú*; *Almonacid Arellano vs. Chile*; *Gómes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil* y *Gelman vs. Uruguay*. Sobre este tema véase a QUINCHE RAMÍREZ, M.F, Universidad del Rosario, Bogotá, 2013; BEAUDRY Jonas- Sébastien., “La invalidez ab initio de las leyes de amnistía en América Latina: la contribución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista general de legislación y jurisprudencia: 3ª época*, 2010, año 157, No. 1, enero-marzo, pp. 29-64.

⁶²⁷ Véase en el voto disidente del ex juez CANÇADO TRINDADE a la sentencia resolutoria de la solicitud de interpretación de la *Amparo vs. Venezuela*, del 16 de abril de 1997, párr. 22 y ss. Asimismo, en su voto razonado a la citada sentencia *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*.

En términos generales la omisión legislativa solo podría sustentarse como posible generadora de responsabilidad internacional como resultado de la afectación directa de derechos y no *in abstracto*, excepto si aquellas leyes que han sido consideradas “leyes de aplicación inmediata” y que el simple hecho de ser expedidas generen una vulneración *per se* de la CADH. En esos términos, es posible deducir la eventual condena contra un Estado por la omisión del mandato positivo de suprimir o inaplicar las leyes contrarias al objeto y fin de la CADH, y en este sentido también aplicable al CEDH⁶²⁸, del mismo modo por la inacción del legislador para garantizar los derechos convencionales, o bien por su accionar insuficiente que termina por dejar incompletas las regulaciones internas tendentes a reconocer o regular el ejercicio de determinados derechos.

6.2 La expedición de leyes incompatibles

Siguiendo las líneas expuestas arriba se aprecia que la obligación de un Estado a adoptar medidas legales para garantizar los derechos convencionales, también se erige en la obligación de no dictar disposiciones que no sean conforme a las exigencias de la Convención Americana⁶²⁹. A rasgos generales, la inobservancia de aquel deber general implicaría la responsabilidad internacional no por omisión sino por un acto directamente contrario al sentido preventivo del artículo 2 de la CADH, y como violación de una obligación negativa o un deber de autocontención. Pero tal apreciación no es absoluta y la Corte IDH lo ha delimitado a ciertas circunstancias.

En la citada OC 14-94, la Corte Interamericana se extendió sobre este asunto y aclaró que “no toda ley que entra en vigor necesariamente afecta la esfera jurídica de personas determinadas. Puede suceder que esté sujeta a actos normativos posteriores, al cumplimiento de ciertas condiciones o, llanamente, a su aplicación por funcionarios del Estado, antes de afectar esa esfera. O puede ser que, en cambio, las personas sujetas a jurisdicción de la norma se afecten por la sola vigencia de la misma”⁶³⁰. En el razonamiento de la Corte IDH se colige, así, la existencia de dos tipos de leyes de las que se podría afirmar su contrariedad a la prohibición convencional de ser promulgadas: las leyes de aplicación inmediata, entre las que se citan las de amnistía ya referidas – *per se* violatorias

⁶²⁸ Según la jurisprudencia constante del TEDH en diversos casos y en particular el algunos casos resueltos contra España. Véase *Infra* (Sección 4 de la Primera Parte del Capítulo Tercero).

⁶²⁹ Corte IDH, OC-14/94, párr.26.

⁶³⁰ Ídem. párr.41.

de la CADH –⁶³¹, y las leyes sujetas a condiciones para su aplicación y, en consecuencia, para afectar derechos.

Sobre estas últimas la Corte ha establecido que no constituyen una violación *per se* de la CADH desde su entrada en vigor⁶³², por cuanto son leyes facultativas de las autoridades nacionales “para tomar medidas de acuerdo con ellas”; de modo que hasta que no sea aplicada no generaría responsabilidad internacional por la afectación concreta de derechos y libertades; sin que ello desmerezca apreciar su prohibición a la luz del artículo 2 de la Convención Americana. En ese sentido, ha agregado que esperar a su aplicación y, por ende, a la declaración posterior de violación de las disposiciones de la Convención Americana resulta contrario al sentido preventivo de la obligación general del artículo 2⁶³³; lo que, por otra parte, no implica la habilitación de su competencia contenciosa para conocer y pronunciarse sobre su presunta inconventionalidad, pues solo podría hacerlo “en ejercicio de su función consultiva en aplicación del artículo 64.2 de la Convención”⁶³⁴. En todo caso, a quien sí habilita es a la CIDH con base a su función principal de promover la observancia y defensa de los derechos humanos, que en el supuesto de dichas leyes podría pronunciarse para evitar que las violaciones se consumen con su aplicación, bajo el mecanismo de las medidas provisionales (art. 63.2 de la CADH)⁶³⁵.

Así, entonces, la apreciación de la expedición de leyes contrarias a la CADH no representa un punto de análisis sobre la omisión o la simple falta de una ley interna que haga efectivo a un derecho, por ejemplo, “a solicitar indulto, amnistía o conmutación de la pena, en los términos del artículo 4.6 de la Convención Americana”, sobre lo que la jurisprudencia interamericana ha

⁶³¹ En efecto, en el caso *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*, la Corte IDH estimaría que aun cuando no se había ejecutado al recurrente, condenado a muerte, el incumplido el artículo 2 de la Convención se configuró por “la sola existencia del artículo 201 del Código Penal guatemalteco, que sanciona con pena de muerte obligatoria cualquier forma de plagio o secuestro y amplía el número de delitos sancionados con dicha pena”. De ese modo, encontraba que dicha disposición era *per se* violatoria de la disposición 2 de la CADH. Corte IDH, *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*, sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 88.

⁶³² Corte IDH, OC-14/94, párr.42.

⁶³³ *Ibíd.* párr. 44 y 45.

⁶³⁴ Habida cuenta que “La jurisdicción contenciosa de la Corte se ejerce con la finalidad de proteger los derechos y libertades de personas determinadas y no con la de resolver casos abstractos. No existe en la Convención disposición alguna que permita a la Corte decidir, en el ejercicio de su competencia contenciosa, si una ley que no ha afectado aún los derechos y libertades protegidos de individuos determinados es contraria a la Convención”. *Ibíd.* párr. 49.

⁶³⁵ Solo en el supuesto que las lesiones de los derechos no se hayan podido evitar, bien por los recursos internos disponibles o por medio de las medidas cautelares, la vía siguiente sería el canal contencioso de la Corte Interamericana. *Ibíd.* párr. 48.

calificado como incumplimiento del artículo 2 de la Convención⁶³⁶; sino en la obligación inobservada con la acción no esperada del Estado, es decir, una conducta pasiva para proteger el sentido garantista del tratado.

⁶³⁶ Corte IDH, *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*, párr. 89.

CAPÍTULO III

EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS NORMAS INTERNAS EN LA PRÁCTICA CONTENCIOSA DEL TEDH Y LA CORTE IDH EN LOS CASOS SOMETIDOS CONTRA ESPAÑA Y NICARAGUA

Introducción

Una vez delimitado el ámbito de aplicación y los elementos configuradores de control jurisdiccional en la vasta jurisprudencia del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana, practicado en el Derecho interno de los diversos Estados partes del Convenio Europeo y la Convención Americana; en este capítulo damos inicio al análisis comparativo sobre el citado control en el sistema jurídico español y nicaragüense; sobre la base de los casos sometidos contra éstos, y más concreto, con base a los casos en que ambos tribunales han examinado las disposiciones internas a la luz de los textos convencionales. En ese sentido, el examen propuesto no incluye solo aquellos casos en que España y Nicaragua han sido declarados responsables internacionalmente, sino, también, aquellos en que pese a no haberse llegado a tal conclusión sí se han aplicado el test de convencionalidad de las normas, bajo las técnicas o principios de interpretación antes aludidos. En el presente capítulo hemos considerado pertinente no entrar en el análisis de las consecuencias de las violaciones constadas, lo cual dejamos para un análisis posterior y más detallado en el siguiente capítulo.

La primera parte está compuesta de una breve reseña sobre el debate interno respecto al ejercicio de las potestades del Tribunal Europeo en los ámbitos jurisdiccionales de los tribunales internos, a modo aclaratorio, para desmarcar el control jurisdiccional internacional de aquellas atribuidas a otros organismos supranacionales, bajo la típica transferencia de competencias de los sistemas de integración regional sobre la base del Derecho Comunitario. A esto le sigue una delimitación de los casos a analizar y la consecuente categorización de los diversos grados de intensidad del control jurisdiccional, ubicado aquí como control indirecto y directo de convencionalidad sobre diversas disposiciones internas del Derecho español. En estudio de esta sección comporta, por tanto, un componente analítico de las áreas del Derecho cuestionadas bajo aquél control heterogéneo, y uno descriptivo para comprender a rasgos generales los niveles de comparación asumidos.

La segunda parte sigue el camino trazado por la primera. Así se da inicio al análisis comparativo a partir de la delimitación jurisdiccional de la Corte IDH en los conceptos internos de unidad jurisdiccional y a partir de la competencia *ratione materiae* y *ratione temporis* de la Corte. Considerando que los casos en que Nicaragua ha sido declarada responsable internacionalmente implican un cuestionamiento directo del ordenamiento interno, se aborda el mismo desde la idea expuesta con anterioridad de Estado-Legislador, donde el análisis del control de convencionalidad se expresa sobre los diversos ámbitos normativos, como también de las que proceden de la acción y la omisión del legislador ordinario y el propio constituyente.

PRIMERA PARTE

El control jurisdiccional incidental del TEDH en los casos sometidos contra España

1. La falta de transferencia competenciales al TEDH en la Constitución Española

España ratificó el Convenio Europeo el 4 de octubre de 1979 y con ello las competencias atribuidas al TEDH en dicho tratado⁶³⁷, que luego pasarían a ser obligatorias para todos los Estados partes con la adopción y entrada en vigor del Protocolo Adicional No. 11, ratificado por España el 28 de noviembre de 1996⁶³⁸. Empero, en vista de que el CEDH fue ratificado por medio del artículo 94.1.c) CE, por aprobación no legislativa de las Cortes Generales⁶³⁹, a rasgos generales domésticamente se ha deducido que el Tribunal Europeo ejerce una jurisdicción internacional y no supranacional en el sentido del artículo 93 CE⁶⁴⁰; por la que se autoriza la transferencia de competencias al TJUE⁶⁴¹. Aunque cierto es que ello no es expresado en tal disposición, se sabe que fue redactado con la idea del acceso eventual de España a la Comunidad Europea hoy Unión Europea⁶⁴².

En ese sentido, de acuerdo al Derecho español el Tribunal Europeo ejerce una función jurisdiccional de carácter internacional y no supranacional, con competencia para resolver controversias que versan sobre los derechos humanos contenidos en el Convenio Europeo⁶⁴³ entre las que destacamos las derivadas de incompatibilidades de las normas internas con el CEDH. Así pues, las potestades jurisdiccionales del TEDH están determinadas en el Convenio Europeo y no en

⁶³⁷ España firmó el CEDH el mismo día de su admisión al Consejo de Europa, el 24 de noviembre de 1977 (Boletín Oficial del Estado [en adelante BOE] no.243, de 10 de octubre de 1979); sin embargo, como explica FREIXES SANJUAN, España reconoció la competencia del TEDH inicialmente por 3 años a partir del 15 de octubre de 1979, la que sucesivamente sería renovada por periodos determinados. *Vid.* FREIXES SANJUAN, T. "Las principales construcciones...", op.cit. p. 98.

⁶³⁸ Publicado en el BOE de 26 de junio de 1998.

⁶³⁹ RUIZ MIGUEL, C., *La ejecución...*, op.cit. p. 133.

⁶⁴⁰ El que establece: "Mediante la ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión".

⁶⁴¹ De acuerdo con PÉREZ TREMPs el sentido de la integración supranacional al que alude el artículo 93 constitucional, significa "lisa y llanamente, el ejercicio de poderes por parte del ente supranacional; actuaciones normativas, ejecutivas y judiciales, tradicionalmente desarrolladas por el Estado, [que] se llevan a cabo por el ente supranacional como consecuencia de la integración". En términos negativos esto implica la limitación de la soberanía, pero además "la aceptación automática en el ámbito interno" de las normas y actos dictados por ese ente extraestatal. *Vid.* PÉREZ TREMPs, P., "El concepto de integración supranacional en la Constitución", *Revista de Estudios Constitucionales*, 1992, No.13 (septiembre-diciembre), pp. 103-126.

⁶⁴² TÓRRES PÉREZ, A., "The Judicial...", op.cit. p. 160.; CANOSA USERA, Raúl., *El Control...*, op.cit. p. 84 y ss.

⁶⁴³ El que también es parte del derecho español de conformidad con el artículo 96.1 CE.

el ordenamiento jurídico nacional, el que, pese a estar sujeto al escrutinio internacional del TEDH, no lo es por virtud de delegaciones de competencias; sino por la sujeción al mecanismo de garantía de derechos basado en el principio de subsidiariedad. Del mismo modo, aunque el CEDH es parte del Derecho español no se estima que su máximo intérprete, el TEDH, lo sea del mismo modo del sistema jurídico interno y constitucional⁶⁴⁴; como tampoco se estima que la inserción del CEDH lo sea de forma automática en el bloque de constitucionalidad, según ha comprendido el propio TC, aunque sí la jurisprudencia del TEDH⁶⁴⁵. Así, el TC ha negado que tenga competencia para examinar la observancia o inobservancia de los tratados internacionales, sino comprobar el respeto o la infracción de los preceptos constitucionales que reconocen derechos y libertades⁶⁴⁶.

La relación entre ambos sistemas normativos, no obstante, se estima dinámica por virtud del 10.2 CE, que ha servido de base para una comunicación entre la jurisdicción constitucional e internacional en el ámbito de los derechos, que si bien no operan sobre una misma lógica debido a la estrechez y efectos de las sentencias del TEDH; se espera la articulación de las diversas jurisdicciones para la defensa de los respectivos cuerpos normativos sobre la base de un contenido único⁶⁴⁷. Aunque el tema de la jurisdicción de dicho Tribunal Europeo en el Derecho interno no ha estado ajeno a controversias⁶⁴⁸, aquí nos centraremos en las cuestiones competenciales afrontadas desde su función judicial delimitada en el CEDH, por cuanto el análisis propuesto no se centra en el Derecho interno más sí la proyección nacional del CEDH y la jurisprudencia del TEDH. Tomando como presupuesto que si bien el CEDH es parte del Derecho español, el TEDH no se integra dentro del sistema judicial español⁶⁴⁹, pues las potestades jurisdiccionales son ejercidas de

⁶⁴⁴ Así, contrastando sus competencias, el TC sostenía que “es un órgano de garantía y defensa de la Constitución”, pero que en relación al control de la legalidad del Derecho comunitario este tiene sus propios órganos de garantía (STC 28/1991, de 14 de febrero de 1991, FJ4). Una analogía que resulta aplicable a la jurisdicción del TEDH en relación al CEDH y el TC en cuanto a la CE.

⁶⁴⁵ En efecto, tempranamente el TC aclaró que “La interpretación a que alude el citado art. 10.2 del texto constitucional no convierte a tales tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Si así fuera, sobraría la proclamación constitucional de tales derechos, bastando con que el constituyente hubiera efectuado una remisión a las Declaraciones internacionales de derechos humanos o, en general, a los tratados que suscriba al Estado español sobre derechos fundamentales y libertades públicas. STC 64/1991, de 22 de marzo FJ4.

⁶⁴⁶ STC 214/1991, de 11 de noviembre de 1991.

⁶⁴⁷ REQUEJO PAGÉS, J.L., “Convenio Europeo y Tribunal Constitucional. La inviable diversidad de contenidos en los enunciados de derechos fundamentales”, *Anuario jurídico de La Rioja*, 2000-2001, No. 6-7. pp. 377-386.

⁶⁴⁸ Sobre el análisis de las potestades jurisdiccionales del TEDH a partir de las diversas acepciones del concepto de jurisdicción. *Vid.* RUIZ MIGUEL, C., *La ejecución...*, op. cit. pp. 123-131.

⁶⁴⁹ Artículo 117.1 CE. *Ídem.*

forma exclusiva por los Juzgados y Tribunales en todo tipo de procesos, tanto en lo que corresponde a juzgar como ejecutar lo juzgado⁶⁵⁰.

En ese escenario, se parte del contenido constitucional sobre la administración de justicia comprendido en un binomio sustentado en el principio de unidad jurisdiccional (art. 117.5 CE) y la primacía del Tribunal Supremo (en adelante TS) como el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo en lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (123.1 CE). La exclusividad del ejercicio de las potestades jurisdiccionales excluye que dicha potestad pueda ser ejercida por otros sujetos o poderes no formen parte del Poder Judicial y por ende del Estado español⁶⁵¹. Por ello que el TC haya sostenido que aunque el Convenio Europeo pueda aplicarse de manera directa por las autoridades jurisdiccionales internas no implica lo mismo respecto a la ejecución de las sentencias del TEDH, pues pese a sus vínculos jurídicos (art. 95 CE) el CEDH no introduce en el Derecho interno una instancia supranacional “ni un nuevo sistema de recursos con posibilidad de dejar sin efecto las resoluciones judiciales firmes dictadas por los órganos judiciales internos”⁶⁵². Empero tal apreciación deberá matizarse con la nueva Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que en su artículo 5 bis, reconoce las sentencias del TEDH como nuevo hecho motivo de revisión de una sentencia firme. Por lo que las sentencias del Tribunal Europeo pasan a adquirir ejecutividad en el Derecho español, que no por ello el reconocimiento de transferencia de competencias al TEDH; sino como expresión del principio de seguridad jurídica regulado en la nueva Ley que viene a terminar con la situación de inseguridad que precedió la ejecución de tales sentencias⁶⁵³.

⁶⁵⁰ Según el artículo 117.3 CE.

⁶⁵¹ Sin embargo, esta reserva de jurisdicción a los jueces y magistrados del poder judicial no es absoluta. Se reconocen excepciones a la misma en casos en los que se ejerce jurisdicción por órganos no integrados en el poder judicial. Es el caso de TC, del Tribunal de Cuentas y de los Tribunales extranjeros, pero solo cuando sus resoluciones obtienen el correspondiente exequátur. *Vid.* RUIZ MIGUEL, C., *La ejecución...*, op.cit. p. 119 y ss.

⁶⁵² STC 245/1991, de 16 de diciembre, FJ2.

⁶⁵³ “...ya que dicho recurso tiene por fin anular una sentencia firme de naturaleza condenatoria por acreditarse hechos y circunstancias objetivas que vulnerando el debido proceso evidencian la inocencia del condenado...”. Auto de la Sala de lo Penal del TS, de 5 de noviembre de 2014.

2. Las esferas materiales y temporales de intervención jurisdiccional europea en los asuntos sometidos contra el Estado español

2.1 El ámbito material del control jurisdiccional del TEDH

El TEDH ha emitido 131 sentencias definitivas contra España desde que aceptó su competencia contenciosa, comprendido en el periodo de 1959 a 2014. Empero, solo la ha declarado responsable por violaciones al menos de un derecho al Convenio Europeo en 84 sentencias, en 41 no declaró violaciones, tres han sido resueltos por la vía de solución amistosa y tres sentencias se refieren a la satisfacción equitativa⁶⁵⁴. No obstante, no en todas las sentencias en que España ha sido condenada el TEDH ha hecho un examen de la normativa interna a la luz del tratado y, por ende, tampoco ha establecido medidas generales de enmienda legal en dichos asuntos, aunque en algunas no ha obviado el análisis legal en su razonamiento. En este sentido, el enfoque del control de las normas internas en este apartado es sobre aquellos casos en los que el Tribunal Europeo ha constatado violaciones derivadas de las antinomias estimadas en la sentencia definitiva, como de los casos en que fundadamente ha decidido no entrar al análisis legal presuntamente incompatible, o precedido de un análisis del ordenamiento cuestionado, ha comprobado la no violación del CEDH.

En cuanto al ámbito material del ejercicio jurisdiccional del TEDH habría que decir que ha sido mayormente sobre la actividad del Poder Judicial. En efecto, el derecho a un proceso equitativo⁶⁵⁵ ha sido el más violado por parte de las autoridades españolas, hasta en 41 ocasiones, seguido del plazo razonable de los procesos judiciales⁶⁵⁶, en trece ocasiones, el respeto a la vida privada y familiar⁶⁵⁷ en diez, falta de investigación efectivas⁶⁵⁸ en siete oportunidades, la libertad y seguridad⁶⁵⁹ en cinco, en la vertiente de legalidad penal⁶⁶⁰, libertad de expresión⁶⁶¹ y prohibición

⁶⁵⁴ La información estadística de las sentencias dictadas por el TEDH en el periodo de 1959-2014 puede consultarse en la página web del Tribunal Europeo, publicado en febrero de 2015 (En línea), Disponible en: http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=reports&c=#n1347956587550_pointer (Consulta de 7 de julio de 2015).

⁶⁵⁵ Artículo 6.1 del CEDH.

⁶⁵⁶ Artículo 6.1 del CEDH.

⁶⁵⁷ Artículo 8 del CEDH.

⁶⁵⁸ La vertiente procesal de la prohibición a la tortura del artículo 3 del CEDH.

⁶⁵⁹ Artículo 5 del CEDH.

⁶⁶⁰ Artículo 7 del CEDH.

⁶⁶¹ Artículo 10 del CEDH.

de la discriminación⁶⁶² en cuatro ocasiones cada uno, protección de la propiedad⁶⁶³ y prohibición contra los tratos inhumanos o degradantes⁶⁶⁴ en dos oportunidades para cada derecho y el derecho a un recurso efectivo⁶⁶⁵ en una oportunidad⁶⁶⁶. De estas hemos identificado dieciocho sentencias que en esencia comprende el estudio propuesto, aunque aleatoriamente también nos apoyamos en otras sentencias del TEDH sobre España.

2.2 Los efectos de la reserva sobre competencia *ratione temporis* de los órganos europeos en los asuntos *Barberá, Messegué y Jarabo* y *Gutiérrez Dorado y Dorado Ortiz*

Como se ha explicado *supra* la competencia contenciosa del TEDH para conocer de los casos individuales se remitía a la aceptación voluntaria de su competencia, según regía con anterioridad a la adopción y entrada en vigor del Protocolo Adicional No. 11 al CEDH. Las declaraciones de aceptación suelen venir acompañadas de reservas a la aplicación temporal del CEDH, España, por ejemplo, hizo lo propio y en su declaración de aceptación, que si bien renovada cada 2 o 3 años; declaró que tal se entendía para casos ocurridos con posterioridad a la fecha de aceptación y renovación, tanto para la jurisdicción de la Comisión Europea como del Tribunal Europeo. Así, respecto a la jurisdicción de la Comisión Europea hizo la siguiente declaración limitativa de su competencia temporal:

“A partir de la fecha del 1 de julio de 1981 y por un periodo de dos años, para conocer las demandas dirigidas al Secretario General del Consejo de Europa con posterioridad al 1 de julio de 1981, por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que, con motivo de actos, decisiones, hechos o acontecimientos posteriores a dicha fecha se considere víctima de una violación de los derechos reconocidos en el convenio”⁶⁶⁷.

⁶⁶² Artículo 14 del CEDH.

⁶⁶³ Artículo 1 del Protocolo Adicional 1 al CEDH.

⁶⁶⁴ Artículo 3 del CEDH.

⁶⁶⁵ Artículo 13 del CEDH.

⁶⁶⁶ Véase en el *Overview* estadístico de las sentencias dictadas contra España en el periodo de 1959 a 2014 en la página web del Tribunal, publicado en febrero de 2015. Disponible en: http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=reports&c=#n1347956587550_pointer (Consulta de 7 de julio de 2015).

⁶⁶⁷ BOE no. 155, de 30 de junio de 1981.

En efecto, en el asunto *Barberá, Messegué y Jarabo vs. España*⁶⁶⁸, que planteó por primera vez violaciones a ciertos derechos del CEDH por actos ocurridos bajo el régimen de incomunicación en que se encontraban los peticionarios en custodia policial⁶⁶⁹, se planteó la singular cuestión del límite temporal de la competencia de la Comisión Europea. Si bien el asunto se refería al procedimiento criminal seguido contra los tres peticionarios por el asesinato del señor José María Bultó Marqués, bajo ciertas irregularidades desde el arresto, investigación y posterior condena, entre otros, por el delito de terrorismo ante la Audiencia Nacional⁶⁷⁰; también revelaba la comisión de actos de tortura y malos tratos cometidos durante la detención en régimen de incomunicación.

Las alegaciones de los peticionarios no se centraron en la aplicación de la Ley No. 56/1978, durante el tiempo que estuvieron bajo custodia policial⁶⁷¹, ni de su presunta incompatibilidad con el CEDH⁶⁷², pero sí se alegó la situación de incomunicación sobrevinida por la aplicación de la ley, y en consecuencia, a la violación de ciertos derechos convencionales⁶⁷³. En ese aspecto, la demanda contra el Estado español se limitaba únicamente a los actos de tortura y tratos inhumanos (art. 3 CEDH) que sufrieron durante el tiempo que fueron detenidos e incomunicados, la afectación del derecho a la libertad y seguridad (art. 5.1 CEDH), el respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia (art. 8.1 CEDH) y derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 9.1 CEDH)⁶⁷⁴.

⁶⁶⁸ TEDH, *Barberá, Messegué y Jarabo vs. España*, sentencia de 6 de diciembre de 1988.

⁶⁶⁹ En ese entonces regulado en la Ley No. 56/1978, de 4 de diciembre de 1978, sobre medidas especiales en relación con los delitos de terrorismo cometidos por grupos armados. BOE no. 293 de 8 de diciembre de 1978.

⁶⁷⁰ La sentencia de condena luego fue confirmada por el TS en casación para los dos primeros peticionarios por el asesinato y por el delito de participación con bandas armadas al señor Jarabo. Aunque los peticionarios recurrieron al TC en amparo, este no fue admitido a trámite a través del Auto 173/1983, de 20 de abril de 1983.

⁶⁷¹ La citada ley originalmente fue concebida para entrar en vigor por un año, pero luego fue renovada por el Real Decreto No. 19 del 23 de noviembre de 1979.

⁶⁷² La disposición segunda de dicha Ley permitía la aplicación de medidas no contempladas por ley ordinaria en relación a actos de terrorismo cometidos por grupos armados; especialmente para mantener incomunicada a personas en custodia policial por más de 10 días en lugar de 72 horas; la cual incluso podía ser ampliada por el judicial que la autoriza por el tiempo necesario para completar la investigación, sin perjuicio del derecho a la defensa. En ese mismo escenario, la incomunicación habilitaba la interferencia a las comunicaciones de los detenidos (art.4).

⁶⁷³ Según el informe de admisibilidad de la Comisión Europea: On 14 October 1980 all three applicants were arrested in Barcelona. While in police custody they were allegedly kept in strict solitary confinement, denied legal aid and compelled by threats, maltreatment and torture to sign a statement admitting that they had taken part in the murder of Mr. Bultó". Comisión Europea, appl. 10588/83, 10589/83 et 10590/83 (Admisibilidad), decisión del 11 de octubre de 1985, (párr. 3 de los hechos).

⁶⁷⁴ Comisión Europea, appl. 10588/83, 10589/83 et 10590/83 (Admisibilidad), decisión del 11 de octubre de 1985, párr.1.

No obstante, sobre esto la Comisión Europea se declaró incompetente *ratione temporis* para examinarlos, fundado en que el periodo de custodia policial de los peticionarios, comprendida del 14 al 23 de octubre de 1980, no entraba dentro del periodo señalado por España para conocer de la demanda por tales violaciones. Así, hizo notar que la declaración de competencia temporal que hizo España sobre la jurisdicción de la Comisión Europea, era aplicable solo para “actos, decisiones, hechos o acontecimientos” posteriores a la fecha de renovación de su competencia.

El asunto de la *ratione temporis* nuevamente sería objeto de análisis, esta vez ante el Tribunal Europeo, en el caso *Gutiérrez Dorado y Dorado Ortiz vs. España*⁶⁷⁵, referido a la desaparición del parlamentario Luis Dorado Luque mientras viajaba de Madrid a Málaga en el año 1936⁶⁷⁶. Los demandantes iniciaron diversas acciones judiciales entre 1979 y 1993, para confirmar la desaparición y la inscripción de su fallecimiento en el Registro Civil, como ocurrido el 30 de julio de 1936. A esto le siguió la acción penal iniciada el 22 de mayo de 2006, ante el Juzgado de Instrucción no.2 de Córdoba, por el secuestro y posible asesinato de D. Luis Dorado Luque en 1936, calificándolos como crímenes de guerra no sujetos a prescripción. La denuncia fue denegada por el judicial, así como el sucesivo recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Córdoba y el recurso de amparo ante el TC el 14 de abril del 2008⁶⁷⁷. Finalmente los peticionarios demandaron al Estado español ante el TEDH, por la desaparición de su padre y abuelo, D. Luis Dorado Luque tras haber sido detenido por miembros del Ejército el 18 de julio de 1936, lo que a su entender habría violado los artículos 2, 3, 5, 8 y 13 del Convenio Europeo⁶⁷⁸.

Así pues, el asunto planteaba la competencia del TEDH para conocer de hechos ocurridos con anterioridad a que el Convenio Europeo fuera aplicable a España, pero basado en que las obligaciones procesales derivadas del artículo 2 del CEDH (obligación de investigar) pueden ser aplicables a las muertes que ocurrieron antes de la entrada en vigor del Convenio Europeo, por la continuidad de las violaciones materializadas ante la falta de investigación efectiva. Por otra parte, los peticionarios subrayaron la imposibilidad de ejercer acción judicial alguna durante el régimen

⁶⁷⁵ TEDH, *Gutiérrez Dorado y Dorado Ortiz vs. España*, sentencia 27 de marzo de 2012.

⁶⁷⁶ Según la demanda, el 18 de julio de 1936 el señor Dorado Luque habría sido llevado y trasladado por miembros del Ejército al cuartel de “San Rafael” en Córdoba. Los demandantes no tuvieron información confiable de su destino desde 28 de julio de 1936 en que se supo de él por última vez, en virtud de que su firma aparecía como testigo en el certificado de defunción de otro detenido que al parecer murió en el Cuartel. TEDH, *Gutiérrez Dorado y Dorado Ortiz vs. España*, párrs. 4-8.

⁶⁷⁷ Otras acciones judiciales de los demandantes se extendieron hasta el 2009 sin que ninguna resultara satisfactoria a sus peticiones. *Gutiérrez Dorado y Dorado Ortiz vs. España*, párrs. 10 y ss.

⁶⁷⁸ TEDH, *Gutiérrez Dorado y Dorado Ortiz vs. España*, párr.25.

de Franco, incluso con posterioridad, ya que la Ley de Amnistía de 1977 les impidió cualquier posibilidad de instar de las autoridades la apertura de una investigación después de 1977. Empero, todos los trámites procesales exigidos por el artículo 2 ocurrieron tras la entrada en vigor del Convenio Europeo y por lo que alegaban estaban bajo la jurisdicción *ratione temporis* del Tribunal Europeo⁶⁷⁹.

Considerando las circunstancias del caso y la jurisprudencia constante del TEDH sobre casos previos sobre desapariciones forzadas, especialmente sostenida sobre la continuidad de las violaciones derivadas del artículo 2 del CEDH, se esperaba una respuesta conforme al respecto⁶⁸⁰. No obstante, el Tribunal Europeo empezó por delimitar el ámbito temporal de su competencia contenciosa para señalar, como ya lo había hecho en los asuntos *Blečić vs. Croacia, Silih vs. Eslovenia* y *Varnava y otros vs. Turquía*⁶⁸¹, que “las disposiciones del Convenio no vinculan a ninguna Parte Contratante en relación con cualquier acto u omisión ocurrido o cualquier situación que dejara de existir, antes de la fecha en la que el Convenio entra en vigor para dicha Parte”⁶⁸², pero que excepcionalmente puede valorar hechos ocurridos antes de la fecha de entrada en vigor, en razón del nexo causal con hechos posteriores que son el fundamento único de la queja y del enjuiciamiento del Tribunal.

Dado que se trataba de un hecho acontecido catorce años antes de la adopción del CEDH, el 4 de noviembre de 1950, y cuarenta y tres años antes de su ratificación por España el 4 de octubre de 1979, y en concreto de la aceptación de la jurisdicción por España el 1 de julio de 1981; el TEDH se declaró incompetente *ratione temporis* en el citado caso⁶⁸³, afirmando la necesidad de los nexos de causalidad de los hechos con la entrada en vigor del CEDH. Por cuanto las acciones procesales exigidas en el artículo 2 también entran en el ámbito temporal de su jurisdicción, que al caso concreto implicaban el inicio de los trámites procesales en proporción significativa después de la

⁶⁷⁹ TEDH, *Gutiérrez Dorado y Dorado Ortiz vs. España*, párrs.26-30.

⁶⁸⁰ Sobre este asunto se puede ampliar en CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “Tribunal Europeo de Derechos Humanos -- Decisión de 27.03.2012, Antonio Gutiérrez Dorado y Carmen Dorado Ortiz c. España, 301410/ 09 - "Arts. 2, 3, 5, 8 y 13 CEDH - Desaparición forzada de personas durante la Guerra Civil española" - Incompetencia (sobrevenida) respecto a la obligación autónoma, independiente y continuada de investigar”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2013, núm. 45, Madrid, mayo-agosto. pp 741-759; HERI Corina., “Enforced Disappearance and the European Court of Human Rights *ratione temporis* Jurisdiction. A Discussion of Temporal Elements in *Janowiec and Others v. Russia*”, *Journal of International Criminal Justice*, no. 12(4), pp. 751-768.

⁶⁸¹ CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “Tribunal Europeo...”, *op.cit.*

⁶⁸² TEDH, *Gutiérrez Dorado y Dorado Ortiz vs. España*, párr. 32.

⁶⁸³ Ídem. párr.34 y ss.

fecha de entrada en vigor del CEDH⁶⁸⁴. Así, en relación a los alegatos de violación continuada del CEDH, el TEDH sostuvo la preclusión de la demanda individual, que si bien no es determinada en el CEDH tampoco es indefinida, pues el ejercicio se encuentra vinculado a la debida diligencia, en ese sentido, de los demandantes⁶⁸⁵.

De lo anterior, se infiere que si bien la competencia contenciosa del TEDH es obligatoria ello no implica una jurisdicción temporal indefinida sobre asuntos acontecidos con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del CEDH para España. La *ratione temporis* del TEDH, entonces, toma en cuenta la fecha a partir de que el derecho de demanda individual podía ser ejercido⁶⁸⁶, pero también de la aceptación de la jurisdicción del TEDH en su momento⁶⁸⁷ para conocer de los asuntos sometidos en las demandas individuales. Adicionalmente, para aquellos supuestos de violaciones continuadas derivadas de la parte procesal de las disposiciones 2 y 3, se estima la concurrencia de nexos de causalidad entre los hechos y la entrada en vigor del CEDH, como también el ámbito temporal limitado del ejercicio de la demanda individual ante el TEDH.

Aunque en los sucesivos casos analizados no se presentaron excepciones preliminares sobre la competencia del TEDH, no obstante, se consideró traer a colación las circunstancias particulares de los dos casos analizados en este apartado, para ilustrar que si bien la actividad jurisdiccional del TEDH se cierne sobre asuntos sustantivos bajo el mecanismo incidental de protección subsidiario; éstos están sujetos a ciertos límites de carácter procesal de los que pende también el éxito de las pretensiones. En el caso concreto del análisis propuesto en esta tesis, la situación del conflicto

⁶⁸⁴ Al respecto, el TEDH señaló que en esas circunstancias “es difícil concluir que haya una verdadera conexión entre la muerte del familiar de los demandantes (1936) y la entrada en vigor para España del Convenio (1979). Ídem. párr.36.

⁶⁸⁵ Así, sostuvo que aunque era “consciente de las dificultades de los demandantes para presentar sus quejas ante los tribunales nacionales, incluso después del final del régimen de Franco, teniendo en cuenta la Ley de Amnistía de 1977, ésta no les exime del deber de actuar con la debida diligencia para presentar su caso ante el Tribunal sin dilaciones indebidas”. Más aún, porque hasta el año 2006 se presentó una denuncia penal ante los tribunales nacionales en relación con el secuestro y posible asesinato del Sr. Dorado Luque, 25 años después de que el derecho de demanda individual ante el Tribunal pudiera ser ejercido; pero que solo fue presentada hasta el 1 de junio de 2009, es decir, casi veintiocho años después de dicha fecha, y setenta y tres años después de la desaparición. *Gutiérrez Dorado y Dorado Ortiz vs. España*, párr.39.

⁶⁸⁶ En el caso de hechos, como los del asunto *Gutiérrez Dorado y Dorado Ortiz*, toma en cuenta la fecha de aceptación de la competencia de la extinta Comisión Europea para conocer de las demandas individuales, en el caso de España el 1 de julio de 1981.

⁶⁸⁷ Haciendo notar la reserva temporal de España al momento de la aceptación de la competencia contenciosa del TEDH, expresada en los siguientes términos: “España declara, de conformidad con las disposiciones del artículo 46, que reconoce, por un período de tres años a partir del 15 de octubre de 1979, como obligatoria de pleno derecho y sin convenio especial, bajo condición de reciprocidad, la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para conocer de todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación de dicho Convenio que se susciten con posterioridad al 14 de octubre de 1979”. BOE no. 243, de 10 de octubre de 1979.

normativo lo vuelve menos complejo en cuanto hablamos de lesiones actuales sobre la base de normas internas en vigor que siguen afectando derechos protegidos en el CEDH, o lo han producido pero sus daños no han sido reparados. En ese sentido, el control jurisdiccional del TEDH puede exceder el ámbito individual del caso planteado si de la confrontación normativa se infiere una relevancia convencional para desarrollar sus contenidos y establecer una jurisprudencia con efectos generales, como se ha visto.

3. El control incidental indirecto de convencionalidad en los casos sometidos contra España

3.1 Las insuficiencias del sistema judicial español a la luz del CEDH

La adecuación normativa implícita en la disposición primera del Convenio Europeo adquiere implicaciones jurídicas en relación a la garantía de todos los derechos y libertades reconocidos por los Estados partes, haciendo notar que el perfeccionamiento de los ordenamientos internos es una tarea que no podría estimarse acabada por el mero reconocimiento de aquellos en el Derecho interno; por lo que su interpretación deberá ajustarse además al canon europeo de protección constantemente revisado en la jurisprudencia del TEDH. Aunque ciertamente el CEDH no se integra en el Derecho interno con mandato derogatorio explícito sobre las leyes internas en conflicto a su objetivo y fin, como tampoco establece un plazo para la realización del mandato de armonización normativa; no obstante, se puede deducir que el ajuste normativo es inmediato y su exigencia se entrevé precedida a la situación violatoria de un derecho, en virtud de la acción u omisión legislativa. Los vínculos que el CEDH crea son tal que, incluso, un Estado puede llegar a ser declarado responsable internacionalmente por actos respecto terceros “por no haber prevenido la injerencia mediante la legislación adecuada”⁶⁸⁸.

En el segundo caso de condena contra España, *Unión Alimentaria Sanders S.A.*, el TEHH puso en perspectiva ciertos aspectos generales sobre los plazos razonables en la celebración de los procesos judiciales (arto.6.1 CEDH), que serían de gran relevancia para la configuración del sistema

⁶⁸⁸ En ese sentido MORENILLA RODRÍGUEZ refiriéndose a terceros, como aquellos sujetos no previstos en la redacción del texto – Estados e individuos – como un grupo económico, sindical, religioso o social que cae fuera del carácter de entidad pública generadora de responsabilidad internacional directa a un Estado. *Vid.* MORENILLA RODRÍGUEZ, J.M., “Naturaleza del...,” op.cit. p. 107.

judicial español en el advenimiento de la democracia. Si bien el caso no planteaba una situación de conflicto normativo en concreto, sino dilaciones en la resolución de una causa civil incoada ante un tribunal judicial⁶⁸⁹; también es cierto que ello respondía a una situación general de afectación de tal derecho que el mismo Estado trataba de enmendar y ajustar a los estándares internacionales⁶⁹⁰. En efecto, el TEDH tomó nota de los esfuerzos realizados por España durante el restablecimiento de la democracia “para mejorar el derecho de acceso de los ciudadanos a la justicia y transformar el sistema judicial del país”.

No obstante, para el TEDH las medidas adoptadas por las autoridades españolas no fueron suficientes para garantizar el derecho del debido proceso, de modo que le recordó al Estado “que al ratificar el Convenio, España se comprometió a organizar éste de manera que cumpla las exigencias del artículo 6.1, especialmente en cuanto al plazo razonable”⁶⁹¹. El Tribunal Europeo dejó a la vista que pese a las circunstancias apremiantes del sistema judicial en la etapa de transición democrática, ello resultaba inexcusable para incumplir con las obligaciones generales de garantizar tal derecho; de modo que ante la demora no cabía más que la imputación de una conducta contraria y generadora de responsabilidad internacional⁶⁹². Así, el argumento central del TEDH se fundaba en la constatación de deficiencias estructurales y organizativas de los juzgados y tribunales españoles para garantizar el derecho a un juicio sin dilaciones⁶⁹³, que dejaba a la vista el incumplimiento de las obligaciones positivas para su garantía. Aunque el TEDH no llegó a explicitar las medidas generales necesarias, era claro que los problemas estructurales de carácter general

⁶⁸⁹ El caso se basaba en la reclamación de la Sociedad Anónima *Unión Alimentaria Sanders* contra otra empresa, *Linconin S.A.* por el impago de una deuda. La acción judicial iniciada contra *Linconin S.A.* en el Juzgado de Primera Instancia no. 9 de Barcelona, tardaría más de cuatro años y medio en ser resuelta, incluida la apelación, razón que llevó a *Unión Alimentaria Sanders* a recurrir en amparo ante el TC por violación al artículo 24.2 CE; la que fue denegada por éste. TEDH, *Unión Alimentaria Sanders S.A. vs. España*, sentencia de 8 de julio de 1989, párr. 3 y ss.

⁶⁹⁰ Así, el Estado expresaba los problemas enfrentados ante la acumulación de causas pendientes: “In its report for 1982 the General Judicial Council noted that each of the Barcelona courts of first instance had had to deal with an average of 1,800 cases. The same courts continued to lack judges for periods that recurred more and more often, despite the use of substitutes for urgent matters. This was the case with Court of First Instance no. 9: the judge had to be replaced on several occasions in 1982/83 for health reasons[...] More generally, in his reports for 1983 and 1984 the Ombudsman drew the attention of the Chamber of Deputies (Congreso de Diputados) to the frequency of complaints about the law’s delays and the difficulty of obtaining enforcement of judgments. In the following year he described the situation as alarming. In his view, the main reasons for it were the shortage of staff and the continual changing of judges”. TEDH, *Unión Alimentaria Sanders S.A. vs. España*, párr. 21 y 24.

⁶⁹¹ TEDH, *Unión Alimentaria Sanders S.A. vs. España*, párr. 38. En similares circunstancias ya se había expresado en el caso *Guincho vs. Portugal*, sentencia de 10 de julio de 1984, párr.40 y 41.

⁶⁹² El Tribunal Europeo llegó a sostener que el hecho de que las situaciones de sobrecarga en el sistema judicial español se convirtieran en habituales no justifica la excesiva duración de un proceso, y pese a que el Estado había tomado medidas para enmendarlo estas no habían sido suficientes. TEDH, *Unión Alimentaria Sanders S.A. vs. España*, párrs. 41 y 42.

⁶⁹³ RIPOL CARULLA, S., “Incidencia en...”, op.cit. p. 326.

exigían acciones a su medida para frenar la situación de afectación advertida, de lo que el Estado tomaría nota como se verá más adelante.

En el mismo sentido, más tarde, el TEDH llegaría a cuestionar la imparcialidad de la integración de los tribunales militares en los asuntos *Castillo Algar*⁶⁹⁴ y *Perote Pellón*⁶⁹⁵ contra España. En ambos España fue condenada por violación al artículo 6.1 del CEDH, básicamente porque la integración de los tribunales que resolvieron las causas contra los demandantes no habría sido de acuerdo a los criterios de imparcialidad subjetiva y objetiva de un tribunal, aplicable en el examen del artículo 6.1⁶⁹⁶. En concreto el TEDH sostuvo la violación en que la integración del tribunal militar que condenó al imputado había estado compuesta por dos jueces que antes habían resuelto el auto de procesamiento, al tenor de la legislación aplicada. En ese sentido, nuevamente, el TEDH omite expresarse sobre la legislación aplicada y se restringe a la interpretación que de la misma hacen los tribunales internos en las situaciones alegadas.

Los problemas del sistema judicial español serían, otra vez, recordados en el caso *Cardona Serrat vs. España*⁶⁹⁷ por el asunto de la imparcialidad judicial. El TEDH recordó al Estado que “organizar[a] su sistema judicial para hacer efectivos los derechos previstos en el artículo 6 del Convenio, incluido el derecho a un tribunal imparcial”⁶⁹⁸, ante la constatación de la imparcialidad de los jueces que resolvieron en contra del imputado en una causa penal. La apreciación del TEDH se basaba en la aplicación e interpretación de ciertas disposiciones internas, los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim) de ese entonces, que supuso su

⁶⁹⁴ La demanda ante el TEDH se basaba en el cuestionamiento de la imparcialidad de dos jueces que integraron el Tribunal Militar Central que condenó al demandante, pero que también integraron la Sala que resolvió la impugnación del acto de procesamiento. TEDH, *Castillo Algar vs. España*, sentencia de 28 de octubre de 1998.

⁶⁹⁵ En el caso planteado se refería a la condena a 7 años de prisión del demandante Juan Alberto Perote por la Sala del Tribunal Militar Central, por el delito de revelación de secretos tipificado en el artículo 53 del Código Penal Militar, bajo ciertas irregularidades comprobadas de que dos miembros de aquel tribunal habían intervenido en actos de instrucción en la causa. TEDH, *Perote Pellón vs. España*, sentencia 25 de julio de 2002. Vid. RIPOL CARULLA, S., “Incidencia en...”, op. cit. p. 329.

⁶⁹⁶ Como lo había sostenido para anteriores casos, el Tribunal Europeo recordó “que de acuerdo con el artículo 6.1, la imparcialidad debe apreciarse de un modo subjetivo, tratando de determinar la convicción y el comportamiento personales de tal juez en tal ocasión, e igualmente de un modo objetivo para asegurar que ofrece las garantías suficientes para eliminar cualquier duda legítima”. TEDH, *Perote Pellón vs. España*, sentencia 25 de julio de 2002, párr. 43.

⁶⁹⁷ Asunto relativo a la queja del demandante sobre la decisión de la Sala de la Audiencia Provincial que ha enjuiciado la causa penal en su contra y ha pronunciado su condena, había efectuado antes actos de instrucción que atentaban contra la imparcialidad judicial. En particular, había ordenado su prisión provisional modificando así la situación de libertad provisional concedida antes por el juez de instrucción. TEDH, *Cardona Serrat vs. España*, sentencia de 26 de octubre de 2010, párr.25.

⁶⁹⁸ TEDH, *Cardona Serrat vs. España*, sentencia de 26 de octubre de 2010, párr.36.

contrariedad con el derecho a un tribunal imparcial. Así pues, la verificación del Tribunal Europeo se limitó a la concreción de los actos violatorios en virtud de una decisión judicial y no por el contenido de las norma interna aplicadas, pero estableció la obligación inherente en el artículo 6.1 del CEDH de satisfacer los criterios de imparcialidad judicial subjetiva y objetiva no satisfechos en la interpretación y aplicación de aquellas normas⁶⁹⁹. A pesar de que el TEDH no entró al análisis de la posible insuficiencia normativa ni llegó a pronunciarse en términos de incompatibilidad, sí dejó claro que la interpretación de las normas no se ajustaba al estándar europeo al respecto⁷⁰⁰.

Con mayor claridad se expresaría el TEDH en el asunto *Ruíz Mateos*⁷⁰¹ para condenar a España por la violación del principio de igualdad de armas y ser oído en un plazo razonable (art.6.1 CEDH) sobre la base del cuestionamiento de las normas internas aplicadas⁷⁰². En particular, porque a los demandantes no se les había permitido participar en el proceso de una cuestión de inconstitucionalidad ante el TC a la luz del artículo 37 de la LOTC. Así, la cuestión de la violación alegada también se erigió sobre el citado artículo⁷⁰³ a la luz del artículo 6.1 del CEDH, que el TEDH comprendió en el sentido más amplio del derecho a un juicio justo vinculado al principio de igualdad de armas y el principio adversarial⁷⁰⁴. Lo que aclaraba, a la vez, que la noción del “tribunal” a que se refiere el artículo 6 del Convenio Europeo también incluía al TC⁷⁰⁵, desestimando así la invocación del Estado español sobre la naturaleza política y no judicial del

⁶⁹⁹ El Tribunal Europeo concluyó que en las circunstancias de la causa, la imparcialidad objetiva del órgano judicial podía parecer cuestionable y las dudas del demandante a este respecto podían considerarse objetivamente justificadas; razón por la que declaró la violación del artículo 6.1 del CEDH. TEDH, *Cardona Serrat vs. España*, párrs. 38 y 39.

⁷⁰⁰ Así sostuvo que “...la sala de la Audiencia Provincial remitió a los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para constatar que se reunían las condiciones para la aplicación de la medida provisional en cuestión. Observa a este respecto, que el artículo 503. 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal exigía al tribunal asegurarse de la existencia de motivos suficientes para considerar a la persona objeto de la decisión de prisión, penalmente responsable del delito. [...]los términos empleados por la sala de la Audiencia Provincial, leídos a la luz del artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, podían dar a entender al demandante que existían, en opinión de los jueces de la sala, suficientes indicios para concluir que había sido cometido un delito y que era penalmente responsable de este delito. Así, el demandante podía razonablemente temer, que los jueces P.C.R. y A.F.G tenían una idea preconcebida sobre la cuestión respecto a la que fueron llamados a pronunciarse posteriormente como miembros de la formación judicial”. TEDH, *Cardona Serrat vs. España*, párrs. 34 y 35.

⁷⁰¹ TEDH, *Ruíz Mateos vs. España*, sentencia de 23 de junio de 1993.

⁷⁰² Para los demandantes, la familia Ruíz Mateo, la violación del principio de igualdad de armas se fundaba en el hecho de que el Fiscal General del Estado, la otra parte contendiente en el procedimiento civil, pudo comparecer y presentar escritos ante el TC con base la LOTC, mientras ellos fueron impedidos de hacerlo por carecer de *locus standi*; de modo que se les negó la posibilidad de cuestionar la imparcialidad de dos jueces. TEDH, *Ruíz Mateos vs. España*, párr. 61.

⁷⁰³ En efecto, las alegaciones del Estado español se expresaron sobre tales regulaciones que amparaban la decisión del TC. Así expresó: “In this instance, there were no ‘parties’ because Institutional Law no. 2/1979 provided that only the representatives of the State authorities and the Attorney General need be heard. In addition, the judgment was notified solely to the court which referred the question”. TEDH, *Ruíz Mateos vs. España*, párr. 55.

⁷⁰⁴ Así apoyándose en la sentencia *Brandstetter vs. Austria*, sentencia de 28 de agosto de 1991, para. 66. TEDH, *Ruíz Mateos vs. España*, párr. 63.

⁷⁰⁵ Así lo afirman los jueces GÖLCÜKLÜ y WALSH en la opinión concurrente a la sentencia *Ruíz Mateos vs. España*.

TC⁷⁰⁶. En concreto, el TEDH llegó a cuestionar la restricción regulada en el artículo 37.2 de la LOTC por cuanto no dio la oportunidad a los demandantes de responder a la cuestión de inconstitucionalidad, a pesar de los intereses en juego claramente en beneficio de éstos⁷⁰⁷. Aun así, el Tribunal Europeo no se expresó sobre la contrariedad normativa, incluso, sobre la necesidad de enmienda legislativa.

El parámetro de convencionalidad ejercido sobre las actuaciones de los tribunales internos responde a una apreciación conjunta de la conducta del Estado español a la luz del Convenio Europeo. En ese sentido, más que un examen sobre la legislación interna el TEDH ejerció un control de las decisiones judiciales y la jurisprudencia interna que avalaba las decisiones impugnadas, aunque dejando constancia de la estrechez de las regulaciones procesales en relación al canon de protección europeo. Si bien el examen del TEDH sobre la interpretación judicial de las normas internas sigue el mismo parámetro de compatibilidad con el CEDH; no obstante, según la práctica del TEDH ello no conlleva la declaración automática de incompatibilidad normativa o de la jurisprudencia interna. En ese sentido, el carácter general de las apreciaciones del TEDH sobre las normas aplicadas ofrece poca claridad sobre su posible contrariedad con el CEDH.

3.2 El *self restraint* del TEDH ante el amplio margen de apreciación nacional en la suspensión de derechos por razones de un “peligro público”

El TEDH ha aceptado que los Estados partes gozan de un amplio margen de apreciación nacional para regular las situaciones particulares que afectan la vida seguridad pública ante la presencia de un peligro real, de modo que las autoridades nacionales están, en principio, en una mejor posición que un Juez internacional, para decidir tanto sobre la presencia de tal peligro como sobre la naturaleza y alcance de la suspensión necesaria para evitarlo; principalmente, porque están en contacto directo y continuo con las necesidades del momento⁷⁰⁸. En esos términos, los Estados tienen un amplio margen de discrecionalidad para establecer regulaciones que puedan afectar y suspender derechos a la luz del artículo 15 del CEDH, determinadas por la excepcionalidad de la situación que signifique un peligro público para el Estado, como los actos de terrorismo.

⁷⁰⁶ TEDH, *Ruiz Mateos vs. España*, párr. 36.

⁷⁰⁷ Ídem. párr. 65.

⁷⁰⁸ TEDH, *Brannigan y McBride vs. Reino Unido*, sentencia de 25 de mayo de 1993, párr. 43.

Así, la suspensión de derechos convencionales o constitucionales no entraña una violación de los textos normativos, Constitución y CEDH, si tales límites están previstos como medidas excepcionales bajo ciertos criterios definidores de las intromisiones permitidas. En concreto, España ha adoptado una modalidad de suspensión de derechos bajo la figura jurídica del régimen de incomunicación regulado en la LECrim en relación a actos de terrorismo y bandas armada⁷⁰⁹, aunque ciertamente como una medida de suspensión de derechos fundamentales y no al amparo del 15 del CEDH⁷¹⁰. En todo caso, la medida de incomunicación del detenido nunca ha sido estimada por el TEDH como una medida violatoria *per se* del Convenio Europeo, pues es entendida como una medida excepcional⁷¹¹ para suspender o derogar las obligaciones asumidas por los Estados con el tratado a la luz de su artículo 15, en caso de “guerra o peligro público”.

En la citada sentencia *Brannigan y McBride vs. Reino Unido* el TEDH justificó la extensión de la detención de los peticionarios en el contexto de actos de terrorismo en virtud del margen de apreciación nacional que el Estado goza en tal circunstancia⁷¹², siempre y cuando tal fuera objeto

⁷⁰⁹ Actualmente la incomunicación está regulada en las disposiciones 506 al 529 de la LECrim, que prevé periodos en que el detenido pueda ser incomunicado por un máximo de 13 días en caso de delitos de participación en banda terrorista (art.520.2 bis).

⁷¹⁰ Al respecto, tempranamente, el TC aclaraba: “El propio constituyente ha sido consciente de la existencia, como problema actual, del terrorismo y del peligro que el mismo implica para la vida y la integridad de las personas y para el propio orden democrático. Por ello ha introducido en el art. 55.2 una habilitación al legislador, para establecer un régimen específico de suspensión de determinados derechos fundamentales con la finalidad de facilitar las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, posibilidad de suspensión de derechos que la Constitución ha estimado como necesaria para el propio sostenimiento del Estado democrático de Derecho, y que refleja, además, experiencias realizadas en los países europeos afectados también por fenómenos terroristas”. STC 199/1987, de 11 de diciembre de 1987, FJ2.

⁷¹¹ Su carácter excepcional también ha sido aceptado por el CPT, que en su informe del 30 de abril de 2013, dirigido al Gobierno español, a raíz de las visitas efectuadas entre mayo y junio de 2011, consideró que “la detención incomunicada debería constituir una medida excepcional y limitada, a la que se recurra cuando investigaciones complejas y confidenciales requieran la incomunicación física de sospechosos por razones de estabilidad interna y orden público. *Arratibel Garcandía vs. España*, sentencia de 5 de mayo de 2015, párr. 27. En ese mismo orden de ideas, la Corte Interamericana igualmente ha reconocido la excepcionalidad del régimen de incomunicación, cuyo propósito es impedir que se entorpezca la investigación de los hechos. Empero, el aislamiento debe estar limitado al período de tiempo determinado expresamente por la ley, pero asegurando al detenido “el ejercicio de las garantías mínimas e inderogables establecidas en la Convención y, concretamente, el derecho a cuestionar la legalidad de la detención y la garantía del acceso, durante su aislamiento, a una defensa efectiva”. De acuerdo con la Constitución ecuatoriana (art. 22.19.h) la incomunicación no podía exceder el plazo de 24 horas. Corte IDH, *Suárez Rosero vs. Ecuador*, sentencia de 12 de noviembre de 1997, párr.51 y 89. Del mismo modo, el TC ha justificado su procedencia para la protección de valores constitucionales, como la seguridad ciudadana, y para impedir que el detenido bajo el régimen de incomunicación pueda transmitir al exterior noticias de la investigación. STC 199/1987, de 11 de diciembre de 1987, FJ 7.

⁷¹² El TEDH sostuvo que “[t]eniendo en cuenta la naturaleza de la amenaza terrorista en Irlanda del Norte, el alcance limitado de la suspensión y las razones presentadas en apoyo a ésta, así como a la existencia de garantías básicas en contra de los abusos, la Corte consideró que el Gobierno no se había excedido de su margen de apreciación al considerar que la suspensión era estrictamente necesaria por la exigencias de la situación”. *Brannigan y McBride vs. Reino Unido*, sentencia de 25 de mayo de 1993, párr.66.

de control jurisdiccional⁷¹³. Sin embargo, por tratarse de una medida excepcional de suspensión de las obligaciones en relación al artículo 5 del CEDH, el TEDH consideró que debía validar su compatibilidad con el CEDH en la estricta necesidad de responder a la situación de emergencia⁷¹⁴. Así pues, si bien el margen de apreciación nacional es amplio, para tales efectos no es ilimitado y siempre quedará sujeto a la supervisión del Tribunal Europeo.

Cierto es que en relación a la legislación española el TEDH nunca ha examinado la figura de la incomunicación como una medida derogatoria de las obligaciones suscritas por España con el CEDH, como lo hizo en *Brannigan y McBride vs. Reino Unido*, entre otros casos; aunque el TC sí llegaría hacerlo en su sentencia 199/1987, de 11 de diciembre de 1987, en relación al contenido del artículo 17.2 de la Constitución, incluso apoyándose en el artículo 9.3 del PIDCP y el art. 5.3 del Convenio Europeo (FJ8). En el caso *Barberá, Messegué y Jarabo vs. España*, por ejemplo, el TEDH evitó pronunciarse sobre las restricciones de la Ley No. 56/1978, de 4 de diciembre de 1978, bajo la que se preveía la figura de la incomunicación en ese entonces, aunque de la demanda no se apreciaba un cuestionamiento directo respecto a su presunta incompatibilidad con el CEDH. Así, la constatación de la violación al derecho a un proceso equitativo (art.6.1 del CEDH) en contra de los tres peticionarios sería declarado, por razón de las dilaciones en los traslados de los peticionarios de Barcelona a Madrid, la inesperada cambios de composición de la Salas, la brevedad del juicio, y que diversas evidencias no fueron ofrecidas y discutidas en presencia de los imputados en el juicio en una audiencia pública⁷¹⁵. Asimismo, tomando nota de que la falta de asistencia legal al momento en que los imputados confesaron, y el largo periodo de custodia en que estuvieron incomunicados⁷¹⁶.

Si bien en dicho caso las alegaciones no fueron exclusivamente sobre el régimen legal aplicado, tal apreciación quedaba en evidencia ante las restricciones alegadas en la situación excepcional mencionada. Del razonamiento del TEDH se infiere, aunque no lo haya expresado, el amplio margen de apreciación del Estado de cara a la regulación del régimen de incomunicación y la

⁷¹³ TEDH, *Brogan vs. Reino Unido*, sentencia de 29 de noviembre de 1988, párr.61; *Brannigan y McBride vs. Reino Unido*, párr.64.

⁷¹⁴ TEDH, *Brannigan y McBride vs. Reino Unido*, párr.38, 43 y 54.

⁷¹⁵ TEDH, *Barberá, Messegué y Jarabo vs. España*, párr.89.

⁷¹⁶ Ídem. párr.87.

restricción a los derechos afectados⁷¹⁷. La decisión del TEDH dejaba así al margen de la disputa instruida, el análisis sobre la regulación de aspectos de interés público que debían ser considerados a la luz del estándar mínimo de protección del CEDH; especialmente para delimitar el alcance de la interferencia de la medida restrictiva del derecho fundamental a la libertad (17.1 CE)⁷¹⁸ contenido en el artículo 5 del Convenio Europeo⁷¹⁹.

Las continuas demandas ante el TEDH por las violaciones cometidas por agentes estatales bajo el régimen de incomunicación, dieron lugar a una serie de condenas contra el Estado español, no obstante, en ninguna el TEDH se pronunció sobre las medidas restrictivas, ciertamente, porque no fue impugnada en la demanda. Sin embargo, creemos que por tratarse de medidas restrictivas de derechos su valoración a la luz del Convenio Europeo resultaba inequívocamente válida⁷²⁰. La misma situación tendría lugar en el asunto *Martínez Sala y otros vs. España*⁷²¹, en el que el TEDH se limitó al análisis del caso concreto sobre los hechos acontecidos durante el régimen de incomunicación, esto es, los actos de tortura y malos tratos alegados por los 15 demandantes; y declaró responsable a España por violaciones del artículo 3 del CEDH, en su vertiente procesal; por la falta de investigación debida de las autoridades nacionales de los actos de tortura denunciados durante el régimen de incomunicación de los detenidos.

Pese a que la figura de la incomunicación había sido seriamente cuestionada por diversos organismos y ONGs internacionales, el TEDH se restringió, como era de esperar, al examen del caso concreto y las alegaciones sostenidas; evitando entrar a valorar en abstracto la figura de la

⁷¹⁷ Aunque el TC sí reconoció que “el legislador tiene un margen de discreción” respecto a la determinación del plazo máximo de ese tipo de detención ampliada, “pero no una libertad de opción que le permita ampliar a su arbitrio la duración de esta situación excepcional”. STC 199/1987, de 11 de diciembre de 1987, FJ 8.

⁷¹⁸ “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley”.

⁷¹⁹ “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con acuerdo al procedimiento establecido por la ley: c) Si ha sido detenido y privado de libertad, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido”.

⁷²⁰ Más aún si se considera que las afectaciones al artículo 5 del Convenio Europeo, la legalidad de una detención constituye uno de los primeros aspectos a verificar en el análisis de las restricciones previstas, en todo caso para ver si se ha seguido “el procedimiento prescrito por la ley” y si tal es conforme al CEDH. TEDH, *Plesó vs. Hungría*, sentencia de 2 de octubre de 2012, párr.59. Asimismo, en relación al plazo de detención que debe ser analizado en atención a las circunstancias de cada caso. TEDH, *De Jong, Baljet y Van den Brink vs. Países Bajos*, sentencia de 22 de mayo de 1984 y *Brogan vs. Reino Unido*, párr.62. Sin obviar que el mismo TC en la sentencia 199/1987, se pronunció sobre la constitucionalidad del artículo 13 de la anterior LO 9/1984, que establecía la extensión de la detención hasta un plazo adicional de 7 días a las 72 horas previstas, porque era excesivo y no respetaba ni el requisito del 17.2 CE ni la exigencia del “plazo más breve posible” del artículo 5.3 del CEDH. STC 199/1987, de 11 de diciembre de 1987, FJ 8.

⁷²¹ TEDH, *Martínez Sala y otros vs. España*, sentencia de 2 de noviembre de 2004.

incomunicación que había llegado a ser calificada como excesivamente restrictiva de libertades reconocidas internacionalmente, cuya aplicación “facilita[ba] la comisión de actos de tortura y malos tratos”⁷²². En términos similares el Relator Especial sobre la cuestión de la tortura expresó que el régimen de incomunicación, en su máxima exigencia, “equivale en sí a una forma de trato cruel, inhumano o degradante”⁷²³, por lo que recomendó su revisión legal, incluso, la derogación de la misma⁷²⁴.

3.3 El consenso de los organismos regionales europeos en el control incidental del TEDH sobre actos ocurridos bajo el régimen de incomunicación

A partir de los asuntos *San Argimiro Isasa*⁷²⁵ y *Otamendi Egiguren* contra España⁷²⁶, el TEDH pasó a considerar los informes y recomendaciones del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes del Consejo de Europa (en adelante CPT) en los informes dirigidos a España a raíz de las visitas efectuadas en julio de 2001⁷²⁷, diciembre de 2005⁷²⁸, del 19 de septiembre al 1 de octubre de 2007⁷²⁹, entre mayo y junio de 2011⁷³⁰; en relación a los sistemáticos casos de tortura y malos tratos denunciados y presuntamente ocurridos

⁷²² Véase las Conclusiones y Recomendaciones del Comité contra la Tortura de la ONU contra España, de 23 de diciembre de 2002, (CAT/C/CR/29/3.*Concluding Observations/Comments*), párr.10.

⁷²³ Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura, Theo van Boven, 6 de febrero de 2004, Naciones Unidas, (*Distr. General E/CN.4/2004/56/Add.2.*), párr.34.

⁷²⁴ En ese sentido, Theo van Boven, recomendó al Estado español que “como la detención incomunicada crea condiciones que facilitan la perpetración de la tortura y puede en sí constituir una forma de trato cruel, inhumano o degradante o incluso de tortura, el régimen de incomunicación se debería suprimir”. (*Distr. General E/CN.4/2004/56/Add.2.*), párr.66. Del mismo modo, en relación al quinto informe periódico de España (CCPR/C/ESP/5), el Comité de Derechos Humanos de la ONU examinó el informe de dicho país en las sesiones 2580^a y 2581^a, celebradas los días 20 y 21 de octubre de 2008, y para tal efecto recomendó “suprimir definitivamente el régimen de incomunicación, y que se reconozca a todos los detenidos el derecho a la libre elección de un abogado que los detenidos puedan consultar de manera plenamente confidencial y que pueda estar presente en los interrogatorios. Asamblea General

Documentos Oficiales, Sexagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento No. 40 (A/64/40). Por su parte, Amnistía Internacional también expresaría su preocupación y recomendaría “[ponerle] fin al uso de la detención en régimen de incomunicación derogando de inmediato los artículos 509, 520bis y 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que autorizan y regulan el uso de la detención en régimen de incomunicación”. *Vid.* Amnistía Internacional, *Informe España: salir de las sombras. Es hora de poner fin a la detención en régimen de incomunicación*, 15 de septiembre de 2009.

⁷²⁵ TEDH, *San Argimiro Isasa vs. España*, sentencia de 28 de septiembre de 2010, párrs. 23 a 25. Asimismo, TEDH, *Beristain Ukar vs. España*, sentencia de 8 de marzo de 2011, párrs. 18 a 20.

⁷²⁶ TEDH, *Otamendi Egiguren vs. España*, sentencia de 16 de octubre de 2012, párrs.26 a 28.

⁷²⁷ Informe de CPT, de 13 de marzo del 2003.

⁷²⁸ Informe de CPT, de 10 de julio de 2007.

⁷²⁹ Informe de CPT, de 25 de marzo de 2011.

⁷³⁰ Informe del 30 de abril de 2013.

bajo el régimen de incomunicación⁷³¹; para finalmente valorar la situación general de vulnerabilidad de los detenidos bajo esas circunstancias y “justifica[r] la toma de medidas de vigilancia jurisdiccional apropiadas, previstas por la LECrim para los casos de detención incomunicada, con el fin de que los abusos sean evitados y que la integridad física de los detenidos sea protegida”⁷³².

Así pues, el TEDH pasó a adoptar los criterios de los órganos europeos especializados en el tema para fundamentar sus fallos, pero también para suscribir los señalamientos expuestos al Estado español. Especialmente sobre la protección judicial durante la situación de aislamiento del detenido, en supuestos de violación a la integridad física. En el asunto *Etxebarria Caballero vs. España*⁷³³ el TEDH adoptaría la misma posición sostenida en *Otamendi Egiguren*, pero además agregaría la exigencia “de que la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevea medidas de vigilancia adecuadas y que éstas se apliquen de forma rigurosa con el fin de evitar los abusos y de proteger la integridad física de los detenidos”⁷³⁴. Consciente de las advertencias de los organismos regionales sobre el asunto, el TEDH suscribió las recomendaciones del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa a raíz de su visita a España del 3 al 7 de junio de 2013⁷³⁵, para que se mejorara la calidad del reconocimiento médico forense de las personas sometidas a un régimen de detención incomunicada. Asimismo, adoptaría las recomendaciones del tercero interviniente

⁷³¹ El CPT y el Comisario de Derechos Humanos reconocieron que los detenidos en régimen de incomunicación no se le garantizaba el derecho a informar a una persona de su elección, de su detención y comunicarle el lugar, sin acceso a un abogado y comunicación en privado tan pronto sean detenidos; acceso no garantizado al derecho a ser reconocidas por un médico de su elección; no son informadas correctamente de la situación jurídica y de sus derechos. Y respecto a la figura de la incomunicación instaron a las autoridades españolas a poner fin a la detención incomunicada, ya que, por su propia naturaleza, es probable que dé lugar a abusos y a vulneraciones de derechos humanos. TEDH, *Etxebarria Caballero vs. España*, sentencia de 7 de octubre de 2014, párr.28 y ss.

⁷³² TEDH, *Otamendi Egiguren vs. España*, sentencia de 16 de octubre de 2012, párr.41.

⁷³³ Como en los casos anteriores, la peticionaria fue detenida, investigada y procesada bajo la legislación especial sobre delitos de terrorismo, y condenada por la Audiencia Nacional “a varias penas de prisión por pertenencia a una organización terrorista, integración en un comando de una organización denominada Otazua y participación en un delito de asesinato”; empero, la demanda ante el TEDH se basó exclusivamente sobre la aplicación del artículo 3 del CEDH, en virtud de la alegación de la peticionaria de “ausencia de investigación efectiva por parte de las jurisdicciones internas respecto de los presuntos malos tratos que, a su decir, habría sufrido mientras se encontraba bajo custodia policial incomunicada [y] de los malos tratos que alega haber padecido durante su detención incomunicada”. TEDH, *Etxebarria Caballero vs. España*, sentencia 7 de octubre de 2014, párr. 3 y 23.

⁷³⁴ TEDH, *Etxebarria Caballero vs. España*, párr. 48.

⁷³⁵ Siguiendo las recomendaciones del CPT comprobó que las autoridades españolas todavía no aplicaban “sistemáticamente garantías adicionales, como la posibilidad de consultar con un médico de su elección, el derecho del detenido a notificar la detención a su familia, o la grabación en audio y vídeo de la totalidad de la detención incomunicada. El CPT también ha criticado la falta de supervisión judicial adecuada de las personas que se encuentran bajo detención incomunicada, y el hecho de que la mayoría de los detenidos no puedan identificar a los presuntos autores de los abusos, ya que se les suelen vendar los ojos durante los interrogatorios. Informe de 9 de octubre de 2013. *Etxebarria Caballero vs. España*, párr. 32.

en el proceso, *Open Society Justice Initiative*, y trasladó a España los requerimientos expuestos en el *amicus curiae* para que se ofreciera garantías al detenido y permita el acceso, “...desde los primeros momentos de la detención, a un abogado libremente elegido, con el que el detenido pueda comunicarse libremente y confidencialmente, con el fin de gozar de una asistencia jurídica efectiva y de calidad, y de prevenir los malos tratos en los interrogatorios. [...]considera igualmente como una garantía indispensable el acceso a una vigilancia y una asistencia médica independientes y de calidad”⁷³⁶.

La problemática general constatada por los organismos regionales sobre la falta de tutela judicial en el contexto de incomunicación, pasaría luego a ser un recurso de fundamentación en los demás casos resueltos por el TEDH contra España⁷³⁷, aunque sin llegar en ninguno de ellos a examinar de forma autónoma la normativa a la luz del tratado, ni examinar la proporcionalidad de las medidas legales restrictivas del derecho a la libertad y seguridad (art.5 CEDH)⁷³⁸ contenidas en la LECrim. El TEDH tampoco pareció suscribir todas las recomendaciones del CPT y del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, especialmente las que recomendaron modificaciones legislativas⁷³⁹; pero sí adoptaba en su jurisprudencia las estimaciones sobre la inviolabilidad de las salvaguardias legales empleado por dichos organismos, los que debían servir de criterios para la aplicación e interpretación de la legislación nacional cuestionada.

3.4 El examen de compatibilidad de la interpretación restrictiva de derechos

El TEDH normalmente se abstrae a examinar disposiciones internas en los casos presentados, pues ha entendido que su tarea no es la de sustituir a los tribunales internos ni a las autoridades nacionales para interpretar la legislación interna; pues, en primer lugar, corresponde a ellos

⁷³⁶ TEDH, *Etxebarria Caballero vs. España*, párr. 42 y 48.

⁷³⁷ TEDH, *Arratibel Garciandía vs. España*, sentencia de 5 de mayo de 2015, párr. 40.

⁷³⁸ O bien el alto grado de relevancia dentro de una sociedad democrática y en el sentido del Convenio Europeo. TEDH, *Medvedyev y otros vs. Francia*, sentencia de 29 de marzo del 2010, párr.76.

⁷³⁹ De forma muy particular las que recomiendan a España a: i) modificar sin demora la legislación (y los reglamentos) a fin de prohibir la aplicación a los menores de la detención en régimen de incomunicación; ii) si procede, modificar la legislación (artículo 520 bis de la LECrim) para que las personas sujetas a este artículo deban sistemáticamente comparecer en persona ante el Juez competente antes de que resuelva sobre la cuestión de la prórroga de la detención más allá de las 72 horas; iii) establecer reglas claras sobre el procedimiento a seguir por los representantes de la ley para llevar a cabo los interrogatorios; iv) establecer reglas para prohibir, expresamente, vendar los ojos de las personas en detención preventiva o ponerles un pasamontañas; v) prohibir que se obligue a los detenidos a realizar ejercicios físicos o a permanecer de pie de manera prolongada; vi) adoptar las medidas apropiadas en lo que concierne a la grabación en video de las detenciones incomunicadas. Véase en *Etxebarria Caballero vs. España*, párrs.28 a 32.

realizarlo⁷⁴⁰. Sin embargo, en la práctica indudablemente se apoya en la legislación interna para comprender la naturaleza de las violaciones alegadas y verificar si en efecto se ha cumplido con los requerimientos legales en determinada situación y si en efecto éstos se ajustan al estándar europeo; y, por otra parte, comprueba si la interpretación del Derecho interno de los tribunales nacionales es compatible con la jurisprudencia del TEDH. Así pues, a partir situaciones concretas de los casos sometidos, puede llegar a examinar la concordancia de la sustanciación de un proceso judicial con el canon europeo de protección y de ser necesario contrariar una decisión judicial firme con efectos de cosa juzgada⁷⁴¹.

En ese sentido, el control incidental del TEDH puede llegar a proyectarse sobre el Derecho interno a partir del examen de la actuación estatal a la luz del Convenio Europeo. En principio, desde la prescripción de una norma que regula la materia de derechos fundamentales y, desde luego, en la aplicación e interpretación de la misma a manos de los tribunales internos. En aquellos supuestos que afectan derechos sujetos a limitaciones (artículo 18 CEDH), las medidas restrictivas deben ajustarse a los requerimientos de legalidad, que no se verá satisfecha meramente con el cumplimiento de la existencia de una ley que lo regule; sino además ajustada al requerimiento de compatibilidad con el Convenio Europeo y los principios generales expresados o implícitos en este⁷⁴². Así, en el test de compatibilidad la legislación debe satisfacer el principio de calidad de la ley, la accesibilidad, la claridad y la precisión que vuelva previsible su aplicación en una situación concreta; pero también satisfacer el requerimiento del imperio del Derecho⁷⁴³. Adicionalmente, la medida deberá superar el test de proporcionalidad y cumplir con el principio de seguridad jurídica⁷⁴⁴.

La técnica interpretativa del TEDH no parece dejar dudas respecto a la operatividad del escrutinio legal en circunstancias de afectación de un derecho, aunque tal operación no suele realizarse de forma escalonada ni en todos los casos que resuelve el TEDH. En relación al derecho a un tribunal (art.6.1 CEDH), por ejemplo, se ha sostenido que puede ser regulado por condiciones de

⁷⁴⁰ TEDH, *García Manibardo vs. España*, sentencia de 15 de febrero de 2000, párr.36. También en los casos *Brualla Gómez de la Torre vs. España*, sentencia de 19 de diciembre de 1997 y *Edificaciones March Gallego, SA vs. España*, sentencia de 19 de febrero de 1998.

⁷⁴¹ Véase el ejemplo del caso *Barberá, Messegué y Jarabo vs. España* y más recientemente *Del Rio Padra vs. España*, sentencia de 21 de octubre de 2013.

⁷⁴² TEDH, *Plesó vs. Hungría*, sentencia de 2 de octubre de 2012, párr.59.

⁷⁴³ TEDH, *Del Rio Padra vs. España*, sentencia de 21 de octubre de 2013, párr.125, 128,131 y 132.

⁷⁴⁴ TEDH, *Simons vs. Bélgica*, sentencia de 28 de septiembre de 2012, párr.32.

admisibilidad, por ejemplo, para ejercer un recurso como el de casación; que si bien, por su propia naturaleza, exige un cierto margen de apreciación nacional para tal efecto, éste tampoco es absoluto y la regulación efectuada siempre estará sujeta a la verificación del TEDH. De acuerdo a la jurisprudencia constante del Tribunal Europeo, la compatibilidad de dichas limitaciones estará sujeta a la satisfacción de aquellas condiciones antes expuestas, así como el fin legítimo y una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se persigue⁷⁴⁵.

En ese sentido, cuando el TEDH examina la interpretación del Derecho interno a manos de los tribunales nacionales no se limita a verificar la legalidad de una medida, sino la concurrencia de aquellos elementos materiales, como también de la satisfacción del principio de seguridad jurídica, cuya cumplimiento no solo estribará en la norma misma, sino también de la interpretación que los tribunales internos realizan de la norma jurídica aplicada⁷⁴⁶. En ese escenario la confrontación de los sistemas internos de tutela con el canon europeo de protección en un caso concreto, parte de la satisfacción primera de la cobertura legal y la aplicación conforme dentro de una correcta administración de justicia.

En el asunto *García Manibardo vs. España*, por ejemplo, el Tribunal Europeo llegó a considerar la aplicación desproporcionada y violatorio del artículo 6.1 del CEDH, del artículo 30.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por parte de la Audiencia Provincial de Tarragona, que exigía la obligación de consignar una cantidad de dinero para poder interponer un recurso de apelación. La violación se fundaba en la sustracción de la demandante de acceso a un recurso que hubiera podido resultar decisivo en su pretensión⁷⁴⁷. Del mismo modo, en el asunto *Díaz Ochoa vs. España* el TEDH verificó que la interpretación excesivamente rigurosa de dos disposiciones internas llegó a afectar la esencia misma del derecho de acceso a un tribunal. El Tribunal Europeo constató que la aplicación restrictiva del artículo 59 de la Ley de Enjuiciamiento Laboral y artículo 240.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por parte de Juzgado de lo Social no.7 de Valencia, privó a la demandante del

⁷⁴⁵ TEDH, *Pérez de Rada Cavanilles vs. España*, sentencia de 28 de octubre de 1998, párr.44.

⁷⁴⁶ En ese sentido el TEDH llegó a establecer: “The rules on time-limits for appeals are undoubtedly designed to ensure the proper administration of justice and compliance with, in particular, the principle of legal certainty. Those concerned must expect those rules to be applied. However, the rules in question, or the application of them, should not prevent litigants from making use of an available remedy”. TEDH, *Pérez de Rada Cavanilles vs. España*, párr.45. Asimismo en *Miragall Escolano y Otros vs. España*, sentencia de 25 de abril de 2000, párr.37.

⁷⁴⁷ TEDH, *García Manibardo vs. España*, sentencia de 15 de febrero de 2000, párrs. 42 a 45.

acceso a un tribunal para poder contestar al proceso laboral diligenciado en su contra⁷⁴⁸. Debido a que la demandante desconocía que la notificación de la citación para comparecer fue publicada en edictos en el Boletín Oficial, pese a que se tenía conocimiento del domicilio de Díaz Ochoa.

En los mismos términos se expresó en el citado caso *Miragall Escolano y Otros vs. España*, en el que estableció que la interpretación rigurosa de los tribunales internos de las normas procesales aplicado al momento de los hechos, artículo 1969 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establecía el plazo para recurrir una decisión judicial concernida⁷⁴⁹. El TEDH argumentó que si bien se considera que las normas procesales deben ser cumplidas por las partes, en la esfera de una correcta administración de justicia, éstas deben de satisfacer el principio de seguridad jurídica, y en este caso, la forma de publicar la sentencia bajo el Derecho interno, de la cual pendía el computo del plazo para apelar, terminaba afectando el fin y objeto del artículo 6.1 del CEDH⁷⁵⁰.

Como ya se había expresado en *Pérez de Rada Cavanilles vs. España*⁷⁵¹, el Tribunal Europeo consideró que la interpretación estricta de los tribunales internos de aquella normativa procesal había privado a los demandantes de acceder a un tribunal, para que sus reclamaciones de indemnización fuesen examinadas⁷⁵². La apreciación del TEDH no se ceñía solamente a la interpretación hecha por los tribunales internos sino también de las normas mismas a la luz del

⁷⁴⁸ El Tribunal llegó a señalar la falta de tutela del derecho afectado en la acción de nulidad y del recurso de amparo, pues no se remedió la ausencia de participación en el procedimiento principal procediendo a una interpretación excesivamente restrictiva de la legislación, afectando la sustancia misma del derecho del demandante a un tribunal. TEDH, *Díaz Ochoa vs. España*, sentencia de 22 de junio de 2006, párr. 50 y 51. Sobre estas sentencias y otras se puede ampliar en BOUAZZA ARIÑO, O., "Notas de Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista de Administración Pública*, núm. 171, Madrid, septiembre-diciembre (2006), pp. 277-289.

⁷⁴⁹ TEDH, *Miragall Escolano y Otros vs. España*, sentencia de 25 de abril de 2000, párr. 33 y 34.

⁷⁵⁰ TEDH, *Miragall Escolano y Otros vs. España*, párr. 36.

⁷⁵¹ En esencia el asunto planteaba la inadmisión del recurso de reposición que por correo interpuso la señora Pérez de Rada - al tenor del plazo de tres días previsto en el Art. 377 LEC- contra el Auto de 7 de septiembre de 2003 del Juzgado de Primera Instancia de Aoiz, que anuló el acto de conciliación que había concluido con su vecino, pero que al haber sido registrado dos días después de la expiración del plazo y fue inadmitido por extemporáneo. En ese sentido, la demanda se dirigió a la interpretación de la citada norma procesal aplicada cuyos efectos terminaron por privarla de acceder a un tribunal para defender sus legítimos intereses, TEDH, *Pérez de Rada Cavanilles vs. España*, sentencia de 28 de octubre de 1998. párr. 11 y ss.

⁷⁵² TEDH, *Miragall Escolano y Otros vs. España*, párr.38. En el examen del agotamiento de los recursos internos en el asunto *Gómez de Liaño y Botella vs. España*, el TEDH sostuvo que pese a existir diversas interpretaciones del TS sobre la legislación aplicable relativa al plazo de caducidad para las demandas de recusación, el TS aplicó la más restrictiva y formalista para rechazar la recusación interpuesta extemporáneamente por el demandante, lo que más tarde fue confirmada por el TC en la inadmisión del amparo, y que terminó privando al demandante de la posibilidad de hacer examinar a fondo la queja relativa a la presunta parcialidad del Tribunal y de prevenir, llegado el caso, una situación contraria a la exigencia de imparcialidad que se desprende del artículo 6.1 del Convenio. Aunque luego se declaró la violación al derecho a un tribunal imparcial (6.1 CEDH). TEDH, *Gómez de Liaño y Botella vs. España*, sentencia de 22 de julio de 2008, párr.50.

CEDH; lo cual, como se verá enseguida, tendría repercusiones legislativas de singular importancia para futuros casos⁷⁵³.

4. El control directo de convencionalidad de las normas internas en el caso concreto

4.1 El control directo de convencionalidad ante la insuficiencia normativa en el asunto *Valenzuela Contreras vs. España*

Si bien en los casos analizados arriba el TEDH había mantenido cierta cautela para no cuestionar la normativa interna, cuya aplicación había dado lugar a violaciones de derechos convencionales, en el caso *Valenzuela Contreras* haría un control directo de convencionalidad, en virtud de las circunstancias especiales del caso y la legislación aplicada. El caso se origina en las escuchas telefónicas ordenadas judicialmente contra el Sr. Contreras, en el marco de un procedimiento judicial en su contra por injurias y amenazas telefónicas y escritas a una colega de la empresa en la que él era jefe de personal. El 8 de mayo de 1992 la Audiencia Provincial de Madrid condena al acusado a cuatro meses de prisión y al pago de unas multas; a lo cual le siguieron un recurso de casación ante el TS por violación al derecho de presunción de inocencia y el carácter genérico de la orden de interceptación de las comunicaciones telefónicas; y un recurso de amparo ante el TC por violación a la vida privada y secreto de las comunicaciones (art.18 CE). El primero de los recursos fue desestimado y el segundo inadmitido por el TS y TC respectivamente⁷⁵⁴. Agotada la vía interna el peticionario demanda al Estado español ante la Comisión Europea por la violación al derecho a un proceso equitativo (art.6.1 CEDH); argumentado que su culpabilidad no fue establecida con apego a la legalidad y porque las escuchas telefónicas ordenadas por el judicial con base en el

⁷⁵³ Pero también una influencia significativa en la interpretación posterior de las citadas normas a manos del TC (STC 41/2001; STC 223/2002, para admitir una serie de excepciones a aquella rigurosidad procesal expresada, de acuerdo con RIPOL CARULLA, relativos a “la interposición temporánea del recurso en otro registro que, como el registro del servicio de correos, permite tener constancia cierta de la fecha de su presentación; el alejamiento entre la sede de presentación del escrito y el domicilio de quien lo interpone; la amplitud del plazo para la interposición del recurso en relación con el grado de complejidad técnica para la fundamentación del mismo; y si se actúa o no bajo asistencia letrada”. RIPOL CARULLA, S., “Incidencia en...”, op.cit. p. 310.

⁷⁵⁴ TEDH, *Valenzuela Contreras vs. España*, sentencia de 30 de julio de 1998, párrs. 8-28.

artículo 18.3 constitucional y artículo 579⁷⁵⁵ de la LECrim ⁷⁵⁶ violaron el respeto a la vida privada (art. 8 CEDH)⁷⁵⁷.

En los términos de la demanda las disposiciones legales que sirvieron de base para la intervención de las escuchas telefónicas no eran suficientemente previsibles y precisas, y, en general, el sistema irrestricto de monitoreo de las comunicaciones no preveía la supervisión judicial en su transcurso⁷⁵⁸. En ese sentido, las alegaciones se referían a la no satisfacción del requerimiento de proporcionalidad previamente establecidos en la jurisprudencia del TEDH (*Malone vs. Reino Unido*), la falta de claridad de la disposición constitucional y la LECrim que volvía la medida excesiva para el fin perseguido. En consecuencia, la causa iniciada daba lugar a verificar la compatibilidad de las interferencias a la privacidad de las comunicaciones telefónicas, reconocido en la jurisprudencia del TEDH dentro del derecho a la vida privada y de su correspondencia (art.8)⁷⁵⁹, pero también estimar la eventual incompatibilidad de la legislación aplicada.

Habida cuenta de que el derecho en cuestión es uno de los que admiten límites de conformidad a la letra del párrafo segundo del artículo 8 del CEDH, estos debían de satisfacer una serie de exigencias materiales propias de este tipo de interferencias; a saber, que la injerencia de la autoridad pública debe “estar previsto por la ley”, que la medida “sea necesaria en una sociedad democrática” y que sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás⁷⁶⁰.

La exigencia de que estos límites sean de acuerdo con la ley supone no solo la verificación de la legalidad de las medidas en el Derecho interno, sino además la satisfacción de los principios de calidad de la ley y su compatibilidad con el imperio del derecho; lo cual debía comprender la

⁷⁵⁵ Del título VIII del Volumen II de la LECrim (De la entrada y registro en lugar cerrado, del de libros y papeles y de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica). *Valenzuela Contreras vs. España*, párr.14.

⁷⁵⁶ Aprobada por el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 [BOE no. 260, de 17 de septiembre de 1882], posteriormente reformado la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo de 1988. Las que sirvieron de análisis para el caso planteado.

⁷⁵⁷ TEDH, *Valenzuela Contreras vs. España*, sentencia de 30 de julio de 1998, párr.35.

⁷⁵⁸ TEDH, *Valenzuela Contreras vs. España*, párr. 43.

⁷⁵⁹ Previamente establecido entre otras en los asuntos *Klass y otros vs. Alemania*, sentencia de 6 septiembre de 1978, párr. 41 y *Malone vs. Reino Unido*, sentencia de 2 agosto de 1984, párr.64.

⁷⁶⁰ La misma formulación sería empleada por el TEDH en ocasión de las alegaciones de violación al artículo 8 del CEDH en el asunto *Fernández Martínez vs. España*, párr.114 y ss.

previsión de medidas de protección contra interferencias arbitrarias por las autoridades públicas. Por ello, la necesidad exigida de que la ley fuese accesible al interesado y a su vez clara para que éste fuese capaz de prever las consecuencias de su aplicación para él⁷⁶¹. Las medidas limitativas también debían de cumplir con una serie de garantías mínimas destinada a evitar abusos de los poderes públicos, que el TEDH previamente había establecido en su jurisprudencia⁷⁶², y que las resume así:

- i) una definición de las categorías de personas que puedan tener sus teléfonos intervenidos por orden judicial,
- ii) la naturaleza de los delitos que pueden dar lugar a una orden de este tipo,
- iii) un límite en la duración de la intervención de teléfonos,
- iv) el procedimiento para la elaboración de los informes resumidos que contienen interceptado conversaciones,
- v) las precauciones que deben tomarse a fin de comunicar las grabaciones intactas y en su totalidad para su posible inspección por parte del juez y de la defensa y,
- vi) las circunstancias en que las grabaciones pueden o deben ser borrados o las cintas destruidas, en particular, cuando un acusado ha sido liberado de cargos por un juez de instrucción o absuelto por un tribunal.

En el examen de compatibilidad de la legislación española el TEDH pasó a verificar el cumplimiento de aquellas exigencias contenidas en el CEDH y desarrollados en la jurisprudencia del TEDH. El análisis escalonado sobre el asunto de fondo, la compatibilidad de la normativa aplicada, transitó por la confirmación de la injerencia a la luz del artículo 8.2 del CEDH, la justificación de la misma en concordancia con el sentido de la expresión “estar previstos en la ley”, y de la accesibilidad de la norma derivado de este último. Aunque la medida restrictiva estaba permitido por la única disposición legal para ello, el artículo 18.3 CE (bajo el derecho del secreto de las comunicaciones), y su aplicación justificada en el Título VIII del V.II de LECrim de ese entonces, no todas las garantías para respetar el derecho a la vida privada y las correspondencia estaban incluidos en dichas normas⁷⁶³.

⁷⁶¹ TEDH, *Valenzuela Contreras vs. España*, párr. 46.

⁷⁶² Sostenidos previamente por del TEDH en los casos *Kruslin y Huvin* contra Francia (1990) para casos de injerencia al artículo 8. *Valenzuela Contreras vs. España*, párr. 46.

⁷⁶³ Aunque las normas referidas sí incluían las condiciones relativas a la definición de la categoría de personas aplicables, la naturaleza de los delitos que pueden dar lugar a la medida de injerencia, el límite de la duración, el

Así, el TEDH dio paso al examen de la convencionalidad del contenido de la disposición 18.3 constitucional conjuntamente con las disposiciones de la citada Ley, para confirmar que la previsibilidad de las normas legales aplicadas, vinculada a la calidad de las mismas, no satisfizo el estándar mínimo europeo establecido por el TEDH, lo cual era inexcusable a la luz de las obligaciones impuestas por el CEDH y los principios reconocidos, y que la legislación española y jurisprudencia interna solo desarrollaría con posterioridad a la medida adoptada en dicho caso⁷⁶⁴. Para tal efecto, el TEDH llegó a establecer:

“...algunas de las condiciones necesarias en el marco del Convenio para garantizar la previsibilidad de los efectos de la “ley” y, en consecuencia, para garantizar el respeto de la vida privada y la correspondencia no se incluyen ni en el artículo 18 § 3 de la Constitución o en las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal citados en la orden de 19 de noviembre de 1985 (véanse los párrafos 14 y 30 supra)”⁷⁶⁵.

En resumidas cuentas, ni la CE ni las disposiciones de la LECrim concernidas, como tampoco la jurisprudencia interna del TS y el TC indicaban con la suficiente claridad, la extensión y las modalidades del ejercicio del poder de apreciación de las autoridades en el ámbito considerado⁷⁶⁶, que daba lugar a las intromisiones ilegítimas constatadas. En efecto, el propio TC vino a declarar que la pasividad del legislador español para cubrir esa laguna normativa constituía indirectamente una infracción del art. 18 de la CE y, por ende, una inconstitucionalidad por omisión⁷⁶⁷.

Si bien el TEDH no se pronunció en términos de compatibilidad normativa en este asunto, tal apreciación podía deducirse de las valoraciones hechas sobre la contrastada legislación aplicada con el estándar mínimo de protección no satisfecho. Por otra parte, dejó a la vista la falta de regulación o la insuficiencia legal respecto a las garantías no satisfechas, lo que la jurisprudencia constitucional tampoco había subsanado de forma exitosa; por ello que la demanda del Sr.

procedimiento para elaborar los informes que contienen interceptado conversaciones y el uso y destrucción las grabaciones hechas. TEDH, *Valenzuela Contreras vs. España*, párr. 59.

⁷⁶⁴ A esos efectos, el TEDH cuestiona que el TS no haya interpretado la legislación aplicada en el momento de los hechos, como luego lo hizo con la ley que la modificó, la Ley no. 4/1988 de 25 mayo de 1988, en el auto del 18 de junio de 1992. *Valenzuela Contreras vs. España*, párr. 58.

⁷⁶⁵ TEDH, *Valenzuela Contreras vs. España*, párr. 59.

⁷⁶⁶ TEDH, *Valenzuela Contreras vs. España*, párr. 61.

⁷⁶⁷ STC 184/2003, de 23 de octubre de 2003. Vid. JIMENA QUESADA, L., “Inconstitucionalidad por omisión y responsabilidad internacional”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*. No. 58/59, pp. 207-225.

Valenzuela ahondara tanto en la falta de previsión legal de las medidas invasivas y la falta de claridad para su procedencia en la escasa regulación disponible.

Así pues, considerando que con anterioridad al presente caso ambos tribunales – TC y TS – habían confirmado la constitucionalidad de órdenes judiciales de interceptación de comunicaciones dictadas sin cobertura legal, y sobre la base de la naturaleza normativa y la eficacia directa de la Constitución⁷⁶⁸; la sentencia *Valenzuela Contreras* era también una revisión de la ponderación realizada por las autoridades judiciales en la aplicación de la legislación, aunque ciertamente, el TS ya se había encaminado en ese sentido con anterioridad al fallo del TEDH⁷⁶⁹.

4.2 El test de convencionalidad de las modificaciones legislativas sobre la interferencia de las comunicaciones telefónicas sobrevenido en el asunto *Prado Bugallo vs. España*

Como ya se había adelantado en el caso *Valenzuela Contreras*, la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo de 1988, modificó el artículo 579 de LECrim de 1882, para actualizar a las condiciones actuales la interferencia a las comunicaciones telefónicas y, en definitiva, por dotar de cobertura legal tales interferencias⁷⁷⁰ que con anterioridad se venían realizando sin el desarrollo legislativo correspondiente. Pues bien, una nueva demanda en el caso *Prado Bugallo*⁷⁷¹ ante el TEDH puso en perspectiva el mismo asunto de la compatibilidad de la nueva modificación legal con el artículo 8 del CEDH, especialmente amparado en los criterios ya sostenidos en *Valenzuela Contreras*, pero desarrollados con anterioridad en los casos *Kruslin* y *Huvin* contra Francia.

Empero, esta vez el Tribunal Europeo no se extendió sobre los asuntos ya examinados en el asunto *Valenzuela Contreras*, pues a diferencia en esta nueva demanda la normativa aplicada, la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo de 1988 que modificó el artículo 579 de la anterior Ley, sí

⁷⁶⁸ RODRIGUEZ RUÍZ, B., “El caso Valenzuela Contreras y nuestro sistema de derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 19. No. 56, mayo-agosto, 1999, pp. 223-250.

⁷⁶⁹ Particularmente con el auto del TS de 18 de junio de 1992. *Valenzuela Contreras vs. España*, párr. 58.

⁷⁶⁹ TEDH, *Valenzuela Contreras vs. España*, párr. 61.

⁷⁷⁰ En ese sentido, como MORALES ROMERO ha sostenido, si no cabía duda de la insuficiencia normativa que precedieron a las modificaciones del artículo 579 LECrim, la adecuación del nuevo artículo en la mencionada reforma quedaba aún por ver su conformidad al CEDH. *Vid.* MORALES ROMERO, M.M., “Hacia la cobertura legal de las intervenciones telefónicas en el ordenamiento jurídico español: la reforma al art.579 LECrim”, *UNED. Boletín de la Facultad de Derecho*. No.27. 2005. pp. 47-92.

⁷⁷¹ TEDH, *Prado Bugallo vs. España*, sentencia de 18 de febrero de 2003.

establecía en sus apartados 2 y 3 las modalidades de control de la intervención de las conversaciones telefónicas; aunque las mismas no terminaban de ajustarse al canon europeo de protección, según comprendió el TS en torno a las imperfecciones de la nueva normativa en relación a su claridad y previsibilidad⁷⁷². Tomando nota de los cuestionamientos vertidos por el TS sobre la nueva Ley, el TEDH nuevamente entró a valorar la compatibilidad de la nueva normativa con la jurisprudencia establecida sobre este tipo de interferencias, para verificar si la nueva disposición aplicada al caso cumplía con el estándar mínimo europeo.

En el análisis del caso el TEDH no hizo una verificación escalonada de los requerimientos como lo hiciera en *Valenzuela Contreras*, a saber, la legalidad, necesidad y proporcionalidad, y se abocó al análisis de la exigencia de la calidad y la previsibilidad de la ley. Si bien el TEDH da por bueno el innegable esfuerzo del legislador por brindar cobertura legal a una situación desprovista y al desarrollo jurisprudencial del TS y el TC por tratar de cubrir los vacíos legales, que a criterio del TS comprendía la nueva legislación⁷⁷³; el Tribunal estima que las modificaciones no cumplen con todos los requerimientos establecidos en su jurisprudencia, propiamente en las sentencias *Kruslin* y *Huvin*. En concreto, el TEDH detalla que la Ley no contiene ninguna disposición que satisfaga las siguientes exigencias:

“...la naturaleza de las infracciones que pueden dar lugar a las escuchas, con la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida, y con las condiciones de establecimiento de las actas de síntesis que consignan las conversaciones intervenidas, tarea que se deja a la competencia exclusiva del Secretario Judicial. Estas insuficiencias se refieren igualmente a las precauciones que hay que tomar para comunicar intactas y completas las grabaciones realizadas, para su control eventual por el Juez y por la defensa⁷⁷⁴.

⁷⁷² Especialmente de la sentencia del TS de 21 de febrero de 1991 (RJ 1991\ 1335) que señalaba la imperfección de la modificación legislativa operada por la Ley Orgánica 4/1988. También el Auto del TS de 18 de junio de 1992, por el que subrayó que las lagunas, la insuficiencia y la imprecisión de esta Legislación, debían ser corregidas por el Juez nacional y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. TEDH, *Padro Bugallo vs. España*, párr.29 y 31.

⁷⁷³ Empero, no toma en cuenta para el caso concreto la evolución jurisprudencial del TS que intentó llenar las lagunas de la Ley en el sentido formal, porque se habían dado después de los autos del Juez Instructor que ordenó la intervención de los teléfonos de las personas que participaban en la actividad delictiva dirigida por el demandante. TEDH, *Padro Bugallo vs. España*, párr.32.

⁷⁷⁴ TEDH, *Padro Bugallo vs. España*, párr.30.

Al tener de lo expuesto, la condena del TEDH a España nuevamente se emite sobre la insuficiencia legal de la nueva medida legal que no llega a satisfacer el canon de protección europeo en materia de intervención de las comunicaciones, y los límites previstos en el artículo 8.2 del Convenio Europeo. En ese sentido, la incompatibilidad no es comprendida respecto al contenido excesivo de la nueva regulación, sino a la falta o insuficiencia de la misma respecto a las exigencias materiales requeridos para ese tipo de limitaciones. Si bien del control incidental de la norma aludida no se produce una revocación de su contenido, sobre la base de lo expuesto por el TEDH, el legislador ordinario es el primero en verse compelido a subsanar lo que no previó en su momento; aunque tal insuficiencia se haya estimado parcialmente subsanada por el desarrollo jurisprudencial de los tribunales internos.

En el caso *Coban vs. España*⁷⁷⁵ nuevamente plantearía el asunto de las contrariedades de la Ley Orgánica 4/1988 con el artículo 8 del CEDH, por las escuchas telefónicas ordenadas en el curso de una investigación penal por tráfico de droga en contra de un ciudadano de nacionalidad turca; el TEDH consideró que una modificación legislativa que incorporara aquellos criterios jurisprudenciales del TS y TC⁷⁷⁶ habría sido deseable. Empero, reconocía que el vacío legal previamente observado por aquellos tribunales había sido complementado por dicha jurisprudencia, de modo que la previsibilidad de la ley, en el sentido más amplio, no podía, por tanto, estar en duda⁷⁷⁷. Así, el control de convencionalidad que el TS y TC parecieron realizar, vino a enmendar con su jurisprudencia las insuficiencias normativas antes declarada por el TEDH en *Valenzuela Contreras y Prado Bugallo*, que a su vez terminaría siendo validado por el TEDH en la citada sentencia *Coban*. Como un hecho notable, tales sentencias ilustraron un diálogo jurisdiccional entre el TC y TEDH que supuso una comunicación jurisprudencial respecto a la protección del derecho al secreto de las comunicaciones frente a intervenciones telefónicas⁷⁷⁸, que en la etapa de supervisión aportaría interesantes criterios sobre la obligación de resultado de carácter general.

⁷⁷⁵ TEDH, *Coban vs. España*, decisión de 25 de septiembre de 2006

⁷⁷⁶ Relativo al mencionado Auto del TS de 18 de junio de 1992, y posteriores sentencias del TC, STC 85/1994; 181/1995 y 184/2003.

⁷⁷⁷ En razón de ello el TEDH declaró inadmisibile la demanda por violación al 8 del CEDH. TEDH, *Coban vs. España*. Puntos resolutivos.

⁷⁷⁸ Un diálogo cimentado en el 10.2 CE y de los efectos de cosa juzgada de las sentencias del TEDH en el derecho español. *Vid.* LÓPEZ GUERRA L., "El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Españoles. Coincidencias y divergencias", *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, 2013, núm. 32, pp. 139-158.

4.3 El test de convencionalidad de la LOTC en el asunto *Arribas Antón vs. España*

El caso *Arribas Antón vs. España* el TEDH nuevamente se vio exigido a analizar el contenido presuntamente restrictivo de la LOTC, esta vez de su artículo 50⁷⁷⁹, a la luz del derecho a acceder a un tribunal (art.6.1 CEDH). En particular, porque “la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2007 limita el acceso al recurso de amparo a los asuntos que tengan una trascendencia mediática, social o política mientras que otros asuntos que comporten vulneraciones reales y efectivas de derecho quedarían excluidos”⁷⁸⁰.

A pesar de que el derecho a acceder a un tribunal regulado en el artículo 6.1 del Convenio Europeo no se configura como un derecho absoluto y, por el contrario, admite limitaciones “especialmente en lo que respecta a los requisitos de admisibilidad de un recurso”; el TEDH reconoció un “cierto margen de apreciación” de los Estados para establecer dichos límites en el Derecho interno⁷⁸¹. En ese sentido, el análisis de las restricciones alegadas se basaba en la naturaleza misma del derecho, como uno de aquellos que se presta a limitaciones, bajo cierta discrecionalidad del Estado que, no obstante, no es absoluto. Así las cosas, el examen de las limitaciones se centraría en verificar si el nuevo criterio de admisibilidad del recurso de amparo llegaba a restringir el acceso abierto al individuo a un tribunal, de modo que vulnera el derecho en su sustancia misma, bajo aquellos parámetros determinados.

Para tales efectos, el TEDH sostuvo que “la compatibilidad de las limitaciones previstas en el Derecho interno con el derecho a la tutela judicial efectiva reconocida por esta disposición, depende de las particularidades del procedimiento en cuestión”⁷⁸², por lo cual la satisfacción de las exigencias materiales estaba en determinar el “fin legítimo” perseguido por la medida y la existencia de una “relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin

⁷⁷⁹ De la Ley Orgánica 6/2007 de 24 de mayo de 2007, que entró en vigor el 25 de mayo de 2007, y que modificó las disposiciones de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. El artículo 49.1 y 50 de la nueva ley estableció el criterio como nuevo criterio de admisibilidad del recurso de amparo “la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo” que dio lugar a la inadmisión del recurso presentado por la peticionaria, y que a su parecer constituía una violación al artículo 6.1 del CEDH. TEDH, *Arribas Antón vs. España*, sentencia de 20 de enero de 2015, párr.11.

⁷⁸⁰ Según los alegatos del peticionario. *Arribas Antón vs. España*, sentencia de 20 de enero de 2015, párr.27.

⁷⁸¹ TEDH, *Arribas Antón vs. España*, párr.32. También afirmado en el citado caso *García Manibardo vs. España*, párr. 36, CEDH 2000-II y en el caso *Mortier vs. Francia*, sentencia de 31 de julio de 2001, párr.33.

⁷⁸² En todo caso, porque en la aplicación de las formalidades que deben respetarse para interponer un recurso, puede llegar a vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, cuando su interpretación es excesivamente formalista que impide el examen sobre el fondo del recurso ejercitado por el interesado. *Arribas Antón vs. España*, párr.33.

perseguido”⁷⁸³. Eso sí, haciendo la salvedad de que su función judicial no consiste “en controlar de manera alguna *in abstracto* la Ley y la práctica pertinente”, sino de verificar si la manera en que han sido aplicadas al peticionario ha infringido el Convenio Europeo⁷⁸⁴.

Así, en cuanto al test de las limitaciones permitidas el TEDH sostuvo que “el fin pretendido por el cambio legislativo de 2007 es legítimo”; por cuanto persigue mejorar el funcionamiento del TC y reforzar la protección de los derechos fundamentales, de modo que evite una saturación excesiva de la función del TC para asuntos de menor importancia⁷⁸⁵. Adicionalmente, agregó que dotar el acceso al TC de mayor formalismo no suponía una incompatibilidad con el artículo 6.1 del CEDH, más aún cuando tales estaban resguardados en la existencia de circunstancias objetivas para su aplicación⁷⁸⁶; de manera que la medida no era desproporcionada con la finalidad perseguida y, por ende, no violatoria de la tutela efectiva. En ese sentido, se estimó que la aplicación de la medida restrictiva no vulneró el carácter razonable entre medios empleados y el fin pretendido⁷⁸⁷.

⁷⁸³ TEDH, *Arribas Antón vs. España*, párr.32.

⁷⁸⁴ TEDH, *Arribas Antón vs. España*, párr.42.

⁷⁸⁵ TEDH, *Arribas Antón vs. España*, párr.40.

⁷⁸⁶ Tales como la trascendencia de la causa para la interpretación, la aplicación o la eficacia general de la Constitución o para determinar el contenido y el alcance de los derechos fundamentales (art. 50.1 b) LOTC). Sobre lo que el TC se había expresado, entre otras, en la sentencia STC 155/2009, de 25 de junio de 2009.

⁷⁸⁷ TEDH, *Arribas Antón vs. España*, párr.42 y 43.

SEGUNDA PARTE

El control incidental practicado por la Corte IDH en el derecho nicaragüense

1. La Corte IDH y la unidad jurisdiccional del Poder Judicial nicaragüense

Se ha explicado que la Convención Americana adquiere estatus constitucional en Nicaragua, empero, ello no significa la atribución de competencias a la Corte Interamericana ni en la norma fundamental ni en las leyes ordinarias, como sí lo hace respecto a la Corte Centroamericana de Justicia en el marco del Derecho Comunitario Centroamericano⁷⁸⁸. En efecto, la referencia a la Corte IDH en el Derecho interno es intrascendente de cara a esclarecer los efectos jurídicos de sus decisiones y los mecanismos para su cumplimiento. En este sentido, solo el Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General hace mención de los órganos interamericanos en cuanto a las facultades delegadas al Procurador para “tramitar todas las solicitudes procedentes de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de su competencia, así como de cualquier organismo o Corte Internacional en donde el Estado de Nicaragua sea parte”⁷⁸⁹.

Tal disposición responde más al compromiso adquirido por Nicaragua en el artículo 68 de la Convención Americana para “cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”; y a disponer de un procedimiento interno “para la ejecución de sentencias contra el Estado”⁷⁹⁰. Empero, cabe aclarar que dicha disposición no crea un procedimiento para tal fin y tampoco aclara los efectos jurídicos de las decisiones de la Corte IDH y CIDH en el Derecho interno; en todo caso,

⁷⁸⁸ A ese respecto el artículo 9 de la CN “defiende firmemente la unidad centroamericana, apoya y promueve todos los esfuerzos para lograr la integración política y económica y la cooperación en América Central...” Asimismo reconoce su participación “con los demás países centroamericanos y latinoamericanos en la creación o elección de los organismos necesarios para tales fines, [que] se regulará por la legislación y los tratados respectivos”. Como un concreción de tal espíritu integracionista, en 1991 se adopta el Protocolo a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (en adelante ODECA) o Protocolo de Tegucigalpa, que reforma la Carta de la ODECA de 1951, y así se crea el Sistema de Integración Centroamericano (SICA); actualmente está integrado por Nicaragua, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá, Belice y la República Dominicana (Véase en la página web del SICA: http://www.sica.int/sica/sica_breve.aspx). Entre el marco institucional creado destaca el Parlamento Centroamericano (el único al que la Constitución se refiere en los artículos 131 párr.3º y 140.4) y la Corte Centroamericana de Justicia, a quienes los Estados transfirieron determinadas competencias y atribuciones. En particular, sobre la Corte Centroamericana, según HERDOCIA SACASA, se transfirieron especiales competencias al ser instituido como un tribunal supranacionalidad sustentado en su autonomía y composición independiente de los gobiernos, con facultad normativa y fuerza interpretativa vinculante de su doctrina y jurisprudencia, como también en el carácter obligatorio de sus fallos. Vid. HERDOCIA SACASA, M., “Constituciones de Centroamérica y Derecho Comunitario”, en CASTRO RIVERA, Edwin y CUAREZMA TERÁN, S. J. (dirs.), *A 21 años de la Constitución Política: vigencia y desafíos*, INEJ, Managua, 2008, pp. 257-273.

⁷⁸⁹ Artículo 27.5 del Reglamento de la Ley orgánica de la Procuraduría General de la República, Decreto No. 19-2009, de 16 de marzo de 2009.

⁷⁹⁰ Ciertamente es que solo se refiere “a la parte del fallo que disponga indemnización compensatoria” (art. 68.2 CADH).

ésta solo encauza el arribo de las decisiones de los órganos interamericanos para dar una respuesta a las demandas internacionales, según las circunstancias del caso, normalmente mediante comisiones *ad hoc* en las que se materializa el concurso de las autoridades nacionales para tal fin⁷⁹¹.

La falta de una legislación específica que instituya órganos y procedimientos para ejecutar las sentencias de la Corte IDH ubica a Nicaragua entre los Estados que cumplen dichos fallos sobre una base empírica o casuística, como ha sostenido CANÇADO TRINDADE⁷⁹². A diferencia de una minoría de Estados partes de la CADH que han adoptado mecanismos permanentes de ejecución de las sentencias de órganos internacionales o han reconocido su ejecutividad mediante decisiones judiciales. Por ejemplo, Perú, que ha adopta un modelo judicial al atribuirle a la Corte Suprema de Justicia la facultad para determinar la ejecución y cumplimiento de las sentencias o decisiones de los órganos internacionales de protección que ha reconocido⁷⁹³; mientras Colombia adopta un modelo ejecutivo otorgando tal facultad a un Comité de Ministros⁷⁹⁴. Otros países, como Costa Rica⁷⁹⁵, Venezuela⁷⁹⁶, Guatemala, Brasil, y Honduras, también han optado por la

⁷⁹¹ En el proceso de cumplimiento de las sentencias del caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni* se planteó un procedimiento atípico, ante la falta de regulaciones para tal efecto, coordinado por el Ministerio de Relaciones Exteriores para crear comisiones *Ad hoc* integradas por instituciones estatales y los representantes de la Comunidad indígena, para la supervisar el cumplimiento de la referida sentencia. Cfr. Corte IDH, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 3 de abril de 2009. párr. 9. Del mismo modo en el caso *Yatama* los esfuerzos institucionales descansaron en la creación de comisiones *Ad hoc* y conformar un “equipo de trabajo interinstitucional”, integrado por representantes de la Asamblea Nacional de la República, el CSE, Procuraduría General de la República y el Ministerio de Relaciones Exteriores, para trabajar en una reforma a la Ley Electoral. Cfr. Corte IDH, *Yatama vs. Nicaragua*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 04 de agosto de 2008, párr. 16.

⁷⁹² CANÇADO TRINDADE, A.A., “Compliance with judgments and decisions – The experience of the Inter-American court of Human Rights: a reassessment”. En: *Dialogue between judges. Proceeding of the Seminar ‘Implementation of the judgments of the European Court of Human Rights: a shared judicial responsibility?’* (Strasbourg, 31 January 2014), European Court of Human Rights, 2014. pp. 10-17.

⁷⁹³ La Ley 27775, del 27 de junio de 2002, delega a la Corte Suprema de Justicia y tribunales de justicia, la competencia para cumplir con los extremos del fallo que contengan condena de pago, indemnizaciones compensatorias, o meramente declaraciones. La ejecución sigue un procedimiento en la vía judicial interna, a cargo de los tribunales de justicia, en concordancia con la potestad jurisdiccional del Poder Judicial.

⁷⁹⁴ Por medio de la Ley No. 288 de 1996 que prevé un procedimiento para la indemnización de daños y perjuicios a las víctimas de violaciones de derechos humanos, que, aunque no se refiera a las sentencias de la Corte interamericana, la misma ha servido para el pago de montos indemnizatorios estipulados por la Corte IDH en los casos la *Masacre de Pueblo Bello*, *Caballero Delgado y Santana* y el caso de *19 Comerciantes*.

⁷⁹⁵ La Ley 6889, de 28 de noviembre de 1983 “Acuerdo para la Sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. El artículo 27 de esta ley, regula el tema de la eficacia de las sentencias de la Corte en el Estado costarricense bajo los siguientes términos: “Las resoluciones de la Corte y, en su caso, de su Presidente, una vez comunicadas a las autoridades administrativas o judiciales correspondientes de la República, tendrán la misma fuerza ejecutiva y ejecutoria que las dictadas por los Tribunales costarricenses”.

creación de normas relativas a la ejecución de las sentencias interamericanas. Por su parte, la Suprema Corte de Justicia Argentina expresamente ha reconocido el deber de cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH⁷⁹⁷.

De cualquier modo, hay que subrayar que como todo tribunal internacional la Corte IDH ejerce atribuciones jurisdiccionales respecto al Estado nicaragüense, por virtud de las obligaciones asumidas por el Estado con la CADH y la aceptación de su competencia contenciosa⁷⁹⁸. Así, la Corte IDH no se comprende dentro del sistema unitario de tribunales de justicia (art. 159 CN), tampoco que ejerza funciones jurisdiccionales para juzgar y ejecutar lo juzgado, lo que es exclusivo del Poder Judicial (art. 159 *in fine*); de forma que no está integrada dentro del sistema jurídico interno, aunque resuelva asuntos concernientes a la protección de derechos fundamentales y conflictos normativos entre disposiciones internas y la CADH. En todo caso, se asume que las potestades jurisdiccionales para enjuiciar las normas internas se ajustan exclusivamente a su naturaleza jurisdiccional y subsidiaria bajo el sistema de peticiones individuales e interestatales previstas en el tratado, a lo mismo que un control incidental del Derecho interno. Del mismo modo que opera el TEDH, la Corte IDH solo se verá habilitada ante la protección deficiente a nivel interno respecto al canon interamericano por virtud del principio de subsidiariedad.

⁷⁹⁶ La ejecución de una sentencia contra el Estado se regula por el Código Procesal Civil. En relación con el plazo de cumplimiento, la jurisprudencia venezolana aplica, por analogía, el artículo 104 de la Ley Orgánica del Régimen Municipal.

⁷⁹⁷ CANÇADO TRINDADE, A.A., "Compliance with judgments...", op.cit. p. 9.; CORASANITI Vittorio., "Implementación de las sentencias y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un debate necesario", *Revista IIDH 14. Vol. 49*, 2003, pp. 14-28.

⁷⁹⁸ El 12 de febrero de 1991 Nicaragua aceptó la competencia contenciosa de la Corte IDH, para todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana, dejando constancia "de que la aceptación de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se hace por plazo indefinido, con carácter general, bajo condiciones de reciprocidad y con la reserva de que los casos en que se reconoce la competencia, comprenden solamente hechos posteriores o hechos cuyo principio de ejecución sean posteriores a la fecha de depósito de esta declaración ante el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos". Acuerdo Gubernativo Número 3-90, aprobado el 25 de abril de 1990, Gaceta Diario Oficial No. 94 del 17 de mayo de 1990.

2. Los casos en que Nicaragua ha sido declarado responsable internacionalmente por la Corte Interamericana

A diferencia de la situación de España ante el TEDH, los casos resueltos por la Corte Interamericana contra Nicaragua han sido menos, a saber, tres sentencias condenatorias⁷⁹⁹. Una situación que puede verse explicada en el mayor desconocimiento del mecanismo subsidiario de protección de derechos interamericano en Nicaragua que el europeo en España; como también por la limitación de recursos humanos, financieros, orgánicos y funcionales, por citar algunos; que dificultan la función de filtro de la CIDH sobre las peticiones llevados ante ésta bajo el sistema de peticiones individuales e interestatales⁸⁰⁰. En efecto, en el periodo comprendido del 2006 al 2014 se presentaron 91 peticiones ante la CIDH sobre Nicaragua, de las cuales solo siete fueron admitidas, una fue declarada inadmisibles, seis fueron archivadas y ni un solo caso fue elevado ante la Corte IDH⁸⁰¹. Por otra parte, los casos que la Corte IDH resuelve por año son significativamente inferiores a lo que resuelve el TEDH⁸⁰². En el 2014, por ejemplo, la Corte Interamericana recibió 19 demandas de la CIDH, pero solo dictó trece sentencias resolviendo el fondo del asunto⁸⁰³.

Si bien se aprecia una desproporción en términos cuantitativos en el análisis comparativo propuesto, empero, este no se estima determinante sobre las cuestiones cualitativas a estudiar; esto es, la técnica interpretativa y la *ratio decidendi* de la Corte IDH y el TEDH en los asuntos sometidos contra Nicaragua y España. Tomando en cuenta que en tales fallos los tribunales fundamentan sus decisiones en su jurisprudencia constante, de modo que el análisis particular nos lleva a la consideración de la jurisprudencia europea e interamericana en un sentido más

⁷⁹⁹ En ese sentido las sentencias de la Corte IDH contra Nicaragua en el caso *Genie Lacayo* (1997), *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni* (2001) y *Yatama* (2005).

⁸⁰⁰ En la discusión sostenida durante el denominado proceso de fortalecimiento del Sistema Interamericano, algunas cuestiones, problemas y desafíos fueron alegados por las diversas fuentes. Entre ellos, la falta de recursos, la poca transparencia de los órganos en publicar información contrastable, los problemas de acceso de las víctimas al sistema, las limitaciones tecnológicas, problemas de ineficiencia administrativa, y problemas de implementación de las decisiones. Sobre este asunto se puede consultar a SÁNCHEZ, N.C. et.al., "El elefante en la sala. El retraso procesal en el sistema de peticiones individuales del Sistema Interamericano", en AA.VV. *Desafíos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Nuevos tiempos, viejos retos*. Colección Dejusticia, Bogotá, 2015. pp. 230-275.

⁸⁰¹ Véase las estadísticas por país proporcionadas por la CIDH, solo disponibles para el periodo comprendido del 2006 al 2014. Disponibles en: <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/estadisticas/estadisticas.html> (Consulta de 28 de julio de 2015).

⁸⁰² En el 2014 el TEDH llegó a emitir 891 sentencias según su Informe Anual del 2014. ECHR, Annual Report 2014, marzo 2015.

⁸⁰³ Véase en Corte IDH, *Informe Anual 2014*.

amplio⁸⁰⁴. Dicho esto, la presente sección está circunscrita al estudio de las tres sentencias mencionadas, a saber, la sentencia *Genie Lacayo*⁸⁰⁵, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*⁸⁰⁶ y *Yatama*⁸⁰⁷ en las que Nicaragua fue declarado responsable por violaciones al derecho a las garantías judiciales⁸⁰⁸, a la protección judicial⁸⁰⁹, los derechos políticos y el derecho a la igualdad ante la ley⁸¹⁰ y el derecho a la propiedad⁸¹¹. Sobre las que acabe aclarar no se examinarán los asuntos concernientes a la actividad jurisdiccional de los tribunales internos, sino más bien el asunto que amerita este estudio comparativo: el control de las normas internas.

3. Los límites temporales y materiales del control jurisdiccional de la Corte IDH en el caso *Genie Lacayo*

3.1 La *ratione temporis* de la Corte IDH ante hechos anteriores a la aceptación de su competencia contenciosa

El caso *Genie Lacayo* fue el primero llevado ante la Corte IDH contra Nicaragua. El asunto se refiere a la muerte del joven Jean Paul Genie Lacayo, de 16 años de edad, el 28 de octubre de 1990, por un presunto escolta militar del entonces General Humberto Ortega Saavedra, ante el intento de Genie Lacayo de adelantar en su vehículo a la caravana miliar en la carretera Masaya- Managua. La investigación del hecho fue realizada por las autoridades policiales bajo ciertas irregularidades denunciadas por el padre de la víctima; las que, casi un año después, dieron curso a una acción judicial por el delito de homicidio. Empero, el 2 de julio de 1992 (aproximadamente 1 año después de haberse presentado la denuncia) el Séptimo Juzgado del Distrito del Crimen de Managua dictó

⁸⁰⁴ Una idea que se refuerza, según SILVA GARCÍA, en la similar técnica del TEDH y la Corte IDH con la que utilizan los jueces del *common law* en relación a la construcción de precedentes judiciales. En ese sentido, agrega el autor, “las similitudes radica en la construcción de una línea coherente de casos, una cadena de decisiones que paulatinamente va perfilando el alcance del concepto o principios indeterminados que son objeto de interpretación jurisdiccional. La actividad jurisdiccional del TEDH y la CIDH muestra el denominado *back y forward looking* en el razonamiento judicial, puesto que deciden los asuntos atendiendo a razones brindadas con anterioridad en relación a ciertos aspectos planteados en casos pasados similares y, además, construyen el caso de su conocimiento de forma tal que revela una planificación jurídica rigurosa y metódica...” *Vid.* SILVA GARCÍA, Fernando., “El control judicial...”, op.cit. p. 241.

⁸⁰⁵ Corte IDH, *Genie Lacayo vs. Nicaragua*, (Fondo) sentencia de 29 de enero de 1997.

⁸⁰⁶ Corte IDH, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, (Fondo) sentencia de 31 de agosto de 2001.

⁸⁰⁷ Corte IDH, *Yatama vs. Nicaragua*, (Fondo) sentencia de 23 de junio de 2005.

⁸⁰⁸ Artículo 8.1 en conexión con el 1.1 de la CADH.

⁸⁰⁹ Consagrado en el artículo 25.1 de la CADH.

⁸¹⁰ Contenidos en los artículos 23 y 24 de la CADH.

⁸¹¹ Artículo 21 de la CADH.

una resolución inhibiéndose de seguir conociendo la causa por considerarlo un asunto de la jurisdicción militar; en consecuencia remitió los autos a la Auditoría Militar. La resolución fue apelada por el padre de la víctima ante el Tribunal de Apelaciones, Región III, Sala de lo Criminal, quien denegó la apelación y confirmó la competencia de la jurisdicción militar para el caso. La resolución del Tribunal de Apelaciones fue recurrida en casación ante la Corte Suprema de Justicia (en adelante CSJ), quien confirmó la sentencia y finalmente remitió la causa a la Auditoría Militar, en virtud de la Ley de Organización de la Auditoría Militar, que creaba un fuero especial para cualquier delito en el que resultara indiciado un militar⁸¹².

El 15 de febrero de 1991 se interpone una petición ante la CIDH contra Nicaragua⁸¹³, y el 6 de enero de 1994 la CIDH demanda a Nicaragua ante la Corte IDH por violaciones al derecho a protección judicial, garantías judiciales y por la aplicación de normas contrarias al objeto y fin de la Convención Americana; los decretos no. 591 y 600 referente a la Ley de Organización de la Auditoría Militar y Procedimiento Penal Militar y a la Ley Provisional de los Delitos Militares, que impidieron que el caso fuese investigado y resuelto con imparcialidad.

El asunto planteado ante la Corte IDH dio origen a una serie excepciones preliminares por el Estado de Nicaragua⁸¹⁴, entre las que figuraba la competencia temporal de la Corte IDH para conocer de un hecho acontecido con anterioridad a la aceptación de Nicaragua de su competencia contenciosa⁸¹⁵, pero no de la aplicabilidad de la CADH para Nicaragua para ese entonces⁸¹⁶. La Corte IDH tomó en cuenta la reserva hecha por Nicaragua al respecto, pero no se extendió sobre la alegación del Estado sobre su competencia *ratione temporis*; toda vez que la demanda de la CIDH había considerado tal circunstancia y no alegó la violación al derecho a la vida (ocurrido el 28 de

⁸¹² Corte IDH, *Genie Lacayo vs. Nicaragua* (Fondo), párr.14 y ss.

⁸¹³ El 10 de marzo de 1993 la CIDH emite el informe de fondo No. 2/93, en el que concluye que Nicaragua es responsable de la violación del derecho a la vida, integridad personal, garantías judiciales, igualdad ante la ley y protección judicial de Jean Paul Genie Lacayo (artículos 4, 5, 8.1, 24 y 25 de la Convención) por los hechos ocurridos el 28 de octubre de 1990, en la ciudad de Managua. Véase en las Conclusiones del Informe No. 2/93.

⁸¹⁴ Corte IDH, *Genie Lacayo vs. Nicaragua* (Excepciones Preliminares), sentencia de 27 de enero de 1995, párr.6.

⁸¹⁵ Como cabe recordar, Nicaragua aceptó la competencia contenciosa de la Corte interamericana el 12 de febrero de 1991, para todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana. Sin embargo, en el Acuerdo Gubernativo Número 3-90, aprobado el 25 de Abril de 1990, Gaceta No. 94 de 17 de mayo de 1990, dejó constancia de que la declaración de aceptación “comprende solamente hechos posteriores o hechos cuyo principio de ejecución sean posteriores a la fecha de depósito de esta declaración ante el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos”.

⁸¹⁶ Puesto que Nicaragua firmó la Convención Americana el 22 de noviembre de 1969 y la ratificó y depositó el 25 de septiembre de 1979. El Estado de las ratificaciones puede consultarse en la página web de la CIDH. Disponible en: <http://www.cidh.org/Basicos/Spanish/Basicos2.htm> (Consulta de 28 de julio de 2015).

octubre de 1990)⁸¹⁷. A mayor abundancia, la CIDH argumentó que “el objeto de la demanda no se contrae al hecho de la violación al derecho a la vida que tuvo lugar antes de la fecha de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte por parte de Nicaragua, sino a los hechos posteriores que han generado responsabilidad internacional al Estado por la violación a la protección y garantías judiciales, igualdad ante la ley, y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno...”⁸¹⁸.

Así quedaba claro que si bien la Convención Americana era aplicable a Nicaragua al momento del hecho, pues ya había entrado en vigor, la Corte IDH no podía conocer del hecho en razón de la reserva sobre la competencia temporal del Tribunal para conocer del hecho. No obstante, tal circunstancia no aplicaba a la competencia de la CIDH, quien sí estaba habilitada para pronunciarse sobre tales violaciones, como en efecto lo hizo; por cuanto “ca[ía] dentro de las atribuciones de la Comisión en su función “de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos” en virtud de lo que establece el artículo 41 de la Convención...”⁸¹⁹. En razón de que las vinculaciones de la CADH respecto de las peticiones que contengan denuncias individuales, según el artículo 44, tiene consecuencia habilitante para que la CIDH pueda conocer de violaciones de los derechos allí reconocidos. Según SALADO OSUNA, esta vinculación tiene doble consecuencia jurídica que se deriva del mismo acto de voluntad estatal: a) aceptar las obligaciones convencionales y, b) aceptar la competencia de la Comisión para que conozca de su incumplimiento⁸²⁰.

3.2 La incompetencia para examinar la legislación interna *in abstracto*

Si bien el control *in concreto* de los actos y normas estatales se presenta como una regla general en ambos sistemas regionales, éste admite excepciones ante situaciones particulares de violaciones que exceden el caso particular y cuya generalidad afecta grupos de individuos. Entre las excepciones preliminares alegadas por Nicaragua en el asunto *Genie Lacayo*, estaba la falta de competencia de la Corte IDH para pronunciarse sobre la petición de la CIDH, para que declarase la

⁸¹⁷ Corte IDH, *Genie Lacayo vs. Nicaragua* (Excepciones Preliminares), párrs.23 -25.

⁸¹⁸ Corte IDH, *Genie Lacayo vs. Nicaragua* (Excepciones Preliminares), párr.22.

⁸¹⁹ Así lo resolvía la Corte IDH en *Genie Lacayo vs. Nicaragua* (Excepciones Preliminares), párr.46; retomando sus criterios vertidos en la OC- 13/93, de 16 de julio de 1993, párr. 23.

⁸²⁰ SALADO OSUNA, A., “Las restricciones a la aceptación de la competencia de los órganos internacionales de derechos humanos, (En línea) *Cuadernos Electrónicos – Derechos Humanos y Democracia*. Disponible en: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:rjonBthDwflJ:www.portalfio.org/inicio/repositorio/CUADERNOS/CUADERNO2/LAS_RESTRICCIONES_A_LA_ACEPTACION_DE_LA_COMPETENCIA_DE_LOS_ORGANOS_INTERNACIONAL_ES_DE_DERECHOS_HUMANOS.pdf+&cd=1&hl=nl&ct=clnk&gl=nl (Consulta de 28 de julio de 2015).

incompatibilidad de los Decretos 591 y 600 con el objeto y fin de la Convención Americana; por cuanto el Estado demandado lo entendía fuera del ámbito contencioso y más propio de su función consultiva⁸²¹.

La Corte Interamericana adoptó la posición del Estado alegada en las excepciones preliminares a su competencia y, para tal efecto, sostuvo que bajo su competencia contenciosa “no tiene por objeto la revisión de las legislaciones nacionales en abstracto, sino que es ejercida para resolver casos concretos en que se alegue que un acto del Estado, ejecutado contra personas determinadas, es contrario a la Convención”⁸²². Así, admitió la objeción planteada sobre el examen de la legislación en cuestión, fundado, además, en que si bien un Estado puede vulnerar la CADH por expedir leyes “que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención”; pronunciarse sobre ello estaba dentro de la función de promoción de la observancia y defensa de los derechos humanos de la CIDH; en virtud de su “facultad para dictaminar que una norma de Derecho interno, como cualquier otro hecho, puede ser violatoria de la Convención...”⁸²³. En esos términos, la Corte IDH se declaró incompetente para analizar la compatibilidad *in abstracto* de los referidos decretos con la Convención y el análisis de los mismos quedó exclusivamente sobre las violaciones derivadas de su aplicación en el caso concreto⁸²⁴.

En efecto, la citada normativa contenía algunas disposiciones que ponían entredicho la imparcialidad e independencia de los tribunales militares, por cuanto preveían la integración del tribunal ordinario de segunda instancia con “altos mandos militares”⁸²⁵; así como la utilización de elementos ideológicos como la “conciencia jurídica sandinista” en la valoración de las pruebas⁸²⁶ y criterios para sustituir la responsabilidad penal por la disciplinaria⁸²⁷. Por otra parte, la legalidad penal estaba ajustada al contenido ideológico partidario en la expresión “legalidad sandinista” frecuentemente utilizado en las decisiones judiciales⁸²⁸. Las singularidades de dicha legislación

⁸²¹ Corte IDH, *Genie Lacayo vs. Nicaragua* (Excepciones Preliminares), párr.47.

⁸²² Corte IDH, *Genie Lacayo vs. Nicaragua* (Excepciones Preliminares), párr.50.

⁸²³ Retomando los criterios sostenidos en su Opinión Consultiva sobre *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana*. OC-13/93, de 16 de julio de 1993, párrs.26 y 37. *Genie Lacayo vs. Nicaragua* (Excepciones Preliminares), párrs.49 y 50.

⁸²⁴ Corte IDH, *Genie Lacayo vs. Nicaragua* (Excepciones Preliminares), párr.51.

⁸²⁵ Artículo 233 del Decreto No. 591, Ley de Organización de la Auditoría Militar y Procedimiento Penal Militar Provisional, del 2 de Diciembre de 1980.

⁸²⁶ Regulado en el artículo 52 del Decreto No. 591.

⁸²⁷ Según el artículo 4, inciso 9 del Decreto No. 600, Ley Provisional de los Delitos Militares, de 12 de diciembre de 1980.

⁸²⁸ Entre otros, el artículo 11 del Decreto No. 591.

luego se verían reforzadas por la disposición 159, párrafo segundo, de la Constitución Política aprobada siete años más tarde⁸²⁹, que establecía un fuero especial para los miembros del Ejército que cometían un delito de orden común, de modo que podían ser sustraídos de la jurisdicción ordinaria y juzgados ante los tribunales militares⁸³⁰.

En el análisis de la aplicación de dichos decretos al caso concreto, la Corte IDH estimó que aun cuando éstos pudieron haber afectado la independencia e imparcialidad de los tribunales castrenses que conocieron del asunto, no obstante, las disposiciones concernidas no fueron aplicadas en el asunto y, por ende, solo constató la vulneración de las garantías judiciales (art.8.1 CADH) en la instrucción del proceso penal⁸³¹ y en la sustanciación del recurso de casación ante la CSJ⁸³². Contrario a lo sostenido por la CIDH, la Corte IDH afirmó que la circunstancia de que se tratara de una jurisdicción militar no constituía *per se* una violación de los derechos sustantivos de la CADH, por lo que no estimaba una violación del artículo 2, especialmente en relación a la prohibición de expedir leyes contrarias al objeto y fin de la Convención Americana⁸³³.

La exigibilidad de la previa aplicación de una norma presuntamente contraria al tratado, como criterio habilitante para examinar su convencionalidad planteaba, según el juez CANÇADO TRINDADE, una autolimitación de la Corte IDH para pronunciarse sobre las obligaciones legislativas del Estado, emanadas del artículo 2 de la CADH; pues la existencia de la ley legitimaba a las víctimas a plantear su incompatibilidad y el tribunal a examinarla sin esperar a la ocurrencia de un daño adicional con su aplicación⁸³⁴. La no satisfacción de la salvaguardia *primaria* de armonizar el Derecho interno con la CADH, y ante la irrestricta aplicación por las autoridades judiciales de dicha legislación, el asunto tratado planteaba una situación de violación continuada que afectaba la igualdad ante la ley (art.24 CADH) y la protección judicial (art.25 CADH), ante lo cual la Corte IDH

⁸²⁹ Aprobada el 9 de enero de 1987.

⁸³⁰ Por otra parte, los tribunales militares podían atraer a su jurisdicción a los civiles que se vieran involucrados en actos delictivos conjuntamente con militares. Véase en CUAREZMA TERÁN, S, et al., *Justicia Penal Militar*, Lea, Managua, 2006, p. 15.

⁸³¹ Debido a que las autoridades militares obstaculizaron o bien no colaboraron de manera adecuada con las investigaciones en la Procuraduría y con el juez de primera instancia. Corte IDH, *Genie Lacayo vs. Nicaragua* (Fondo), párr.76.

⁸³² Pues consideró que pese a la complejidad del asunto, los impedimentos y sustitución de los magistrados de la CSJ, el plazo de más de dos años que ha transcurrido desde la admisión del citado recurso de casación no era razonable a la luz del artículo 8.1 de la Convención Americana. *Genie Lacayo vs. Nicaragua* (Fondo), párr.80.

⁸³³ *Genie Lacayo vs. Nicaragua* (Fondo), párr.91.

⁸³⁴ Voto disidente del ex juez A.A. CANÇADO TRINDADE, a la resolución de la Corte IDH, de 13 de septiembre de 1997, sobre la solicitud de revisión de la sentencia de Fondo *Genie Lacayo vs. Nicaragua*.

decidió inhibirse. En ese mismo sentido, CARLOS ARSLANIAN, criticó que la Corte Interamericana no hubiese estimado la contrariedad del fuero especial para militares contrario a la CADH, como tampoco que no hubiese entrado a estimado la naturaleza del delito imputado, como ciertamente fue, como un delito ordinario que debía ser juzgado por los tribunales comunes⁸³⁵.

El criterio sobre la justicia militar sostenido en *Genie Lacayo* cambiaría meses después, entre otros, en el asunto *Castillo Petruzzi vs. Perú*⁸³⁶. Así, la Corte IDH pasó a declarar la violación a la independencia e imparcialidad judicial (art.8.1 CADH) por la sustracción de civiles de la jurisdicción ordinaria para ser juzgado por tribunales militares⁸³⁷; de modo que el ámbito de la jurisdicción militar “solo debe juzgar militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar”⁸³⁸. La jurisprudencia interamericana luego ahondaría sobre lo expuesto, para reafirmar que “si los actos delictivos cometidos por una persona que ostente la calidad de militar en activo no afectan los bienes jurídicos de la esfera castrense, dicha persona debe ser siempre juzgada por tribunales ordinarios”. Pero además agregaría, que “(...)frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar”⁸³⁹.

El cambio jurisprudencial de la Corte IDH respecto a la jurisdicción militar, también vendría acompañado de un mayor escrutinio de la legislación interna a la luz del tratado en los casos sometidos ante dicho tribunal⁸⁴⁰; dejando así atrás una primera etapa jurisprudencial en la que la Corte IDH no emitía dictámenes sobre el ordenamiento jurídico en general y se caracterizaba por ser eminentemente casuística, amparada en la necesidad del daño causado por la aplicación de la

⁸³⁵ Así pues, le resultaba contradictorio que la Corte IDH convalidara las actuaciones de la jurisdicción militar, más aún en los términos aplicadas al caso, al estándar mínimo deducido en ese entonces de la CADH. Vid. ARSLANIAN C.L., “La jurisdicción militar en la opinión de la Corte Interamericana de Justicia, *Revista IIDH/ Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 1997, Vol. 25, enero-junio. pp. 101-107.

⁸³⁶ FERRER MAC-GREGOR, E. Las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicable a la justicia penal”, *Revista IIDH/ Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Vol.59, enero-junio 2014, Costa Rica, pp. 29-118.

⁸³⁷ Corte IDH, *Castillo Petruzzi vs. Perú* (Fondo), sentencia de 30 de mayo de 1999, párr.129 y ss.

⁸³⁸ Corte IDH, *Lori Berenson Mejía vs. Perú* (Fondo), sentencia de 25 de noviembre de 2004, párr.142. Así también en: *Cantoral Benavides vs. Perú* (Fondo), sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 113; *Las Palmeras vs. Colombia* (Fondo), sentencia de 6 de diciembre de 2001, párr. 51 y *19 Comerciantes vs. Ecuador*, sentencia de 5 de julio de 2004, párr. 165.

⁸³⁹ Corte IDH, *Radilla Pacheco vs. México*, (Fondo), sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 274 y ss.

⁸⁴⁰ Así, por ejemplo, en el caso *Petruzzi vs. Perú* (párrs.207 y 222) y *Radilla Pacheco vs. México* (párrs.287, 289 y 342) la Corte declaró las violaciones al artículo 2 de la CADH ante las incompatibilidades normativas constadas y estableció medidas de reparaciones para ajustar el contenido lesivos de las leyes internas declaradas incompatibles.

ley para poder pronunciarse sobre ésta⁸⁴¹. En sucesivos casos sobre el tema, la Corte IDH llegó a estimar las contrariedades normativas respecto al artículo 2 de la Convención Americana y declarar las violaciones respecto a los derechos afectados, a saber, la independencia e imparcialidad, la igualdad ante la ley, las garantías judiciales y protección judicial, sobre las que no se pronunció en el caso *Genie Lacayo*⁸⁴².

4. El control de convencionalidad de la actividad legislativa del Estado

4.1 La omisión del legislador ordinario generadora de responsabilidad internacional en el caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*

4.1.1 La omisión legislativa respecto a la garantía del derecho de “propiedad comunal”

Los hechos del caso se refieren a la concesión de manejo y aprovechamiento forestal de 62 mil hectáreas, territorio de la Comunidad indígena Awas Tingni, otorgada por 30 años a la empresa SOLCARSA por el gobierno de Nicaragua en marzo de 1996. La concesión fue realizada sin la previa consulta de la Comunidad indígena y sin tomar en cuenta los derechos de participación sobre el territorio ocupado por la Comunidad, en virtud a su “posesión histórica”⁸⁴³. En consecuencia, el 2 de octubre de 1995 los representantes de la Comunidad Awas Tingni acudieron ante la CIDH por violación a los derechos territoriales y, el 3 de diciembre de 1995, para solicitar medidas cautelares para impedir la continuidad del proceso de explotación forestal de los territorios en disputa⁸⁴⁴.

⁸⁴¹ REY CANTOR, E., “El Control de Convencionalidad de las Leyes” (En línea). Disponible en: biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2562/16.pdf (Consulta de 31 de julio de 2015). También en: FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. y MÉNDEZ SILVA, R. “El alcance de las obligaciones...”, op.cit. p. 123.

⁸⁴² Incluso llegó a revisar la reserva hecha por México a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en virtud de que la Constitución Política reconoce el fuero de guerra, cuando el militar haya cometido algún ilícito encontrándose en servicio; y declaró su invalidez por ser contraria al objeto y fin del tratado. *Radilla Pacheco vs. México*, párrs.301 y ss. En el caso *Genie Lacayo* la Corte IDH estableció como única medida de reparación la indemnización compensatoria de 20,000 dólares de los Estados Unidos de América, a pagar al señor Raymond Genie Peñalba, en virtud de las violaciones al 8.1 y al 1.1 de la CADH. *Genie Lacayo vs. Nicaragua* (Fondo), puntos resolutivos.

⁸⁴³ CIDH, Informe 27/98 (Nicaragua), Corte IDH, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* (Fondo), sentencia de 31 de agosto de 2001. Véase también en ANAYA, JAMES, S y GROSMAN, Claudio., “El Caso Awas Tingni vs. Nicaragua: un nuevo paso en el Derecho internacional de los pueblos indígenas”, en GÓMEZ ISA, F. (ed) *El Caso Awas Tingni vs. Nicaragua: nuevos horizontes para los derechos humanos de los pueblos indígenas*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003. pp. 11-28.

⁸⁴⁴ CIDH, Demanda de la Comisión Interamericana presentada ante la Corte Interamericana en el caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni* contra el Estado de Nicaragua, párrs.10. párrs. 30, 31 y 56.

La decisión del gobierno se basó en la falta de título real que acreditaba los derechos de propiedad de la Comunidad Awas Tingni sobre dichas hectáreas, lo que a su entender atribuía el dominio estatal sobre las mismas. Por otra parte, la decisión se amparó en la desregulación sobre la delimitación y falta de titulación del territorio reclamado por la Comunidad, pese a que los derechos de propiedad de la Comunidad se asentaban en la posesión consuetudinaria y comunal; reconocido en los artículos 5, 89 y 180 de la CN⁸⁴⁵ y regulado en el Estatuto de Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica de Nicaragua⁸⁴⁶.

El argumento de la lesión de los derechos se basaba, por tanto, en la insuficiente de la citada legislación respecto al proceso de demarcación y titulación de las tierras comunales alegadas por Awas Tingni; de modo que el derecho constitucional de propiedad comunal y consuetudinaria sobre dicho territorio se veía desprovisto de un desarrollo legislativo especial que daba lugar a los excesos de la administración pública para aprovechar económicamente los territorios. Si bien se estima que tal derecho debió ser protegido por los recursos de amparo interpuestos por los afectados⁸⁴⁷, cierto es que estos terminaron siendo inefectivos ante la arbitrariedad del Estado en ese sentido; por lo que la demanda internacional se abocaba además en la exigencia de garantías

⁸⁴⁵ Al respecto el artículo 5 reconoce el derecho de las comunidades del Atlántico del país “a la forma comunal de propiedad de sus tierras y el goce, uso y disfrute de las mismas”, previsto a ser regulado bajo un régimen jurídico especial basado en criterios autonómicos. En ese mismo sentido, los artículos 89 y 180 constitucional reconocen el derecho de dichas comunidades a “dotarse de sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales conforme a sus tradiciones”, extendiendo dicho reconocimiento sobre “las formas comunales de propiedad de las tierras” que comprende además el goce, uso y disfrute de las aguas y bosques de sus tierras comunales; y la efectividad de sus formas de propiedad comunal.

⁸⁴⁶ Por medio de la cual se prevé la aplicación de criterios de equidad en el aprovechamiento y “la explotación racional de los recursos mineros, forestales, pesqueros y otros recursos naturales de las Regiones Autónomas”, ajustado al contenido de los derechos de propiedad sobre las tierras comunales, y establecer beneficios proporcionales en los acuerdos entre el Gobierno Regional y el Gobierno Central” (art.9). Ley No. 28, publicada en la Gaceta Diario Oficial, No. 238, de 30 de octubre de 1987.

⁸⁴⁷ Los representantes de la Comunidad Awas Tingni ejercieron dos recursos de amparo, el 11 de septiembre de 1995 y 7 de noviembre de 1997, ante la Sala de lo Civil del Tribunal de Apelaciones de la Sexta Región de Matagalpa, con el objetivo de suspender la concesión que éste entregó a la empresa SOLCARSA; alegando además la falta de regulación sobre la demarcación de las tierras objeto de protección constitucional. Los dos recursos fueron denegados por cuestiones formales. En ese mismo sentido, los miembros del Consejo Regional de la Región Autónoma del Atlántico Norte (en adelante RAAN) interpusieron otro recurso de amparo ante la Sala de lo Constitucional de la CSJ, que el 25 de febrero de 1997 resolvió declarando su inconstitucionalidad debido a que violaciones de forma en el proceso de concesión. Empero, el fallo no fue cumplido y la concesión otorgada a SOLCARSA siguió su curso. *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* (Fondo), párrs. 23 y 103 p). CIDH, Demanda de la Comisión Interamericana presentada ante la Corte Interamericana en el caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni* contra el Estado de Nicaragua, párr.63.

de la titulación de los territorios que acreditara el ejercicio del derecho constitucional de propiedad comunal y consuetudinaria sobre éstos⁸⁴⁸.

En efecto, la situación de desprotección no era subsanable por la Ley No. 14, “Reforma a la Ley de Reforma Agraria”⁸⁴⁹ que preveía procedimientos para garantizar la propiedad de la tierra a todos aquellos que la trabajan productiva y eficientemente⁸⁵⁰, pues adolecía de procedimientos relativos a la situación particular de las comunidades indígenas sin título real y que alegaban el derecho de propiedad con base a la forma comunal y consuetudinaria, como llegaría a constatar la Corte IDH⁸⁵¹. Así las cosas, la situación legal de la citada Comunidad Awas Tingni no fue un asunto controvertido en proceso internacional ante la Corte IDH, de tal forma que Nicaragua aceptó su responsabilidad internacional sobre este aspecto de la demanda. En el transcurso de la causa internacional el Estado emitió el Decreto No. 16-96 de 23 de agosto de 1996, por la que creaba la Comisión Nacional para la Demarcación de las Tierras de las Comunidades Indígenas en la Costa Atlántica; con el fin de establecer una instancia administrativa adecuada para iniciar el proceso de demarcación de las tierras tradicionales de las comunidades indígenas”⁸⁵².

⁸⁴⁸ El 3 de marzo de 1998 la CIDH emitió el Informe 27/98 en el que concluyó que el Estado violó los derechos la protección judicial por la falta de recurso efectivo (art.25 CADH), el derecho de propiedad (art.21 CADH); y, ante la falta de demarcación de las tierras comunales constatadas, recomendó la adopción de medidas para regular la demarcación de los territorios y crear mecanismos de tutela de los mismos, así como suspender las concesiones otorgadas. El 4 de junio de 1998 la CIDH demandó a Nicaragua ante la Corte Interamericana por la violación a los citados derechos”. *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* (Fondo), párrs.2 y 3. Sobre esto el Juez *Ad hoc* por Nicaragua criticó la decisión de la Corte IDH por cuanto daba por inexistente el marco legal que sí existía y por no ser efectivo sin que los representantes de la Comunidad hubiesen solicitado la titulación bajo el procedimiento existente para tal fin. En otras palabras, la Corte IDH había aceptado la insuficiencia de una normativa que había sido aplicada satisfactoriamente en otros casos para titular otras comunidades indígenas, sin que la misma se hubiese aplicado al caso concreto. Véase el voto disidente del juez *ad hoc* Alejandro Montiel Argüello, a la sentencia de fondo *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*.

⁸⁴⁹ Ley No. 14, publicada en la Gaceta Diario Oficial No. 8, de 13 de enero de 1986.

⁸⁵⁰ Referida a la titulación de propiedades en abandono, ociosas, deficientemente explotadas, las tierras dadas en arriendo o cedidas bajo cualquier otra forma de modalidad u otras formas de explotación campesina. Al respecto, el artículo 31 se limitaba a expresar el compromiso del Estado para otorgar “de las tierras necesarias” a las comunidades del Atlántico de Nicaragua. *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* (Fondo), párr.123.

⁸⁵¹ Aunque por medio de la citada Ley ya se había titulado otras comunidades indígenas de la Costa Atlántica, ésta parecía haber dejado de ser efectiva para tal propósito habida cuenta de que en más de una década no se había titulado a ninguna comunidad indígena; razón por la que, además de no prever un procedimiento específico relativo a las comunidades, no habían indicios de que la situación fuese a ser distinta. *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* (Fondo), párrs.103, 125, 126.

⁸⁵² Creando para ello una comisión nacional para identificar las tierras que tradicionalmente han ocupado las diferentes comunidades indígenas, determinar su ubicación y las áreas comunales y las estatales, para elaborar un proyecto de demarcación y gestionar el financiamiento para dicho proyecto. *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* (Fondo), párr.120.

Considerando que la situación de vulneración estaba precedida por la omisión legislativa para garantizar los derechos reconocidos constitucionalmente, y sobre la base de la aceptación de responsabilidad del Estado, la Corte IDH estimó que la falta de procedimiento para delimitar, demarcar y titular las tierras comunales vulneraba la obligación genérica del artículo 2 de la CADH⁸⁵³, que exige al Estado la adopción de medidas legales o de otro carácter para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos; concretamente del derecho de “propiedad comunal” del que no se había pronunciado la Corte IDH con anterioridad, y del que del que estaba desprovisto la CADH.

4.1.2 La interpretación evolutiva de la CADH en relación al “derecho indigenista”

El caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni* puso en perspectiva la cobertura de la Convención Americana sobre los derechos colectivos de propiedad de los pueblos indígenas en las Américas, de allí su singular relevancia para el desarrollo posterior de los derechos en cuestión en sucesivos casos llevados ante la Corte IDH. Más aún porque hasta ese entonces el único marco legal internacional específico sobre los pueblos indígenas era el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT)⁸⁵⁴, pero que no era aplicable al caso concreto como criterio interpretativo, porque Nicaragua no lo había ratificado.

Así pues, el caso planteaba la interpretación del artículo 21 de la CADH, que reconoce el derecho a la propiedad privada en un sentido individual a disfrutar del uso de bienes; pero no preveía la forma comunal o colectiva de propiedad en el sentido reconocido por la Constitución nicaragüense; cuyo ejercicio se extiende a elementos materiales como el agua, la flora y demás recursos naturales. En efecto, la idea expresada sobre el artículo 21 en los trabajos preparatorios de la CADH, dio lugar a la sustitución del término “propiedad privada” por la de “uso y goce de los bienes”⁸⁵⁵; y con ello a estimar su contenido en un sentido más amplio, aunque sin ir más allá de las fronteras del dominio y posesión individual de bienes.

⁸⁵³ *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* (Fondo), párrs.137-139.

⁸⁵⁴ Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado el 27 de junio de 1989 por la OIT, entró en vigor hasta el 5 de septiembre 1991. No obstante, en el 2006 la ONU adoptaría la Declaración sobre los Pueblos Indígenas, el 29 de junio de 2006, y aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007. Mientras en el seno de la OEA, el Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas aprobado el 26 de febrero de 1997 por la CIDH, sigue pendiente de concretarse. En relación a los derechos de los pueblos indígenas véase en BURGORGUE-LARSEN, L, UBEDA DE TÓRRES, A., *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 500 y ss.

⁸⁵⁵ *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* (Fondo), párr.145.

Consciente de la parca redacción del artículo 21, la Corte IDH adoptaría una interpretación evolutiva de la CADH para ampliar el alcance de derecho de propiedad en el sentido reconocido constitucionalmente; habida cuenta de que la deficiencia de la legislación interna no estaba en el reconocimiento subjetivo del derecho, sino en la falta de garantías del mismo. En ese sentido, la interpretación del artículo 21 debía “adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales”, tomando en cuenta la protección más favorable a la luz del principio *pro homine* (art. 29.b CADH) en la interpretación del texto convencional⁸⁵⁶. Para tal efecto sostuvo:

“...esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua”⁸⁵⁷.

La interpretación extensiva de la disposición convencional tenía como fundamento el artículo 5 constitucional y 36 del Estatuto de la Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica de Nicaragua, de la cual se desprendía “la propiedad comunal” de las comunidades indígenas. La Corte precisó que el sentido de esta forma de propiedad no se basaba en la pertenencia centrada en un individuo “sino en el grupo y su comunidad”; y a diferencia del tipo tradicional de propiedad privada la de los indígenas comprendía una “estrecha relación con la tierra” y base fundamental de “sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica”⁸⁵⁸. En esos términos, el derecho de “propiedad comunal” pareció quedar vinculado al ejercicio de otros derechos, por cuanto trascendía la mera posesión y producción de la misma y abarcaba el ejercicio de una dimensión espiritual vinculado a su cultura.

⁸⁵⁶ Ídem, párr.146. La interpretación extensiva con base en el principio *pro homine* luego sería fundamento para ampliar la cobertura del tratado en relación al derecho de propiedad comunal de una comunidad indígena en el casos *Comunidad Indígena Yakye Axa y Comunidad Indígena Sawhoyamaya* contra Paraguay (2005), así como en relación al derecho de participación en el caso *Pueblo Saramaka vs. Suriname* (2008). Vid. VALERIO DE OLIVEIRA y MAZZUOLI DILTON RIBEIRO., “Indigenous Rights before the Inter-American Court of Human Rights: a Call for a Pro Individual Interpretation”, (En línea) *Harvard International Law Journal*, Disponible en: <http://www.harvardilj.org/2015/02/indigenous-rights-before-the-inter-american-court-of-human-rights-a-call-for-a-pro-individual-interpretation/> (Consulta de 4 de agosto de 2015)

⁸⁵⁷ Ídem, párr.148

⁸⁵⁸ Ídem, párr.149.

En efecto, en sus alegatos finales la CIDH amplió las violaciones iniciales al derecho a la vida (art.4), protección de la honra y de la dignidad (art.11); la libertad de conciencia y de religión (art.12), libertad de asociación (art.16); protección a la familia (art.17); derecho de circulación y de residencia (art.22); y derechos políticos (art.23). No obstante, la Corte IDH solo declaró la violación en relación al derecho al uso y el goce de los bienes (art.21 CADH) de los miembros de la Comunidad Awas Tingni, en virtud de la falta de delimitación y demarcación de su propiedad comunal; así como por las concesiones otorgadas por el Estado a terceros para la explotación de bienes y recursos presumiblemente ubicados en los territorios de la Comunidad⁸⁵⁹.

4.2 Los límites al Constituyente establecidos en el caso *Yatama vs. Nicaragua*

4.2.1 La antinomia constitucional que precede a la demanda internacional

El 24 de enero de 2000 se aprobó la Ley Electoral No. 331⁸⁶⁰ que introdujo nuevos requisitos que exigían la presentación de porcentajes mínimos de firmas de ciudadanos e inscripciones de candidatos, para participar en los procesos electorales⁸⁶¹. Adicionalmente, el artículo 71 de la citada Ley estableció la exigencia de formar “partidos políticos” para poder participar en el proceso electoral; lo que era exigido incluso a las organizaciones indígenas que con anterioridad habían participado bajo la figura jurídica de “asociación de suscripción popular”⁸⁶², suprimido por la nueva legislación. Aunque el citado artículo preveía el respeto de la “propia forma natural de organización y participación de las organizaciones indígenas”, lo cierto es que éste solo aplicaba dentro de formación de los partidos regionales; de modo que aquellas organizaciones se vieron obligadas a formar partidos políticos de alcance regional.

⁸⁵⁹ Ídem, párrs.155, 156, 157

⁸⁶⁰ Ley No. 331, publicada en la Gaceta Diario Oficial el 24 de enero de 2000.

⁸⁶¹ El artículo 77.7 de la citada Ley Electoral establecía el deber de los partidos políticos de presentar el 3% de firmas de ciudadanos identificados con el número de cédula, para presentar los candidatos, excepto en el caso de los partidos políticos que en las últimas elecciones nacionales hubieren obtenido un mínimo de 3% de los votos válidos en las elecciones presidenciales; el artículo 82 exigía inscribir candidatos en al menos en el ochenta por ciento (80%) de los municipios y al menos el ochenta por ciento (80%) del total de las candidaturas; y el artículo 80 el deber de inscribir candidatos para todas las elecciones y cargos a que se refiere el artículo 1 de dicha Ley. Corte IDH, *Yatama vs. Nicaragua*, párr. 124.51.

⁸⁶² Regulado en las leyes electorales de 1990 y 1996, que luego fueron derogadas por la Ley no. 331.

Con ese propósito, la organización “Yapti Tasba Masraka Nanih Asla Takanka” (en adelante YATAMA) se constituyó en un partido político regional indígena⁸⁶³ y, como tal, solicitó al Consejo Supremo Electoral (en adelante CSE) la inscripción de los candidatos a alcalde; para las elecciones municipales del 5 de noviembre de 2000 en las Regiones Autónomas del Atlántico Norte y del Atlántico Sur de Nicaragua. El 15 de agosto de 2000 el CSE emitió una resolución que denegada dicha solicitud, la cual fue recurrida de revisión y amparo por YATAMA, ante el CSE y la CSJ respectivamente, las que posteriormente terminaron confirmando la resolución del CSE⁸⁶⁴. De ese modo, YATAMA se vio impedido a participar en las elecciones municipales del 2000.

La decisión del CSE se basada en la aplicación de los requisitos establecidos en la citada Ley, de rango constitucional según el artículo 184 de la Constitución Política⁸⁶⁵, que parecía entrar en conflicto con el derecho de los pueblos indígenas a las formas de “organización político-administrativa, social y cultural” que corresponde a sus tradiciones históricas (artos.5 y 180 CN). Asimismo con la garantía de los derechos políticos reconocidos en el artículo 23 de la CADH, también de rango constitucional según el artículo 46 CN⁸⁶⁶. En efecto, los párrafos 1 y 2 del artículo 65.9 y el artículo 77. 7 de la Ley Electoral, fueron declaradas inconstitucionales por la CSJ⁸⁶⁷, por constituir “una intromisión y menoscabo de los derechos individuales”⁸⁶⁸. No obstante, la CSJ no se pronunció sobre la constitucionalidad de las demás disposiciones, de modo que la exigencia de formación de partidos políticos a las organizaciones indígenas se vio validada al estándar interno deducido por la CSJ.

⁸⁶³ Concedida el 4 de mayo de 2000 por el CSE en la resolución que otorgó a YATAMA personalidad jurídica como partido político regional. Corte IDH, *Yatama vs. Nicaragua* (Fondo), párr.124.28.

⁸⁶⁴ Previo al amparo denegado por la Sala Constitucional YATAMA había interpuesto un amparo administrativo ante la Sala de lo Civil y Laboral del Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción Atlántico Norte, que mandó a suspender el acto, pero que luego fue invalidado por la Sala Constitucional. *Cfr.* Corte IDH, *Yatama vs. Nicaragua*, (Fondo), párr. 2 y numeral 54, 55 y 61 del párr. 124.

⁸⁶⁵ De acuerdo a dicho precepto, además de la Ley Electoral, la Ley de Amparo y la Ley de Emergencia son leyes constitucionales. Empero, la CSJ ha entendido que tales leyes son jerárquicamente inferiores a la Constitución. A propósito de la Ley Electoral, la Sala Constitucional expresó que aún si ésta “tiene rango constitucional no es la constitución misma y como tal no debe ser contravenida” por disposiciones de la Ley Electoral. Sala Constitucional, sentencia No.136, de 30 de octubre de 2002, Considerando I.

⁸⁶⁶ Y de acuerdo a las sentencias 57/2010 y 78/2010 de la Sala Constitucional de la CSJ.

⁸⁶⁷ CSJ, sentencia no. 103, de 8 de noviembre de 2002.

⁸⁶⁸ Sentencia No. 103 de la CSJ de Nicaragua, de 8 de noviembre de 2002. La misma apreciación de inconstitucionalidad sostuvo la Sala Constitucional respecto al artículo 77.7 en la sentencia No. 156, de 20 de noviembre de 2002. Para lo cual sostuvo que “tal obligación de respaldo equivale a votar por adelantado a favor de un determinado partido en un número de votos igual a ese porcentaje, ya que los ciudadanos solo pueden otorgar su firma de respaldo a un solo partido político, homologando esta firma a un voto público, lo que viola la garantía Constitucional de la secretividad del voto, contenida en los artículos 132 y 146 CN”.

Por otra parte, el asunto *Yatama* planteaba otra antinomia constitucional en relación al carácter inimpugnable de las decisiones en materia electoral del CSE, según el artículo 173 *in fine* de la CN⁸⁶⁹, replicado en el 53.4 de la Ley de Amparo⁸⁷⁰, y el párrafo segundo del artículo 1 de la Ley Electoral; con el derecho a un recurso sencillo y rápido reconocido en el artículo 25 de la Convención Americana. Esto último, en vista de la negativa de la Sala de lo Constitucional de la CSJ de amparar a YATAMA contra la resolución del CSE que negaba el derecho de participar en las elecciones municipales.

La deficiente tutela interna de derechos planteó, entonces, el examen de compatibilidad de aquellas disposiciones constitucionales a la luz de la Convención Americana, primeramente ante la CIDH⁸⁷¹ y posteriormente ante la Corte Interamericana⁸⁷². En ese sentido, la causa internacional incoada ante la Corte IDH se originó en la expedición de una normativa constitucional que planteaba intromisiones a los derechos políticos de las comunidades indígenas protegidas en la Constitución nicaragüense; asimismo en la restricción del control jurisdiccional sobre ciertas decisiones del CSE que afectaban derechos protegidos en la Convención Americana, pero no considerados lesivos de derechos fundamentales.

4.2.2 El control de convencionalidad de las normas constitucionales

Como se ha indicado, las cuestiones violatorias a la Convención Americana planteadas en el caso *Yatama* requirió el examen de la compatibilidad de ciertas disposiciones de la Constitución Política y la Ley Electoral con el estándar mínimo establecido en la Convención Americana y jurisprudencia interamericana. De acuerdo con la jurisprudencia constante de la Corte IDH, el examen de las violaciones de derechos surgidos de contradicciones entre el Derecho interno y la Convención Americana no se ve afectado por la naturaleza o jerarquía de las normas internas; en todo caso,

⁸⁶⁹ Que establece: “De las resoluciones del Consejo Supremo en materia electoral no habrá recurso alguno ordinario ni extraordinario”.

⁸⁷⁰ Ley No. 49. Ley de Amparo, de 16 de noviembre de 1988. Publicada en La Gaceta No. 241 de 20 de diciembre de 1988. Reformada por la Ley No. 831. Ley de reformas y adiciones a la Ley No. 49. Ley de Amparo. Publicada en La Gaceta Diario Oficial No. 29, del 14 de febrero del 2013.

⁸⁷¹ El 26 de abril de 2001 la organización YATAMA, el Centro Nicaragüense de Derechos Humanos (en adelante “CENIDH”) y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (en adelante “CEJIL”) presentaron una demanda contra Nicaragua ante la CIDH por violaciones a las garantías judiciales, los derechos políticos y la protección judicial reconocidos en la Convención Americana. CIDH, Informe No. 24/03, de 4 de marzo de 2003.

⁸⁷² El 17 de junio de 2003, la CIDH sometió ante la Corte una demanda contra el Estado de Nicaragua, por las violaciones a las garantías judiciales, los derechos políticos y la protección judicial en relación a las obligaciones genéricas de la CADH. Corte IDH, *Yatama vs. Nicaragua*, (Fondo), párrs. 1 y 2.

porque las normas internas son consideradas “simples hechos o manifestaciones de voluntad” del Estado en vista de su dimensión legislativa; que como todo acto del poder público son susceptibles de ser ponderados respecto a la CADH o cualquier tratado interamericano; y “con prescindencia de la significación o jerarquía que la norma nacional tenga dentro del ordenamiento jurídico del respectivo Estado”⁸⁷³.

En el análisis de la normativa impugnada la Corte Interamericana constató que la resolución del CSE impidió el ejercicio del derecho de participación política a los miembros de YATAMA, en franca violación al estándar mínimo de garantía judicial establecido en la Convención Americana; pero además verificó la contrariedad o “inconveniencia” de la norma constitucional que sustraía las decisiones del CSE en materia electoral del control jurisdiccional. Así, respecto a la resolución del CSE declaró la violación de las garantías judiciales (art.8.1) y el deber de respetar los derechos (art.1.1) de la Convención Americana, por carecer de elementos básicos de la fundamentación y porque no fue notificada al partido político⁸⁷⁴.

En relación al contenido del último párrafo del artículo 173 de la Constitución Política, su análisis planteaba la verificación del cumplimiento de la obligación primaria del Estado (art.2 CADH) para adecuar su Derecho interno a las disposiciones de la Convención Americana, y concretar el principio del *effet utile* del tratado a nivel local; cristalizado en un mandato normativo para “suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen una violación a las garantías previstas en la Convención”⁸⁷⁵. Asumiendo el peso de aquel mandato sobre el legislador ordinario y el propio Constituyente, era indefectible que el escrutinio internacional se proyectaba sobre sus actos normativos, ante la inobservancia del canon de protección establecido en la CADH y los criterios interpretativos de la Corte IDH.

En todo caso, porque el deber general del Estado no solo se expresa en relación a la no expedición de leyes contrarias a la CADH, sino también en una dimensión activa para suprimir aquellas disposiciones contrarias al texto convencional y los derechos fundamentales. En efecto, la Corte

⁸⁷³ Corte IDH, OC-14/94, 9 de diciembre 1994, párr.22.

⁸⁷⁴ Lo cierto es que las deficiencias procesales constatadas por la Corte Interamericana no fueron solo en relación a la CADH sino a la Ley Electoral misma, de modo que el problema recaía en un asunto de falta de control jurisdiccional interno sobre la decisión del CSE que terminó siendo arbitraria. Corte IDH, *Yatama vs. Nicaragua* (Fondo), párrs.163 y 164.

⁸⁷⁵ Corte IDH, *Yatama vs. Nicaragua* (Fondo), párr.170.

IDH confirmó la contrariedad de la citada disposición constitucional con el derecho a un recurso rápido y sencillo (art.25.1 CADH)⁸⁷⁶; por cuanto sustraía las decisiones en materia electoral del CSE del algún tipo de control jurisdiccional, lo que resulta inaceptable en el sentido de un Estado de Derecho y del objeto y fin de la CADH⁸⁷⁷. La intención del Constituyente de dotar al Poder Electoral con un CSE con atribuciones jurisdiccionales⁸⁷⁸ sobre cuestiones que afectan derechos fundamentales, no sujetas a revisión o amparo ante la CSJ; dejaban a la vista los excesos del artículo 173 *in fine* de la Constitución Política con el derecho a un recurso, así como los límites materiales del recurso de amparo⁸⁷⁹. Ante la manifiesta contrariedad normativa la Corte IDH sostuvo que:

“Si bien la Constitución de Nicaragua ha establecido que las resoluciones del Consejo Supremo Electoral en materia electoral no son susceptibles de recursos ordinarios o extraordinarios, esto no significa que dicho Consejo no deba estar sometido a controles judiciales, como lo están los otros poderes del Estado”⁸⁸⁰.

Así las cosas, la inconveniencia de la disposición constitucional respecto al derecho a un recurso, asumía la compatibilidad del control jurisdiccional sobre las decisiones del CSE con el principio de independencia funcional del Poder Electoral con los demás poderes del Estado. En ese sentido, categóricamente se sostuvo que “independientemente de la regulación que cada Estado haga respecto del órgano supremo electoral, éste debe estar sujeto a algún control jurisdiccional que permita determinar si sus actos han sido adoptados al amparo de los derechos y garantías mínimas previstos en la Convención Americana”. Tal afirmación dejó a la vista que las obligaciones del Estado no se agotaban con la regulación ordinaria del contenido sustantivo de la Convención Americana, sino de una articulación normativa en los diversos niveles de protección; por lo que los límites materiales al recurso de amparo en las disposiciones constitucionales terminan por

⁸⁷⁶ La Constitución (art. 173 *in fine*) y la Ley de Amparo (art. 51.5) disponen que respecto de las resoluciones del CSE en materia electoral “no habrá recurso alguno, ordinario ni extraordinario”. La Ley Electoral únicamente prevé recurribles de amparo las decisiones del CSE sobre materia de partidos políticos (art.176).

⁸⁷⁷ Corte IDH, *Yatama vs. Nicaragua* (Fondo), párr.169.

⁸⁷⁸ Artículo 10 de la Ley Electoral.

⁸⁷⁹ Al respecto la Corte IDH tomó nota de la disposición constitucional (173) que respecto de las resoluciones del CSE en materia electoral establece que “no habrá recurso alguno, ordinario ni extraordinario”, la Ley de Amparo (artículo 51.5) que estipula que no procede el recurso de amparo “[c]ontra las resoluciones dictadas en materia electoral”, y la Ley Electoral (artículo 76) que establece que solo “[d]e las resoluciones definitivas que en materia de partidos políticos dicte el Consejo Supremo Electoral en uso de sus facultades que le confiere la presente Ley, los partidos políticos o agrupaciones solicitantes podrán recurrir de Amparo ante los Tribunales de Justicia”. *Yatama vs. Nicaragua* (Fondo), párr.171.

⁸⁸⁰ Corte IDH, *Yatama vs. Nicaragua* (Fondo), párr.174.

cercenar el derecho a un recurso sencillo y rápido. Así, la eficacia interna de la CADH constituye un ejercicio de ponderación de su equivalencia por y frente a todos los poderes públicos; en virtud de su rigor normativo para el Estado, más aún por su valor constitucional y de las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de las obligaciones de ésta derivadas.

En ese sentido, si la resolución del CSE podía incidir directamente en el ejercicio de los derechos políticos de YATAMA mayor fuerza cobraba la exigencia de su protección judicial. Por ello que la verificación de la deficiente protección interna devino en la declaración de responsabilidad internacional de Nicaragua por la Corte Interamericana. Y como consecuencia de la situación violatoria constatada el Estado se vio exigido a adecuar las normas inconventionales – reforma constitucional – con el canon de protección contenido en la Convención Americana; a fin de crear un recuso sencillo y rápido contra las resoluciones del CSE⁸⁸¹.

4.2.3 El principio *pro homine* de interpretación

Como había ocurrido en el caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni* la Corte Interamericana se vio en la necesidad de interpretar la Convención Americana en un sentido evolutivo, adoptando el principio *pro homine* (art.29.b de CADH) para ampliar el contenido de los derechos políticos reconocidos en el artículo 23 de la CADH⁸⁸² a las comunidades indígenas, de cuya protección no se tenía constancia bajo dicho tratado⁸⁸³. La situación surgida con el caso se centraba en el contenido del artículo 23, de cuya redacción no se colige ninguna referencia a las comunidades indígenas, aunque tampoco limita su cobertura en relación al ejercicio pasivo y activo de sus derechos políticos. La ausencia de protección especial de los pueblos indígenas bajo

⁸⁸¹ Corte IDH, *Yatama vs. Nicaragua* (Fondo), párrs. 174-176.

⁸⁸² “1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a. de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b. de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y,

c. de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”.

⁸⁸³ Incluso, la CIDH llegó a plantear que considerando la falta de protección especial de los pueblos indígenas dentro del Derecho internacional en general, y en el derecho interamericano específicamente, resultaba necesario dotarlos de garantías específicas para que puedan ejercer sus derechos plena y equitativamente con el resto de la población, las que debía extenderse a la garantía de su “supervivencia física y cultural”. Corte IDH, *Yatama vs. Nicaragua* (Fondo), párr.178.c.

dicho precepto planteaba su interpretación a fin de identificar si se configuraba en un sentido amplio o restringido respecto a las formas organizativas de participación política y las formas organizativas propias de las comunidades indígenas.

Considerando la falta de referencia respecto al “derecho indigenista” en la CADH, la Corte IDH examinó la compatibilidad de la exigencia constitucional de constituirse en partido político a la organización indígena YATAMA, tomando como referencia el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas regulada en los artículos 5, 49, 89 y 180 de la Constitución Política y el artículo 11.7 del Estatuto de Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica⁸⁸⁴. En los alegatos presentados por el Estado se admitió las posibles contrariedades de la Ley Electoral y la necesidad de reformarse con miras a adecuarla al estándar de protección interamericano⁸⁸⁵.

Ante la aceptación de las incompatibilidades normativas, el Estado dio por bueno las posibles recomendaciones que la Corte IDH pudiese establecer en el fallo, para enmendar la Ley Electoral y perfeccionar su sistema jurídico interno sobre el tema. Así pues, se declaró la incompatibilidad de las normas internas a la luz de la CADH, y de su confrontación se verificó que el reconocimiento interno de los derechos políticos a las organizaciones indígenas se vio indebidamente restringido por normas constitucionales de la Ley Electoral⁸⁸⁶.

4.2.4 El examen de la proporcionalidad de las medidas restrictivas

Otro de los asuntos planteados en la demanda contra Nicaragua se refería a la exigencia de satisfacer una serie de requisitos formales a todos los partidos políticos con intenciones de participar en las elecciones municipales del 2000. Para tal efecto, el examen de las limitaciones contenidas en las disposiciones constitucionales de la Ley Electoral comprendía su proporcionalidad frente a los intereses públicos concernidos, y en concreto, para verificar si se satisfacía los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad; habida cuenta de que los derechos políticos no son absolutos y pueden estar sujetos a limitaciones por medio de condiciones formales para regular su ejercicio⁸⁸⁷.

⁸⁸⁴ Corte IDH, *Yatama vs. Nicaragua* (Fondo), párr. 205.

⁸⁸⁵ Ídem. párr.180. g.

⁸⁸⁶ A la luz de la cual terminó confirmando la contradicción de la ley impugnada con la CADH. Ídem. párr.219.

⁸⁸⁷ Así adoptando la jurisprudencia europea del caso *Hirst vs. Reino Unido* (no. 2). Ídem. párr.206.

En el análisis de las exigencias contenidas en la Ley Electoral, se constató que éstos desbordaron los criterios razonables de atender a un propósito útil y oportuno que la tornara necesario para satisfacer un interés público imperativo; y, por tanto, proporcional a ese objetivo⁸⁸⁸. La ambigüedad de la norma favoreció la aplicación arbitraria y discrecional que dio lugar a intromisiones indebidas a la participación política de los ciudadanos⁸⁸⁹.

En relación a la exigencia de formar partidos políticos⁸⁹⁰ la CADH afirmó la no preferencia de la CADH en ese sentido, en virtud de que se configura en un sistema de participación política abierto y no restringido a ciertas formas de organización, como los partidos políticos; lo que favorece el impulso de candidaturas para cargos de elección popular bajo otras formas de organización, de tradiciones diversas y ordenamientos especiales; concretamente de grupos específicos de la sociedad⁸⁹¹. Y pese a que el párrafo segundo del artículo 71 de la Ley Electoral⁸⁹² trató de preservar la participación de las organizaciones indígenas bajo la forma tradicional de organización social a que refiere el párrafo tercero del artículo 5 constitucional, la Corte IDH verificó que la exigencia de la conformación de partidos políticos fue también exigido a YATAMA, de modo que la redacción del mismo no implicaba su exclusión de tal figura jurídica del nuevo régimen legal electoral.

La constatación de la desproporción de la medida legal y el reconocimiento implícito del gobierno sobre los hechos alegados⁸⁹³, allanó el camino para que la Corte IDH sentara un precedente en el tema. Al respecto dicho tribunal sostuvo:

“La restricción de participar a través de un partido político impuso a los candidatos propuestos por YATAMA una forma de organización ajena a sus usos, costumbres y tradiciones, como requisito para ejercer el derecho a la participación política, en contravención de las normas internas que obligan al Estado a respetar las formas de organización de las comunidades de la Costa Atlántica, y afectó en forma negativa la participación electoral de dichos candidatos en las elecciones municipales de 2000”⁸⁹⁴.

⁸⁸⁸ Ídem. párrs. 206 y 218.

⁸⁸⁹ Ídem. párr. 212.

⁸⁹⁰ Artículo 71 de la Ley Electoral.

⁸⁹¹ Ídem. párr. 115.

⁸⁹² Así establece: “en el caso de las organizaciones indígenas para que conformen los partidos regionales su propia forma natural de organización y participación”.

⁸⁹³ Corte IDH, *Yatama vs. Nicaragua* (Fondo), párr. 210.

⁸⁹⁴ Ídem. párr. 218.

La intromisión al derecho a ser elegido bajo aquella exigencia no justificó su utilidad y oportunidad ni la satisfacción de un interés público imperativo, por consiguiente, configuró “una restricción indebida al ejercicio de un derecho político, que implica un límite innecesario al derecho a ser elegido”⁸⁹⁵. Bajo similares criterios la Corte IDH también estimó la “restricción desproporcionada” del requisito de artículo 82 de la Ley Electoral, que sustentó la resolución del CSE, en razón del requisito de presentar candidatos en “al menos en el 80% de los municipios de la respectiva circunscripción territorial y respecto del 80% del total de las candidaturas”⁸⁹⁶. Como ya lo había sostenido para las demás disposiciones cuestionadas, la Corte IDH constató que el contenido discriminatorio del artículo 82 no tomaba “en cuenta que la población indígena y étnica es minoritaria en la RAAS [Región Autónoma del Atlántico Sur], ni que habría municipios en los que no se contaría con apoyo para presentar candidatos o no se tendría interés en buscar dicho apoyo”⁸⁹⁷. En ese sentido, las regulaciones confrontadas resultaban invasivas y desproporcionadas a la luz del canon mínimo de protección interamericano, del que Nicaragua debió servirse en principio para la aprobación de la citada legislación, y en su defecto, ante los sistemas internos de tutela de derechos, propiamente ante la Sala de lo Constitucional, en los recursos de amparo presentados en su momento.

⁸⁹⁵ Ídem. párr. 219.

⁸⁹⁶ Ídem. párrs. 221 y 222.

⁸⁹⁷ Ídem. párr. 223.

CAPÍTULO IV

LAS ANALOGÍAS Y DISIMILITUDES DE LOS CONTENIDOS DE LAS DECLARACIONES DE INCOMPATIBILIDAD EMITIDOS POR EL TEDH Y LA CORTE IDH EN LOS CASOS ANALIZADOS EN RELACIÓN A ESPAÑA Y NICARAGUA

Introducción

Este último capítulo, parte de las situaciones casuísticas estudiadas y analizadas en el tercero, y del marco de acción definido en los anteriores; para continuar con la comparación de los ámbitos materiales del control jurisdiccional. En particular, nos centramos en los contenidos de las sentencias estimativas de incompatibilidad normativa y en el escenario posterior a las declaraciones de responsabilidad internacional, que han estado precedidas del control de convencionalidad sobre el sistema jurídico español y nicaragüense, es decir, en la etapa de las reparaciones. Empero, solo se abordan aquellas que se derivan de las consecuencias lógicas del control descrito, esto es, las medidas legislativas como garantías de no repetición.

En ese orden de ideas, el capítulo comprende un estudio y análisis comparativo de los fundamentos jurídicos con base a los que el Tribunal Europeo y la Corte IDH emiten sus pronunciamientos heterogéneos respecto a las medidas de modificación legislativa; y, del mismo modo, la identificación de los contenidos y efectos de las sentencias definitivas con base a los textos convencionales, la jurisprudencia y la doctrina. La idea asumida en este sentido se enmarca en el estudio contrastado de los lenguajes y contenidos explicitados por los dos Tribunales en el control de las normas internas, y como criterio para determinar la exigibilidad del cumplimiento de las medidas legislativas establecidas en las sentencias, en los sistemas jurídicos internos en que se proyectan. Lo que, indefectiblemente, nos lleva a considerar la aplicabilidad del citado control de convencionalidad en los sistemas jurídicos internos de aquellos Estados.

El capítulo se divide en dos partes. La primera parte se enfoca en las cuestiones relativas al estudio de las medidas de reparación en los dos textos convencionales, y la interpretación de la misma, contenida en la jurisprudencia de los tribunales regionales. En ese sentido, nos restringimos a la comprensión de la modalidad en que el TEDH y la Corte IDH se pronuncian para declarar las modificaciones legislativas en sus sentencias, el contenido de las mismas y los efectos esperados

para los Estados en cuestión. Concretamente, se analiza los efectos directos e indirectos de las sentencias definitivas que resuelven el fondo del asunto y que contienen elementos reparadores a modo de medidas generales.

La segunda parte comprende un estudio y análisis de las valoraciones jurisprudenciales respecto a los mandatos convencionales sobre la obligatoriedad de las sentencias definitivas, en relación a los márgenes de libertad de medios de los Estados ante los contenidos implícitos o explícitos de enmienda legal en el ámbito europeo. Entre los que destaca la actividad jurisdiccional ante la inacción del legislador en casos específicos de condena, o de inaplicación de los efectos de cosa interpretada de las sentencias del TEDH. Por otra parte, y siempre a modo comparativo, se aborda la restricción de la libertad de medios de los Estados en el ámbito interamericano ante la claridad de las medidas establecidas por la Corte IDH en las sentencias contra Nicaragua, como un ejemplo claro, de la práctica habitual en este tipo de control de normas internas. Por último, se profundiza en la actuación análoga de las autoridades internas en la concreción de los mandatos de los textos convencionales explicitados en las sentencias analizadas contra España y Nicaragua; a partir del control de convencionalidad deducido por la Corte IDH para las autoridades nicaragüenses y el mandato interpretativo y de armonización del 10.2 de la CE.

PRIMERA PARTE

El control de convencionalidad heterogéneo de las normas internas sobre la base de criterios interpretativos de los tribunales regionales

1. El fundamento normativo de las modificaciones legislativas derivadas del control de convencionalidad de las normas internas

1.1 El contenido de las reparaciones regulado en el artículo 63.1 de la CADH

El artículo 63.1 de la Convención Americana establece:

“Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegido en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

La Corte Interamericana ha considerado este artículo como una reproducción de la norma consuetudinaria y uno de los principios fundamentales del Derecho internacional en materia de responsabilidad de los Estados, previamente establecido por la Corte Permanente Internacional de Justicia en el caso *Factory at Chorzow*⁸⁹⁸. Por tanto, es una norma imperativa no sujeta a modificaciones o interpretaciones internas⁸⁹⁹, por la que se ve facultada para establecer medidas de reparación de los daños derivados de las violaciones verificadas, entre otras, a través de medidas legislativas.

En la expresión “si fuere procedente” se entiende que la CADH concede cierto margen de discrecionalidad a la Corte IDH para establecer tipos de reparaciones⁹⁰⁰; que se proyectan hacia el futuro – en términos “preventivos” – y al pasado del hecho consumado en términos

⁸⁹⁸ Corte IDH, *Aloeboetoe y otros vs. Surinam* (Reparaciones y Costas), sentencia de 10 de septiembre de 1993, párr. 37; *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (Reparaciones y Costas) (párr. 25) y *Godínez Cruz vs. Honduras* (párr. 23).

⁸⁹⁹ Corte IDH, *Neira Alegría y otros vs. Perú* (Reparaciones y Costas), sentencia de 19 de septiembre de 1996, párr. 37; *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia* (Reparaciones y Costas), sentencia del 29 de enero de 1997, párr. 16; *Garrido y Baigorria vs. Argentina* (Reparaciones y Costas), sentencia del 27 de agosto de 1998, párr. 42.

⁹⁰⁰ TOMUCHAT Christian., “Reparation orders...”, op.cit.

“resarcitorios”⁹⁰¹. En ese sentido, es una autorización para reparar el daño a las víctimas⁹⁰², distinto del Sistema Europeo que propone la consideración de un doble plano reparatorio, primero ante la autoridad doméstica y luego ante el órgano transnacional⁹⁰³ del que la Corte IDH comprendió desde su primera sentencia⁹⁰⁴. En la jurisprudencia interamericana la noción de reparación ha estado vinculada al restablecimiento de la situación anterior de la violación o la plena restitución (*restitutio in integrum*), la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales⁹⁰⁵. Sin que tales medidas constituyan una condena de tipo penal para el Estado ni las personas responsables de sus violaciones⁹⁰⁶.

En ese sentido, la reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido, pudiendo ser por la *restitutio in integrum*, la indemnización, la satisfacción, las garantías de no repetición – medidas legislativas –⁹⁰⁷; que solo podrá concederse a partir del nexo directo con la violación declarada⁹⁰⁸. Otra forma de clasificarlas sería por su contenido, a saber, medidas pecuniarias y no

⁹⁰¹ GARCÍA, RAMÍREZ, S., “La jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos en materia de reparaciones”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, San José, C.R, 2005. p. 11.

⁹⁰² Para PASQUALUCCI el contenido reparatorio de aquella disposición supone es más amplio que ningún otro sistema regional de protección de derechos humanos. Vid. PASQUALUCCI, Jo. M., *The practice and procedure...*, op.cit. p. 233.

⁹⁰³ GARCÍA, RAMÍREZ, S., “Las reparaciones en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos,” en *Memoria del Seminario: El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*, Tomo I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, C.R., 2 ed. 2003, pp. 129-160. La connotación del contenido reparatorio de tal disposición puede apreciarse en las observaciones hechas por Guatemala al documento borrador de la Convención Americana, donde propuso fortalecer y expandir la disposición referida a las reparaciones contenidas en ese documento inicial. Vid. PASQUALUCCI, Jo. M, *The practice and procedure...*, op.cit. pp. 233 y 234. Sobre esto véase también a RIVER, Raphaele., “Responsibility for the violations of human rights obligation: Inter-American mechanisms”, en James CRAWFORD, Alain PELLET and Simon OLLESON (eds) *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, New York, 2010, pp. 740-761.

⁹⁰⁴ En efecto, en el caso *Velásquez Rodríguez* la Corte IDH se desmarcaba de los criterios sostenidos por el TEDH para establecer que el artículo 63.1 no hace mención ni condiciona a la Corte a “la eficacia de los instrumentos de reparación existentes en el Derecho interno del Estado Parte responsable de la infracción, de manera que aquélla no se establece en función de los defectos, imperfecciones o insuficiencias del derecho nacional, sino con independencia del mismo”. Lo cual aplicaba del mismo modo para fijar la indemnización compensatoria, es decir, fundado en la Convención Americana y en los principios de Derecho internacional aplicables a la materia. Corte IDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (Reparaciones y Costas), párr.30 y 31.

⁹⁰⁵ Corte IDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, (Reparaciones y Costas), párr.26.

⁹⁰⁶ Corte IDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (Reparaciones y Costas), párr.134.

⁹⁰⁷ Corte IDH, *Loayza Tamayo vs. Perú* (Reparaciones y Costas), párr. 85.

⁹⁰⁸ Corte IDH, *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México* (Fondo), sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr.450. Véase también a RUBIO MARÍN Ruth y SANDOVAL Clara., “Engendering the Reparations Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights: The Promise of the Cotton Field Judgment”, *Human Rights Quarterly*, The Johns Hopkins University Press, 2011, Vol.33, No.3, pp. 1062-1091.

pecuniarias, como expresión de éstas últimas las medidas legislativas como garantía de no repetición destinada a evitar la reproducción de los hechos lesivos.

Como en todas, en las sentencias dictadas contra Nicaragua la Corte IDH aborda las reparaciones con fundamento en el artículo 63.1 de la Convención Americana en una sección aparte de las consideraciones del fondo, y desde luego, como continuación de la verificación de las violaciones a los derechos sustantivos de la CADH. Una práctica bien establecida en la actualidad, en la que examina las solicitudes de las medidas de reparación siguiendo un procedimiento contradictorio en el que las partes, el Estado y la Comisión expresan sus alegatos sobre cada una de las reparaciones solicitadas; el discernimiento de la Corte IDH, por tanto, es separado sobre cada solicitud. Y cuando se trata de conceder medidas legislativas como garantías de no repetición, expresa de forma precisa la acción esperada del Estado.

Así, por ejemplo, en *Yatama* la exigencia fue reformar los artículos declarados incompatibles, de la Constitución y de la Ley Electoral, de conformidad con la *ratio decidendi*; mientras en el caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni* el requerimiento fue respecto al establecimiento de un marco legal del que estaba desprovisto la Comunidad Indígena, para hacer efectivo los derechos de propiedad colectiva. Las variaciones en ese sentido suceden de acuerdo al origen de la violación constatada, bien en virtud de una omisión legislativa como de medidas restrictivas de derechos, bien de actos de la administración o de la actividad legislativa. En correspondencia a la petición de los demandantes, en los puntos resolutive de su sentencia la Corte IDH reitera las medidas de reparación que tienen lugar en cada sentencia y que con anterioridad fueron fijadas en la parte considerativa.

1.2 El contenido de la reparación en la expresión “satisfacción” del Convenio Europeo

A diferencia de la CADH el artículo 41 del Convenio Europeo es menos claro respecto a los tipos de reparaciones que podrían tener lugar. Así establece:

“Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa”.

La redacción del artículo 41 del Convenio Europeo resulta más compleja⁹⁰⁹ en términos comparativos al 63.1 de la CADH. La proposición clave en ese sentido será la “satisfacción equitativa” que el Tribunal Europeo deberá, “de ser necesario”, otorgar a la parte perjudicada. La expresión viene del francés *satisfaction équitable* y no de su versión en inglés *just satisfaction*, de allí que la diferencia terminológica con la expresión de la Convención Americana parezca mayor⁹¹⁰, más aún porque en la práctica del TEDH se ha empleado para la compensación monetaria⁹¹¹.

El proyecto del antiguo artículo 50 (actual art. 41) presentado por el Movimiento Europeo al Comité de Ministros en julio de 1949, confería al Tribunal Europeo facultades para “prescribir medidas de reparación” no circunscrita a la indemnización monetaria, sino más próxima al tipo de restitución. Aunque cierto es que el proyecto no contemplaba un tribunal de derechos humanos con capacidades similares a las de un tribunal de alzada, que ejerciera un control de las decisiones judiciales internas. No obstante, la redacción final del citado precepto ya anticipaba una confusión sobre las facultades limitadas del Tribunal Europeo para otorgar únicamente indemnizaciones compensatorias⁹¹².

En el caso *De Wilde Ooms and Versyp vs. Bélgica* el Tribunal Europeo sostuvo que el origen de aquel artículo se basaba en ciertas cláusulas de tratados de tipo clásico como el artículo 10 del

⁹⁰⁹ Este nuevo precepto entró en vigor con el Protocolo Adicional No. 11, el 1 de noviembre de 1998 y no ha variado en su contenido, es así que el TEDH lo ha aplicado de forma materialmente idéntico a su predecesor (art.50), de forma que la construcción jurídica y jurisprudencial de éste ha servido para comprender el actual artículo 41. *Vid.* MYJER Egnert y KEMPEES Peter., “Notes on Reparations Under the European Human Rights System”, *Revista Interamericana y Europea de Derechos Humanos*, 2009, Vol.2, No.1-2. pp. 81-98.

⁹¹⁰ Según CHRISTIAN TOMUCHAT la expresión “satisfacción equitativa” no es nada afortunada si se considera que el uso ordinario en el Derecho internacional de la expresión “satisfacción” denota el contenido de reparaciones no compensatorias, de daños inmateriales de acuerdo al artículo 37 de los “Artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos”. Lo cual parece haber sido la intención de los redactores del Convenio, quienes nunca consideraron y quisieron incluir el término reparación de forma restringida, de forma que el término “satisfacción” sería considerado como sinónimo de reparación. *Vid.* TOMUCHAT Christian., “Reparation orders...”, op.cit. p. 632.

⁹¹¹ Pese a que el término “satisfacción” en la práctica internacional nunca estuvo restringido a la compensación monetaria. *Vid.*, SHELTON, Dinah, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2005. p. 281.

⁹¹² Council of Europe, Collected edition of the “Travaux préparatoires” of the European Convention on Human Rights, Martinus Nijhoff, The Hague; 1975-1985. (Preparatory Work on Article 50 of the European Court of Human Rights).

Tratado de la Suiza-Alemania sobre Arbitraje y Conciliación de 1921, y el artículo 32 de la Ley General de Ginebra de Arreglo Pacífico de los Conflictos Internacionales de 1928; los cuales permitían, por la naturaleza de los daños, eliminar por completo las consecuencias de una violación. En consecuencia, la competencia del TEDH para otorgar una satisfacción equitativa en virtud de ese precepto también sería cuando la naturaleza de la lesión vuelva imposible la *restitutio in integrum*⁹¹³. Así aclaraba que en virtud del antiguo artículo 50 tenía cabida un tipo de reparaciones de contenido más amplio como la restitución, y por otra parte, sostenía el carácter sustitutivo de la satisfacción equitativa⁹¹⁴. Seguidamente en la sentencia *Guzzardi vs. Italia* agregó que en virtud del adjetivo “equitativa” y la frase “si es necesario” el TEDH goza de cierta margen de apreciación en el ejercicio de la facultad conferida en el antiguo artículo 50⁹¹⁵.

De ese modo, el TEDH estableció como criterios formales para la operatividad de la satisfacción equitativa, primero, la existencia de una decisión o medida tomada por una autoridad nacional en conflicto con las obligaciones derivadas del Convenio; segundo, que haya una parte perjudicada; tercero, la imposibilidad de la reparación total o *restitutio in integrum* en el Derecho interno del Estado; y cuarto, la existencia de daños materiales y/o morales como resultado del vínculo causal de la lesión⁹¹⁶.

A la vista de lo expuesto antes, pareciera que el artículo 41 del CEDH faculta al Tribunal Europeo a emitir medidas legislativas adicionalmente al contenido deducido de la expresión “satisfacción equitativa”. Sin embargo, esta apreciación no suele acompañar el discernimiento del TEDH al momento de otorgar medidas generales de tipo legislativo, pues para ello el criterio se basa en la concurrencia de otros factores; como la identificación de problemas estructurales y disfunciones normativas que dan lugar a la presentación de casos repetitivos ante su jurisdicción, de los que interesa resolver por medio del procedimiento de las sentencias piloto. Pero también, y cada vez más frecuente, por medio de las sentencias ordinarias en casos aislados sometidos ante su jurisdicción, como se verá enseguida.

⁹¹³ TEDH, *De Wilde Ooms and Versyp vs. Bélgica*, sentencia de 10 de marzo de 1972, párrs.16 y 21.

⁹¹⁴ Final Report Submitted by Theo Van Boven, Special Rapporteur, “*Study concerning the rights to restitution, compensation and rehabilitation for victims of Gross violation of human rights and fundamental freedom*”, Commission on Human Rights, Sub Commission on prevention of discrimination and Protection of Minorities, 2 July 1993, (E/CN.4/Sub.2/1993/8).

⁹¹⁵ TEDH, *Guzzardi vs. Italia*, sentencia de 6 de noviembre de 1980.párr. 114-115.

⁹¹⁶ Final Report Submitted by Theo Van Boven, Special Rapporteur, “*Study concerning...*”, op.cit. Asimismo, TEDH, *De Wilde Ooms and Versyp vs. Bélgica*, párr. 21 y más recientemente en *Papamichalopoulos vs. Grecia*, sentencia de 24 de junio de 1993.

Por ello, que en situaciones de evidente contrariedad normativa, como los casos *Valenzuela Contreras y Prado Bugallo*, aun considerando las diferencias temporales y evolución jurisprudencial, el TEDH no se expresó en términos reparadores para establecer medidas generales, como lo habría hecho bajo el procedimiento de las sentencias piloto bajo la redacción del art.41. Así, en la aplicación del antiguo artículo 50 del CEDH⁹¹⁷, el Tribunal Europeo se limitó al análisis de la reparación de los daños materiales y las costas y gastos que el demandante incurrió en la causa ante el TEDH.

Si bien las medidas legislativas parecen tener un fundamento normativo (art. 41) definido en la propia jurisprudencia del TEDH, éstas solo operan de forma más regular en las sentencias pilotos, con base a los que sí termina declarando las enmiendas normativas como medida idónea para evitar la repetición de los hechos y, concretamente, para restituir los derechos violados, si procede, tal y como ocurriera en las mencionadas (*supra*) sentencias pilotos contra Polonia. Sin embargo, la limitada apreciación del TEDH sobre sus facultades no ha impedido que en la práctica las medidas si tengan lugar, bajo la libertad de medios del Estado, aunque cierto es que cada vez se acerca más al establecimiento de medidas legislativas en el sentido proferidos por la Corte IDH⁹¹⁸.

1.3 La reparación como una obligación de resultado

1.3.1 La libertad de medios en la jurisprudencia europea

A la luz de las disposiciones 46.1 y 68 del CEDH y la CADH, respectivamente, se entiende que la obligación que resulta de la sentencia que ha constatado la violación de los derechos convencionales, implica para el Estado la adopción de una serie de medidas encaminadas a reparar las consecuencias de la violación, que pueden consistir en obligaciones de hacer y no hacer⁹¹⁹. Las medidas que el Estado deberá adoptar, por tanto, conllevan un resultado esperado, en principio, la interrupción de los efectos lesivos del acto o medida y de ser posible restituir las

⁹¹⁷ En relación al artículo 50 en el caso *Valenzuela Contreras* (párr.63), pues como cabe recordar dicho caso fue resuelto antes de las reformas que el Protocolo Adicional No. 11 introdujo al CEDH.

⁹¹⁸ Así, por ejemplo, la citada sentencia del TEDH *Oliari and Others vs. Italia*.

⁹¹⁹ En esencia porque el carácter normativo de las convenciones americana y europea crea obligaciones objetivas para los Estados partes para cumplir sus fines y objetivos, y su incumplimiento comporta una obligación de reparar sus consecuencias. *Vid.* Irlanda vs. Reino Unido, sentencia de 18 de enero de 1978, párr.239; CIDH, OC-2/82, párr.29.

cosas hasta el momento antes de la lesión, *restitutio in integrum* y, si cabe, una indemnización compensatoria⁹²⁰.

El TEDH ha desarrollado una amplia jurisprudencia sobre la obligación de resultado deriva de las sentencias declarativas de violaciones al CEDH, en el sentido de establecer un margen de libertad al Estado demandado para elegir los medios internos para reparar las consecuencias de la violación⁹²¹, según ha entendido desde la sentencia *Marckx vs. Bélgica*⁹²². La libertad de elección del Estado demandado para ejecutar la sentencia se concibe en conexión con la obligación primaria de asegurar y respetar los derechos y libertades del artículo 1 del Convenio Europeo⁹²³, en virtud del carácter normativo que establece unos fines y objetivos a conseguir de carácter general⁹²⁴.

El TEDH es del criterio general de la existencia de ciertos límites que el CEDH establece para indicar los medios o las formas en que el Estado demandado deberá reparar las consecuencias de la violación, por lo que asume la carencia de mandatos expresos para orientar a los Estados partes sobre la forma en que deben asegurar en su Derecho interno la aplicación efectiva de todas las disposiciones del Convenio Europeo⁹²⁵. Ante las limitaciones asumidas para intervenir directamente en el ordenamiento interno, el Tribunal Europeo se limita a declarar la violación y deja en manos del Estado la ejecución del fallo bajo sus recursos internos. De ese modo, la obligación de reparar las consecuencias de las violaciones descansa en la libertad de elección de los Estados para alcanzar ese fin, lo que a su vez constituye el elemento configurador del Sistema Europeo como un mecanismo de garantía subsidiaria⁹²⁶.

⁹²⁰ Aunque en la comunidad internacional ha habido un esfuerzo importante para configurar y aceptar la reparación como un derecho, lo cierto es que siempre ha sido aceptado como una obligación fundamental dentro del tratado y el derecho consuetudinario, del que se han servido los tribunales internacionales desde la sentencia *Factory at Chorzow*. Vid. LAPLANTE, L. J., "Bringing Effective Remedies Home: The Inter-American Human Rights System, Reparations, and the duty of Prevention", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2004. Vol. 22, No.1. pp. 347-388.

⁹²¹ NOGUERAS, Liñan., "Efectos de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *REDI*. 1985, Vol. XXXVII, no.2. p. 358 y ss.

⁹²² TEDH, *Marckx vs. Bélgica*, párr.58.

⁹²³ BULTERMAN, M.K. y KUIJER, M., "Compliance with Judgments of International Court. Proceeding of the Symposium organized in honour of Professor Henry G. Schermers by Modernate Collage and the Department of International Public Law of Leiden University", The Hague-Boston, 1996, p. 51.

⁹²⁴ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A, *Las obligaciones...*, op.cit. p. 78.

⁹²⁵ TEDH, *Swedish Engine Drivers Union vs. Suecia*, sentencia del 6 de febrero del 1976, párr.50.

⁹²⁶ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Las obligaciones...*, op.cit. p. 77 y ss y QUERALT JIMÉNEZ, A., *La interpretación...*, op.cit. p. 11.

No obstante, según la naturaleza de las violaciones el TEDH puede mostrar cierta apertura a una noción más estrecha de la libertad de elección de medios de los Estados para cumplir sus fallos⁹²⁷. En efecto, a partir de los casos *Papamichelopoulos vs. Grecia* y *Brumarescu vs. Rumania* el TEDH emplearía una tesis más acorde a la *restitutio in integrum*, que más tarde se vería con mayor claridad en las sentencias piloto *Broniowski y Hutten-Czapska* contra Polonia, *Burdov No.2 vs. Rusia*, *Lukenda vs. Eslovenia* y *Xenides Arestis vs. Turquía*, en las que estableció medidas generales para la solución de problemas estructurales en los sistemas jurídicos de aquellos Estados⁹²⁸. En otros asuntos, donde la *restitutio in integrum* ha dependido de la liberación de una persona condenada por violaciones a las garantías judiciales, ha sugerido la liberación como medida idónea para la restitución de las violaciones al margen de las compensaciones monetarias⁹²⁹.

Así pues, el “grado de exigibilidad de las conductas estatales”, en palabras de GARCÍA ROCA, dependerá de las acciones posibles derivadas de las sentencias europeas, por ejemplo, pago de indemnizaciones compensatorias, funciones ejecutivas, funciones normativas y reformas legales⁹³⁰. De modo que la obligación de resultado puede consistir en la exigencia del Tribunal Europeo a realizar modificaciones legislativas si de ello depende la reparación del derecho vulnerado y establecer una estructura protectora; o bien si se trata de deficiencias estructurales a lo cual no basta corregir las aplicaciones administrativas o judiciales de las normas, como las típicas sentencias pilotos⁹³¹.

1.3.2 El estrecho margen de discreción del Estado según la Corte IDH

En el Sistema Interamericano la obligación de resultado derivado de las sentencias de la Corte Interamericana no parece variar en esencia respecto al Sistema Europeo. En principio, no cabría cuestionamiento alguno si tomamos en cuenta la naturaleza subsidiaria del sistema de garantía y

⁹²⁷ Más evidente, según SHELTON, después de las reformas al Convenio introducidas por el Protocolo No. 11, pues con anterioridad en muchos casos el TEDH rechazó casi por unanimidad las solicitudes no compensatorias, por ejemplo en los casos *Le Compte, Van Leuven and De Meyere vs. Bélgica*; *Campbell and Cosans vs. Reino Unido*, *Dudgeon vs. Reino Unido*, *X vs. Reino Unido*; *F vs. Suiza*; y *Demicoli vs. Malta*. Vid. SHELTON, Dinah, *Remedies in Internacional...*, op.cit. p. 281.

⁹²⁸ SHELTON, Dinah, *Remedies in Internacional...*, op.cit. p.282.

⁹²⁹ Por ejemplo, en el caso *Del Rio Prada vs. España*, sentencia de 21 de octubre de 2013, párr.139.

⁹³⁰ GARCÍA ROCA, J., *El margen de apreciación...*, op.cit. pp. 157 y 158.

⁹³¹ En todo caso la unanimidad respecto al contenido mínimo de la obligación de resultado de las sentencias europeas se identifica con la *restitutio in integrum*, para poner fin a la violación si es ésta siguiere generando efectos y, de ser posible, restablecer a la persona afectada a la situación originaria previa a la lesión, y en su caso, compensarla por los daños sufridos. Vid. QUERALT JIMÉNEZ, A., *La interpretación...*, op. cit. p. 11 y 12.

que la Convención Americana no impone a los Estados los medios para alcanzar los resultados esperados en una sentencia; más allá del compromiso del Estado que entraña el artículo 68.2 de la Convención Americana para ejecutar la parte indemnizatoria de la sentencia⁹³².

No obstante, a diferencia del contenido reparador del artículo 41 del Convenio Europeo, la Corte Interamericana cuenta con un mayor margen para el establecimiento de medidas de reparación de acuerdo al 63.1, de lo cual se ha servido para ir más allá del contenido simplemente declarativo de las sentencias. Así, por ejemplo, ha ordenado la liberación inmediata de una persona privada de libertad en clara violación de las garantías judiciales⁹³³, investigar los hechos y sancionar a los responsables de la desaparición de una persona⁹³⁴, requerir modificaciones legislativas y adecuarlas a los estándares interamericanos⁹³⁵, reformas constitucionales⁹³⁶ y la realización de un nuevo juicio⁹³⁷.

La cuestión que suscita el precepto 68.2 en relación al 63.1 de la Convención Americana comprende discernir el comportamiento del Estado infractor, orientado a la consecución del resultado buscado por el fallo internacional. Dado que la Corte IDH suele pronunciarse sobre las reparaciones a modo de mandamiento, es evidente que deja a los Estados con menos libertad para elegir los medios para ejecutar esos extremos de sus sentencias, especialmente, en lo que concierne a la *restitutio in integrum* o las modificaciones legislativas de disposiciones confrontadas con la CADH, que implican acciones concretas de los poderes legislativos y judiciales.

A pesar de la inexactitud del artículo 68.2 sobre el modo de ejecución de las reparaciones no indemnizatorias establecidas en las sentencias, esto no excluye su estricta remisión a los

⁹³² Dado que da por hecho la existencia de un “procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”.

⁹³³ Corte IDH, *Loayza Tamayo vs. Perú*, sentencia de 17 de septiembre de 1997.

⁹³⁴ Corte IDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras; Barrios Altos vs. Perú*, sentencia de 14 de marzo de 2001; *“Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala; Myrna Mack Chang vs. Guatemala*.

⁹³⁵ Corte IDH, *“Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. párr. 98; *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, sentencia de 8 de septiembre de 2005. párr. 239.

⁹³⁶ Corte IDH, *Yatama vs. Nicaragua* (Fondo), párr. 225 y 259.

⁹³⁷ Corte IDH, *Loayza Tamayo vs. Perú* (Reparaciones y Costas), punto resolutivo 3; *Fermín Ramírez vs. Guatemala*, sentencia de 20 de junio de 2005, párr. 130 a); *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú* (Fondo), sentencia de 30 de mayo de 1999, párr. 221 y 13 parte resolutive y *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (Fondo), sentencia de 2 de julio de 2004. párr. 207, punto resolutive No. 4.

procedimientos existentes en el Derecho interno, como ha sostenido LUIS MANILI⁹³⁸. Eso sí, teniendo en cuenta que aquí la libertad de elección de medios de los Estados no se estima en los mismos términos desarrollada por el TEDH; pues en la práctica la Corte Interamericana ha sido más garantista en la consecución de la *restitutio in integrum* y con ello más directa para exigirlo. En todo caso, para efectos comparativos, se asume que pese a las diferencias expresadas en ambos sistemas de protección la noción de la obligación de resultado condiciona el comportamiento del Estado al deber de reparar, siguiendo los criterios sostenidos en la *ratio decidendi* y en su parte dispositiva de la sentencia, según la práctica de los tribunales⁹³⁹. Como consecuencia de las violaciones derivadas de conflictos normativos, las modificaciones legislativas aparecen como la medida general idónea para reparar los daños constatados y la no repetición de los hechos, de modo que es la consecuencia lógica de este tipo de vulneración de derechos.

2. Los contenidos disímiles de las sentencias estimativas de incompatibilidad normativa

2.1 El carácter declarativo y condenatorio de las sentencias del TEDH

El artículo 41 del Convenio Europeo establece que “si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos...” concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa, cuando en el Derecho interno solo se permite la reparación del daño de forma imperfecta. En tal sentido, la constatación de las violaciones al Convenio Europeo viene dada por una declaración contenida en la sentencia internacional que no implicará una condena penal al Estado demandado, en todo caso solo la verificación de la responsabilidad internacional en el caso concreto y el establecimiento de medidas de reparación. Desde el caso *Marckx vs. Bélgica* el TEDH ha remarcado que la naturaleza de sus sentencias es esencialmente declarativa⁹⁴⁰,

⁹³⁸ MANILI, Luis Pablo., “La ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con especial referencia al Derecho Argentino”, en BIDART CAMPOS, G.J. et.al., *El Derecho Constitucional del Siglo XXI*, Buenos Aires, Ediar, 2001, pp. 521-542.

⁹³⁹ En ese sentido, según CANÇADO TRINDADE, la autorización concedida por el artículo 68.2 de la CADH sobre la ejecución de la parte indemnizatoria, no significa que el Estado no se vea obligado a proveer la reparación en el caso de reparaciones no pecuniarias; pues tanto las reparaciones pecuniarias y no pecuniarias deben ser cumplidas como una obligación de resultado de conformidad con el artículo 68.1. Voto disidente del Juez CANÇADO TRINDADE, A.A. en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, sentencia de 30 de noviembre de 2007, párr. 26.

⁹⁴⁰ TEDH, *Marckx vs. Belgium*, párr. 58.

no obstante, en la práctica del TEDH tal asunción adquiere ciertos matices que, más tarde, con las reformas introducidas por el Protocolo Adicional No. 14 las sentencias adquirieron un contenido más amplio; por lo que ya no solo se sostiene el sentido estrictamente declarativo, sino además condenatorio para los Estados partes. Como ha sostenido LINOS-ALEXANDRE SICILIANOS, el enfoque tradicional de que las sentencias del TEDH son eminentemente declarativas ya no se corresponde a la actualidad práctica, pues el Tribunal Europeo ha desarrollado una amplia jurisprudencia, más allá del procedimiento de *pilot judgment*, para indicar, o incluso ordenar, la adopción de medidas generales y/o individuales que afecta a una amplia gama de derechos sustantivos, apoyada tanto en el CEDH como en la práctica⁹⁴¹.

Si bien en la doctrina se ha sostenido que la naturaleza de las sentencias del TEDH es declarativa y, por tanto, se le ha negado falta de ejecutividad directa a dichas sentencias en la jurisdicción interna, aunque sin negar por ello la existencia de ciertos efectos jurídicos⁹⁴²; tales apreciaciones cambiarán tanto desde la percepción del Convenio Europeo como de la jurisprudencia del TEDH. Como se ha visto el Tribunal Europeo no solamente decide declarando si constata o no la violación de los derechos y libertades de acuerdo a las alegaciones presentadas por el peticionario en la demanda⁹⁴³, como ampliamente se ha afirmado⁹⁴⁴; sino que puede incluso estrechar los márgenes de decisión respecto a las medidas de reparación como se ha podido verificar. En este aspecto, la sentencia de fondo se convierte en una declaración de responsabilidad internacional del Estado demandado con efectos resarcitorios, que en lo que concierne obliga al Estado a dar cumplimiento de la sentencia en su Derecho interno⁹⁴⁵; de lo que solo se puede deducir que el artículo 68.2 de la CADH es más claro que el 41 del CEDH en ese sentido⁹⁴⁶.

⁹⁴¹ Como se ha explicado, el contenido de las medidas varía de un caso a otro, pudiendo ser modificaciones legislativas o administrativas, generalmente bajo el procedimiento de *pilot o semi-judgment*, a veces puede demandar la adopción de medidas individuales, como la liberación de una persona detenida arbitrariamente, etc. LINOS-ALEXANDRE SICILIANOS., "From the point of view of the Court: its role in the implementation of its judgments, powers and limits". En: *Dialogue between judges. Proceeding of the Seminar 'Implementation of the judgments of the European Court of Human Rights: a shared judicial responsibility?'* (Strasbourg, 31 January 2014), European Court of Human Rights, 2014, pp. 18-21.

⁹⁴² Siguiendo los criterios de SALADO OSUNA y RUIZ MIGUEL sobre el valor eminentemente declarativo de las sentencias del TEDH, que RODRÍGUEZ RESCIA contrasta con los de la Corte IDH. Vid. RODRÍGUEZ RESCIA, V.M., *La ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Investigaciones Jurídicas S.A.1ra. Ed. San José, C.R, 1997, p. 22.; NOGUERAS, Liñan., "Efectos de las sentencias...", op.cit. p. 368.; RIPOL CARULLA, S., *El Sistema Europeo...*, op.cit. p. 77.

⁹⁴³ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A., *Las obligaciones...*, op.cit. p. 115.

⁹⁴⁴ BUJOSA VADELL, L. M., *Las sentencias del Tribunal...*, op.cit. p. 93.

⁹⁴⁵ SALADO OSUNA, A., "La responsabilidad internacional del Estado por violaciones de los derechos humanos: la obligación de reparar en los sistemas regionales de protección", en *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Tomo II, Universidad de Sevilla, 2005, pp. 1251-1272.

⁹⁴⁶ SALADO OSUNA, A., "La responsabilidad internacional...", op.cit. p. 1251.

La evolución jurisprudencial del TEDH ha denotado una transición de un periodo donde se limitaba a declarar las violaciones y dejar al Estado la libre elección de medios para reparar los daños a la víctima, incluso, sin llegar a pronunciarse y explicitar las medidas pertinentes sobre la *restitutio in integrum* como en *Barberá Messegué y Jarabo vs. España*⁹⁴⁷, a una postura más restrictiva de la libertad de medios del Estado al respecto. En la actualidad directamente establece en la parte dispositiva de la sentencia, las medidas de reparación idóneas para reparar los perjuicios causados en el caso concreto, especialmente cuando la *restitutio in integrum* depende de la liberación de una persona condenada bajo violaciones a un proceso equitativo o de la reapertura de un proceso penal, como lo sostuviese en el asunto *Del Rio Prada*⁹⁴⁸; aunque más recientemente lo ha hecho respecto a las modificaciones legislativas con base en el artículo 41 del CEDH⁹⁴⁹. En tales situaciones el TEDH no deja opción al Estado sobre la elección de medios y expresa la mejor forma de reparar los daños causados a la víctima o víctimas; de modo que la sentencia deja de ser eminentemente declarativa y adquiere matices condenatorios respecto a los daños derivados de las violaciones constatadas.

Una situación que los tribunales internos españoles han reconocido y han aceptado como resultado de la nueva redacción del artículo 46.1 del CEDH y los mandatos del Comité de Ministros para supervisar el cumplimiento de las sentencias del TEDH y superar los obstáculos para lograr la efectividad de lo acordado⁹⁵⁰. De hecho, el TS ha dado por sentado una nueva dimensión de las sentencias del TEDH, de las que ya no cabe duda su naturaleza vinculante en el Derecho interno y a las que ya no solo puede atribuírseles un contenido declarativo sino, también, capaz de “anular una sentencia en la que se había apreciado la vulneración de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo”. Por tanto, la cuestión sostenida sobre la naturaleza declarativa y no ejecutiva de las sentencias del TEDH la considera ya superada. Más todavía, con la recién adoptada Ley

⁹⁴⁷ En dicho caso, por ejemplo, la restitución integral convenía reabrir el proceso penal y retrotraer las actuaciones, no obstante, tal apreciación no fue explicitada en la sentencia y el mecanismo de reparación fue dejada a la discreción del Estado español, que finalmente acató el fallo bajo un proceso *sui generis* ante el TC, a falta de regulaciones para ejecutar el fallo en ese sentido. TEDH, *Barberá Messegué y Jarabo vs. España* (artículo 50), sentencia de 13 de junio de 1994.

⁹⁴⁸ Tal es el caso *Del Rio Prada vs. España*, donde siguiendo su jurisprudencia establecida en los fallos *Assanidze vs. Georgia* (2004), *Aleksanyan vs. Rusia* (2008) y *Fatullayev vs. Azerbaiyán* (2010); el TEDH estableció que la mejor forma de ponerle fin a las violaciones constatadas era la pronta liberación de la víctima. TEDH, *Del Rio Prada vs. España*, sentencia de 21 de octubre de 2013, párr.139.

⁹⁴⁹ TEDH, *Oliari and Others vs. Italia*, párr. 200.

⁹⁵⁰ Incluso con anterioridad a la ratificación de España del Protocolo Adicional No. 14, en la sentencia del TC (STC 24/2005, de 10 de octubre) en la que reconoce el recurso de revisión como mecanismo procesal para dar efectividad a las sentencias del TEDH, al considerarlo con un hecho nuevo a la luz del 954 de la LECrim; como una reproducción de la idea sostenida desde el amparo concedido en la ejecución del fallo *Barberá, Messegué y Jabardo* (STC 245/1991 de 16 de diciembre). Auto de la Sala de lo Penal del TS de 5 de noviembre de 2014.

Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que crea el cauce legal, recurso de revisión, para dar cumplimiento a las sentencias del TEDH⁹⁵¹.

Así pues, se colige que las sentencias del TEDH adquieren una doble dimensión: declarativa en cuando a las violaciones constatadas, y condenatoria en relación a los mandatos implícitos y explícitos de hacer y no hacer para reparar los daños derivados de tales violaciones. Así, el TEDH puede llegar a establecer obligaciones concretas de hacer al Estado demandado, bien respecto a las medidas individuales de reapertura de un proceso penal o poner en libertad a una persona condenada; como también de medidas generales pertinentes para establecer modificaciones legislativas al Estado demandado, precedida de un control de convencionalidad sobre las normas internas confrontadas. Por otra parte, así como el discurso del TEDH ha ido acotando los márgenes de decisión de los Estados, estos han ido aceptado sus límites para dar efectividad de las sentencias y garantizar la tutela efectiva de derechos convencionales y fundamentales, bien si ello depende de la actividad jurisdiccional, legislativa, ejecutiva o de la administración pública; en el caso español, por virtud del mandato de interpretación conforme del 10.2 CE, del que el TC ha comprendido abarca a todos los poderes públicos⁹⁵².

No obstante, en cuanto al control de las normas internas, como rasgo distintivo de la práctica contenciosa del TEDH, no siempre se expresa en términos de incompatibilidad normativa con el CEDH, como la Corte Interamericana suele declararlo en sus fallos, y en consecuencia para exigir su enmienda. En concreto, en los casos *Valenzuela Contreras* y *Prado Bugallo* contra España el TEDH adoptó una línea jurisprudencial habitual en el sentido de declarar la insuficiencia de las normas internas respecto a los requerimientos establecidos en las sentencias *Kruslin* y *Huvin* contra Francia, sobre las garantías en materia de intervención de las comunicaciones a la luz del artículo 8.2 del CEDH⁹⁵³. En contraste a lo sostenido por la Corte IDH en las sentencias *Comunidad*

⁹⁵¹ BOE. no. 174, de 22 de julio de 2015. Auto de la Sala de lo Penal del TS de 5 de noviembre de 2014.

⁹⁵² STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ5 y STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ5.

⁹⁵³ Aunque cierto es que en la *ratio decidendi* de la sentencia del caso *Belgian Linguistic vs. Bélgica* el TEDH se pronunció en términos de incompatibilidad en la confrontación de las normas internas con el CEDH, pese a que en la parte dispositiva de la sentencia se limitó a declarar que el artículo 7.3 de la Ley belga de 2 de agosto de 1963, no cumplía con los requerimientos del artículo 14 del CEDH leído en conexión con el párrafo primero del artículo 2 del Protocolo Adicional No.1. En efecto el TEDH sostuvo: “Consequently, they are not incompatible with the provisions of Article 2 of the Protocol and of Article 8 of the Convention, read in conjunction with Article 14 (art. 14+P1-2, art. 14+8)” (párr.13 *in fine*). “In other words, the measure in question is, in this respect, incompatible with the first sentence of Article 2 of the Protocol, read in conjunction with Article 14 (art. 14+P1-2) of the Convention” (párr.32 *in fine*).

Mayagna (Sumo) Awas Tingni y Yatama contra Nicaragua, el TEDH no se pronunció en términos de incompatibilidad normativa en la parte dispositiva de las citadas sentencias, aunque tal aseveración era deducible de la *ratio decidendi*.

2.2 Las modificaciones legales deducidas en los casos sometidos contra España

2.2.1 La apreciación de las medidas generales de carácter legislativo bajo el procedimiento del Comité de Ministros

Como se ha explicado, el TEDH no siempre expresa en sus sentencias las normas que han sido estimadas incompatibles con el CEDH y, en consecuencia, no suele restringir el ámbito de decisión del Estado para encontrar soluciones a las posibles contrariedades normativas deducibles en sus sentencias. Frente a las limitadas potestades del TEDH, el Comité de Ministros, particularmente a partir de la ampliación de sus potestades con la adopción del Protocolo Adicional No. 11 y No. 14 al CEDH⁹⁵⁴, ha asumido un mayor protagonismo en una de sus máximas prioridades: la supervisión del cumplimiento de las sentencias del TEDH. En ese sentido, el Comité de Ministros ha priorizado la supervisión de la ejecución de aquellos fallos que contienen o inducen a la adopción de medidas generales de tipo legislativo, como consecuencia de los problemas sistemáticos en los sistemas legales internos identificados por el TEDH⁹⁵⁵.

El procedimiento seguido por el Comité de Ministros recae directamente en la vigilancia de las medidas establecidas o deducidas de las sentencias del Tribunal Europeo, por lo cual, está impedido de modificarlas o establecer un mecanismo de cumplimiento de los fallos o resoluciones⁹⁵⁶. No obstante, dada la falta de precisión que suele acompañar a las sentencias del TEDH⁹⁵⁷ para expresar los criterios o medidas a tomar en cuenta en la etapa de supervisión de

⁹⁵⁴ Las reformas introducidas conservaron las funciones de control del Comité de Ministros, relativas a la protección de los derechos humanos, y fueron ampliadas para i) supervisar la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo (art. 46.2); ii) supervisar de la ejecución de las resoluciones de solución amistosa (art. 39.4); iii) examinar la adopción de medidas en caso de cumplimiento de la sentencias del Tribunal Europeo, previa comunicación y remisión de éste (art. 46.5); iv) solicitar opiniones consultivas acerca de cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y de sus Protocolos (art. 47).

⁹⁵⁵ De acuerdo con la disposición cuarta del Reglamento del Comité de Ministros para la supervisión de la ejecución de las sentencias y de los términos de soluciones amistosas. Aprobado por el Comité de Ministros el 10 de mayo 2006.

⁹⁵⁶ Sobre este véase a SALINAS ALCEGA, S., *El Sistema Europeo...*, op.cit. p. 30 y ss.

⁹⁵⁷ En efecto, se ha llegado a cuestionar la calidad de las sentencias del TEDH, por carecer de suficiente motivación y difusión, que ha puesto en tela de juicio la efectividad de las mismas. Empero, siguiendo a QUERALT JIMÉNEZ, en todo

ejecución de las sentencias, por ejemplo, modificaciones legislativas; el Comité de Ministros ha enfatizado en la necesidad de que el TEDH sea más preciso en determinar lo que considera ser un problema sistemático subyacente y el origen de éste, en particular, cuando es probable que dé lugar a casos repetitivos; a fin de asistir a los Estados en la búsqueda de la solución adecuada y en la supervisión de la ejecución de las sentencias⁹⁵⁸.

Consciente del margen de discreción de los Estados para cumplir con la obligación derivada de la sentencia definitiva y, además, de que el Convenio Europeo no establece ninguna obligación a los Estados para modificar su legislación interna para lograr la restitución integral de los daños derivados de las violaciones constatas; el Comité de Ministros ha optado por mecanismos persuasivos para que los Estados voluntariamente decidan examinar sus sistemas legales internos para garantizar la *restitutio in integrum*, en particular, cuando ésta depende del re-examen de un caso o la re-apertura de un procedimiento⁹⁵⁹.

En efecto, gran parte de las medidas legislativa no surgidas de las sentencias pilotos, se explicitan bajo el procedimiento de supervisión de ejecución de la sentencia, donde la aquiescencia del Estado concernido termina siendo fundamental. El procedimiento que sigue, una vez que la sentencia ha sido transmitida al Comité de Ministros⁹⁶⁰, es invitar al Estado responsable a que informe de las medidas que haya adoptado o esté contemplando adoptar para cumplir con la sentencia, a lo cual el Comité examinará si alguna medida compensatoria ha sido pagada y si se han adoptado medidas individuales para alcanzar la *restitutio in integrum* o medidas generales para garantizar la no repetición de los hechos⁹⁶¹.

caso esto sí puede tener implicaciones de cara a los efectos indirectos o preventivos, especialmente para extraer los criterios interpretativos para adaptar su normativa, las prácticas administrativas y jurisprudencia interna a las exigencias del CEDH. Vid. QUERALT JIMÉNEZ, A., *La interpretación...*, op.cit. p. 151 y ss.

⁹⁵⁸ Resolution Res(2004)3 of the Committee of Ministers on judgments revealing an underlying systemic problem, adopted by the Committee of Ministers on 12 May 2004, at its 11 4th Session.

⁹⁵⁹ Recommendation R (2000) 2 of the Committee of Ministers to member states on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following judgments of the European Court of Human Rights, adopted by the Committee of Ministers on 19 January 2000 at its 694th meeting.

⁹⁶⁰ De acuerdo al artículo 46.2 del Convenio Europeo.

⁹⁶¹ Artículo 6 del Reglamento del Comité de Ministros.

2.2.2 La medidas legislativas no declaradas en las sentencias

Según la práctica del TEDH y el reglamento del Comité de Ministros, las medidas legislativas que puedan tener lugar a partir de una sentencia del TEDH, no pueden ser decretadas por el Comité de Ministros en el procedimiento de supervisión de ejecución, empero, podrá emitir criterios en sus observaciones y/o hacer sugerencias con respecto a la ejecución del fallo, de acuerdo a la información proporcionada por el Estado. De modo, que si del fallo se deduce la adopción de ciertas medidas legales que el Estado decide no acatar, el Comité de Ministros se asegura que tales puedan ser discutidas en las reuniones y recomendar su cumplimiento hasta que la sentencia haya sido ejecutada en su totalidad⁹⁶².

En pocos asuntos no resueltos bajo el procedimiento de sentencia piloto puede aducirse cierta claridad sobre las medidas legislativas que conlleva la garantía de no repetición en el caso concreto. En lo que nos concierne ninguna contra España. Con mayor razón en algunos casos, como *Unión Alimentaria Sanders S.A.*, donde el asunto no surgía de un conflicto normativo, sino de los problemas generales subyacentes a las violaciones constatadas, por ello el TEDH se restringió a recordar al Estado español el deber primario de garantizar las exigencias del artículo 6.1 en relación al “plazo razonable”, que no estaba siendo cumplido por la sobrecarga de trabajo del sistema judicial en ese entonces. Por otra parte, la abstención del TEDH de pronunciarse sobre las normas internas aplicadas se sujetaba a la petición de los demandantes, no recaída en el sistema jurídico en concreto, sino resultada de una complejidad mayor debido a la reestructuración del sistema judicial español que no acababa de confeccionarse. Aun así, creemos que en la observación general el Tribunal Europeo sobre el cumplimiento del artículo 6.1 del CEDH dejó al Estado la libertad de elegir los medios para continuar con los cambios en el sistema judicial, para asegurar la observancia de los plazos razonables de acuerdo a los criterios establecido en la jurisprudencia europea y las que derivaban del fallo, especialmente sobre la argumentada justificación de las autoridades españolas sobre su incumplimiento⁹⁶³.

En otros casos como *Cardona Serrat, Castillo Algar, Perote Pellón* la expresión de las violaciones al Convenio Europeo se ajustó más al sentido en que los tribunales de justicia, incluido los tribunales

⁹⁶² Artículos 16 y 17 del Reglamento del Comité de Ministros. Cuando el Estado se niega a acatar el fallo, el Comité de Ministros puede plantear el asunto del incumplimiento ante el TEDH, bajo el procedimiento de infracción de la obligación de cumplir la sentencia en que es parte, según el 46.4 del CEDH.

⁹⁶³ TEDH, *Unión Alimentaria Sanders S.A. vs. España*, párr.38.

militares en los últimos dos, aplicaron la normativa interna; sin estimar si las disposiciones aplicadas albergaran ciertas contrariedades con el CEDH. Aunque las violaciones constatadas se configuraron en la interpretación restrictiva de la normativa interna, el Estado adoptaría ciertas medidas legislativas que a su parecer surgieron del contenido de las sentencias, como se verá adelante. En todo caso, para lo que aquí concierne, el TEDH no estimaría ninguna medida legislativa como garantía de no repetición.

El TEDH parece asumir la aplicación excepcional del enjuiciamiento del Derecho interno a aquellos casos en que la violación se configura primeramente en la insuficiencia normativa y en la imposibilidad material de ser subsanado por la práctica de los órganos internos, especialmente judiciales. No obstante, esa apreciación no siempre ha dado lugar a estimaciones de enmiendas legales aunque las violaciones se deriven de aquella dualidad: legislativa y judicial. En *Pérez de Rada Cavanilles y Miragall Escolano* contra España, por ejemplo, se sostuvo que la interpretación restrictiva de las normas procesales del Código Civil terminó limitando el derecho de acceder a un tribunal, lo que ya parecía estar limitado por la rigurosidad procesal que prevalecía, pero que podía admitir otras interpretaciones para flexibilizarlo. Aunque el Tribunal Europeo no consideró estimar una ambigüedad en la norma a modo de incompatibilidad, ésta parecía no satisfacer el principio de seguridad jurídica del que el Tribunal Europeo se sirvió para argumentar la rigurosidad procesal limitativa de derechos⁹⁶⁴.

En similares términos se pronunció en los asuntos *García Manibardo y Díaz Ochoa* respecto a la aplicación restrictiva de algunas disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley de Enjuiciamiento Laboral y la Ley Orgánica de Poder Judicial, sin que en la declaración de violación pudiese extraer conclusiones sobre intromisiones ilegítimas al artículo 6.1 del Convenio Europeo. La decisión de no extender el examen de incompatibilidad sobre la legislación aplicada, pareció dejar a la vista la asunción de atribuciones jurisdiccionales limitadas para tal efecto, y que debido a la naturaleza de las violaciones no convenía forzar sus ámbitos competenciales ante una situación

⁹⁶⁴ Así sostuvo: “The Court reiterates that the rules governing time-limits for appeals are intended to ensure a proper administration of justice. That being so, the rules in question, or their application, should not prevent litigants from using an available remedy. Furthermore, in each case the form of publicity to be given to the “judgment” under the domestic law of the respondent State must be assessed in the light of the special features of the proceedings in question and by reference to the object and purpose of Article 6 § 1 (see the Axen judgment cited above, pp. 13-14, § 31)”. TEDH, *Miragall Escolano vs. España*, párr. 36.

que parecía perfectamente enmendable en la práctica judicial interna, sin que para ello mediara modificaciones legales.

Empero, en otros casos donde el examen de la legislación aplicada ha estado precedido del test de proporcionalidad y demás principios inherentes al CEDH, a saber, la igualdad, la calidad de la ley, el imperio de la ley y la seguridad jurídica; el TEDH ha sido más congruente con el juicio de la normativa interna para estimar las contrariedades, aunque sin llegar a declarar la necesidad de enmiendas legales en el fallo. Los casos *Arribas Antón*, *Valenzuela Contreras* y *Prado Bugallo* se pueden considerar como uno de los más emblemáticos sobre el control de convencionalidad ejercido por el TEDH sobre la legislación española, no obstante, solo en los últimos dos se llegó a estimar las contrariedades normativas entre ambos sistemas normativos. Precisamente, en *Valenzuela Contreras* y *Prado Bugallo*, referido al control convencional sobre violaciones surgidas por la insuficiencia normativa que regulaba las escuchas telefónicas, planteó la cuestión de la omisión legislativa y lo que pareció ser consecuencia de la omisión del control de convencionalidad por los tribunales internos; deducido de la inaplicación de los criterios jurisprudenciales del TEDH en la interpretación del derecho al secreto de las comunicaciones regulado en el 18.3 CE.

La confirmación de la insatisfacción del estándar mínimo europeo en la falta de previsibilidad de las normas aplicadas y la jurisprudencia interna, no obstante, no daría lugar a la estimación de medidas generales de tipo legislativo. Contrario al criterio de la antinomia verificada, el TEDH no se expresó en términos reparadores sobre la legislación aplicada, habida cuenta de que el TS ya había estimado la insatisfacción de los criterios europeos con posterioridad al hecho y la necesidad de subsanar el vacío legal expresado. Pese a que en el caso *Prado Bugallo* el TEDH nuevamente declararía la insatisfacción de los requerimientos exigidos en al 8.1 del CEDH en la nueva legislación que intentó enmendar los vacíos legales contemplados en *Valenzuela Contreras*, no ahondó con mayor precisión de la sostenida en ésta sobre la necesidad de modificar las disposiciones legales en cuestión. En esos términos el TEDH se limitó a su práctica constante y dejó al Estado la libertad de elegir los medios para interrumpir los efectos negativos de dicha legislación y ajustarla a los requerimientos exigidos por el TEDH en los fallos.

2.2.3 La relevancia de los criterios de órganos regionales europeos en la estimación indirecta de medidas generales

Especial mención merece los asuntos resueltos por el TEDH sobre presuntos actos de tortura cometidos contra varios detenidos bajo el régimen de incomunicación, regulado en la LECrim para delitos de terrorismo y banda armada⁹⁶⁵. Aunque en ninguno de los casos se haya examinado la legislación interna aplicada, y los mismos se restringieran a los actos de tortura no investigados y sancionados por las autoridades locales; lo cierto es que el TEDH adoptaría una serie de recomendaciones emitidas por el CPT y el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa al gobierno español, por la situación general de violación de derechos humanos de los detenidos bajo aquel régimen legal especial. Particularmente, en relación a las recomendaciones de modificar algunas disposiciones legales a fin de prohibir la aplicación de la detención en régimen de incomunicación a menores, modificar el artículo 520 bis de la LECrim y adoptar reformas legales para garantizar el control judicial de los detenidos, especialmente, cuando estos alegaban actos de tortura cometidos en la etapa de incomunicación⁹⁶⁶.

Si bien el TEDH no suscribió ninguna de aquellas recomendaciones legislativas en ninguna de las citadas sentencias, sí estimaría los problemas legales señalados por aquellos dos organismos regionales para fundamentar la violación concretamente alegada en el marco de una situación de vulneración más generalizada, aunque sin llegar a declarar la violación en virtud de los límites al artículo 5 del CEDH. En todo caso, la interrogante que plantea la reproducción de aquellas recomendaciones sobre modificaciones legislativas en las sentencias del TEDH, no sería respecto a su valor interpretativo sino, ante lo que pareció ser, la asunción implícita de las mismas en los casos concretos que más tarde terminaron siendo transmitidas al gobierno español. Quizá en un intento de dotar de mayores efectos jurídicos las recomendaciones sostenidas en los informes, toda vez que éstos carecen de los mismos efectos y vínculos que crean las sentencias del TEDH.

Siguiendo la práctica del TEDH, se cree que el sucesivo uso de los informes y recomendaciones del CPT y el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa en las sentencias relativas a violaciones ocurridas bajo el régimen de incomunicación, implica la asunción de criterios

⁹⁶⁵ Así los casos *San Argimiro Isasa, Otamendi Egiguren, Beristain Ukar, Etxebarria Caballero, Arratibel Garcíandia* contra España.

⁹⁶⁶ TEDH, *Etxebarria Caballero vs. España*, párrs. 28 a 32.

reparadores de carácter general orientados a la revisión de la legislación aplicable a la luz de las recomendaciones señaladas. La noción de obligatoriedad de las sentencias del TEDH entraña la obligación de cumplir el fallo en su totalidad, más aún si se considera que la parte resolutive no siempre concluye sobre todos los asuntos discernidos en la *ratio decidendi*, de las que precisamente han resultado medidas individuales y generales que no han sido explicitadas en aquella.

En ese sentido, la imprecisión del TEDH se entiende, siguiendo su práctica constante, a la luz de la libertad de medios del Estado para elegir la forma en que cumple con los requerimientos reiterativos que hace suyo en las citadas sentencias, como una muestra del consenso regional sobre la problemática general planteada en dichos casos. Aunque, ciertamente, en lo que concierne a las infracciones constatadas en los casos concretos, el TEDH no encuentra mérito para expresarse sobre la legislación aplicada sino solo sobre la violación de la vertiente procesal de la prohibición de la tortura, por cuanto los planteamientos de los demandantes se limitaron a tales alegaciones.

Al tenor de los casos analizados se puede inferir que el TEDH no expresó contenidos reparadores más allá de la satisfacción equitativa, en especial, para exigir modificaciones legislativas en los casos donde en efecto llegó a estimar contrariedades normativas con el CEDH. En ese sentido, el Tribunal Europeo se limitó a la declaración de las violaciones y dejó en la libertad de medios, la modalidad en que las autoridades españolas darían cumplimiento a las medidas generales implícitas. En este sentido, no se llegó a constatar que las citadas sentencias adoptaran contenidos condenatorios a modo de reparación, como la Corte IDH suele emplearlo en sus sentencias bajo situaciones similares.

2.3 La dimensión declarativa y condenatoria de las sentencias de la Corte IDH

Contrario al artículo 41 del CEDH el artículo 63.1 de la CADH prevé un mayor margen de decisión a la Corte IDH sobre el contenido de las reparaciones que puedan tener lugar, una vez constatada las violaciones a la parte sustantiva de la Convención Americana. Así, el 63.1 establece:

“Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

El precepto aporta argumentos para suponer que las sentencias de la Corte IDH no son exclusivamente declarativas, según se pronuncia en la parte dispositiva de conformidad con la *ratio decidendi* y, por el contrario, la faculta para emitir juicio y establecer los medios para reparar las violaciones adicionales a las indemnizatorias. La lectura adicional del 68.2 de la CADH⁹⁶⁷ confirma que las sentencias adquieren efectos ejecutivos de la parte que dispone de la indemnización compensatoria⁹⁶⁸. Por ello que la Corte IDH desde sus inicios afirmara que sus sentencias tienen efectos “obligatorios, definitivos y ejecutables” de acuerdo a los artículos 63, 67⁹⁶⁹ y 68 de la CADH⁹⁷⁰; distanciándose de ese modo del sentido exclusivamente declarativo de las sentencias del Tribunal Europeo sostenido tempranamente en su jurisprudencia.

De la práctica de la Corte IDH se pueden extraer otras conclusiones si se toma en cuenta las diversas sentencias que en sus inicios emitía de forma separada sobre las cuestiones incidentales de tipo procesal (excepciones preliminares), sobre el fondo del asunto y sobre las reparaciones de los daños⁹⁷¹. En las primeras dos solía pronunciarse sobre las objeciones procesales y el litigio de las violaciones y en la tercera sobre los medios para enmendar los daños causados. Así, desde la primera sentencia de fondo en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* la Corte IDH se limitaba a declarar las violaciones constatadas y pronunciarse sobre las excepciones preliminares, cuando la objeción era resuelta conjuntamente al fondo del asunto⁹⁷², y pronunciarse de forma separada

⁹⁶⁷ Que establece: “La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”.

⁹⁶⁸ Es indefectible que el artículo 68.2 de la Convención Americana contiene aspectos novedosos en relación al Convenio Europeo, aunque resulta incompleto sobre el valor ejecutivo de las otras modalidades de reparación que puedan tener lugar en virtud del 63.1 de la CADH.

⁹⁶⁹ Que establece que “El fallo de la Corte será definitivo e inapelable”.

⁹⁷⁰ Corte IDH, OC-5/85, párr.22.

⁹⁷¹ Aunque también el TEDH solía pronunciarse en dos sentencias: una para declarar las violaciones y otra para estimar las reparaciones, tal y como lo hiciera en el caso *Barberá Messegue y Jarabo y Mirigall Escolano* contra España. Vid. RIPOL CARULLA, S., *El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos y el Derecho Español. La incidencia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico español*, Atelier, Barcelona, 2007, p. 84.

⁹⁷² Así, por ejemplo, las sentencias de fondo en los asuntos *Velásquez Rodríguez* y *Godínez Cruz* contra Honduras.

sobre las reparaciones y costas⁹⁷³. Sin embargo, en el caso *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*⁹⁷⁴, como antes ya lo había hecho en *Genie Lacayo vs. Nicaragua*, decidió resolver conjuntamente en una sola sentencia el fondo y las reparaciones. Especialmente sobre las reparaciones se pronunciaría en términos condenatorios, estableciendo mandatos judiciales de hacer y no hacer, de reformar y derogar normas internas⁹⁷⁵.

En ese sentido, se concuerda con GARCÍA RAMÍREZ, al apreciar que las sentencias de la Corte IDH comprenden una mixtura declarativa en cuanto al fondo y condenatoria respecto a las reparaciones⁹⁷⁶. Sobre este aspecto, es destacable la diferencia sustancial respecto a los fallos del TEDH, pues aquí es donde la Corte IDH suele ser más creativa para establecer medidas de reparación que van más allá de la simple declaración de violación como típicamente lo hace el TEDH⁹⁷⁷. Empero, no asumimos tal generalización en el universo de situaciones diferenciadas en que el TEDH se pronuncia; pues como cabe recordar, en el análisis casuístico de los asuntos resueltos bajo las sentencias piloto y ciertos casos excepcionales que así lo demandan, el TEDH también se expresa en términos condenatorios declarando medidas individuales y generales a ser adoptadas por los Estados, bajo las que incluso la libertad del Estado se ve restringida. Del mismo modo, el TEDH suele hacer apreciaciones excepcionalmente sobre la *restitutio in integrum* en aquellos asuntos donde tal pende de ciertas acciones individualizadas, como la liberación de una persona y la reapertura de procesos judiciales; ante los que el TEDH es menos dubitativo para establecer medidas positivas sin margen de discreción estatal.

⁹⁷³ Corte IDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (Reparaciones y Costas). párr.60.4. En el mismo sentido, *Godínez Cruz* (Reparaciones y Costas). párr.55.4.

⁹⁷⁴ Corte IDH, *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, sentencia de 7 de junio de 2003.

⁹⁷⁵ Así, por ejemplo, en el caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala* (párr. 130.a), la Corte IDH dejó sin efecto la sentencia emitida por los órganos judiciales de Guatemala, en la que condenaron a la pena de muerte al señor Fermín Ramírez, y dispuso al Estado la obligación de realizar un nuevo enjuiciamiento en un plazo razonable, respetando las exigencias del debido proceso, y estableció que el Estado tendría que excluir la referencia a la “peligrosidad” contenida en el artículo 132 del Código Penal. De igual modo, en la sentencia de *Castillo Pretuzzi vs. Perú* (párr.221 y parte resolutive) decretó la invalidez del proceso y la sentencia que condenó al señor Jaime Francisco Sebastián Castillo Petruzzi y otros, por violaciones a las garantías judiciales, y ordenó al Estado a realizar un “nuevo juicio en observancia del debido proceso legal”. Por otra parte, en la sentencia *Loayza Tamayo vs. Perú* (Punto resolutive 3) estableció la obligación al Estado para “tomar las medidas de Derecho interno para asegurar que ninguna resolución adversa que hubiere sido emitida en el proceso a que fue sometida ante el fuero civil la señora María Elena Loayza Tamayo produzca efecto legal alguno”.

⁹⁷⁶ GARCÍA RAMÍREZ, S., “Las reparaciones...”, op.cit. El cambio de resolver de forma conjunta el fondo y las reparaciones se vio amparado en los cambios introducidos en el Reglamento de la Corte IDH del año 2000 y sus modificaciones del 2003. Vid. GARCÍA RAMÍREZ, S., *Origen y actualidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, (En línea), (Consulta de 08 de agosto de 2015). Disponible en: www.bibliojuridica.org/libros/4/1968/16.pdf

⁹⁷⁷ AYALA CORAO, C.M., “La ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales/ Universidad de Talca*, Año 5, no.1, 2007, pp. 127-201.

Así las cosas, se puede afirmar que las similitudes entre la Corte IDH y el TEDH respecto a la declaración de responsabilidad internacional de un Estado por violaciones a las disposiciones sustantivas de la CADH el CEDH, se ve desequilibrada en relación al establecimiento de medidas de reparación de las violaciones declaradas. Si bien se considera que el carácter atribuido a los citados fallos es declarativo, los términos en que ambos tribunales se pronuncian declarando las violaciones a los derechos y libertades asegurados en sus marcos convencionales no son idénticos. Estas diferencias se ven acentuadas en aquellas circunstancias en que las violaciones constatadas son resultado de incompatibilidades normativas, donde la Corte IDH es más precisa en declarar las disposiciones contrarias a la CADH que el Tribunal Europeo; y en consecuencia en el establecer las modificaciones legislativas o constitucionales que deberán adoptarse con el objeto de impedir la repetición de los hechos⁹⁷⁸.

En ese sentido, se asume que el cuestionamiento y la sucesiva declaración de incompatibilidad de las normas internas con los textos convencionales no es idéntico, y pese a que el TEDH adopta una posición menos estricta que la rigurosa de la Corte IDH para obligar al Estado a establecer modificaciones legislativas; lo cierto es que en circunstancias excepcionales ambos tribunales llegan a parecerse, incluso, a compartir contenidos condenatorios sobre la base de medidas de reparación declaradas que terminan atando a los poderes públicos a una conducta esperada, en virtud de la directrices establecidas en la sentencia.

2.4 Las medidas legislativas establecidas por la Corte IDH en los casos contra Nicaragua

2.4.1 Las medidas legales establecidas en el caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni

Según la jurisprudencia de la Corte IDH las modificaciones legislativas que proceden de la declaración de incompatibilidad normativa pueden resultar de dos circunstancias: de intromisiones desproporcionadas en ámbitos de protección y por la omisión o la insuficiencia normativa para proteger los derechos reconocidos convencionalmente. Ambas apreciaciones se han puesto de manifiesto en el caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni y Yatama* contra

⁹⁷⁸ Por ejemplo, en los casos *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni y Yatama* contra Nicaragua.

Nicaragua. Particularmente, en el primero la Corte IDH verificó que pese al reconocimiento constitucional de los derechos de las comunidades indígenas sobre el derecho de propiedad comunal, las violaciones a la Convención Americana se vieron configuradas en virtud de la falta de un marco legal que regulara el procedimiento a seguir para delimitar, demarcar y titular la tierra de las comunidades indígenas de la Costa Atlántica de Nicaragua⁹⁷⁹.

La falta de recursos procesales para garantizar los derechos subjetivos, dejó a la Comunidad indígena en una situación de desprotección para hacer valer sus derechos de posesión sobre el territorio, el que estaba siendo objeto de aprovechamiento forestal por una compañía extranjera, previa concesión de explotación otorgada por el Ministerio del Ambiente y los Recursos Naturales de Nicaragua⁹⁸⁰. La Corte IDH recurre a la noción de responsabilidad internacional por omisión sostenidas en el caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala* y los dos casos contra Perú, *Ivcher Bronstein y Tribunal Constitucional*⁹⁸¹; para sostener la violación al artículo 2 de la CADH por la insuficiencia normativa constatada, que dejaba desprovisto de recursos internos a las víctimas y con ello el incumplimiento del mandado a adoptar medidas legislativas para tal fin.

Aunque en el transcurso de la causa internacional el Estado de Nicaragua aprobó el Decreto No. 16-96 de 23 de agosto de 1996, que creaba la Comisión Nacional para la Demarcación de las Tierras de las Comunidades Indígenas en la Costa Atlántica, para identificar las tierras en posesión de las comunidades indígenas que serían objeto de delimitación y demarcación; la Corte IDH estimó que la reparación de los perjuicios causados a la Comunidad transitaba por la creación de un marco legal específico para ello, de modo que aquellas medidas no resultaban suficiente para garantizar los derechos de YATAMA⁹⁸².

En ese sentido se asumió que la obligación de reparación respecto al derecho de propiedad comunal de la Comunidad indígena, estaba en el cumplimiento primario del deber insatisfecho del Estado de “adoptar las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean

⁹⁷⁹ Corte IDH, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* (Fondo), párr.127.

⁹⁸⁰ Así la Corte IDH llegó a establecer que aunque “Nicaragua reconoce la propiedad comunal de los pueblos indígenas, no ha regulado el procedimiento específico para materializar dicho reconocimiento, lo cual ha causado que desde 1990 no se hayan otorgado títulos de esta naturaleza”. *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* (Fondo), párr.152.

⁹⁸¹ Corte IDH, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* (Fondo), párr.154.

⁹⁸² Incluso antes de la sentencia definitiva, el Estado ya había presentado el anteproyecto “Ley Especial que Regula el Régimen de Propiedad Comunal de las Comunidades Indígenas de la Costa Atlántica y BOSAWAS”. *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* (Fondo), párr.160.

necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas, acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de éstas⁹⁸³. Pero, además, la Corte IDH requirió acciones inmediatas para proceder a delimitar, demarcar y titular las tierras, dando un plazo máximo de quince meses para ello⁹⁸⁴.

2.4.2 La exigencia de “derogar” y “reformular” ciertas disposiciones constitucionales

Las antinomias entre la disposiciones constitucionales y la CADH en el caso *Yatama vs. Nicaragua* supuso el establecimiento de una serie de medidas de carácter legislativo para el Estado de Nicaragua, en virtud de las violaciones al artículo 2 en relación al 25.1 de la Convención Americana; para establecer un recurso rápido y sencillo que permita recurrir las decisiones en materia electoral del CSE, que según el artículo 173 *in fine* CN son inimpugnables. Esencialmente, la disposición constitucional restringe el ámbito material del recurso de amparo previsto en la misma Constitución⁹⁸⁵ y regulado en la Ley de Amparo. La afectación al derecho a acceder a un recurso reconocido en el 25.1 de la CADH puso en perspectiva la deficiente tutela interna de derechos, sobre lo cual la Sala Constitucional y la CSJ no se habían pronunciado. Las contrariedades normativas se extendían, además, a los requisitos establecidos en la nueva Ley Electoral, que afectaron los derechos políticos de YATAMA a participar en el proceso electoral bajo sus propias formas de organización social, según se reconocía en el texto constitucional.

Dada la naturaleza de las violaciones constatadas la Corte IDH estimó la necesidad de que Nicaragua actuara en dos sentidos: primero para crear un “recurso judicial sencillo, rápido y efectivo” que permita controlar las decisiones del CSE que afecten los derechos políticos; y como consecuencia, que “derogue las normas que impidan la interposición de ese recurso”⁹⁸⁶,

⁹⁸³ Asimismo obligó al Estado a “abstener” de realizar actos que afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes en disputa, mientras no se hayan delimitado, demarcado y titulado las tierras de los miembros de la Comunidad. *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* (Fondo), párr.164.

⁹⁸⁴ Adicionalmente la Corte IDH otorgó otras medidas indemnizatorias por los daños materiales e inmateriales sufridos por los miembros de Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* (Fondo), puntos resolutivos.

⁹⁸⁵ El artículo 45 constitucional dispone que “las personas cuyos derechos constitucionales hayan sido violados o estén en peligro de serlo, pueden interponer el recurso de exhibición personal, de amparo, o de hábeas data, según el caso y de acuerdo con la Ley de Justicia Constitucional”.

⁹⁸⁶ Corte IDH, *Yatama vs. Nicaragua* (Fondo), párrs.254 y 255. Adicionalmente estableció otras medidas de reparación indemnizatorias por concepto de daños material e inmaterial y de satisfacción, como la publicidad de la sentencia (párrs.249 y ss).

concretamente el artículo 173 *in fine* de la CN, el 53.4 de la Ley de Amparo y el párrafo segundo del artículo 1 de la Ley Electoral que limitan el ejercicio del recurso de amparo contra las resoluciones del CSE. Segundo, se estableció el deber del Estado de “reformular” la Ley Electoral para ajustar el contenido de los requisitos exigidos para la participación electoral, de modo que se ajuste a los requerimientos del principio de legalidad en la materia. Las reformas también debían apuntar a garantizar que los integrantes de las comunidades indígenas y étnicas “puedan participar en los procesos electorales en forma efectiva y tomando en cuenta sus tradiciones, usos y costumbres, en el marco de la sociedad democrática”⁹⁸⁷.

En ese sentido, las reformas constitucionales atendían al propósito de suprimir el contenido de la Constitución Política y leyes constitucionales contrario al canon de protección establecido en la sentencia interamericana; pero, además, tomar en cuenta los criterios sostenidos por la Corte IDH en las enmiendas constitucionales que debían tener lugar en un plazo razonable, con miras a que la afectación no se extendiera a los próximos comicios; habida cuenta de que las violaciones constatada en el caso no era posible la restitución integral del daño causado por la resolución del CSE, que negó la participación de YATAMA en las elecciones municipales del año 2000.

2.4.3 El self restraint de la Corte IDH en el caso *Genie Lacayo*

A diferencia de los casos anteriores en *Genie Lacayo* la Corte IDH se abstuvo de ejercer un control de convencionalidad sobre la normativa interna alegada contraria a la Convención Americana. La Corte IDH se declaró incompetente para examinar la legislación *in abstracto* salvo que ésta hubiese sido aplicada al caso concreto y como consecuencia hubiese ocasionado un daño a la víctima, lo que a su entender no fue confirmado. La aceptación de las excepciones preliminares sobre su incompetencia, limitó el análisis de otras cuestiones de gran trascendencia para el orden público interamericano y la garantía colectiva del sistema subsidiario, relativo al fuero especial que sustraía a los miembros del ejército de la justicia ordinaria en casos de comisión de delitos comunes, reconocidos en los Decretos 591 y 600 y en el párrafo segundo del artículo 159 de la Constitución Política de 1987.

⁹⁸⁷ Ídem. párrs.256-259.

La incompetencia de la Corte IDH para examinar aquella presunta inconventionalidad de la jurisdicción militar con la CADH, supuso la autocontención *self restraining* de su función judicial que terminó incidiendo de forma negativa en la expectativa del padre de la víctima en el amparo interamericano; en todo caso para que se esperaba que los responsables de la muerte de su hijo fuesen llevados ante un tribunal imparcial e independiente⁹⁸⁸. Por otra parte, respecto a la decisión de no valorar la legislación interna a la luz de la prohibición deducida del artículo 2 de la CADH de expedir y aplicar leyes contrarias al objeto y fin del tratado.

Empero, el *self restraining* de la Corte Interamericana en dicho caso no es del tipo de autocontención judicial que el TEDH suele emplear ante situaciones de aplicación de la doctrina del margen de apreciación nacional. Aunque ciertamente el Estado contaba con un margen discrecional para regular una materia que en ese momento no era considerada *per se* violatoria de la CADH, no se podría predicar la extensión de tales márgenes a la imposibilidad de que fuesen declarados contrarios a la Convención Americana; sino en virtud de la creencia de la Corte IDH de que tal situación no confrontaba las garantías judiciales reconocidas en el artículo 8 de la CADH. En efecto, con posterioridad la Corte IDH revisaría su propia jurisprudencia en los citados casos contra Perú y más tarde contra México, para reconocer las violaciones a la CADH por la existencia de fuero especial, como ha quedado explicado.

2.5 El carácter definitivo de las sentencias declarativas de incompatibilidad

Los artículos 67 de la CADH y artículo 42 y párrafo 1 y 2 del 44 del CEDH establecen que las sentencias del TEDH y la Corte IDH son definitivas e inapelables, lo que deja a las partes sin mecanismos procesales para revertirlas. Contrariamente a lo que sucede con una sentencia de un tribunal judicial interno aquí no existe un tribunal de alzada ante quien recurrir contra el fallo final. En ese sentido, las partes están resignadas a aceptar y cumplir la sentencia en todos sus extremos, por lo cual el Estado declarado infractor no puede oponer alegación alguna respecto a las violaciones a las disposiciones convencionales estimadas por la Corte IDH⁹⁸⁹.

⁹⁸⁸ Lo que habría llevado a los padres de la víctima a rechazar la indemnización de veinte mil dólares americanos (US\$ 20,000.00) en concepto de “compensación equitativa” otorgado por la Corte IDH como única media de reparación. *Vid.* FAÚNDEZ LEDESMA, H., op. cit. pp. 803 y 804.

⁹⁸⁹ Así lo afirmó la Corte IDH en la resolución de 17 de noviembre de 1999 sobre el cumplimiento de la sentencia *Loayza Tamayo vs. Perú* (Fondo), ante la objeción del Estado peruano a ejecutar las medidas de reparación establecidas en

La Convención Americana y las disposiciones reglamentarias de la Corte Interamericana, a diferencia del Convenio Europeo y el Reglamento del Tribunal de Estrasburgo, son más explícitas en señalar el carácter inapelable de las sentencias definitivas. En concreto el artículo 67 de la Convención Americana se refiere a los fallos interamericanos como “inapelables y el artículo 31.3 del Reglamento de la Corte Interamericana señala que además de las sentencias contra las resoluciones de la Corte “no procede ningún recurso de impugnación”. La claridad de aquellos textos, no obstante, no desdice que se pueda extraer la misma conclusión del carácter definitivo de las sentencias del Tribunal Europeo establecido en el artículo 46.1 del CEDH. En ese sentido, las diferentes redacciones de los textos convencionales no implican una distinción en cuanto a los efectos de cosa juzgada de las sentencias definitivas de ambos tribunales.

En ambos sistemas regionales de protección existe una serie de recursos procesales a disposición de las partes para aclarar el contenido de las sentencias definitivas, pero no para cambiar el fondo de lo resuelto. El artículo 67 de la Convención Americana y el artículo 68 del Reglamento de la Corte Interamericana regulan el recurso de interpretación y el artículo 76 el de rectificación; mientras los artículos 79, 80 y 81 del Reglamento del Tribunal Europeo prevén los recursos de interpretación, revisión y rectificación. Sobre esto el TEDH ha afirmado que el carácter definitivo de las sentencias tiene como propósito sustraer las sentencias de cualquier recurso ante otra autoridad⁹⁹⁰; por lo que los efectos de cosa juzgada del fallo no se verían afectados por ninguno de aquellos recursos que no tiene por objeto atacar el fondo del asunto.

La firmeza de la sentencia no genera ninguna controversia en la doctrina, por el contrario ha creado consenso respecto a los efectos de cosa juzgada⁹⁹¹, al amparo de la obligación de cumplir las sentencias según el artículo 46.1 y el artículo 1 del CEDH⁹⁹². En esa misma línea, se ha afirmado que las sentencias de la Corte Interamericana producen efectos de cosa juzgada no solo en la

dicha sentencia. La inejecutabilidad de la sentencia de reparaciones deducida por Perú tenía origen en la interpretación de su Derecho interno.

⁹⁹⁰ TEDH, *Ringeisen vs. Austria*, (Interpretación), sentencia de 23 junio 1973. párr. 13.

⁹⁹¹ RIPOL CARULLA, S., *El Sistema Europeo...*, op.cit. p. 74; POLAKIEWICZ, J., “The execution of Judgments of the European Court of Human Rights”, en ROBERT BLACKBURN y JORN POLAKIEWICZ (ed), *Fundamental rights in Europe, The ECHR and its members state, 1950-2000*, Oxford University Press, The United Kingdom, 2001, pp. 55-76; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A., “Obligaciones procedimentales de los Estados ante el nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Hacia una Justicia Internacional*, Servicio Jurídico del Estado, Ministerio de Justicia, 2000, pp. 163-179; SILVA GARCÍA, Fernando., *Derechos Humanos., La eficacia...*, op.cit. p. 94; QUERALT JIMÉNEZ, A., *Los efectos interpretativos...*, op.cit. pp. 72-74.

⁹⁹² BUJOSA VADELL, L. M., *Las sentencias del Tribunal...*, op.cit. p. 91.

parte considerativa del fallo sino también en su parte resolutive⁹⁹³. Los vínculos jurídicos obligatorios surgidos de los fallos para los Estados, no obstante, obligaría únicamente a los Estados partes del litigio, incluyendo todos sus poderes públicos, aunque no se descartan otros efectos proyectados más allá del caso concreto, como se verá adelante⁹⁹⁴.

2.6 La obligatoriedad de las sentencias europeas e interamericanas

El artículo 46.1 del Convenio Europeo establece que “los Estados Partes acatarán las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios que sean partes”. De forma casi idéntica el artículo 68.1 de la Convención Americana estipula que “Los Estados partes de la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. El compromiso de los Estados de “acatar” y “cumplir” se entiende en la naturaleza obligatoria de la sentencia definitiva que deberá leerse en conexión con el principio internacional general del deber internacional del Estado de reparar las consecuencias de las violaciones constatadas. En ese sentido ambos tribunales, TEDH y Corte IDH, han expresado su criterio uniformador respecto a los vínculos jurídicos que tales sentencias crean para los Estados parte de la *litis*. Así, la Corte Interamericana ha sostenido:

“Que la obligación de cumplir con lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal corresponde a un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben atender sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, como ya lo ha señalado esta Corte y lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, no pueden por razones de orden interno dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida”⁹⁹⁵.

⁹⁹³ QUIROGA LEÓN, A., “Las sentencias de la Corte Interamericana de derechos humanos y la cosa juzgada en los tribunales nacionales”, *Centro de Estudios Constitucionales*, 2006, Año 4, No. 2, pp. 393-413.

⁹⁹⁴ SILVA GARCÍA, Fernando., *Derechos Humanos. La eficacia...*, op.cit. p. 94.

⁹⁹⁵ Corte IDH, *Bulacio vs. Argentina*, sentencia de 18 de septiembre de 2003; Corte IDH, *Benavides Cevallos vs. Ecuador* (Cumplimiento de sentencia), Resolución de 9 de septiembre de 2003, Corte IDH, *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, (Cumplimiento de sentencia). Resolución de 6 de junio de 2003, y Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala* (Cumplimiento de Sentencia). Resolución de 27 de noviembre de 2003.

En ese mismo orden, en el caso *Papamicholapoulos vs. Grecia* el Tribunal Europeo se ha referido a la obligatoriedad de sus sentencias expresado en el artículo 46 del Convenio señalando:

“It follows that a judgment in which the Court finds a breach imposes on the respondent State a legal obligation to put an end to the breach and make reparation for its consequences in such a way as to restore as far as possible the situation existing before the breach”⁹⁹⁶.

Para ambos, la obligatoriedad de las sentencias se comprende a partir del marco jurídico convencional y no del Derecho interno, no obstante, bajo éste se espera que el Estado asuma la obligación internacional de cumplir con el fallo. Al respecto, ORTÍZ GONZÁLES sostienen que la obligatoriedad de las sentencias del Tribunal Europeo se desprende de la noción de garantía de los derechos del artículo 1 del Convenio y de la vigilancia de supervisión encargada al Comité de Ministros; de lo contrario poco sentido tendría la vigilancia de la ejecución de los citados fallos⁹⁹⁷. El carácter definitivo de las sentencias impone una obligación jurídica al Estado a ejecutarla bajo los procedimientos jurídicos internos de cada Estado, aunque el Convenio no articula mecanismo alguno⁹⁹⁸. En ese escenario, la obligatoriedad de las sentencias del TEDH no conlleva una fuerza ejecutiva, como sí se le ha atribuido a las de la Corte IDH. Principalmente, como ha sostenido MURRAY HUNT, porque el criterio del marco normativo del CEDH se basa en los criterios discrecionales de los Estados para cumplir los fallos⁹⁹⁹.

La obligación genérica que se desprende del artículo 41 del Convenio en conexión con la disposición primera, como RIPOL CARULLA ha sostenido, conlleva una doble obligación – una obligación de resultado (dar eficacia a las sentencias) y una obligación de comportamiento (adoptar los cauces legales procesales para ello) – que es conforme con la lógica del artículo 27 del Convención de Viena. En esa lógica un Estado está impedido de invocar disposiciones de orden

⁹⁹⁶ TEDH, *Papamichalopoulos and Others vs. Grecia*, párr. 34.

⁹⁹⁷ ORTIZ GONZÁLES, A. L., “Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿Efectos en nuestro ordenamiento?”, en M. BALADO Y J. A. GARCÍA REGUEIRO (dir.). *La Declaración Universal de Derechos Humanos en su 50 aniversario*, Bosch, Barcelona, 1998. pp. 525-534.

⁹⁹⁸ CARRILLO SALCEDO, *El Convenio Europeo...*, p. 64.

⁹⁹⁹ HUNT Murray., “State obligations following from a judgment of the European Court of Human Rights”, en THEODORA CHRISTOU AND J. P. RAYMOND (eds), *European Court of Human Rights. Remedies and execution of judgments*, The British Institute of International and Comparative Law, London, 2005, pp. 25-48.

interno como justificación del incumplimiento de sus obligaciones internacionales¹⁰⁰⁰. Una posición similar adopta FERNÁNDEZ SÁNCHEZ al afirmar la existencia de obligaciones procedimentales derivadas del artículo 46.1 del CEDH, concretamente para acatar las sentencias y ejecutarlas, pero descarta que de su obligatoriedad pueda desprenderse su carácter ejecutivo¹⁰⁰¹. Esto es así, porque la obligatoriedad de las sentencias viene dado por el Convenio Europeo y los criterios interpretativos del TEDH, mientras los efectos directos que puedan surtir en el interior de los Estados van a estar determinados por el orden jurídico doméstico, en todo caso para ejecutarlas. En ese sentido, si bien la obligación de un Estado con una sentencia es procedimental¹⁰⁰², lo es también asegurar la efectividad de la misma en su Derecho interno¹⁰⁰³.

De lo anterior, se desprende que las consecuencias jurídicas más controvertidas de una sentencia del Tribunal Europeo no radica tanto en la obligatoriedad de la misma respecto a los Estados parte de un litigio, como en la efectividad de la misma en el orden interno de ese Estado. Una situación distinta a la que ocurre en el ámbito interamericano, donde la Corte IDH ha desarrollado la obligatoriedad de las sentencias con base a los principios y reglas sobre la responsabilidad internacional de los Estados; subrayando la obligación del Estado demandado de ejecutar la sentencia independientemente de la existencia de medios para ello en el Derecho interno¹⁰⁰⁴; eso sí, haciendo notar que a diferencia del CEDH el artículo 68.2 de la Convención Americana hace referencia al valor ejecutable de las sentencias en al Derecho interno.

¹⁰⁰⁰ RIPOL CARULLA, S., *El Sistema Europeo...*, op.cit. p. 73.

¹⁰⁰¹ Estas obligaciones de resultado, no obstante, no implican una condena internacional para el Estado demandado sino exclusivamente la declaración de su responsabilidad respecto a las violaciones constatadas. *Vid.* FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A., *Obligaciones procedimentales...*, op.cit. p. 171 y 172.

¹⁰⁰² NOGUERAS, Liñan., "Efectos de las sentencias...", op.cit.

¹⁰⁰³ Según el artículo 41 del CEDH el Estado demandado tiene la libertad de elegir los medios internos para cumplir con la sentencia, y solo en su defecto o cuando el orden jurídico interno permita parcialmente la reparación de las consecuencias de la violación, el TEDH podrá establecer una satisfacción equitativa. Adicionalmente, el artículo 52 del CEDH expresa que a petición del Secretario General del Consejo de Europa, todo Estado parte suministrará las explicaciones pertinentes sobre la forma en que su Derecho interno asegura la aplicación efectiva de las disposiciones del Convenio. El TEDH ha entendido que ésta discreción del Estado en cuanto a la forma de ejecutar el fallo es un reflejo de la libertad de elección vinculada a la obligación primordial del artículo 1 del Convenio de garantizar los derechos y libertades. TEDH, *Papamichalopoulos and Others vs. Grecia*.

¹⁰⁰⁴ FIX ZAMUDIO, Héctor., "La responsabilidad internacional del Estado en el contexto del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", en *Memoria del Seminario Internacional sobre la Responsabilidad Patrimonial del Estado*, Instituto Nacional de Administración Pública, México, 2000, p. 222. Sobre este asunto véase también a VENTURA ROBLES, Manuel., "Ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte de los tribunales nacionales" (En línea), en *Seminario de conmemoración de los 20 años de justicia constitucional en Costa Rica* (San José, Costa Rica, 30 septiembre, 1 y 2 octubre 2009), (consulta de 23 de marzo de 2012). Disponible en: http://www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/ARTICULOS%20Y%20CONFERENCIAS/Seminario_20Aniversario/006.pdf

En aquellos términos, es indefectible que el compromiso de los Estados para acatar las sentencias de ambos tribunales viene dado en los textos convencionales, como en la jurisprudencia de los propios órganos jurisdiccionales¹⁰⁰⁵. Aunque la efectividad interna de las sentencias es un asunto propio de las jurisdicciones nacionales, los Estados cada vez tienen menos margen de discreción para decidir o alegar razones de orden interno para rebatir la efectividad de las sentencias europeas e interamericanas; especialmente cuando el contenido reparar se extiende a la modificación de normas internas estimadas contrarias al CEDH y la CADH. A diferencia de una medida individual, aquí la declaración se proyecta más allá del caso y, por tanto, la cuestión que surge está relacionada a la obligación para producir un determinado resultado de impedir la repetición de los hechos. Así, la obligación del Estado demandado a cumplir con una mandato derivado del fallo definitivo para poner fin a las violaciones consecuencia de una contrariedad normativa, se ve también vinculado al cumplimiento de las obligaciones genéricas contenidas en el artículo 1 del Convenio Europeo y el artículo 1 y 2 de la Convención Americana¹⁰⁰⁶.

3. Los efectos de las declaraciones de incompatibilidad normativa

3.1 Los efectos *inter partes*

Siguiendo el alcance normativo de las disposiciones 46.1 del Convenio Europeo y el 68.1 de la Convención Americana se deduce que los vínculos jurídicos que se desprenden de las sentencias del TEDH y la Corte IDH, solo afectan a los Estados en los casos en que sean partes. Dicho de otro modo, los Estados no se ven obligados por aquellas sentencias dictadas por dichos tribunales en asuntos que no han sido condenados, por cuanto los efectos de las sentencias desde aquellas disposiciones son solo *inter partes* y no *erga omnes*¹⁰⁰⁷.

¹⁰⁰⁵ SILVA GARCÍA, Fernando., *Derechos Humanos. La eficacia...*, op.cit. p. 42.

¹⁰⁰⁶ Como cabe recordar, la obligación de respetar los derechos humanos contenidos en ambos instrumentos se lee en conjunción con el principio *pacta sunt servanda*, respecto al cumplimiento de buena fe de las obligaciones asumidas con el tratado, según el artículo 26 del Convenio de Viena.

¹⁰⁰⁷ En ese mismo sentido, Ariel DULITZKY afirma la falta de fundamentos convencionales para obligar a los Estados partes de la Convención Americana no partes de una *litis* con una sentencia de la Corte IDH, más todavía para que se imponga una obligación de mayor envergadura como el control de convencionalidad a las autoridades nacionales. *Vid.* DULITZKY Ariel., "An Inter-American Constitutional...", op.cit. p. 70.

Los efectos *inter partes* resultan más evidente cuanto se refiere a violaciones concretas de derechos subjetivos, de modo que la obligación de resultado produciría efectos jurídicos exclusivamente respecto a las partes de la *litis*, en particular, al Estado demandado declarado responsable internacionalmente, sobre quien recae el cumplimiento de la ejecución de la sentencia bajo la supervisión del Comité de Ministros y la propia Corte Interamericana. No obstante, cuando las violaciones derivadas de situaciones concretas plantean el desarrollo del contenido de los derechos sustantivos y de asuntos de interés público para los Estados partes, los tribunales han ido más allá de las cuestiones particulares como se verá enseguida.

3.2 Los efectos *erga omnes*

Es claro que el artículo 46 del CEDH y 68.1 de la CADH solamente hacen referencia al compromiso de los Estados de acatar las sentencias en los litigios que sean partes; de forma que limitan las facultades de los dos tribunales para imponer obligaciones directas a terceros Estados. En el ámbito interamericano, algunos autores han comprendido que el artículo 69 de la CADH deja entrever un efecto horizontal de las sentencias de la Corte IDH, por cuanto manda a transmitir la sentencia a los demás Estados partes de la Convención, conforme a las que en adelante el tratado pasará a ser leída¹⁰⁰⁸. No obstante, tal apreciación no se ve sostenida en los criterios interpretativos de la Corte Interamericana al momento de reconocer los efectos generales a sus sentencias, quien apuesta por el desarrollo de las obligaciones primarias de las disposiciones primeras de la CADH, para sustentar el efecto irradiador de sus sentencias sobre los ordenamientos jurídicos de terceros Estados.

Dicho esto, se colige que los efectos *erga omnes* de las sentencias del TEDH y Corte IDH no vienen dado en el texto convencional sino en la autoridad interpretativa del Tribunal Europeo y la Corte IDH de las disposiciones convencionales, del que se entiende que las proyecciones de las sentencias no solo será sobre el Estado concernido, sino además sobre los demás Estados partes del Convenio Europeo y de la Convención Americana. En efecto, el TEDH ha desarrollado que sus sentencias adquieren efecto horizontal a partir de las obligaciones generales de protección contenidas en el artículo 1 del Convenio Europeo y en el principio de garantía colectiva de los

¹⁰⁰⁸ Por ejemplo, SILVA GARCÍA, Fernando., *Derechos Humanos. La eficacia...*, op.cit. p. 94; AYALA CORAO, C.M. "La ejecución de las...", op.cit.

Estados; considerando que en tal disposición se encuentra el fundamento de las obligaciones de hacer y de no hacer¹⁰⁰⁹. Con mayor claridad se expresó en el caso *Irlanda vs. Reino Unido*¹⁰¹⁰, en la que sostuvo que las sentencias no solo sirven para decidir los casos presentados ante su jurisdicción, sino en general para aclarar, proteger y desarrollar las normas instituidas por el Convenio, lo que contribuye a la observancia por los Estados a los compromisos contraídos por ellos como Partes del tratado. De modo que dichas sentencias, adicionalmente a la obligación que comprende su ejecución para el Estado demandado, plantea la satisfacción de intereses jurídicos de carácter general contenidos el Convenio Europeo, cuya exigencia es general para todos los Estados; aunque terceros no hayan estado bajo la situación generadora de responsabilidad internacional.

Por su parte, en la sentencia *Barrios Altos vs. Perú*, la Corte IDH sostuvo que el citado fallo contenía “efectos generales” por cuanto la ley de amnistía en cuestión eran contraria a las obligaciones generales asumidas por el Estado parte de la Convención¹⁰¹¹. La misma apreciación sería sostenida también en los casos *El Tribunal Constitucional y La Cantuta* contra Perú para afirmar que los efectos de sus sentencias se proyectan más allá del caso concreto, en una suerte de efecto *erga omnes*, con vinculaciones sobre el Derecho interno¹⁰¹². La asunción de los efectos de cosa interpretada adquiere especial relevancia en la construcción jurisprudencial del “control de convencionalidad” que la Corte IDH ha extendido a los jueces internos y autoridades públicas, como una obligación para controlar que los derechos convencionales sean respetados y garantizados en la jurisdicción interna; en particular, observando los criterios jurisprudenciales sostenidos no solo en los casos en que un Estado sea parte, sino, según corresponda, de los

¹⁰⁰⁹ TEDH, *National Union of Belgian Police vs. Bélgica*, sentencia de 27 octubre de 1975, párr. 39; *AIREY vs. Irlanda*, sentencia de 9 octubre de 1979, párr.26.

¹⁰¹⁰ TEDH, *Irlanda vs. Reino Unido*, sentencia de 18 enero de 1978. párr. 154.

¹⁰¹¹ Corte IDH, *Barrios Altos vs. Perú*, sentencia de 14 de marzo de 2001. Interpretación de la Sentencia de fondo, 3 de septiembre de 2001. En situaciones de abusos producto de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y torturas, la Corte IDH ha desarrollado criterios jurisprudenciales de carácter general de tipo positivo, así ha llegado a establecer el deber de realizar acciones concretas de “prevenir, investigar y sancionar”. Ver, entre otros, Corte IDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, (Fondo), párr. 136; *Godínez Cruz vs. Honduras*, (Fondo), párr. 142; *Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, (Fondo), párr. 226; *Bámaca Velásquez vs. Guatemala* (Fondo), párr. 212.

¹⁰¹² Apreciación que los tribunales interno peruanos aceptaron y reconociendo que la vinculatoriedad de las sentencias de la Corte IDH no se agota en la parte resolutive, la que atañe al Estado demandado, sino que se extiende a su *ratio decidendi*, por mandado de la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución de Perú y el artículo 5 del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, por tanto, la sentencia termina siendo vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en que el Estado peruano no hay sido parte en el proceso (Sentencia del Tribunal Constitucional, caso Arturo Castillo Chirinos, Exp. No.2730-06-PA/TC, de 21 de julio de 2006). Vid. HITTERS, J.C., “Un avance del control de convencionalidad. (El efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana)”, *Centro de Estudios Constitucionales de Chile*, Universidad de Talca, Año 11, No.2. 2013. pp. 695-710.

precedentes y demás lineamientos jurisprudenciales¹⁰¹³. En efecto, la noción de los efectos generales de los fallos interamericanos se ven reforzadas en las continuas citas de la Corte IDH de los criterios del TEDH al respecto, incluso de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa¹⁰¹⁴.

La idea de violación conjunta de los derechos sustantivos con las obligaciones genéricas, parece enmarcarse en una idea de concreción del tratado por medio de la activación de los poderes legislativos de los Estados; de tal forma que la infracción sobrevenida a la contrariedad normativa declarada implica la reiteración del mandato inicial de carácter positivo, la cual no puede limitarse al enjuiciamiento concreto sino con miras a la perfección normativa de los demás Estados. Del mismo modo en los asuntos sobre “derecho indigenista” a la propiedad colectiva y los derechos políticos expuesto en los citados casos *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni y Yatama*, la Corte IDH desarrolló un canon mínimo de protección de las minorías étnicas no solo respecto al caso, sino aplicable a todos los Estados. El canon deducido de aquellos casos pasó a constituirse en un criterio de interpretación que todos los Estados parte de la CADH deben observar en conexión con las obligaciones primarias¹⁰¹⁵.

En esos términos, el efecto irradiador de las sentencias declarativas trasciende los efectos de cosa juzgada y el efecto reparador de la vulneración constatada, adquiriendo una fuerza independiente y autónoma respecto al caso concreto¹⁰¹⁶. El planteamiento de si los vínculos generales que surgen de un fallo definitivo trascienden el enjuiciamiento de una disposición interna declarada incompatible con el tratado, en efecto encuentra respuesta en la afirmación del carácter general

¹⁰¹³ Corte IDH, *Gelman vs. Uruguay*, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013, párr. 69 y ss.

¹⁰¹⁴ Así, por ejemplo, la Corte IDH cita la resolución 1226 de 28 de septiembre de 2000, “Execution of judgments of the European Court of Human Rights”: “[...] 3. El principio de solidaridad implica que la jurisprudencia de la Corte [Europa de Derechos Humanos] forma parte de la Convención, extendiendo así la fuerza legalmente vinculante de la Convención erga omnes (a todas las otras Partes). Esto significa que los Estados partes no solo deben ejecutar las sentencias de la Corte pronunciadas en casos en que son parte, sino también deben tomar en consideración las posibles implicaciones que las sentencias pronunciadas en otros casos puedan tener en sus propios ordenamientos jurídicos y prácticas legales. Ídem.

¹⁰¹⁵ El que luego sería replicado en otros casos similares contra otras comunidades indígenas, en los que el derecho a la propiedad comunal había sido afectado, entre otros, en el caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (Fondo), sentencia de 17 de junio de 2005, párrs.131 y 137; el caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay* (Fondo), sentencia de 29 de marzo de 2006, párrs. 117 y 118. En los que ciertamente se adoptaría el mismo criterio evolutivo de interpretación ya adoptado en *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*. Vid. VALERIO DE OLIVEIRA y MAZZUOLI DILTON RIBEIRO, “Indigenous Rights...”, op.cit. p. 12 y ss.

¹⁰¹⁶ E. LAMBERT en QUERALT JIMÉNEZ, A., *Los efectos Interpretativos...* op. cit. p. 90. En esa misma idea, REMOTTI CARBONELL, reconoce que los fallos de la Corte IDH tienen un efecto irradiador sobre los demás Estados, que sin haber sido parte en el proceso se ven obligados a cumplir con lo establecido en dicha jurisprudencia. Vid. REMOTTI CARBONELL, J. C., *La Corte interamericana...*, op.cit. p. 272; QUERALT JIMÉNEZ, A., *Los Efectos Interpretativos...*, op. cit. Asimismo en RIPOL CARULLA, S., *El Sistema Europeo...*, op. cit. p. 83.

del asunto tratado. Se deduce, entonces, que el contenido de la sentencia puede extenderse a otros ámbitos jurisdiccionales con efectos de cosa interpretada en virtud del marco normativo objetivo aplicable y allí desarrollado, que, en particular, termina imponiendo un régimen jurídico armonizador al margen de una condena específica en contra.

La concreción de las implicaciones de los efectos de cosa interpretada, de acuerdo con SAÍZ ARNÁIZ, estarían “en la adecuación de las jurisdicciones y, en general, de los poderes públicos nacionales, al entendimiento que los derechos convencionales se deduce de las sentencias del Tribunal Europeo”¹⁰¹⁷. Así, el resultado uniformador de los distintos ordenamientos de los Estados Partes se alinea en torno al orden público de los derechos humanos, que genera obligaciones para los Tribunales españoles de remitirse a la jurisprudencia de dicho Tribunal, incluso aquella dictada en casos en que España no ha sido parte demandada, para interpretar los derechos fundamentales y fundamentar sus sentencias¹⁰¹⁸.

La noción de instrumento constitucional de orden público sobre la que se desarrollan los vínculos normativos convencionales inferidos por ambos tribunales, vislumbra la concreción de un sistema de garantía colectiva de Estados en torno a la protección del ser humano, con fundamentos esencialmente garantistas *pro libertate*, que imponen mandatos positivos y negativos que deberán concretarse de acuerdo a los criterios jurisprudenciales emitidos en las sentencias. De allí que los vínculos jurídicos de las sentencias adquieren especial relevancia al momento de materializar internamente los derechos convencionales en el Derecho interno, bien por la activación de los poderes legislativos o por la práctica judicial de los tribunales.

4. El control limitado de convencionalidad de las normas internas

El sistema de garantía subsidiario del TEDH y la Corte IDH y tiene una concreción específica en el control de convencionalidad de las normas internas, según se ha explicado, a partir del parámetro de juicio de compatibilidad del Derecho interno con el CEDH y la CADH. Las potestades

¹⁰¹⁷ SAÍZ ARNÁIZ, A., *La apertura constitucional...*, op.cit. p. 143.

¹⁰¹⁸ BUJOSA VADELL, *Las sentencias del Tribunal...*, op.cit. pp. 149 y 150. En ese mismo sentido BUERGENTHAL afirma el valor interpretativo de las sentencias de la Corte IDH, que servirán de precedentes judiciales para comprender el significado de las disposiciones controvertidas de la Convención con las que han quedado obligado los Estados. Vid. BUERGENTHAL, Thomas., “Implementation of the judgment of the court”, en *Memoria del Seminario: El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*, Tomo I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, C.R., 2 ed. 2003, p. 185-196.

jurisdiccionales de ambos tribunales para enjuiciar la conducta estatal se ha correspondido con la de establecer medidas de reparación consecuentes con las antinomias verificadas, más en el Sistema Interamericano que en el europeo. Empero, el desarrollo jurisprudencial experimentado por el Tribunal Europeo para interpretar sus facultades para otorgar la medidas de reparación, más allá de la satisfacción equitativa, parece alinearse con la intención de los redactores del Convenio Europeo, que solo contemplaron límites a las potestades del TEDH para anular directamente una medida o acto estatal¹⁰¹⁹.

En ese sentido, se deduce la falta de fundamento normativo en el CEDH y la CADH que faculte a dichos tribunales para anular o invalidar un acto, medida o norma interna, aún cuando tal haya sido aplicado al caso y se haya declarado su inconveniencia. Por tanto, se asume la idea de que la declaración de inconveniencia no conlleva la anulación o invalidación de una norma declarada contraria, al estar desprovista de un rigor jurídico para tal propósito. Así, el control se erige en un mecanismo incidental de protección de derechos ante situaciones concretas de vulneración, que no obstante impondrán obligaciones de resultado para la reparación de los daños derivados¹⁰²⁰.

La limitación del control de conveniencia, según los términos expuestos, se comporta como una consecuencia del principio de subsidiariedad. En efecto, el mismo TEDH ha afirmado que sus potestades no incluyen anular decisiones judiciales internas u ordenar la reapertura de procedimientos judiciales fenecidos¹⁰²¹, tampoco indicar el contenido de reformas legislativas internas¹⁰²². Del mismo modo, se ha asumido la falta de potestades jurisdiccionales de la Corte IDH para invalidar y anular leyes internas declaradas inconvenientes¹⁰²³, en virtud de la falta regulación convencional al respecto; pese a las atribuciones especiales del artículo 63.1 de la

¹⁰¹⁹ SHELTON, Dinah, *Remedies in International...*, op.cit. p. 281.

¹⁰²⁰ En el mismo sentido, QUERALT JIMÉNEZ, siguiendo DRZEMCZEWSKI Y TAVERNIER, sostiene que el control *in concreto*, al menos teóricamente, no autoriza al TEDH a pronunciarse sobre la compatibilidad de una ley o disposición general con el CEDH, pues la configuración, naturaleza y competencia del TEDH lo llevan a resolver asuntos uno por uno. Vid. QUERALT JIMÉNEZ, A., *La interpretación...*, op.cit. p. 150.

¹⁰²¹ TEDH, *Pelladoah vs. Los Países Bajos*, no.16737/90, sentencia de 22 de septiembre de 1994, párr.44; TEDH, *Saidi vs. Francia*, 20 de septiembre de 1993. párr. 46.

¹⁰²² TEDH, *Irlanda vs. Reino Unido*, sentencia de 18 de enero de 1978, párr.187; TEDH, *X vs. Reino Unido*, sentencia de 18 de octubre de 1982, párr.13-15, TEDH, *F. vs. Suiza*, de 18 de diciembre de 1987, párr. 42, TEDH, *Belilos vs. Suiza*, de 29 de abril de 1988, párr. 77.

¹⁰²³ Vid. DULITZKY Ariel., "An Inter-American Constitutional...op.cit. p.67; BURGORGUE-LARSEN, L. "La Corte Interamericana...op.cit. p. 9.

CADH para expedir una amplia gama de medidas de reparaciones, como las modificaciones legislativas.

En ese sentido, el TEDH y la Corte IDH no son tan distantes. La diferencia sustancial está en que ésta última se expresa bajo unos términos más parecidos a los de un Tribunal Constitucional para exigir derogaciones de normas internas – incluso constitucionales – como se ha visto en *Yatama vs. Nicaragua* o para declarar la falta de efectos legales de una norma interna declarada inconvencional¹⁰²⁴. Aun así, la declaración de inconvencionalidad no se proyecta con efectos de invalidación como una sentencia constitucional¹⁰²⁵, ante la evidente falta de potestades para anular o expulsar normas declaradas contrarias a la Convención Americana. Por tanto, la consideración de los textos convencionales como instrumentos constitucionales de orden público se comprende en relación a los vínculos materiales con los sistemas constitucionales, pero no así de las regulaciones procesales sobre la justicia constitucional¹⁰²⁶.

En todo caso, las modificaciones legislativas internas concedidas a partir de una situación concreta de vulneración se entiende dentro de la noción del sistema subsidiario en que descansan ambos tribunales, cuya actividad jurisdiccional ha sido concebida para amparar incidentalmente a las víctimas frente a los abusos cometidos por los poderes públicos, ante la falta de una protección efectiva en la jurisdicción interna; y, como consecuencia, para exigir la restitución, de ser posible, de la reparación e indemnización por los daños causados, y evitar la repetición de los hechos,

¹⁰²⁴ Corte IDH, *Barrios Altos vs. Perú* (Fondo), párrs.44 y 51.4; Corte IDH, Sentencia de interpretación de 3 de septiembre de 2001 de *Barrios Altos vs. Perú* (Fondo), párr. 18; *Gelman vs. Uruguay*, sentencia de 24 de febrero de 2011, párr.246.

¹⁰²⁵ BURGORGUE-LARSEN, L. "La Corte Interamericana...op.cit. Al respecto, incluso, podría alegarse si en efecto la jurisprudencia (contenida en los fundamentos jurídicos) y no las sentencias del TEDH y la Corte IDH vinculan a los poderes públicos, como se ha sostenido respecto a la jurisprudencia y sentencias del TC español respecto al legislador ordinario; por cuanto el TC se constituye en un "legislador negativo" al declarar la inconstitucionalidad de una norma, según cuestiona FERRERAS COMELLA respecto a éstas últimas; partiendo, en todo caso, de la noción del TC como la autoridad intérprete de la CE y de dichos tribunales de la CADH y el CEDH. Vid. FERRERAS COMELLA, V., "¿Cómo vincula la jurisprudencia constitucional al legislador?", en *Com vinculen les sentències constitucionals al legislador?* Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 2012. pp. 11-26. La comparación, no obstante se considera forzada, habida cuenta de la carencia de fuerza vinculante de las sentencias de los tribunales regionales para expulsar del ordenamiento interno leyes declaradas inconvencionales; en todo caso, la comparación resulta válida para aclarar la diferencia instrumental de las mismas en la consecución de propósitos similares por vías distintas. Así, creemos, que no podría extrapolarse la idea primaria de "legislador negativo" al TEDH y la Corte IDH, atribuida a los Tribunales Constitucionales, al tener éstos como colofón la potestad de expulsar del ordenamiento las leyes declaradas inconstitucionales, que precisamente da sentido a tal expresión.

¹⁰²⁶ Es precisamente en ese sentido que el TC español ha reconocido los efectos jurídicos a la sentencias condenatorias del TEDH, pese a su naturaleza declarativa y que las decisiones del TEDH no se imponen a las autoridades españolas; por lo que su obligación a partir del marco convencional y, en lo que le concierne, del mandato constitucional del 10.2 CE, dio lugar a la ejecución de la sentencia del caso *Barberá, Messegué y Jarabo*, aunque ciertamente con fundamento en la lesión de un derecho fundamental (STC 245/1991, de 16 de diciembre).

según la naturaleza de las violaciones. El impedimento que subyace en el principio de subsidiariedad, de que un fallo pueda por sí mismo modificar un acto o norma interna causante de un perjuicio a un individuo, plantea la situación de la esencia declarativa de las violaciones de derechos y el cumplimiento de las medidas de reparación que descansa en el mismo principio de buena fe, ante la debilidad coercitiva de los sistemas regionales de protección; que en ambos casos se requerirá del concurso de las instituciones estatales para acatar la sentencia definitiva.

En el ámbito interno los límites jurisdiccionales del TEDH se han comprendido a partir de sus mismas apreciaciones, pero también a partir de las regulaciones internas y la forma en que el CEDH y el sistema de garantía regional se inserta dentro del sistema interno de tutela. En ese sentido, el TC ha asumido los límites del Tribunal Europeo para “anular ni modificar” actos contrarios al CEDH, sobre la base de falta de atribuciones competenciales en dicho tratado para anular una sentencia interna y exigir una conducta consecuente al Estado, empero, no por ello se les ha negado efectos jurídicos, de modo que sí ha reconocido que las autoridades nacionales se ven obligadas a dar cumplimiento a sus sentencias, más cuando los derechos afectados gozan de protección constitucional. Así, el TC ha reconocido efectos jurídicos a las sentencias del TEDH y especialmente para dar cumplimiento a sentencias que demandan la reapertura de un proceso judicial con base a la violación de un derecho fundamental, como lo sostuvo en *Barberá, Messegué y Jarabo*. En decisiones más recientes, y ya en el ámbito de aplicación del Protocolo Adicional No. 14, se ha aceptado que tales sentencias también albergan un sentido condenatorio y no solo declarativo que pueden dar lugar a la anulación de una sentencia interna¹⁰²⁷, como se ha explicado.

¹⁰²⁷ En ese sentido, el Auto de la Sala de lo Penal del TS de 5 de noviembre de 2014.

SEGUNDA PARTE

Las modificaciones legislativas sobrevenidas al control de convencionalidad de las normas internas

1. La libertad de medios del Estado Español ante los contenidos implícitos de incompatibilidad

Siguiendo la práctica judicial del TEDH en los casos resueltos contra España, en los que no llega a declarar la necesidad de modificar las disposiciones internas estimadas, indirecta o indirectamente, contrarias al Convenio Europeo; se considera de gran relevancia verificar si pese a la debilidad del contenido de las sentencias en ese sentido, la dimensión reparadora de las sentencias podrían encontrar cierta concreción a partir de los vínculos de obligatoriedad; pero sobre todo de la buena fe y la libertad de medios del Estado español para acatar las apreciaciones vertidas en los fundamentos jurídicos de la sentencia.

1.1 Las modificaciones legislativas como medidas idóneas de garantía no repetición

1.1.1 En relación al derecho a un proceso equitativo y al plazo razonable

El TEDH no suele emitir criterios sobre modificaciones legislativas en sus sentencias, aún cuando declare violaciones a partir de contrariedades normativas con el Convenio Europeo, en todo caso porque las medidas legislativas subyacen en la libertad de medios de los Estados, que suelen ser adoptadas en la etapa de supervisión de la ejecución de las mismas. Pese a no ser explicitadas en la parte resolutive, las reformas legales son una consecuencia directa de las sentencias, especialmente de la *ratio decidendi*; por cuanto constituye una disposición implícita de la obligación de resultado que emana del fallo y su contenido reparador; cuya realización no se ve limitada ante la falta de un requerimiento específico del TEDH sobre las enmiendas.

Tal apreciación puede deducirse de las diversas sentencias condenatorias contra España, de las que se sirve este apartado para ilustrar las diversas modalidades que proceden ante la discrecionalidad de los Estados para elegir los medios para acatar el fallo. Así, por ejemplo, en las primeras dos sentencias contra España, *Barberá, Messegué y Jarabo* y en el asunto *Unión*

Alimentaria Sanders S.A., el TEDH declaró violaciones al derecho a un proceso equitativo y al plazo razonable por dilaciones indebidas (art. 6.1), respectivamente, sin llegar a estimar medidas generales para la etapa de supervisión, incluso, sin llegar a cuestionar las normas internas aplicadas. No obstante, el Estado Español adoptaría diversos cambios legislativos, que, a su entender, se ajustaban al contenido precisado en aquellos fallos. En ambas, bajo el mecanismo de supervisión de la ejecución de las sentencias ante el Comité de Ministros.

En relación a la primera, dada la naturaleza general de los problemas vislumbrados en la sentencia, el Estado español adoptó diversos cambios legislativos que se vieron acompañados del desarrollo jurisprudencial del TC y el TS para perfeccionar el sistema judicial de conformidad al canon de protección europeo¹⁰²⁸, y en lo que atañe al caso, para crear mecanismos procesales para recurrir las actuaciones judiciales por violación a las garantías del debido proceso.

En ese contexto se aprobó la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁰²⁹ que introdujo el recurso de casación por violación de un derecho fundamental y posibilitaba solicitar la anulación de los actos judiciales que violan el principio de juicio equitativo, el derecho a ser asistido por un defensor o los derechos de la defensa, en la medida en que estas violaciones habían privado indebidamente al acusado de sus medios de defensa (artículos 238-243). Asimismo, la ley vino a establecer nuevas normas relativas a la sustitución de jueces (artículos 207-216)¹⁰³⁰. Por otra parte, se adoptaron dos leyes orgánicas¹⁰³¹ que reformaron el Código Penal y la LECrim y derogaron la Ley de 24 de diciembre de 1984, sobre la actuación de bandas armadas y organizaciones terroristas, con base en la que se había mantenido en régimen de incomunicación a los tres detenidos en la primera

¹⁰²⁸ Así el gobierno español informó que la reciente jurisprudencia del TC y el TS estrictamente exige la observancia de los derechos de los acusados, en particular, en relación con el sistema acusatorio-adversarial, la igualdad de armas, la publicidad, la presunción de inocencia y los derechos de la defensa. La aplicación de estas garantías se guía por la jurisprudencia del Tribunal Europeo, que además de ser directamente aplicable en España son también una importante fuente de interpretación de los derechos fundamentales protegidos por la CE, de acuerdo a las sentencias del TC, de 27 de septiembre de 1989, de 21 de diciembre de 1989, de 14 de octubre de 1990 y las sentencias del TS de 11 de marzo y el 19 de julio de 1988, de 19 de enero y el 30 de junio de 1989 y de 14 de septiembre de 1990. Véase en: Council of Europe, *General measures adopted to prevent new violations of the European Convention on Human Rights. Stock-taking of measures reported to the Committee of Ministers in its control of the execution of judgments and decisions under the Convention (Application of former Articles 32 and 54 and of Article 46)*: H-Exec(2006)1. Last update: May 2006.

¹⁰²⁹ Ley No. 6/1985, del 1 de julio de 1985.

¹⁰³⁰ Council of Europe, *General measures adopted to prevent new violations of the European Convention on Human Rights. Stock-taking of measures reported to the Committee of Ministers in its control of the execution of judgments and decisions under the Convention (Application of former Articles 32 and 54 and of Article 46)*: H-Exec(2006)1. Last update: May 2006.

¹⁰³¹ Ley Orgánica No. 3 y 4/1988, de 25 de mayo de 1988.

sentencia del TEDH contra España¹⁰³². El procedimiento de *Habeas Corpus* pasó a estar regulado por la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo de 1984, para garantizar el acceso inmediato a un juez de cualquier persona que alegue haber sido detenido ilegalmente.

Siguiendo la línea jurisprudencial del TEDH, se separó la función judicial de las actuaciones de instrucción y se amplió el papel de la fiscalía durante la fase de investigación y se estableció una segunda jurisdicción penal para tratar los casos de delitos con una pena máxima de 6 años de prisión¹⁰³³.

En cuanto al segundo fallo, las medidas legislativas se orientaron a la reestructuración del sistema judicial español sobrecargado por las innumerables causas pendientes, durante la etapa de transición democrática, que habían sido una de las razones alegadas por el Estado ante las dilaciones indebidas verificadas en el caso concreto. Así se adopta la Ley de Demarcación y de Planta Judicial de 28 de diciembre 1988, que reorganiza las circunscripciones judiciales y redefine la jurisdicción territorial de los tribunales. Entre enero de 1983 y octubre de 1990, se crearon 600 nuevos tribunales¹⁰³⁴ y entre 1989 y 1992 se creó 1.570 nuevas plazas de juez¹⁰³⁵ como consecuencia del proceso paulatino de reorganización del sistema judicial; cuyas implicaciones también abarcó a las comunidades autónomas, quienes mediante ley definieron las capitales de distritos judiciales y circunscripciones judiciales¹⁰³⁶.

¹⁰³² En ese sentido, el Estado informó al Comité que “el juez solo podrá prolongar el momento de la detención por 48 horas, en lugar de por 7 días como fue autorizado previamente. El aislamiento total de la persona detenida no podrá perjudicar los derechos de la defensa (artículo 520 bis del Código de Procedimiento Penal)”.

¹⁰³³ Por medio de la Ley Orgánica No. 7/1988, de 28 de diciembre de 1988.

¹⁰³⁴ Con el Real Decreto de 21 de julio de 1989 se crearon los tribunales penales de primera instancia y con el Real Decreto de 17 de noviembre de 1989, se crearon los tribunales civiles de primera instancia y de investigación. Igualmente se crean los tribunales unipersonales, tribunales sociales y los tribunales de menores con el Real Decreto de 25 de mayo de 1989.

¹⁰³⁵ El Real Decreto emitido por el Ministerio de Justicia el 3 de febrero de 1989, relativa a medidas para la efectividad de la Ley de 28 de diciembre de 1988, estableció los nuevos cargos de jueces, secretarios de los funcionarios judiciales y administrativos, así como la creación de una serie de nuevos tribunales.

¹⁰³⁶ RIPOL CARULLA, S., *El Sistema Europeo...*, op. cit.

1.1.2 En relación al acceso a un tribunal

Las declaraciones de violación al acceso a un tribunal, entre otras, en los asuntos *Pérez de Rada Cavaniles*, *Díaz Ochoa*, *Miragall Escolano y Otros*, y *García Manibardo*, estaban precedidas, en gran parte, por la interpretación restrictiva de las normas procesales que terminaron denegando recursos internos y, en consecuencia, el acceso a un tribunal a las víctimas en dichos casos. Precisamente, en *Pérez de Rada Cavaniles* el TEDH había cuestionado la interpretación rigurosamente formalista del plazo para interponer el recurso de reposición establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de modo que la compatibilidad de la misma norma estaba en duda.

El gobierno español entendió que la mejor forma de hacer frente a la situación planteada en la sentencia era evitar la repetición de las violaciones al 6.1 del CEDH, y para ello aprobó la nueva Ley No. 1/2000, Ley de Enjuiciamiento Civil, que entró en vigor el 7 de enero de 2001. La relevancia de dicha ley en la cuestión alegada no era otra que la ampliación de tres a cinco días el plazo para presentar el recurso de "reposición" (art. 452) y la autorización para utilizar todos los medios técnicos para presentar documentos ante los tribunales (art. 135), en observancia a la analogía de la peticionaría en el uso del correo permitido en el procedimiento administrativo para presentar el recurso de reposición. En el caso *Miragall Escolano y Otros* el Estado informó de la aprobación de la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo¹⁰³⁷ que resolvía la controversia relativa a la identificación del primer día del plazo concedido para la presentación de un recurso de apelación contra las sentencias que anulaban disposiciones generales. La nueva ley establece que las sentencias definitivas que anula una disposición general entrarán en vigor en la fecha de su publicación en el mismo diario oficial en que la disposición anulada había sido promulgada (art. 72.2)¹⁰³⁸.

En contraste, en el caso *Díaz Ochoa* el Estado español consideró que el TEDH no había requerido la adopción de medidas generales de tipo legislativo, y estimó que la afectación al derecho a un juez procedido de la forma de la notificación de la citación para comparecer ante el judicial, era un

¹⁰³⁷ Ley No.29/1998 de 13 de julio de 1998.

¹⁰³⁸ Council of Europe, *General measures...*, op.cit. Después de tomar nota de la información suministrada por el Gobierno de España y el arreglo amistoso con las partes sobre el pago de indemnización compensatoria, el Comité de Ministros declaró que había ejercido sus funciones de conformidad con el artículo 46, párrafo 2, del CEDH, en dicho caso. Resolución DH (2001) 158, de 17 diciembre de 2001.

hecho aislado y constituía una desviación en la aplicación de la ley¹⁰³⁹ y la jurisprudencia desarrollada con posterioridad por el TC en la sentencia STC 135/1997, de 21 de julio. Así, comunicó que para tal efecto el TC estableció que el “el art. 24.1 C.E. exige la correcta citación de las partes a través de los actos de comunicación establecidos en la ley. La presencia en juicio hace real la posibilidad de defensa y, en tal medida, el citado precepto constitucional impide, con carácter general, una resolución judicial de fondo inaudita parte salvo en los casos de incomparecencia por voluntad expresa o tácita o negligencia imputable al procesado citado personalmente” (FJ.4)¹⁰⁴⁰. No obstante, en relación a la cuestión del excesivo formalismo de los tribunales españoles en la aplicación de las normas procesales, que conduce en dicho caso a la destitución del motivo de la demanda de nulidad y amparo de apelación, a través de una interpretación excesivamente restrictiva de la ley por los tribunales nacionales), las autoridades españolas expresaron que ello estaba siendo tratado en el contexto del grupo de casos *Stone Court Shipping*¹⁰⁴¹.

La respuesta a aquella situación, no obstante, se ajustaría a un cambio jurisprudencial y no a modificaciones legislativas. En el plan de acción presentado por España sobre el grupo de casos de *Stone Court Shipping (Application No. 55524/00)*, sobre violaciones del derecho de acceso a un tribunal, también, sobrevenido a interpretaciones estrictas de las normas procesales por el TS y el TC que terminó en el rechazo de la apelación propuesto por los demandantes; informó que ambos tribunales ya habían realizados cambios jurisprudenciales en respuesta a la sentencia del TEDH. Especialmente el TC había adoptado los criterios del TEDH respecto a las formalidades y los plazos para interponer acciones, para establecer que tales formalidades no se puede aplicar con el fin de limitar en lo esencial el derecho de las personas a tener acceso a un tribunal, cuya compatibilidad con el Convenio Europeo estará sujeta al fin legítimo y en proporción al objetivo que persiguen.

¹⁰³⁹ Así consideraba que la legislación española reconoce, sin restricción alguna, la necesidad de una citación adecuada y el respeto de las condiciones apropiadas para la entrega de los mismos, que garantizan la tutela judicial efectiva y el derecho a un recurso previsto por el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Véase en Resolución DH (2011)267, de 2 de diciembre de 2011.

¹⁰⁴⁰ Los mismos criterios luego serían retomada en sentencias posteriores, STC 255/2006, de 11 de septiembre de 2006, en la que se estableció que “En cuanto a la diligencia exigible a los órganos judiciales cuando realizan los emplazamientos, se ha incidido en que la citación tiene que practicarse en forma legal mediante el cumplimiento de los requisitos procesales con el fin de que el acto o resolución llegue a conocimiento de la parte y de que el Juzgado tenga la seguridad o certeza del cumplimiento de los requisitos legales en orden a asegurar la recepción de dicha comunicación por su destinatario” (FJ.2).

¹⁰⁴¹ Resolución DH (2011) 267, de 2 de diciembre de 2011.

Así, se establecieron unos criterios para evaluar si una declaración de inadmisibilidad de un recurso/apelación afecta el derecho efectivo de acceso a los tribunales¹⁰⁴²

Sin embargo, la invitación del Comité de Ministros al Estado español para examinar las medidas individuales o generales que pueden tener lugar en el asunto concernido, no siempre conlleva a la evaluación y posterior armonización de la legislación y jurisprudencia interna con el canon europeo. En ese sentido, la libertad de medios no siempre conduce a la respuesta esperada en relación al contenido de la sentencia, por muy explícito que sea. En el caso *García Manibardo*, por ejemplo, las autoridades españolas no estimaron, como en *Díaz Ochoa*, que de la sentencia se desprendiera alguna medida legislativa como garantía de no repetición, en todo caso por tratarse de interpretaciones restrictivas de las normas procesales, que volvían su aplicación contraria con el artículo 6.1 del Convenio Europeo, pero que no implicaba la revisión necesaria de la legislación interna¹⁰⁴³. Aunque cierto es que las autoridades españolas suelen comunicar al Comité de Ministros la publicidad de la sentencia, como una medida de no repetición, con lo que se espera la difusión de la jurisprudencia del TEDH para que sea seguida por los tribunales internos.

1.1.3 El derecho a un tribunal independiente e imparcial

Una situación similar se pudo apreciar en el cumplimiento de la sentencia de los casos *Castillo Algar*, en la que se declaró la violación al derecho a un tribunal independiente e imparcial, por la no satisfacción de la obligación inherente en el artículo 6.1 del CEDH de satisfacer los criterios de imparcialidad judicial objetiva de los jueces que integraron los tribunales militares que resolvieron el caso. Aunque, ciertamente no mediaba ninguna declaración específica sobre las normas internas, el Estado español no estimó la necesidad de adoptar medidas legislativas y las garantías de no repetición apuntaron a la difusión de la sentencia a las autoridades competentes, en particular, al TC y el Consejo General Judicial¹⁰⁴⁴; de modo que los criterios interpretativos sobre la imparcialidad objetiva fuesen aplicados en lo sucesivo por los tribunales internos.

¹⁰⁴² Entre otras, en la STC 271/2009 de 26 de enero, STC 182/2008, de 22 diciembre, STC 100/2008 de 22 de septiembre, STC 33/2008, de 25 de febrero. Véase en DH-DD(2012) 400 (Action plan/action report), de 12 de abril de 2012.

¹⁰⁴³ Así, el Comité de Ministros declaró que había ejercido sus funciones de conformidad con el artículo 46, párrafo 2, del CEDH, en dicho caso. Resolución DH (2000) 152, de 18 Diciembre de 2000.

¹⁰⁴⁴ Adicionalmente se adoptaron otras medidas generales, como la traducción de la sentencia al español, su publicado en el Boletín de Información del Ministerio de Justicia, así como en diferentes revistas judiciales, entre otras cosas, La Ley (Nos. 4719 de 25 de enero de 1999, 4720 de 26 de enero de 1999, 4735 de 16 de febrero 1999 y 4749, de 8 de marzo de 1999) y Actualidad Jurídica Aranzadi (No. 376, de 4 de febrero de 1999). Por último, los días 21, 22 y 23 de abril

Pese a ello, en *Perote Pellón* se plantearía nuevamente el asunto el criterio de la imparcialidad judicial en la jurisdicción militar, pero aquí el Estado español sí adoptaría ciertas modificaciones de la legislación procesal. Así se aprobó la Ley No. 9/2003, de 15 de julio de 2003 que introdujo modificaciones a los artículos 39, 41, 49 y 51 de la Ley No. 4/1987 sobre la competencia y la organización de los tribunales militares, para establecer garantías adicionales en cuanto a la composición de tribunales militares y las normas procesales aplicables por jueces militares que integren dichos tribunales. La citada Ley redujo el número de jueces, de cinco a tres, que integran en apelación con el fin de evitar que el mismo juez que atiende un caso en primera instancia lo haga en apelación¹⁰⁴⁵.

La nueva composición numérica de los Tribunales Militares previstos en la nueva Ley tenía como base la adopción de los criterios del TEDH sostenidos en las sentencias *Castillo Algar* y *Perote Pellón*, que en esencia vino a asegurar que la imparcialidad objetiva de los jueces militares no se viera comprometida, como así sucedía con anterioridad, por la estructura orgánica de los Tribunales Militares que exigía que “al menos uno de los vocales que han intervenido en alguna actuación procesal previa -recursos contra el auto de procesamiento o adopción de medidas cautelares- deba formar sala en la vista oral que ha de conocer el fondo del asunto”¹⁰⁴⁶.

Más tarde en el asunto *Cardona Serrat vs. España*, el gobierno español no estimaría necesario realizar ninguna reforma legal para garantizar la no repetición de los hechos violatorios, relativos a la imparcialidad jueces en la justicia ordinaria; aun cuando el TEDH le había recordado la obligación primaria de “organizar su sistema judicial para hacer efectivos los derechos previstos en el artículo 6 del Convenio, incluido el derecho a un tribunal imparcial”¹⁰⁴⁷. Las circunstancias del caso, según el Estado español, no conducían a la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial que

de 1999, se organizó un seminario sobre los derechos militares en el Consejo General Judicial, y en este contexto, la sentencia *Castillo Algar* fue ampliamente examinada. Resolución DH (99) 469, de 15 de julio de 1999.

¹⁰⁴⁵ Como ya había ocurrido en *Castillo Algar*, la sentencia del TEDH fue transmitida al TC y el Consejo General Judicial, y fue publicada en la traducción en el Diario Oficial del Ministerio de Justicia No. 1955 de 15 de diciembre de 2003. Council of Europe, *General measures...*, op.cit.

¹⁰⁴⁶ En efecto, la «Exposición de Motivos» de la Ley No. 9/2003 dejó constancia de la relevancia de las sentencias *Castillo Algar* y *Perote Pellón* en el proceso de reforma necesario para asegurar que la imparcialidad objetiva de los jueces en la jurisdicción militar no se viera comprometida por la integración de los Tribunales Militares por alguno de los miembros que ha “intervenido con anterioridad adoptando algún tipo de decisión en el seno del mismo procedimiento que le haya obligado a entrar en contacto con el material probatorio obrante en aquél o emitido alguna valoración o juicio sobre los hechos investigados, susceptible de producir algún prejuicio sobre la culpabilidad del acusado”. *Vid.* RIPOL CARULLA, S., *El Sistema Europeo...*, op. cit. pp. 120 y 121.

¹⁰⁴⁷ TEDH, *Cardona Serrat vs. España*, párr.36.

obliga a los jueces y magistrados de abstenerse de intervenir en los asuntos que ellos ya han participado en la etapa previa de instrucción. Principalmente porque el TS, en su sentencia de 9 de mayo de 2008 (10922/2007), posterior al caso, ya había interpretado tales regulaciones conforme a la jurisprudencia del TC y el TEDH. En efecto, informó, que el método de “caso a caso” que rige el planteamiento de aquellas cuestiones se apoya en la jurisprudencia del TEDH desde el asunto *Castillo Algar* (1998) y *Garrido Guerrero* (2000) y, más recientemente, con una referencia específica al caso de *Gómez Liaño*¹⁰⁴⁸. De ese modo, la jurisprudencia del TC y TS adoptaría los criterios de la jurisprudencia europea sobre la imparcialidad objetiva para tales situaciones donde la imparcialidad judicial estuviera en duda.

1.2 El desarrollo jurisprudencial interno ante la inacción del legislador ordinario

Siguiendo la línea jurisprudencial constante del TEDH, en el caso *Valenzuela Contreras* se planteó la necesidad de subsanar los vacíos legales respecto a la regulación de las escuchas telefónicas provistas de orden judicial a la luz del artículo 8 del CEDH y la jurisprudencia del TEDH. A diferencia de los casos antes analizados, la obligación de resultado condicionaba al Estado a adoptar unas medidas legislativas ajustadas a los criterios enunciados en el fallo, de tal suerte que pareció establecer un mandato ejecutivo al órgano legislativo para adoptar las medidas legales ajustadas al canon europeo de protección al respecto, aunque bajo la libre elección de medios del Estado para decidir si tales medidas producirían una reforma de los dos preceptos examinados que no cumplieran con los requerimientos del 8.2 del CEDH, a saber, el artículo 579 de la LECrim y el 18.3 constitucional, o bien mediante el desarrollo jurisprudencial interno, habida cuenta de los precedentes señalados.

Con ese propósito, el Estado español optó por modificar el artículo 579 por la Ley No. 4/1988, de 25 de mayo de 1988¹⁰⁴⁹, como desarrollo legislativo del 18.2 CE, e informó al Comité de Ministros que desde la resolución de 18 de junio de 1992 del TS, se estaba aplicando e interpretando la nueva versión del artículo 579 de la LECrim, de acuerdo a los criterios del Tribunal Europeo sobre la interferencia de las comunicaciones expresados en aquella sentencia. Lo anterior, con base a la

¹⁰⁴⁸ Communication from Spain concerning the cases of *Gómez de Liaño y Botella* and *Cardona Serrat against Spain* (Applications No. 21369/04 and 38715/06). DH-DD(2012) 135 (Action plan/action report), de 06 de febrero de 2012.

¹⁰⁴⁹ BOE. no. 126, de 26 de mayo de 1988.

exigencia del artículo 10.2 CE a interpretar los derechos fundamentales de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España; y el valor interpretativo de la jurisprudencia del TEDH sobre las normas constitucionales que protegen los derechos fundamentales, según había aclarado el TC¹⁰⁵⁰. Evaluado el cumplimiento de las medidas individuales y generales, el Comité de Ministros dio por terminada la supervisión de la ejecución de la citada sentencia¹⁰⁵¹.

No obstante, en el caso *Prado Bugallo* nuevamente el TEDH se pronunciaría y declararía la violación al 8.1, esta vez por la aplicación del nuevo artículo 579 de la LECrim, y que terminó siendo declarado insuficiente a la luz de los requerimientos del 8.2 del CEDH y los criterios ya apuntados en *Valenzuela Contreras*. La incompatibilidad declarada estaba precedida por el Auto de 18 de junio de 1992 del TS¹⁰⁵², que si bien interpretaba dicho artículo a la luz de la jurisprudencia europea, también estimada las insuficiencias e imprecisiones que aún padecía y que, a su entender, debían “ser corregidas por el Juez nacional y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. El TS estableció una serie de principios que vendrían llenar los vacíos legales denunciados y así subsanar las imperfecciones de la citada ley¹⁰⁵³.

En el informe presentado por las autoridades españolas al cumplimiento de la sentencia *Prado Bugallo* se expresó que en relación a la imperfección de la modificación legislativa operada por la Ley Orgánica 4/1988, la jurisprudencia del TS y el TC había enmendado y complementado tales insuficiencias, estableciendo condiciones y garantías sobre las situaciones de vigilancia telefónica, así como el control judicial de las mismas¹⁰⁵⁴. La interpretación conforme de las normas internas a la luz de la jurisprudencia del TEDH vino a ajustar el contenido legal declarado incompatible con el 8 del CEDH a los requerimientos establecidos en *Valenzuela Contreras*; lo cual el Tribunal Europeo dio por bueno más tarde en la sentencia *Coban vs. España*¹⁰⁵⁵. Aunque en la modificación legislativa seguía pendiente, el TEDH consideró que el vacío legal había sido complementado por la jurisprudencia del TS y TC y, en consecuencia, el Comité de Ministros dio por concluido la

¹⁰⁵⁰ STC 303/93 de 25 de octubre de 1993.

¹⁰⁵¹ Resolución DH (99) 127, de 19 de febrero de 1999. También en Council of Europe, *General measures...*, op.cit.

¹⁰⁵² Citado por el gobierno español en el informe presentado ante el Comité de Ministros en la supervisión de la ejecución de la sentencia *Valenzuela Contreras*.

¹⁰⁵³ TEDH, *Prado Bugallo vs. España*, párr.24.

¹⁰⁵⁴ Resolución DH(2008) 81, de 8 de octubre de 2008; *Ministers Deputies, Annotated Agenda, (CM/Del/OJ/DH(2008)1035 Addendum 1)*

¹⁰⁵⁵ TEDH, *Coban vs. España*, decisión de 25 de septiembre de 2006.

supervisión de la sentencia *Padro Bugallo*; habida cuenta de que a criterio del Estado ninguna medidas legislativas era necesaria una vez que el TEDH había validado que los tribunales internos subsanaran los vacíos legales con los garantías desarrolladas en su jurisprudencia¹⁰⁵⁶.

La misma apreciación puede deducirse de las dificultades que ha planteado la ejecución de medidas individuales en diversas sentencias de condena contra España, especialmente recaídas sobre la revisión de sentencias firmes y la reapertura de procesos judiciales. En efecto, la ejecución de la sentencia *Barberá, Messegué y Jarabo* puso de manifiesto, por primera vez, la necesidad de establecer los cauces legales para hacer posible la reapertura del proceso judicial contra los tres demandantes, en vista de la imposibilidad legal de revisar las sentencias firmes; tal y como lo sostuvo el TS en la desestimación del recurso de nulidad (STS 4-4-1990 de la Sala Segunda), en el marco de la solicitud de ejecución de dicha sentencia. La decisión del TS, por otra parte, dejaba a la vista el fragmentado sistema interno de tutela ante una condena internacional como la citada, que exigía el cumplimiento de las medidas individuales; no obstante, condicionadas por la inexistencia de un mecanismo procesal para ejecutar los fallos del TEDH, en particular, porque del mismo dependía la revisión de sentencia firme y la reapertura de proceso judicial fenecido, pero también la excepción a principios como la cosa juzgada y la seguridad jurídica.

Adicionalmente, el cumplimiento de la obligación de resultado derivada de la sentencia del TEDH revelaba que dentro del sistema de obligaciones y vínculos jurídicos que crea el Convenio Europeo, la ejecución de las sentencias, como consecuencia directa de la aceptación de la competencia del TEDH, no podía estimarse al margen de los mandatos implícitos y explícito de adecuación o ajustes de tipo procesal para hacer efectivos los derechos derivados del CEDH, más si una sentencia condenatoria comprendía la violación de un derecho fundamental¹⁰⁵⁷. En efecto, el TC sostuvo que si bien el CEDH no establece obligaciones concretas para que el ordenamiento jurídico español reconozca “la fuerza ejecutoria directa de las decisiones del TEDH ni tampoco a introducir reformas legales que permitan la revisión judicial de las Sentencias firmes a consecuencia de la declaración por el Tribunal de la violación de un derecho de los reconocidos por el Convenio”; ciertamente ello no implica la negación de los efectos internos de las sentencias del TEDH y de los

¹⁰⁵⁶ Resolución DH(2008) 81, de 8 de octubre de 2008.

¹⁰⁵⁷ Por ello, casi dos décadas después de la citada sentencia, el Comité de Ministros (Recommendation R (2000) 2, de 19 enero de 2000) insistiera a los Estados partes del CEDH a reexaminar o reabrir ciertos casos judiciales a nivel interno que están precedidos de una sentencia declaratoria de violaciones a derechos humanos del TEDH.

vínculos jurídicos del CEDH como parte del Derecho interno, más aún cuando el artículo 10.2 CE establece un mandato para interpretar los derechos fundamentales de conformidad a la doctrina del TEDH¹⁰⁵⁸.

La inacción del legislador ordinario para crear los cauces procesales para ejecutar las sentencias del TEDH, dejaba desprovisto a los jueces y los recurrentes sin recursos procesales que posibilitara la tutela efectiva de sus derechos sobre la base de una sentencia condenatoria contra el Estado español¹⁰⁵⁹. La circunstancia procesal revelada en la ejecución de la sentencia *Barberá, Messegue y Jabardo* resultó en una respuesta jurisdiccional al margen de las medidas procesales adecuadas, lo que condujo a la ejecución del citado fallo bajo un procedimiento excepcional *ad hoc*, que tendría lugar en el amparo ante el TC otorgado en la STC 245/1991 de 16 de diciembre que declaró nula las sentencias del TS, de 4 de abril de 1990 y de 27 de diciembre de 1982, y la sentencia de la Audiencia Nacional, de 15 de enero de 1982 y retrotrajo las actuaciones al trámite de inicio del juicio oral¹⁰⁶⁰. Por ello que el Magistrado Vicente GIMENO SENDRA, en su voto particular a la sentencia 245/1991, criticara que el TC se hubiese “atribuido funciones normativas y convertido en un órgano ejecutor de las Sentencias del TEDH, [ignorando] el presupuesto de la caducidad y desnaturalizado el amparo, convirtiéndolo en un recurso de revisión, [y vulnerando] la cosa juzgada material de las citadas Sentencias de la A.N. y del T.S. de 1982 y del propio ATC 173/1983”.

Con esta sentencia el TC abrió una puerta para la ejecución de las sentencias del TEDH a través de la interpretación extensiva de las normas procesales, en pro de la eficacia de las sentencias de condena del TEDH que constataban la infracción de un derecho fundamental que además era actual. Empero, la excepcionalidad de la ejecución de aquella sentencia luego sería reducida a determinados supuestos¹⁰⁶¹ en la solicitud de amparo relativa a la condena contra España en los

¹⁰⁵⁸ Por tanto, la obligación implícita del legislador “...para coordinar adecuadamente la tutela del derecho reconocido en el Convenio y la tutela del derecho fundamental reconocida en la Constitución”. STC 245/1991 de 16 de diciembre, FJ3.

¹⁰⁵⁹ La idea sostenida por el TC sobre este aspecto era que “el Poder Legislativo debería establecer cauces procesales adecuados a través de los cuales sea posible articular, ante los órganos del Poder Judicial, la eficacia de las resoluciones del TEDH en aquellos supuestos en los que, como ocurre en el presente caso, se haya declarado la infracción de derechos fundamentales en la imposición de una condena penal que se encuentra aún en trámite de ejecución”. STC 245/1991 de 16 de diciembre, FJ5.

¹⁰⁶⁰ IZQUIERDO SANS, Cristina., “El carácter no ejecutivo de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Comentarios a la STS 1º de 20 de noviembre de 1996)”, *Derecho Privado y Constitución*, 1997, No. 11, enero-diciembre, pp. 351-377.; BUJOSA VADELL, L.M., *Las sentencias del Tribunal...*, op.cit. p. 151 y ss.

¹⁰⁶¹ i) que la violación se haya producido en un proceso penal y que afecte derechos esenciales como el de la libertad personal; ii) que la violación haya influido en el resultado del fallo, de tal modo que sin la misma el pronunciamiento

asuntos *Ruiz Mateos* (Providencia de 31 de enero de 1994), *Castillo Algar* (Providencia de 11 de marzo de 1999)¹⁰⁶², de modo que lejos de solucionar el asunto de la ejecución de las sentencias del TEDH se generó una incertidumbre jurídica respecto a la procedencia del recurso de amparo o revisión en tales circunstancias.

Si bien el TC no apreciaba la procedencia del amparo para todos los casos, la Sala de lo Penal del TS llegó a considerar que “hasta que tales previsiones legales existan y resuelvan la cuestión de una forma expresa y completa, tanto procesalmente como en cuanto al fondo, debe plantearse si es posible acudir al procedimiento de revisión de sentencias firmes regulado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”¹⁰⁶³. Este nuevo criterio interpretativo luego sería sostenida por el TC, sobre la base de la sentencia *Riera Blume vs. España*, al reconocer en su sentencia STC 240/2005, que las sentencias del TEDH deben considerarse como un hecho nuevo, en los términos del art. 954.4 LECr, que posibilite la revisión de los procedimientos¹⁰⁶⁴. No obstante, una apreciación distinta tendría lugar en la ejecución de la sentencia *Del Rio Prada* que ordenaba la liberación inmediata de la demandante, sobre la que, y bajo un procedimiento abreviado/sumario, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional¹⁰⁶⁵ resolvió que en razón de que las decisiones que violaron el CEDH se dictaron en el proceso de ejecución de las penas privativas de libertad, la libertad de la

jurisdiccional cuestionado habría sido distinto; iii) que la violación sea actual, es decir que siga produciendo efectos negativos para los interesados; iv) que la violación no puede ser reparada a través de la satisfacción equitativa ni de otro modo. *Vid.* Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la Justicia Penal, el fortalecimiento de las Garantías Procesales y la regulación de las medidas de integración tecnológica. Acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 12 de enero de 2015.

¹⁰⁶² LÓPEZ GUERRA L., “El diálogo entre...”, op.cit. p. 154 y ss

¹⁰⁶³ Por lo que abogaba por una interpretación del artículo 954.4º de la LECrim “en la que se considere que la supresión, por haberse declarado válidamente su ilicitud, de una prueba que has sido utilizada en la sentencia condenatoria como un elemento probatorio en contra de la presunción de inocencia del acusado, es un hecho nuevo que puede suponer la inocencia de éste, revitalizando la presunción que le ampara inicialmente, si es que no existen otras pruebas suficientes y válidas en su contra. La imposibilidad de tener en cuenta el material probatorio valorado para la condena se desprende, en estos casos, de la Sentencia del TEDH en cuanto que declara que en su obtención se ha vulnerado un derecho reconocido por el Convenio que tiene en nuestra Constitución rango de derecho fundamental”. Auto de la Sala de lo Penal del TS de 29 de abril de 2004 (Recurso No. 1265/1993).

¹⁰⁶⁴ Así el TC sostuvo que “Desde esta perspectiva, una interpretación del art. 954.4 LECr. que excluya la subsunción de una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de este tipo en el concepto de «hecho nuevo» se opone al principio de interpretación pro actione tal como lo hemos definido anteriormente (...) Para evitar este resultado contrario a la Constitución debe entenderse que con la incorporación a nuestro ordenamiento de la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la expresión «hechos nuevos... que evidencien la inocencia del condenado» del art. 954.4 LECrim, debe interpretarse de modo que en él se incluyan las declaraciones de dicho Tribunal que puedan afectar a procedimientos distintos a aquellos en los que tiene origen dicha declaración” (FJ6). Véase en LÓPEZ GUERRA L., “El diálogo entre...”, op.cit. p. 154 y ss.

¹⁰⁶⁵ En el que el presidente de la Sala Penal de la Audiencia Nacional convocó al Pleno para deliberar sobre las modalidades de ejecución de la citada sentencia, ante el informe del Fiscal que debía darse cumplimiento a la mencionada decisión. Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 22 de octubre de 2013 (Ejecutoria 36/1985).

condenada concernía a la Audiencia Nacional; en tanto órgano de ejecución al que se encontraba sometida ella. Así, la Audiencia Nacional suscribía la doctrina de la lesión actual de un derecho fundamental sostenida por el TC en el caso *Barberá, Messeguer y Jabardo*¹⁰⁶⁶, para ejecutar el citado fallo y poner en libertad inmediata a la condenada¹⁰⁶⁷. Solo 3 días después, en atención al efecto de cosa interpretada del fallo, la misma Audiencia Nacional extendió la efectividad de la sentencia a terceros condenados y también afectados por la llamada *Doctrina Parot*¹⁰⁶⁸; lo que condujo a que la Sala General de lo Penal del TS emitiría un Acuerdo en relación con las condenas que se estuviesen ejecutando con arreglo al Código Penal derogado de 1973¹⁰⁶⁹.

Así las cosas, la situación acéfala sobre la ejecución interna de las sentencias del TEDH ha demandado un esfuerzo imprevisto de la actuación jurisdiccional¹⁰⁷⁰ y el ensanchamiento de las competencias del TC y TS, para dar respuesta a situaciones de violaciones de derechos

¹⁰⁶⁶ Razonando su competencia en que “si la jurisdicción no ejecutara de manera adecuada la sentencia, sería el Tribunal Constitucional el que tendría que reaccionar anulando una decisión contraria a derecho, y a los derechos humanos básicos del Convenio Europeo, para amparar a la interesada”. Por cuanto la citada sentencia condenatoria del TEDH “es de las que deberían provocar, en un recurso de amparo si el tribunal de ejecución no hubiese estimado la pretensión de libertad, la rescisión de las resoluciones judiciales firmes que hubieran provocado la lesión actual del derecho a la libertad”. Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 22 de octubre de 2013 (Ejecutoria 36/1985).

¹⁰⁶⁷ En consecuencia, dejó sin efecto el Auto de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de esta Audiencia Nacional de 6 de junio de 2008 y la providencia de 23 de junio de 2008 y declaró extinguidas las responsabilidades penales a las que se refería la ejecutoria por cumplimiento de la condena. Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 22 de octubre de 2013 (Ejecutoria 36/1985). Véase también la Resolución del Comité de Ministros por la que da por concluido la supervisión de la ejecución de la sentencia una vez satisfecha las medidas individuales y generales. Resolución DH-DD (2014) 844, de 26 de junio de 2014.

¹⁰⁶⁸ Así, la Audiencia Nacional interpretó que “El TEDH, en definitiva, pone de manifiesto, con carácter general, más allá de en el caso de Inés del Río, la incompatibilidad con el CEDH de la aplicación retroactiva del criterio de computo de los beneficios penitenciarios introducidos por STSs 197/2006”. En ese sentido, considera que la citada sentencia fijó “un criterio al que debe reconocérsele el valor de ‘cosa interpretada’, vinculante para el Estado español por virtud del 10.2 CE, de modo que aplicaban a casos similares sobre el que resolvió el TEDH. Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 25 de octubre de 2013 (Ejecutoria 32/1990).

¹⁰⁶⁹ En el acordó: “1. En los casos de sentencias condenatorias en ejecución, dictadas con anterioridad al día 28 de febrero de 2006, en las que se aplique el Código Penal derogado de 1973, por no resultar más favorable el Código Penal de 1995, las redenciones ordinarias y extraordinarias que procedan se harán efectivas sobre el límite máximo de cumplimiento establecido conforme al artículo 70 del referido Código de 1973, en la forma en que se venía haciendo con anterioridad a la sentencia de esta Sala No. 197/2006, de 28 de febrero. 2. Las resoluciones relativas a las acumulaciones y liquidaciones de condena que resulten procedentes con arreglo al punto anterior, se acordarán en cada caso por el Tribunal sentenciador, oyendo a las partes, siendo susceptibles de recurso de casación ante esta Sala. 3. El Tribunal considera necesario que el Poder legislativo regule con la necesaria claridad y precisión el cauce procesal adecuado en relación con la efectividad de las resoluciones del TEDH”. Acuerdo de la Sala General de lo Penal del Supremo sobre la ‘Doctrina Parot’ tras la sentencia del TEDH, de 12 de noviembre de 2013. Con base al que se resolvieron las sentencias STS 1000/2013, de 7 de febrero, STS 883/2013, de 14 de noviembre, STS 88/2014, de 12 de febrero. *Vid.* Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la Justicia Penal, el fortalecimiento de las Garantías Procesales y la regulación de las medidas de integración tecnológica. Acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 12 de enero de 2015.

¹⁰⁷⁰ Lo que se han apuntado a diversas vías: una referente al amparo ante el TC (en el ya citado caso *Barberá, Messeguer y Jabardo*), de revisión ante el TS (en relación a la sentencia *Prado Bugallo*), y en esa misma línea ante el TC (STC 240/2005 con base en el asunto *Riera Blume*); y otra de incidente de nulidad de actuaciones ante el TS (Sentencia del TS de 13 de mayo de 2013). *Vid.* LÓPEZ GUERRA L., “El diálogo entre...”, *op.cit.* pp. 156 y 157.

fundamentales sobre la base del mandato constitucional 10.2 CE, la obligatoriedad y los efectos directos e indirectos de las sentencias del TEDH. Desde esa perspectiva, el desarrollo jurisprudencial de los tribunales internos vino a completar los vacíos legales no regulados por el legislador, que el mismo TS demandó crear “con la necesaria claridad y precisión” para dar efectividad a las resoluciones del TEDH¹⁰⁷¹. Es así, que la desatención del legislador a los continuos remisiones de los tribunales internos llevó al TS a emitir el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de la Sala de lo Penal, de 21 de octubre de 2014, para establecer que “En tanto no exista en el ordenamiento jurídico una expresa previsión legal para la efectividad de las sentencias dictadas por el TEDH que aprecien la violación de un derecho fundamental del condenado por los Tribunales españoles, el recurso de revisión del art. 954” de LECrim cumple este cometido¹⁰⁷².

Sin embargo, la compleja situación procesal con la que estaban lidiando los tribunales internos y las demandantes llegaría a su final con la adopción de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio; la que añade un nuevo artículo 5 bis que pasa a regular el cauce procesal para ejecutar las sentencias del TEDH que supongan el reexamen de un sentencia firme y la reapertura de un proceso judicial, por medio del recurso de revisión¹⁰⁷³. Con lo que se espera acabar con la inseguridad jurídica creada por la falta de un recurso procesal al respecto, y sobre lo que se había venido resolviendo al margen de las previsiones constitucionales en un sector tan sensible como el de la protección de los derechos fundamentales.

¹⁰⁷¹ Acuerdo de la Sala General de lo Penal del Supremo sobre la ‘Doctrina Parot’ tras la sentencia del TEDH, de 12 de noviembre de 2013.

¹⁰⁷² Con base en el que se admitió un recurso de revisión por el Auto de la Sala de lo Penal del TS, de 5 de noviembre de 2014, estableciendo así que: “...habiendo sido declarado por el TEDH en su sentencia del 22 de noviembre de 2012 – que obra en el expediente – que existió violación al art.6.1 del Convenio Europeo, esta sentencia constituye un hecho nuevo que afectando a la inocencia del solicitante justifica la apertura del recurso de revisión tal y como se solicita”.

¹⁰⁷³ El artículo 5 bis establece: “Se podrá interponer recurso de revisión ante el Tribunal Supremo contra una resolución judicial firme, con arreglo a las normas procesales de cada orden jurisdiccional, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión”. Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, publicada en el BOE. no. 174, de 22 de julio de 2015.

2. La restricción de la libertad de medios sobre la base de mandatos explícitos de la Corte IDH de modificación de normas internas incompatibles

2.1 La concreción de los mandatos explícitos de enmiendas legales

A diferencia del TEDH la Corte IDH explicita las normas que deben ser modificadas o derogadas, de modo que deja al Estado sin margen de decisión sobre los medios a emplear para cumplir el fallo. Tal y como se ha adelantado, en el caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni* el Estado de Nicaragua fue requerido para que adoptara las medidas legislativas pertinentes para garantizar el derecho de propiedad colectiva de los miembros de aquella comunidad indígena. Para ello, el Estado, que ya había dado muestras de voluntad para cumplir el fallo, aprobó la Ley No. 445, “Ley del Régimen de la Propiedad Comunal de los Pueblos Indígenas y Comunidades Étnicas de la Costa Atlántica y de los ríos Coco, Bocay, Indio y Maíz”¹⁰⁷⁴; con la que estableció un procedimiento específico y las competencias institucionales en materia de demarcación y titulación de tierras de los Pueblos Indígenas y Comunidades Étnicas de la Costa Atlántica y de los ríos Coco, Bocay, Indio y Maíz¹⁰⁷⁵.

Si bien el mecanismo creado por la citada ley había puesto en marcha el proceso de demarcación, delimitación y titulación de los tierras en disputa, ante el proceso iniciado por los miembros de la *Comunidad Awas Tingni*¹⁰⁷⁶; lo cierto es que solo ocho años después de la sentencia de fondo y casi seis años desde la aprobación de la Ley No. 445, los demandantes vieron cumplido el objetivo de delimitar, demarcar y titular las tierras comunales¹⁰⁷⁷. La materialización de la obligación de resultado se vio satisfecha con las medidas de satisfacción cumplidas, por lo que la Corte IDH dio por cumplida no solo las medidas legislativas exigidas en la sentencia, sino el contenido de las reparaciones en su totalidad.

¹⁰⁷⁴ Publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 16, el 23 de enero de 2003.

¹⁰⁷⁵ Corte IDH, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de 07 mayo de 2008, párr.9.

¹⁰⁷⁶ Corte IDH, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de 07 mayo de 2008, párrs.15 y 31.

¹⁰⁷⁷ El día 14 de diciembre de 2008 finalmente se entregó al representación de los miembros de la Comunidad, el título de propiedad por 73,394 hectáreas, en cumplimiento con el deber de delimitar, demarcar y titular las tierras a los miembros de la Comunidad Awas Tingni establecidos en la sentencia de fondo de la Corte IDH. Corte IDH, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 3 de abril de 2009.

Cabría recordar que en el presente caso el Estado de Nicaragua había aceptado la responsabilidad internacional por las violaciones alegadas, lo que en principio facilitó la adopción de las medidas de reparación establecidas por la Corte IDH; ciertamente en una muestra de voluntad y buena fe para cumplir las obligaciones asumidas con la Convención Americana y concretamente con el fallo dictado en contra. Empero, no creemos que la declaración de responsabilidad en el proceso internacional constituya un indicador de la posterior satisfacción del contenido reparador de la sentencia, pues como se verá enseguida, adicionalmente a elementos volitivos de las autoridades nacionales, la coyuntura socio-política de un Estado pueden incidir de forma decisiva sobre ello, aun cuando sobre tales medie una aceptación de responsabilidad.

2.2 El examen de convencionalidad de las modificaciones legislativas

Si bien la concreción de los mandatos de enmiendas legales va a requerir el consenso de la autoridad legislativa del Estado, también deberán superar el test de convencionalidad y la aprobación de la Corte IDH, no ante una nueva disputa sino como parte del proceso contradictorio de supervisión del cumplimiento de las sentencias. En ese sentido, el proyecto legislativo en discusión – normalmente entre las víctimas y el Estado – se puede ver sujeto a un examen abstracto de convencionalidad si de la propuesta legislativa, o bien si el mismo ya ha sido aprobado, no cumple con los requerimientos exigidos por la Corte IDH. En efecto, en la supervisión de la sentencia *Heliodoro Portugal vs. Panamá* la Corte IDH dio por buena la reforma al Código Penal mediante la tipificación de los delitos de desaparición forzada de personas y de la tortura con la expedición de la Ley No. 1 de 13 de enero de 2011¹⁰⁷⁸; no obstante, consideró que pese a que era una transcripción de la definición de desaparición forzada establecida en el artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; ésta no incluía “la naturaleza continuada o permanente del delito ni [hacía] referencias sobre la imprescriptibilidad de la acción penal derivada de la desaparición forzada de personas”¹⁰⁷⁹.

¹⁰⁷⁸ En tal sentido la Corte constató que con la entrada en vigor de la Ley No. 1 de 13 de enero de 2011, el Estado de Panamá dio cumplimiento a su obligación de tipificar la desaparición forzada conforme a sus obligaciones internacionales. Corte IDH, Corte IDH, *Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 19 de junio de 2012, párr.18.

¹⁰⁷⁹ Corte IDH, Corte IDH, *Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, párr.23.

Aunque la Corte IDH dio por cumplida la obligación de resultado derivada de la sentencia¹⁰⁸⁰, estableció que la tipificación mencionada cumplía parcialmente con los requisitos previstos en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; por lo que la obligación se extendía a la adecuación necesaria de dicha legislación en relación a la naturaleza continuada y permanente del delito de desaparición forzada y a la imprescriptibilidad de la acción penal por dicho delito¹⁰⁸¹.

En el caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni* la Corte IDH también adoptó una posición similar, aunque no respecto al contenido de la legislación aprobada, y con lo que se cumplía la totalidad de la medida de reparación exigida en ese sentido, sino respecto a la observancia de la efectividad de la normativa; a saber, “del deber del Estado de delimitar, demarcar y titular las tierras que corresponden a los miembros de la Comunidad de Awas Tingni”¹⁰⁸². Es así, que hasta que se cumplió con este deber último, consecuencia del instrumento legal adoptado, el tribunal dio por concluido el proceso. En ese sentido, la Corte IDH no se limita a la llana declaración de la medida ordenada, sino también observa la efectividad de la misma, según sea el caso, en estrecho vínculo con el caso planteado, como en caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, o en un sentido abstracto de la aplicación de la ley como se expresó en *Heliodoro Portugal vs. Panamá*.

3. El problema de la “eficacia interna” de las declaraciones de incompatibilidad normativa

3.1 El principio de buena fe como criterio del cumplimiento de la sentencia

El sentido de identidad de las sentencias europeas e interamericanas está, además, en que el cumplimiento de las medidas individuales o generales de reparación que contienen, descansa, independientemente de los procedimientos internos que acarrearán, en los principios básicos de

¹⁰⁸⁰ En concreto la Corte Interamericana había ordenado al Estado que tipificara ambos delitos “en los términos y en cumplimiento de los compromisos asumidos [por Panamá] en relación a la Convención [Interamericana] sobre Desaparición Forzada y la Convención [Interamericana para Prevenir y Sancionar] la Tortura. *Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, párr.21.

¹⁰⁸¹ Corte IDH, *Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, párr.24.

¹⁰⁸² Corte IDH, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Supervisión de cumplimiento de sentencia. párr.45.2.

responsabilidad internacional de buena fe y la no invocación del Derecho interno para justificar su incumplimiento¹⁰⁸³. Así pues, la Corte IDH ha afirmado que una vez que la sentencia es transmitida a las partes (art.69 CADH) nace la obligación del Estado de cumplir con la misma “de manera pronta, integra y efectiva, dentro de los plazos señalados en el propio fallo”, la cual abarca al Estado en su conjunto, es decir, “a todos los poderes, órganos y autoridades nacionales”¹⁰⁸⁴.

El caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni* ilustra la asunción de aquellos principios por el Estado de Nicaragua para cumplir con la sentencia, cierto es, precedida por la aceptación de responsabilidad internacional durante el proceso internacional, que encaminó, en el curso del caso, la adopción de ciertas medidas legislativas pero que solo después de la sentencia se lograron materializar de conformidad con los criterios interamericanos. La misma conclusión puede extraerse de las sentencias del TEDH en que España ha decidido cumplir bajo la asunción de aquellos principios, pero además en la aceptación de los vínculos jurídicos, aunque no ejecutivos en su momento; que las sentencias del TEDH crean en el Derecho interno por mandato del 10.2 CE, con base en el que sirve de fuente interpretativa de los derechos fundamentales¹⁰⁸⁵. Así pues, adicionalmente a la obligatoriedad de las sentencias que emana del CEDH la jurisprudencia interna ha reconocido efectos jurídicos innegables del que parece servirse, en adición al mandato constitucional del 10.2, para alcanzar el cumplimiento de la obligación de resultado.

Por otra parte, se puede afirmar que la existencia de criterios autónomos sobre los medios a adoptar para cumplir con los requerimientos implícitos o explícitos derivados de las sentencias en cuanto a las medidas generales, el cumplimiento se desvincula del sentido ejecutable del fallo según el CEDH, empero, siempre a merced de la buena fe del Estado para enmendar los daños causados y, más aún, de evitar la repetición de los hechos. Así, por ejemplo, en el cumplimiento de los fallos *Padro Bugallo* y *Coban* contra España se adoptaron dos medidas distintas sobre una misma cuestión, primero legislativa en relación al primer caso y, más tarde, jurisprudencial en relación al segundo, para enmendar las insuficientes legales identificadas por el TEDH desde la sentencia *Valenzuela Contreras* pero no subsanadas en la legislación aprobada.

¹⁰⁸³ Codificados en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena.

¹⁰⁸⁴ Corte IDH, *Gelman vs. Uruguay*, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013, párrs. 24 y 25.

¹⁰⁸⁵ Véase en el informe presentado por el gobierno español ante el Comité de Ministros en relación a la supervisión de la ejecución de la sentencia *Castells vs. España*. Council of Europe, *General measures...*, op.cit

Estos ejemplos ponen en relieve dos asuntos distintivos de ambos sistemas regionales, en el primero respecto a la interpretación extensiva de las normas convencionales para exigir el cumplimiento de las medidas de reparación, sobre la base de los principios de la Convención de Viena; y en el segundo la idea ampliamente sostenida de la libertad de medios del Estado para satisfacer aquella obligación de resultado, desprovista de directrices concretas de carácter positivo o afirmativo. Aun así, las variantes se ven más ajustada a la voluntad del Estado que al asunto de los efectos jurídicos internos de las sentencias de la Corte IDH y el TEDH, al menos para Nicaragua y España, y solo respecto al fallo concreto en que son partes. En otras palabras, el cumplimiento de las citadas sentencias se disocia de un sistema de coerción para hacer efectiva la obligación de resultado que emana del fallo, en todo caso, por la naturaleza subsidiaria que irradia los dos sistemas regionales y los principios generales del Derecho internacional en el que han sido fundados.

No obstante, como se ha explicado, la buena fe no se entiende solo en el ámbito de cumplimiento de las obligaciones que emanan de una sentencia condenatoria; sino también respecto a las obligaciones primarias asumidas con los textos convencionales y de la jurisprudencia de ambos tribunales. En ese sentido, las modificaciones legislativas, en el sentido primario de las obligaciones que derivan del artículo 2 de la CADH y las que surgen de la disposición primera del CEDH en relación con cada derecho; se comprenden también dentro del ámbito de autonomía del Estado regida por el principio *pacta sunt servanda*. Así se asume que la obligación primaria de adoptar medidas legislativas para garantizar los derechos convencionales, cuando tales no estuviesen ya reconocidos en el Derecho interno (art.2 CADH), implicaría un acto voluntario de revisar constantemente la legislación interna con miras a concretar el mandato de garantía asumido con la CADH e impedir la aplicación de leyes contrarias al objeto y fin del tratado¹⁰⁸⁶. Esta idea podría verse reflejada en las modificaciones legislativas posteriores al asunto *Genie Lacayo*.

Como cabe recordar, en el caso *Genie Lacayo* el fuero especial militar no llegó a ser declarado incompatible con la CADH, por lo que el Estado de Nicaragua no se vio exigido a adecuar su Derecho interno con la CADH; básicamente porque la legislación impugnada no fue enjuiciada ni declarada incompatible en el caso concreto, no obstante, tal postura implícitamente cambiaría en

¹⁰⁸⁶ Adoptando la idea sostenida sobre el efecto armonizador de los ordenamientos jurídicos internos de las obligaciones primeras de la CADH y el CEDH, de las que se deducen fines preventivos respecto al marco sustantivo protegido. Sobre este tema y en relación al Convenio Europeo véase a MORENILLA RODRÍGUEZ, J.M., "Naturaleza del...", op.cit. p. 90 y ss.

virtud de los nuevos lineamientos jurisprudenciales sostenidos más tarde por la Corte IDH, en los que sí llegó a declarar la contrariedad del fuero especial de militares para los delitos comunes. En efecto, la CSJ ya había estimado las contrariedades de la normativa con la corriente moderna sobre la justicia castrense¹⁰⁸⁷ y explícitamente planteaba la necesidad de modificar la legislación procesal militar aun cuando ésta no había sido objeto de declaración de incompatibilidad. Así, sin mediar sentencia condenatoria sobre este aspecto, el Estado de Nicaragua adoptaría una serie de modificaciones legislativas para “modernizar” las citadas leyes y ajustar, aunque sin citarlo a los nuevos parámetros sobre la materia. Así, se aprobó la Ley No. 181 “Código de Organización, Jurisdicción y Previsión Social Militar, de 23 de agosto de 1994¹⁰⁸⁸, también se aprobaron las reformas constitucionales de 1995, para adicionar como garantía mínima del debido proceso, el derecho a ser juzgado sin dilaciones por tribunal competente establecido por la ley; derogando con ello el “fuero atractivo” y estableciendo la prohibición a ser sustraído del juez competente y llevado a una jurisdicción de excepción. Sin embargo, fue con la aprobación de la Ley No. 566 “Código Penal Militar” del 22 de noviembre de 2005, y la Ley No. 617 “Código de Procedimiento Penal Militar” del 18 de abril de 2007, que se derogaron los Decretos 591 y 600 recurridos ante la Corte IDH. Así, el Estado de Nicaragua armonizó su legislación militar y Constitución Política a los nuevos estándares de protección de derechos humanos, sin que ello hubiese sido requerido en la sentencia *Genie Lacayo*.

3.2 La debilidad de los mecanismos de supervisión de las sentencias europeas e interamericanas

A diferencia del TEDH la Corte IDH tiene a cargo la supervisión del cumplimiento de sus sentencias, no sin polémica, ante la falta de un mandato expreso de la Convención Americana sobre tales

¹⁰⁸⁷ En la sentencia del 20 de diciembre de 1993, la CSJ declaró que “aunque no le agrada la ley aplicable al caso de autos, porque, a su juicio, no responde a las nuevas corrientes y doctrinas sobre la materia, ni a su propio pensamiento, pues considera que los militares deben ser juzgados por la justicia ordinaria cuando estén involucrados en hechos calificados por la ley como delitos o faltas comunes, debiendo reservarse únicamente a la jurisdicción castrense el conocimiento de los que no rebasen el ámbito estrictamente militar(...) [s]in embargo y muy a su pesar, esa ley que juzga inapropiada es la que debe aplicar al caso sub-judice, le guste o no le guste - *dura es la ley, pero es la ley*(...)”. Y agregó que debía aplicar la legislación vigente (principio de legalidad), pero sugirió a la Asamblea Nacional que reformase, o dictase una ley “nueva y mejor”.

¹⁰⁸⁸ Con esta ley se creó una competencia exclusiva de la jurisdicción militar para delitos y faltas militares cometidos por miembros del ejército, y comisionando la competencia de los delitos comunes cometidos por militares a la justicia ordinaria (art. 42).

atribuciones¹⁰⁸⁹. Es así, que tal circunstancia ha llevado a la Corte Interamericana a interpretar su función de supervisar sus propias sentencias con fundamento en el artículo 65 de la Convención Americana¹⁰⁹⁰ y de sus *travaux préparatoires*¹⁰⁹¹. Si bien no existe una delegación expresa en la CADH para que la Corte IDH ejerza tal supervisión, en el mismo sentido del 46.2 del CEDH, ésta ha comprendido que su competencia para supervisar el cumplimiento de sus decisiones se basa en los artículos 33¹⁰⁹², 62.1¹⁰⁹³, 62.3¹⁰⁹⁴ y 65 de la Convención Americana y 30 del Estatuto de la Corte IDH¹⁰⁹⁵, en conexión con lo que dispone el artículo 31.1¹⁰⁹⁶ de la Convención de Viena¹⁰⁹⁷. Por otra parte, realiza una interpretación amplia del artículo 65 para estimar que la voluntad de los Estados expresada en dicho artículo “fue otorgar a la misma Corte la facultad de supervisar el cumplimiento de sus decisiones, y que fuera el Tribunal el encargado de poner en conocimiento de la Asamblea General de la OEA, a través de su Informe Anual, los casos en los cuales se diera un

¹⁰⁸⁹ En efecto, en ocasión del caso *Baena Ricardo y otros* el Estado de Panamá cuestionó la función supervisora de la Corte al considerarla una etapa ‘post-adjudicativa’ que no se encuentra en la esfera judicial que le corresponde, sino estrictamente en la política que es exclusiva de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. El Estado cuestionó así tal materia estaba fuera del ámbito competencial de la Corte, del que no se hacía referencia incluso en el Estatuto. Véase en Corte IDH, *Baena Ricardo y otros vs. Panamá* (Competencia), sentencia de 28 de noviembre de 2003. párr.54. Vid. BURGORGUE-LARSEN, L, UBEDA DE TÓRRES, A., *Las decisiones básicas...*, op.cit. p. 41.

¹⁰⁹⁰ Que se limita a establecer que “La Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada período ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos”.

¹⁰⁹¹ El Proyecto de Convención preparado por la CIDH Humanos no establecía una disposición similar al actual artículo 65. Sin embargo, la Comisión II, creada en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos de 1969, propuso el texto del actual artículo 65 de la Convención Americana. En el Informe sobre “Órganos de la Protección y Disposiciones Generales” de 21 de noviembre de 1969 en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, la Comisión II indicó en su quinta sesión, celebrada el 17 de noviembre de 1969, que “las delegaciones expresaron su opinión de que se dotara a la Corte de una competencia amplia que le permitiera ser el instrumento eficaz para la protección jurisdiccional de los derechos humanos”. En el mencionado informe, la Comisión II se refirió al entonces proyecto del actual artículo 65 en los siguientes términos: “El artículo 65, que es una disposición nueva, establece que la Corte someterá un informe a la Asamblea General de la Organización, lo cual está contemplado en el Artículo 52 de la Carta de la Organización, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.” Pero, además, el artículo dispone el importante concepto de que la Corte debe señalar los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos, con las recomendaciones pertinentes de la Corte [...]”. Corte IDH, *Baena Ricardo y otros vs. Panamá* (Competencia), sentencia de 28 de noviembre de 2003. párr. 89.

¹⁰⁹² Que establece la competencia de la Corte IDH para “conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención”.

¹⁰⁹³ Con base en el que se regula la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte IDH que hacen los Estados partes de la CADH.

¹⁰⁹⁴ Por el que se reconoce la competencia de la Corte IDH “para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de [la] Convención que le sea sometido...”

¹⁰⁹⁵ En el mismo sentido del 65 de la CADH, establece: “La Corte someterá a la Asamblea General de la OEA, en cada período ordinario de sesiones, un informe de su labor en el año anterior. Señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos. Podrá también someter a la Asamblea General de la OEA proposiciones o recomendaciones para el mejoramiento del Sistema Interamericano de derechos humanos, en lo relacionado con el trabajo de la Corte”.

¹⁰⁹⁶ Que establece que “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

¹⁰⁹⁷ *Baena Ricardo y otros vs. Panamá* (Competencia), párr.84.

incumplimiento de las decisiones de la Corte, porque no es posible dar aplicación al artículo 65 de la Convención sin que el Tribunal supervise la observancia de sus decisiones”¹⁰⁹⁸.

La vigilancia del cumplimiento ante la Corte IDH sigue el procedimiento contemplado en el artículo 69 de su Reglamento, que señala que la supervisión de las sentencias y demás decisiones de la Corte se realizará mediante la presentación de informes estatales y de las correspondientes observaciones a dichos informes por parte de las víctimas o sus representantes. La CIDH, por su parte, presenta las observaciones a los informes presentados por el Estado y las víctimas o sus representantes (art. 69.1 de CADH). De tal modo que la Corte IDH puede requerir de otras fuentes de información como peritajes e informes, para apreciar el cumplimiento de sus fallos. Con ese propósito, convoca al Estado y a los representantes de las víctimas a una audiencia y supervisar el cumplimiento de sus decisiones. Cuando se cuenta con la información pertinente emitirá una resolución sobre el estado de cumplimiento de la sentencia (art. 69.2.3 y 4 Reglamento de la Corte IDH)¹⁰⁹⁹.

En ese sentido, la reglamentación del supervisión del cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana no contemplan que los órganos políticos de la OEA, la Asamblea General de la OEA o el Consejo Permanente, desempeñen una función semejante a la del Comité de Ministros en el Sistema Europeo¹¹⁰⁰; que es el órgano ejecutivo y político del Consejo de Europa que tiene a

¹⁰⁹⁸ En ese mismo orden, fundamentó su facultad de supervisión y el procedimiento adoptado para ello, en la práctica constante y uniforme de la Corte IDH y en la resultante *opinio juris communis* de los Estados partes en la Convención, respecto de los cuales la Corte ha emitido diversas resoluciones sobre cumplimiento de sentencia, y han mostrado una actitud generalizada y reiterada de aceptación de la función supervisora de la Corte. Corte IDH, *Baena Ricardo y otros vs. Panamá* (Competencia), sentencia de 28 de noviembre de 2003. párr. 90.

¹⁰⁹⁹ Con base a la información suministrada por las partes, la Corte Interamericana adopta resoluciones sobre el cumplimiento de sus sentencias, en las determina cuáles aspectos de su sentencia han sido cumplidos y cuáles están aún pendientes de cumplimiento. La supervisión concluye hasta que la sentencia ha sido cumplida en todos sus extremos y la Corte así lo declara mediante una resolución que ordena archivar el caso. AYALA CORAO, C.M. “La ejecución de las...”, op.cit. p. 143.

¹¹⁰⁰ Corte IDH, *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, párr. 88. Esta laguna existente en la Convención ha dado lugar a propuestas de reformas a la misma, es así que el ex presidente de la Corte, Caçado Trindade, en el marco del diálogo que se seguía en la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la OEA, sobre el fortalecimiento del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos, presentó la propuesta de “El Protocolo de Reformas a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para Fortalecer su Mecanismo de Protección”. Corte IDH, “Informe: Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para Fortalecer su Mecanismo de Protección”, en Memoria del Seminario: *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*, Tomo II, San José, C.R., 2 ed. 2003, pp. 3-72. Otras propuestas de reformas del mecanismo de supervisión de cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH han surgido de algunos Estados y propuestas de trabajos conjuntos de organismos no gubernamentales. Véase en CORASANITI Vittorio, “Implementación de las sentencias...”, op.cit. p. 16 y ss.

cargo la supervisión de la ejecución de las sentencias del TEDH¹¹⁰¹. La parca redacción del artículo 65 de la CADH en comparación al 46.2 del CEDH, permite inferir que la supervisión es cuestión de la propia Corte IDH y de la Asamblea General de la OEA por remisión de aquella; en otras palabras, por un sistema de supervisión judicial y de control colectivo “por parte de la máxima autoridad de la OEA: la Asamblea General”; que se representa el sistema colectivo de protección sobre el que yace la Convención Americana¹¹⁰².

En todo caso es claro que el marco normativo convencional no contempla un control del cumplimiento de las sentencias de consecuencias sancionadoras y coercitivas, de modo que si un Estado decide no cumplir con la sentencia, la única vía recurrible sería que la Corte IDH solicite a la Asamblea General que exhorte al referido Estado para que informe del cumplimiento del fallo, tal y como ocurriera en el caso *Hilaire Benjamin Constantine y otros vs. Trinidad y Tobago*¹¹⁰³. Empero, dado que en la práctica basta con que el Estado señalado de incumplir una sentencia de la Corte IDH se oponga a que se le exhorte a informar sobre el incumplimiento de una sentencia, para que no se haga tal exhorto en la resolución que aprueba la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos; y, consecuentemente, en la que aprueba el Consejo Permanente y la Asamblea General¹¹⁰⁴. Este procedimiento de la OEA impide que los incumplimientos de los Estados sean conocidos y, menos deliberados, por la Asamblea General, tal y como posteriormente ocurrió con el caso *Hilarie, Constantine, Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*¹¹⁰⁵.

Por el contrario, en el Sistema Europeo el procedimiento frente a la circunstancia del incumplimiento de una sentencia del TEDH parece estar más orientados al seguimiento del propio Tribunal Europeo por remisión del Comité de Ministros. En efecto, cuando un Estado decide no

¹¹⁰¹ Bajo un procedimiento contradictorio, a base de informes y reuniones entre las partes, y el Plan de Acción presentado por el Estado.

¹¹⁰² AYALA CORAO, C.M. “La ejecución de las...”, op.cit. p. 131.

¹¹⁰³ En dicho caso la Corte IDH instó a la Asamblea General de la OEA para que exhortara al Estado de Trinidad y Tobago para que informara al Tribunal sobre las medidas adoptadas para dar cumplimiento con la sentencia, por cuanto se había negado a cumplido con su deber de informar a la Corte sobre las medidas adoptadas para cumplir con lo ordenado en la sentencia sobre el fondo y reparaciones. Corte IDH. *Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2003, p. 45.

¹¹⁰⁴ El informe anual de la Corte IDH es primeramente enviado al Consejo Permanente de la OEA, de conformidad con el artículo 91.f) de la Carta de la OEA, quien a su vez lo envía a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos para que formule las observaciones y recomendaciones que estimare pertinentes y adopte una resolución al respecto. En la práctica la resolución que adopta la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos es la misma que conoce y aprueba el Consejo y la Asamblea General.

¹¹⁰⁵ VENTURA ROBLES, M., “La Supervisión del Cumplimiento de las Sentencias en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos”, Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, XXIX Congreso, Granada, España 11- 6 de septiembre de 2006 (paper).

cumplir con la sentencia el Comité de Ministros se ve habilitado, primero, para notificar formalmente al Estado concernido sobre el incumplimiento del fallo y, segundo, por remitir al Tribunal Europeo la cuestión de si ese Estado ha incumplido su obligación en virtud del párrafo 1 del artículo 46 del Convenio Europeo¹¹⁰⁶. Esta última condición opera en situaciones excepcionales de negación manifiesta del Estado concernido, las que deberán ir contenidas en la resolución interina de remisión al TEDH que aprueba el Comité de Ministros. En ambos casos, interamericano y europeo, no es claro las consecuencias derivadas de tal procedimiento, como mucho se espera repercusiones políticas o presión diplomática sobre el Estado infractor dentro de la OEA¹¹⁰⁷ y Consejo de Europa respectivamente.

Algunas conclusiones se pueden extraer de las normas complementarias del Estatuto del Consejo de Europa sobre aquello. En este particular, el Estatuto faculta al Comité de Ministros, como órgano ejecutivo encargado de realizar los fines contenidos en éste, bien, por iniciativa propia, o bien, por recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (art.15.a); para “dejar en suspenso el derecho de representación del Miembro del Consejo de Europa que infrinja gravemente lo dispuesto en el artículo 3 del Estatuto” (art.8 del Estatuto); esto es, el cumplimiento de los principios de “imperio del derecho” y “la garantía de los derechos y libertades fundamentales”. Aunque la Asamblea Parlamentaria no tenga delegación específica sobre el control del cumplimiento del CEDH en éste, lo cierto es que en la práctica ejerce una mayor presión sobre los parlamentos nacionales en relación a la situación de los derechos humanos en los Estados miembros, haciendo énfasis en el cumplimiento de las sentencias del TEDH¹¹⁰⁸. Otra lectura, a modo de supervisión complementaria del cumplimiento de las obligaciones asumidas

¹¹⁰⁶ De acuerdo con la letra del artículo 46.4 del CEDH y disposición 11 del Reglamento del Comité de Ministros. En efecto, según el juez LINOS-ALEXANDRE SICILIANOS, desde el 2004 el TEDH ha seguido el proceso judicializado de supervisión de la ejecución de sus sentencias, y con la aprobación de del Comité de Ministros, en la última década ha emitido unas 150 sentencias en referencia al artículo 46 del Convenio Europeo, es decir, en relación con el proceso de ejecución. Entre las que abarcan sentencias emanadas de la Gran Sala, bajo los llamados *pilot* o *semi- pilot judgment*, pero también sobre sentencias ‘ordinarias’ que indican medidas de ejecución que se basan expresamente en el artículo 46. Vid. LINOS-ALEXANDRE SICILIANOS., “From the point of view of the Court: its role in the implementation of its judgments, powers and limits”. En: *Dialogue between judges. Proceeding of the Seminar ‘Implementation of the judgments of the European Court of Human Rights: a shared judicial responsibility?’* (Strasbourg, 31 January 2014), European Court of Human Rights, 2014. p. 19.

¹¹⁰⁷ No sin tomar en cuenta que desde el 2014 es práctica habitual de la Corte IDH no hacer referencia al artículo 65 de la CADH, en casos de manifiesto incumplimiento de sus sentencias, haciendo ejercicio del sistema de garantía colectiva sobre el que se basa la CADH, de modo que se ha dejado de discutir el asunto dentro de los órganos competentes de la OEA. Sobre esto véase a CANÇADO TRINDADE, A.A., “Compliance with judgments...”, op.cit. pp. 14 y 15.

¹¹⁰⁸ De acuerdo con RIPOL CARULLA, la Asamblea Parlamentaria ha llegado a recomendar al Comité de Ministros volver a examinar el cumplimiento de una sentencia supuestamente ejecutada (*Belgian linguistic case* de 1968) y la aplicación de los artículos 8 y 9 del Estatuto del Consejo de Europa (Asamblea Parlamentaria, 21 de septiembre de 1999, Respuesta del Comité de Ministros AS)1999) CR 27 Addendum 1. Vid. RIPOL CARULLA, S., *El Sistema Europeo...*, op.cit. pp. 113-114.

con el CEDH, la ofrece el artículo 52 del CEDH, que autoriza del Secretario General del Consejo de Europa para requerir a toda Alta Parte Contratante suministrar las explicaciones pertinentes sobre la manera en que su Derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualquiera de las disposiciones de este Convenio.

En el ámbito interamericano la práctica seguida desde los ajustes realizados a los procedimientos de la Carta de la OEA en los años noventa, sugiere que la presentación de los informes con base en el artículo 65 no conducen siquiera a la sanción política; puesto que el Consejo Permanente de la OEA lo que hace finalmente es proponer a la Asamblea General la adopción de una resolución ya consensuada sobre el informe de la Corte, no estableciéndose debate alguno sobre el contenido mismo de éste ni mucho menos sobre el estado de cumplimiento de las sentencias por parte de los Estados¹¹⁰⁹. En pocas ocasiones, la Asamblea General ha usado su facultad para sancionar Estados que incumplan las decisiones de los órganos interamericanos, especialmente de la CIDH. El mejor ejemplo que ilustra tal circunstancia puede verse reflejado en las sanciones económicas impuestas por la OEA contra Haití en los años noventa, a raíz de la toma de “que la junta militar se tomara el Gobierno y expulsara al presidente democráticamente electo Jean-Bertrand Aristide”¹¹¹⁰.

En el mejor escenario posible de la operatividad de aquellas disposiciones, los tribunales regionales se ven imposibilitados de obligar coercitivamente a un Estado a cumplir una sentencia condenatoria; pues ambos subyacen en un sistema subsidiario cimentado en los principios de la Convención de Viena, buena fe (*pacta sunt servanda*); que, como ha quedado explicado, aplica también a la etapa de cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana (art. 67 y 68.1 CADH)¹¹¹¹. Lo que no exime a los Estados para excusarse en dificultades de orden interno para no

¹¹⁰⁹ La breve intervención del Presidente de la Corte IDH solo le permite llamar la atención de los Estados sobre algunos asuntos más relevantes tanto de la situación de los derechos humanos en el continente como del funcionamiento de los organismos interamericanos, sin que se abra un debate sobre los informes presentados. Así, el rol de la Asamblea General como mecanismo de protección colectiva de los derechos humanos en el Sistema Interamericano se ve mermado. AYALA CORAO, C.M. “La ejecución de las...”, op.cit. p. 131. Y por otra parte, desvirtuando las previsiones del artículo 65 de la CADH, que según BUERGENTHAL, su alcance permite a la Corte IDH llamar la atención de la Asamblea General sobre el descuido de las obligaciones de un Estado con el incumplimiento de la sentencia y para hacer las recomendaciones apropiadas por el incumplimiento continuo. BUERGENTHAL, Thomas., Op.cit. p. 187.

¹¹¹⁰ Véase en el Informe de la CIDH sobre situación de derechos humanos en Haití, (OEA/Ser.L./V/II.88, doc. 10 rev. 1995.). Vid. RODRÍGUEZ GARAVITO, César, et.al., “De las órdenes a la práctica: análisis y estrategias para el cumplimiento de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos”, en AA.VV. *Desafíos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Nuevos tiempos, viejos retos*. Colección Dejusticia, Bogotá, 2015. pp. 276-316.

¹¹¹¹ Corte IDH, *Baena Ricardo y Otros vs. Panamá*, párr. 66.

cumplir con sus compromisos internacionales contraídas en materia de derechos humanos, inclusive con el fiel cumplimiento a las decisiones de la Corte Interamericana.

3.2.1 La falta de mecanismos de ejecución forzosa ante el incumplimiento de las sentencias

De conformidad con el artículo 46.1 del Convenio Europeo y 68.1 de la Convención Americana los Estados partes solo se comprometen a acatar las sentencias de los casos en que son partes, bajo los mecanismos procesales internos que hayan previsto para tal fin. En el ámbito de las modificaciones legislativas sobrevenidas a las declaraciones de incompatibilidad normativa, el análisis del cumplimiento, que no ejecución, se dirige más respecto al sentido estimatorio de aquella declaración frente al Derecho examinado. Por tanto, el cumplimiento se restringe a la actividad legislativa de los parlamentos nacionales, bajo los procesos de formación de la ley y las iniciativas legislativas establecidas en el Derecho de cada Estado, pero también en el ámbito de las actuaciones de los órganos públicos para inaplicar la legislación inconvencional, en caso de que el proceso de reforma legal tarde en efectuarse o bien si el mismo no logra su cometido, bajo el control de convencionalidad recaído en las autoridades nacionales. La apreciación interna de los Estados sobre este extremo de la sentencia se considera en un doble sentido: reparador y preventivo de futuras violaciones.

Cuando un Estado se ve exigido a modificar su legislación, como ocurriese en el caso *Yatama vs. Nicaragua*, desde un punto de vista procesal la medida de reparación propone la activación del cauce legal existente para concretar las enmiendas recaídas sobre las disposiciones constitucionales¹¹¹². El resultado esperado de la obligación afirmativa es la interrupción de los efectos de las normas declaradas incompatibles y la consecuente armonización de la legislación impugnada con la CADH, al tenor de la obligación primaria del artículo 2 no inobservada *ab initio*. Ante todo ello, ciertamente, la voluntad de las autoridades nacionales condiciona la ejecución del fallo, que desde el punto de vista de los principios de buena fe su incumplimiento no debería verse

¹¹¹² Según el artículo 191 CN la facultad para reformar parcialmente la Constitución corresponde a la Asamblea Nacional, en atención a la iniciativa del Presidente de la República o la que proceda de un tercio de los Diputados de la Asamblea Nacional. “La aprobación de la reforma parcial requerirá del voto favorable del sesenta por ciento de los Diputados” (194 CN).

justificado por el Derecho interno ni circunstancias externas, como la situación política interna que vuelva imposible la concreción de los mandatos derivados del fallo¹¹¹³.

En el caso particular de *Yatama* se ha verificado el incumplimiento de aquellos principios respecto a las normas sustantivas y adjetivas de la CADH, así como la inobservancia *ab initio* del Estado sobre la obligación primaria de no expedir leyes contrarias al objeto y fin de la Convención Americana y de la obligación de resultado emanada de la sentencia condenatoria no satisfecha, esto es, modificar la normas incompatibles. Y, más recientemente, por inobservancia de la obligación de informar sobre las medidas adoptadas para cumplir con el fallo en el proceso de supervisión¹¹¹⁴; que la Corte IDH ha comprendido como “un frontal desconocimiento a las obligaciones emanadas de la Sentencia dictada por el Tribunal y a los compromisos convencionales del Estado Parte”; lo que en los términos reparadores expresados ha impedido el resarcimiento de las violaciones a los derechos humanos declaradas, despojando con ello del “efecto útil de la Convención en el caso concreto”¹¹¹⁵.

En efecto, a diez años de la sentencia *Yatama* las enmiendas constitucionales siguen pendientes de ser cumplidas, pese a las dos reformas constitucionales que tuvieron lugar en el 2012 y 2014. En la reforma a la Ley Electoral aprobada por la Asamblea Nacional en el 2012¹¹¹⁶, la modificación de las disposiciones declaradas inconvenientes se mantuvo al margen de la discusión parlamentaria¹¹¹⁷, como también ocurriría en la reforma parcial a la Constitución Política aprobada

¹¹¹³ En tal escenario las autoridades nicaragüenses argumentaron la imposibilidad de “cambiar las reglas del juego” – modificar la Ley Electoral y la CN –, pues las reformas exigían en su momento el 60% de los votos de los diputados de la Asamblea Nacional, lo que condicionaba tal operación a un consenso de las bancadas mayoritarias, imposible en aquel momento. Corte IDH, *Yatama vs. Nicaragua* (Fondo), párr.257. Empero, esta circunstancia cambiaría en el año 2011, después que el partido de gobierno (Frente Sandinista de Liberación Nacional) obtuviese la mayoría absoluta en la Asamblea Nacional que le permitía realizar tales reformas sin necesidad de consenso con otras bancadas.

¹¹¹⁴ Es así, que en la última resolución sobre la supervisión del cumplimiento de la sentencia, la Corte IDH recodase al Estado de Nicaragua que desde el 6 de diciembre de 2008 no ha presentado las observaciones sobre las medidas adoptadas para cumplir con la sentencia, ni ha acudido a las audiencias privadas, pese a las múltiples prórrogas concedidas por el tribunal. Corte IDH, *Yatama vs. Nicaragua*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 22 de agosto de 2013. Considerandos 9-19.

¹¹¹⁵ Corte IDH, *Yatama vs. Nicaragua*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 22 de agosto de 2013. Considerando 15.

¹¹¹⁶ Recogida en la Ley No. 790, aprobada el 15 de mayo de 2012 y publicada en la Gaceta No. 95 del 23 de Mayo de 2012.

¹¹¹⁷ Pese a que tal circunstancia fue mencionada por el representante de YATAMA. Véase las intervenciones del diputado Brooklyn Rivera Bryan en la discusión de las reformas a la Ley Electoral (2000), realizado en el Sesión Ordinario No.2 de la Asamblea Nacional, del 2 de mayo de 2012(Vigésima octava legislatura). Disponible en la página Web de la Asamblea Nacional www.asamblea.gob.ni

en el 2014¹¹¹⁸; en la que se evitó discutir y, en consecuencia, derogar el cuestionado artículo 173 *in fine* constitucional.

Aunque las reformas electorales aprobadas en el 2012 abordaron diversos aspectos relacionados a la participación política, ninguno introdujo cambios sustanciales respecto al marco legal impugnado y, por el contrario, solo derogaron los artículos 65.9 y 77.7 de la Ley Electoral (2000)¹¹¹⁹; que con anterioridad habían sido declarados inconstitucionales en la sentencia No.103 de la CSJ, de 8 de noviembre de 2002¹¹²⁰ y de la que ya había tomado nota la Corte IDH¹¹²¹. A *contrario sensu* no se suprimió el párrafo segundo del artículo 82 de la Ley Electoral (2000), declarado incompatible con la CADH¹¹²². En esos términos, las reformas constitucionales solo derogaron los preceptos declarados inconstitucionales por la CSJ, pero no los declarados “inconvenientes” por la Corte IDH.

La situación de Nicaragua no es un hecho aislado y se ubica en una situación más generalizada de desacato de los Estados frente a las sentencias condenatorias de la Corte IDH, aunque no de todo su contenido¹¹²³; ante lo cual se ha visto impedida de ejercer una mayor presión sobre los Estados bajo la dinámica del mecanismo de supervisión antes explicado¹¹²⁴. Quizá por ello o por la

¹¹¹⁸ Véase la Ley No. 854 Ley de Reforma Parcial a la Constitución Política de la República de Nicaragua publicada en la Gaceta Diario Oficial No.26, el 10 de Febrero de 2014.

¹¹¹⁹ Su derogación se considera como el único aspecto positivo de cara al cumplimiento del fallo interamericano, pero deja invariable la situación continuada de violación respecto a las demás normas “inconvenientes” no derogadas.

¹¹²⁰ Así fue planteado en la exposición de motivos de la iniciativa de reforma a la Ley Electoral (2000) presentado por el Presidente de la República. Disponible en la página Web de la Asamblea Nacional www.asamblea.gob.ni

¹¹²¹ Corte IDH, *Yatama vs. Nicaragua* (Fondo), párr.213.

¹¹²² Lo cierto es que la nueva disposición dejó intacto el texto anterior del artículo 82 y solo adicionó el deber de los partidos políticos y alianzas de “presentar en sus listas de candidatos un cincuenta por ciento de hombres y un cincuenta por ciento de mujeres ordenados de forma equitativa y presentada de manera alterna” en las elecciones municipales, de diputados y diputadas de la Asamblea Nacional y el Parlamento Centroamericano.

¹¹²³ En un estudio realizado por el Ministerio Público Fiscal de la ciudad de Buenos Aires en colaboración con la Corte IDH, se encontró que en 155 casos estudiados hasta 2013, en los que la Corte IDH había declarado la violación de al menos un derecho de la CADH, en 68 de ellos, es decir el 44%, se declaró violación al artículo 2 de la CADH, precedido de un examen de la legislación interna estimada incompatible y que como resultado en su mayoría derivó en requerimientos de modificaciones legislativas. Véase en Ministerio Público Fiscal, *Diálogos: El impacto del Sistema Interamericano en el ordenamiento interno de los Estados*, 1ra. Edición, Eudeba, Buenos Aires, 2013, pp. 44 y 45. En términos más globales, hasta el 2014 la Corte IDH finalizó con 158 casos contenciosos en etapa de supervisión de cumplimiento de sentencia – no concluidos –, de un total de 216 casos resueltos hasta ese año; aunque sin precisar cuántas medidas legislativas establecidas como reparación quedaban por cumplir. Corte IDH, Informe Anual 2014.

¹¹²⁴ Situación que se ha visto exacerbada por la práctica actual de la Corte IDH de no discutir el incumplimiento de las sentencias dentro de los órganos competentes de la OEA, con el sentido de evitar enfrentamientos “indeseables” con los Estados demandados y de alentarlos persuasivamente hacia el cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH. De ahí que en la actualidad la Corte IDH adopta resoluciones sucesivas de la supervisión de cumplimiento de sentencias Corte IDH, tomando nota de las medidas adoptadas por los Estados interesados y da por cerrados parcialmente los casos, con

imposibilidad de que la Corte IDH pueda obtener la inaplicación de una norma declarada inconvencional, como ha sostenido BURGORGUE-LARSEN, ésta ha impuesto a las autoridades nacionales la obligación de ejercer un control de convencionalidad para inaplicar normas contrarias al objeto y fin de la Convención Americana; como una extensión de sus facultades para enjuiciar el Derecho interno bajo el parámetro de compatibilidad con la CADH¹¹²⁵.

En el Sistema Europeo, según se ha visto, la adopción de las medidas legislativas ilustran un ejemplo claro de la aplicación efectiva del principio de buena fe en la libertad de medios de los Estados, primero, para identificar si alguna medida general puede tener lugar a partir de las apreciaciones generales del TEDH, y sí tal merece su concreción, de ser así, por medio de una modificación legal. Aunque cierto es que del escrutinio el Estado puede llegar a la conclusión contraria sobre la necesidad de adoptar medidas generales sobre la cuestión planteada como, por ejemplo, ocurriese en el caso *Ruíz Mateos*. En efecto, en dicho caso Estado español consideró que ante la violación constatada por el TEDH sobre la igualdad de armas y ser oído en un plazo razonable (art.6.1CEDH), surgida del hecho de que a los demandantes no se les permitió participar en el proceso de cuestión de inconstitucionalidad ante el TC, no era necesario reformar la Ley Orgánica del TC; pues el caso constituía un hecho aislado que no volvería a ocurrir. Y en caso de que nuevamente se presentara una situación similar, el TC aplicaría los criterios sostenidos en la sentencia¹¹²⁶. Sin embargo, más de una década después, el 25 de noviembre de 2005, el gobierno español sostendría la necesidad de reformar la LOTC y, en particular, facilitar la personación de las partes litigantes en los procesos de inconstitucionalidad ante el TC “siguiendo las directrices de la sentencia de 23 de junio de 1993” del caso *Ruíz Mateos*, según se lee de la exposición de motivos del Proyecto de Ley (BOCG. Congreso de los Diputados Núm. A-60-1 de 25/11/2005 de la VIII Legislatura) presentado por el Gobierno¹¹²⁷, que dos años más tarde culminaría con la aprobación de la reforma presentada, entre otros, sobre la cuestión aludida, como una concreción tardía de aquel mandato implícito contenido en el fallo¹¹²⁸.

respecto a la medida (s) tomada, para evitar las discusiones sobre el asunto dentro de la OE. Vid. CANÇADO TRINDADE, A.A., “Compliance with judgments...”, op.cit. p. 15.

¹¹²⁵ BURGORGUE-LARSEN, L. “La Corte Interamericana...op.cit. p. 12.

¹¹²⁶ Ante lo cual el Comité de Ministros no pareció ofrecer objeción y dio por buena las medidas adoptadas por el gobierno español. Véase en Resolución DH (94) 27, de 21 de marzo de 1994.

¹¹²⁷ RIPOL CARULLA, S., *El Sistema Europeo...*, op.cit. pp. 121-122.

¹¹²⁸ En efecto, en la exposición de motivos de la Ley se recoge nuevamente los criterios de la sentencia *Ruíz Mateos* para fundamentar las reformas aprobadas. Según se lee: “La ley intensifica el papel de las partes litigantes del proceso judicial en el que se plantea una cuestión de inconstitucionalidad, ya que no solo se les permite realizar alegaciones sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, sino que también se permiten alegaciones sobre el fondo de

Del mismo modo, el proceso de supervisión de la ejecución de las sentencias de los asuntos *García Manibardo y Díaz Ochoa*, el Comité de Ministros invitó a las autoridades españolas para que examinase las medidas generales que pudiesen tener lugar en el asunto planteado. En ese contexto, el Estado informó que de ambas sentencias no se desprendía ninguna medida legislativa necesaria de ser adoptada como garantía de no repetición, por tratarse de interpretaciones restrictivas de las normas procesales internas que resultaron ser contrarias al artículo 6.1 del Convenio Europeo, lo cual podía ser subsanado en la práctica judicial. La prudencia del gobierno español sobre tales aspectos parecieron ajustarse a los lineamientos de los argumentos del TEDH y el Comité de Ministros resolvió dando por satisfecho el proceso, concluyendo la supervisión de las sentencias de conformidad con el artículo 46, párrafo 2, del CEDH¹¹²⁹.

Sin embargo, en casos donde un Estado se ha negado a ejecutar un fallo el Comité de Ministros puede llegar a ejercer una mayor presión política y expresar su rechazo sobre la inacción del Estado al respecto. En ocasión de la supervisión de la citada sentencia *Loizidou vs. Turquía*, el Comité de Ministros condenó que Turquía no hubiese cumplido con las obligaciones derivadas de la sentencia y le instó insistentemente a que asumiera la obligación respecto a la satisfacción equitativa, haciendo notar la buena fe y la ausencia de condiciones para cumplir con sus obligaciones en el caso concreto y en general con el Convenio Europeo¹¹³⁰. En ocasión de la supervisión de las sentencias del TEDH contra Italia, sobre violaciones al derecho a un juicio justo y a un plazo razonable, el Comité de Ministros apeló al compromiso político de las autoridades italianas para cumplir con las obligaciones bajo el CEDH y las emanadas del fallo, y fue más allá para establecer ciertas directrices para que se creara “una política nacional efectiva” para lograr una solución integral al problema estructural en el sistema jurídico italiano, que continuaba dando lugar a la presentación de casos repetitivos¹¹³¹.

la cuestión. Al tiempo, se introduce la posibilidad de personación de los litigantes del proceso judicial ante el Tribunal Constitucional en los 15 días siguientes a la publicación en el BOE de la admisión a trámite de las cuestiones de inconstitucionalidad, para permitir la contradicción en este procedimiento de constitucionalidad, siguiendo en esto las directrices contenidas en la Sentencia de 23 de junio de 1993, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. Véase en la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. BOE. no. 125, de 25 de mayo de 2007.

¹¹²⁹ Resolución DH (2000) 152, de 18 Diciembre de 2000 y Resolución DH (2011) 267, de 2 de diciembre de 2011.

¹¹³⁰ Resolución DH (2000) 105, de 24 de julio de 2000 y la Resolución interina DH (99) 680 de 06 de octubre de 1999. Sin embargo, más tarde el Comité de Ministros llegaría a establecer un plazo de una semana a Turquía para que pagara la suma de dinero en concepto de satisfacción a la víctima, resolviendo que ante otro incumplimiento más del Estado adoptaría todas las medidas adecuadas para tal fin. Resolución interina DH (2003) 174, de 12 de noviembre de 2003.

¹¹³¹ “Taking into account Parliamentary Assembly Recommendation 1684 (2004), on the implementation of decisions of the Court, which urges the Committee of Ministers to ensure, without further delay, that the Italian authorities take the

3.2.2 La violación continuada del caso *Yatama*

Como se ha explicado, el incumplimiento de la obligación emanada del fallo *Yatama* se expresa en un contexto de desacato, no solo del contenido reparador sino también de las obligaciones de informar a la Corte IDH sobre las medidas adoptadas; pues como la misma Corte Interamericana ha afirmado en otras ocasiones la obligación convencional de dar cumplimiento a sus sentencias incluye el deber de informar sobre las medidas adoptadas para tal fin¹¹³², elemento indispensable para poder desarrollar su función de supervisión, de lo contrario se vería impedida de pronunciarse sobre el avance o retrocesos en ese sentido¹¹³³.

Cabe ampliar que sobre esto la Corte IDH ha establecido que cuando un Estado responsable no ejecuta las medidas de reparación dispuestas en el fallo, niega el derecho de acceso a la justicia internacional¹¹³⁴; especialmente en situaciones donde la ejecución de tales medidas se vuelve una necesidad imperiosa para evitar la lesión a un derecho no restituible como la vida. Por tanto, si la modificación legislativa no logra ejecutarse, al menos el Estado debe abstenerse de aplicarla¹¹³⁵. En otras circunstancias la falta de cumplimiento puede generar una situación continuada de violación de derechos, si las medidas de reparación orientadas a evitar la repetición de los hechos no logran ejecutarse y continúa aplicándose irrestrictamente.

En efecto, el incumplimiento de la sentencia *Yatama* ha puesto en perspectiva los efectos de la declaración de inconvencionalidad de las normas impugnadas, aun cuando la Corte IDH no llegase a pronunciarse en términos de invalidación de las normas¹¹³⁶; pero además, bajo la doctrina del control de convencionalidad, la incompatibilidad declarada permite deducir una obligación adicional de inaplicar su contenido lesivo para evitar la generación de nuevas violaciones a la CADH y con ello nuevos casos ante el Sistema Interamericano. Sin embargo, ante el

necessary execution measures in respect of all outstanding judgments older than five years and in all cases where individual measures are urgently expected". Resolución DH (2005) 114, de 30 de noviembre de 2005.

¹¹³² Corte IDH, *Barrios Altos vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de septiembre de 2005, considerando tercero.

¹¹³³ Corte IDH, *Yatama vs. Nicaragua*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 22 de agosto de 2013. Considerandos 16-17.

¹¹³⁴ Corte IDH, *Baena Ricardo y otros vs. Panamá* (Competencia), párr.83.

¹¹³⁵ Corte IDH, *Raxcacó Reyes vs. Guatemala* (Fondo), sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr.132.

¹¹³⁶ Como tampoco lo hizo con anterioridad al caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, entre otras, en los casos *Suárez Rosero vs. Ecuador*, *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, *La Última Tentación de Cristo ("Olmedo Bustos y otros") vs. Chile y Barrios Altos vs. Perú*, en los que la Corte IDH, en efecto, hizo una confrontación del Derecho interno y la Convención Americana. Vid. VENTURA ROBLES, M.E., "El Control de Convencionalidad y el impacto de las reparaciones emitidas por la Corte Interamericana De Derechos Humanos", *Revista IBDH*, No. 13, Vol.13, 2013. pp. 201-218.

incumplimiento de las modificaciones legislativas establecidas tampoco se ha impedido la aplicación de las normas declaradas inconvencionales en los sucesivos procesos electorales, una circunstancia que plantea en la actualidad la concurrencia de los elementos constitutivos de una situación continuada de violación de derechos. En términos generales, porque la lesión al derecho a la participación política y al derecho a un recurso efectivo sigue viva, y en consecuencia, produciendo efectos ininterrumpidos en el tiempo que se ha traducido en la aplicación irrestricta de tal normativa en los sucesivos procesos electorales, en los que YATAMA, al igual que otras organizaciones indígenas, han tenido que participar bajos la figura de “partido político”.

4. Los márgenes equivalentes de actuación de las autoridades nacionales a partir de los mandatos de concreción de los textos convencionales

Desde el punto de vista de las obligaciones asumidas por los Estados con el CEDH y la CADH, como desde de la responsabilidad internacional frente a la obligación de resultado con las sentencias en que son partes, y todavía más, en relación a los vínculos jurídicos de cosa interpretada de las sentencias sobre asuntos en que no son partes; se entrevé que la concreción de aquellos postulados no se entienden al margen de la interrelación sustancial de los sistemas normativos involucrados, esto es, los textos convencionales y el Derecho interno de los Estados en el que se integran. Según se ha dicho, la virtualidad práctica de la CADH y el CEDH se refuerza en su sentido normativo y vinculante para los Estados partes que logra su mayor concreción, al menos desde el punto de vista formal, en la incorporación de dichos tratados en el Derecho interno, así como el reconocimiento de aquellos vínculos jurídicos en relación a las demás normas internas. La coexistencia de aquellos cuerpos normativos en la jurisdicción interna plantea a su vez una interrelación o diálogo jurisdiccional de sus máximos intérpretes con él o los intérpretes de los sistemas jurídicos internos.

Si bien se ha hablado del control de convencionalidad que tanto el TEDH y la Corte IDH realizan sobre los actos y normas internas, como una concreción de sus competencia contenciosa frente al incumplimiento de las obligaciones asumidas con el CEDH y la CADH; cabría preguntarse si tal figura podría tener aplicación en la jurisdicción interna de los Estados partes del CEDH, subrayando que la misma es una construcción jurisprudencia desarrollada por la Corte Interamericana para los Estados parte de la CADH, no asumida por el TEDH como una obligación de las autoridades

nacionales en el mismo sentido predicado por la Corte IDH. La previsión de la pluralidad jurídica europea y los diversos mecanismos de recepción del CEDH podrían anticipar experiencias diversas, no obstante, de relevancia comparativa frente a la uniformidad predicada en la jurisprudencia interamericana. En ese sentido, nos hemos propuesto abordar la eventual radicación del control interno de convencionalidad en la práctica interna de España y Nicaragua, a partir del estudio casuístico de la aplicación de la CADH y la jurisprudencia de ambos tribunales en la tutela interna de derechos, especialmente en los que nos ocupa: el control jurisdiccional de las normas internas. De forma particular, y como elemento justificativo, por la extensión de los mandatos de concreción normativa y de comportamiento que imponen los dos textos convencionales.

4.1 El control de convencionalidad como una obligación de las autoridades nacionales

La obligación de todo Estado parte de la CADH de cumplir con sus obligaciones internacionales sobre derechos humanos atiende, también, a la idea de que las autoridades y jueces materialicen aquellos compromisos en el ejercicio de sus funciones, respondiendo de forma coherente y efectiva en situaciones concretas donde los derechos humanos reconocidos puedan verse afectados. En esa lógica, la Corte IDH ha establecido una serie de criterios jurisprudenciales para desentrañar el contenido sustancial de los artículos 1.1 y 2 de la CADH y llevarlos a su máxima bajo la figura del control de convencionalidad que las autoridades internas deben aplicar. Así ha señalado:

“[...] cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que

del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”¹¹³⁷.

Bajo esos términos se transitó de la analogía constitucional de la función judicial de la Corte IDH con el control concentrado de constitucionalidad, a una proyección interna del llamado “control de convencionalidad” que la doctrina ha denominado “control difuso de convencionalidad”¹¹³⁸. En este escenario, el habilitado para ejercer aquella función jurisdiccional de matriz internacional no sería la Corte IDH, sino los jueces nacionales, cualquier órgano de los poderes públicos que ejerza funciones jurisdiccionales¹¹³⁹, los “órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”¹¹⁴⁰ o “cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial”¹¹⁴¹.

En otras palabras, los jueces internos y cualquier autoridad nacional verificaría la compatibilidad de los actos y las normas internas (leyes, decretos, ordenanzas, actos administrativos), incluso la Constitución Política, con la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos; tomando en cuenta la jurisprudencia interamericana y las normas *ius cogens* reconocidos en aquella¹¹⁴². El juez nacional se convertiría “en un primer y auténtico guardián de la Convención Americana de sus Protocolos adicionales (eventualmente de otros instrumentos internacionales) y de la jurisprudencia de la Corte IDH que interpreta dicha normatividad”¹¹⁴³.

¹¹³⁷ Corte IDH, *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, párr. 124. Aunque cierto es que fue el ex juez Sergio García Ramírez quien introdujo aquella categoría en su voto razonado en la sentencia *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Más tarde reiterado en su voto razonado en la sentencia *Tibi vs. Ecuador*, sentencia de 7 de septiembre de 2004, equiparando la función judicial de la Corte Interamericana con la de los tribunales constitucionales en el Control de Constitucionalidad. Así sostuvo: [...]si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos” (párr.3). HITTERS, J. C., “Control de Constitucionalidad...”, op.cit.; CASTILLA, Karlos., “El Control de Convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. 2011, Vol. XI. pp. 593-624.

¹¹³⁸ Véase también los votos razonados de los jueces Sergio García Ramírez y Antonio A. Cançado Trindade a la sentencia *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*; y el voto razonado de juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor a la sentencia *Cabrera García y Montiel y Flores vs. México*. También retomado en SAGÜES, N. P., “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Centro de Estudios Constitucionales de Chile*. Universidad de Talca (1), Año 8. 2010. pp. 117-136; FERRER MAC-GREGOR, E., “El Control Difuso de Convencionalidad en el Estado Constitucional”. En FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALADÉS, Diego (coords.). *Formación y perspectiva del Estado mexicano*. México, El Colegio Nacional-UNAM, 2010. pp. 151-188; GARCÍA RAMÍREZ, Sergio., “El control interno de convencionalidad”. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, (28), 2011, Año V, julio-diciembre, pp. 123-159; HITTERS, J.C., “Control de Constitucionalidad...”, op.cit. Asimismo, para un análisis de la aplicación interna del control de convencionalidad véase la obra colectiva: ALABANESE Susana (coord.), *El Control de Convencionalidad*. Ediar, Buenos Aires, 2008. 290 p.

¹¹³⁹ Corte IDH, *Vélez Loor vs. Panamá* (Fondo), sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr.287.

¹¹⁴⁰ Corte IDH, *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr.225.

¹¹⁴¹ Corte IDH, *Gelman vs. Uruguay*, sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 239.

¹¹⁴² HITTERS, J. C., “Control de Constitucionalidad...”, op.cit. pp. 120 y 121.

¹¹⁴³ Véase el voto razonado del juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor a la sentencia *Cabrera García y Montiel y Flores vs. México*. párr. 24.

A diferencia del control jurisdiccional ejercido por la Corte Interamericana, aquí los jueces internos o la autoridad legitimada para aplicarlo no tiene claro los contornos de tal actividad, toda vez que el “control de convencionalidad” no aparece expresamente en la CADH y es producto de una interpretación mutativa por adición del tratado¹¹⁴⁴. Ante la falta de fundamento normativo para transponer aquella obligación a las autoridades nacionales, la Corte IDH ha comprendido que tal obligación se deriva de las obligaciones genéricas contraídas por los Estados con la CADH (art. 1.1 y 2), el principio de buena fe consagrado en el artículo 27 de la Convención de Viena¹¹⁴⁵, la obligatoriedad de sus sentencias (art.68.1 CADH) y la imposibilidad de los Estados de alegar razones de orden interno para no cumplir con sus compromisos, también recogido en el 27 de la citada Convención de Viena.

Así pues, todas las autoridades nacionales están obligadas a aplicar de forma preferente, si es el caso, una norma internacional sobre una norma interna, independientemente de su rango jerárquico; con el objeto de velar porque los efectos de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su fin y objeto. En ese propósito la Corte ha llegado a interpretar que “los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad”¹¹⁴⁶, lo que presupone la existencia de un juez habilitado para un “doble control”¹¹⁴⁷. El ejercicio de tal obligación es, por tanto, *ex officio*¹¹⁴⁸, por lo que el ámbito de valoración de conflictos normativos pueden ir más allá de las alegaciones de las partes; no obstante, siempre adecuado a los “presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”, como lo señalara en *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros) vs. Perú*.

¹¹⁴⁴ SAGÜES, N. P., “El control de convencionalidad en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo”. En VON BOGDANDY, Armin, et. al., *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*, México, UNAM-Max Planck Institut-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. 2011. pp. 381-417.

¹¹⁴⁵ Corte IDH, *Gómes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil* (Fondo), sentencia de 24 de noviembre de 2010, párr.176.

¹¹⁴⁶ Corte, IDH, *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros) vs. Perú* (Fondo), sentencia de 24 de noviembre de 2006, párr. 128.

¹¹⁴⁷ SAGÜES, N. P., “Obligaciones internacionales...”, op.cit.

¹¹⁴⁸ Así reiterado en las sentencias *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros) vs. Perú* (Fondo), párr. 128; *La Cantuta vs. Perú* (Fondo), párr, 173; *Boyce y otros vs. Barbados* (Fondo), párr.78; *Heliodoro Portugal vs. Panamá* (Fondo), párr.180; *Radilla Pacheco vs. México* (Fondo), párr.339; *Manuel Cepeda Vasgas vs. Colombia* (Fondo), sentencia de 26 de mayo de 2010, párr.307; *Comunidad Indígena Xakmok Kásek vs. Paraguay* (Fondo), sentencia de 24 de agosto de 2010 párr. 311; *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia* (Fondo), sentencia de 1 de septiembre de 2010, párr. 202; *Fernández Ortega y otros vs. México* (Fondo), entencia de 30 de agosto de 2010, párr. 236; *Rosendo Cantú y otra vs. México* (Fondo), sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 219; *Gelman vs. Uruguay* (Fondo) párrs. 193 y 239.

4.1.1 El problema de la titularidad indeterminada y el valor jerárquico de la CADH en el Derecho interno

Según aquellos postulados, todas las autoridades nacionales están obligadas a velar porque los efectos de las disposiciones de la CADH no se vea mermado por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin; más aún, si tales leyes han sido ya declaradas incompatibles con el tratado en una sentencia contra el mismo Estado¹¹⁴⁹. No obstante, la diversidad de actores titulares de dicho control presenta algunos problemas respecto a lo que parece ser, la ampliación competencial y material de las autoridades habilitadas para ejercer dicha función, sin la previsión de las regulaciones internas para ello. En ese sentido, la figura anticipa ciertas complejidades que pueden arribar de su aplicación en sistemas concentrados de constitucionalidad, donde no todos los jueces pueden enjuiciar y menos declarar la inaplicabilidad de una norma inconstitucional, y en su caso inconvencional, como por los efectos legales no determinados de las decisiones o sentencias internas que declaren la “inconvencionalidad” de una norma¹¹⁵⁰.

Incluso en aquellos sistemas donde pese a la favorable configuración –concentrada y difusa – del control de constitucionalidad, la Constitución establece límites para que otra autoridad para ejercer tales acciones sin la legitimación para inaplicar o actuar contra una disposición suprema. Tal es el caso de Nicaragua donde la aplicación del control de convencionalidad puede resultar conflictiva con el artículo 183 de la Constitución Política, que establece que “Ningún Poder del Estado, organismo de gobierno o funcionario tendrá otra autoridad, facultad o jurisdicción que las que le confiere la Constitución Política y las leyes de la República”. En ese escenario la aplicación del control en los diversos ámbitos materiales acarrea conflictos de no fácil solución a partir de la generalidad de aquellos postulados, todavía más si se carece de las regulaciones internas para su aplicación; una situación que resultaría menos problemática en los ámbitos internos de tutela judicial y, propiamente, del control de constitucionalidad, en todo caso por el singular estatus constitucional de la Convención Americana en el Derecho nicaragüense, como se verá enseguida.

¹¹⁴⁹ En efecto, en la sentencia de supervisión de cumplimiento de sentencia *Gelman y otros vs. Uruguay*, de 20 marzo de 2013, párr. 67 y ss, la Corte IDH sostuvo la aplicabilidad del “control de convencionalidad” por virtud de los efectos de cosa juzgada internacional de una sentencia dictada contra el Estado concernido, como por efectos de cosa interpretada para Estados no parte de la *litis*. PELAYO MÖLLER, C.M., “El surgimiento y desarrollo de la doctrina de “Control de Convencionalidad” y sus implicaciones en el Estado Constitucional”, (En línea), (Consulta de 9 de junio de 2013), Disponible en: http://www.miguelcarbonell.com/docencia/El_surgimiento_y_desarrollo_de_la_doctrina_de_Control_de_Convencionalidad_y_sus_implicaciones.shtml

¹¹⁵⁰ CASTILLA, Karlos., “¿Control Interno o Difuso de Convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de los tratados”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. 2013, Vol. XIII, pp. 51-97.

Las cuestiones que plantea el control de convencionalidad ante la diversidad de sistemas constitucionales en el continente Americano, ha supuesto la búsqueda de herramientas propias del Derecho constitucional, en particular, de la aplicación de la interpretación conforme; la que en esencia plantea la idea de interpretar el Derecho interno con base al derecho y jurisprudencia interamericana, pero tomando en cuenta el principio *pro homine*, de modo que la operatividad del control de convencionalidad no siempre implicaría la declaración de inaplicabilidad o invalidez de la norma¹¹⁵¹.

Por otra parte, se ha cuestionado que el control de una norma interna sobre la base de un tratado internacional replantea el asunto de la jerarquía y aplicación directa de la CADH y demás tratados interamericanos en el Derecho interno, que visto así parece ubicarse en una posición preeminente sobre el resto de normas en virtud de la interpretación extensiva de la Corte IDH de las disposiciones de la CADH y la Convención de Viena; que incluso llega a replantear los mecanismos de recepción interna del mismos¹¹⁵². Pese a ello en el caso particular caso de Nicaragua tal figura puede llegar a tener cierta operatividad debido a la favorable configuración mixta del sistema de control de constitucionalidad nicaragüense y el rango constitucional de la CADH¹¹⁵³; de forma particular para la situación concreta derivada del incumplimiento de la sentencia *Yatama*.

4.1.2 La eventual aplicación interna del control de convencionalidad en el caso nicaragüense

Ahora bien, cabría plantearse la cuestión de si el control de convencionalidad podría tener aplicación en Nicaragua de acuerdo a la configuración mixta de su sistema constitucional. En su caso extender la pregunta a la posibilidad de que en el asunto *Yatama* pueda encontrar una respuesta alternativa al ámbito valorativo de las medidas legislativas no aprobadas por la Asamblea Nacional en el ámbito jurisdiccional la CSJ; en todo caso para declarar la inaplicabilidad de las mismas bajo los presupuestos formales del control de constitucionalidad. En este sentido, la decisión de inaplicar las disposiciones constitucionales inconvencionales no sucedería en el

¹¹⁵¹ BURGORGUE-LARSEN, L. "La Corte Interamericana...op.cit.11. Citando al juez Eduardo FERRER MAC-GREGOR en su voto razonado a la sentencia *Cabrera García y Montiel y Flores vs. México*.

¹¹⁵² DULITZKY, Ariel. E., "An Inter-American Constitutional...", op.cit. p. 63.

¹¹⁵³ Aunque SILVA GARCÍA, no descarta que tal operación pueda tener lugar en situaciones donde un juez no esté habilitado para el control de constitucionalidad, en todo caso, porque el control judicial de una norma interna sobre la base de un tratado internacional es autónomo y no se realizaría bajo el parámetro constitucional. *Vid.* SILVA GARCÍA, Fernando., "El control judicial...", op.cit. p. 234.

contexto del cumplimiento de las medidas de reparación¹¹⁵⁴, sino en el ejercicio de un *ajustado control de convencionalidad*¹¹⁵⁵, por la declaración de ‘inconventionalidad’ que precede y el incumplimiento mismo de las medidas legales ordenadas¹¹⁵⁶.

La dualidad -concentrado y difuso- del control de constitucional en Nicaragua podría aliviar, en parte, la conflictividad resultante de la obligación deducida por la Corte IDH para los jueces internos. En efecto, la Constitución Política establece que el control de constitucionalidad recae en el sistema judicial representado por la CSJ¹¹⁵⁷ y que es activado por medio del recurso por inconstitucionalidad (art. 187), de amparo (art. 188), de exhibición personal (art. 189) y habeas data (art.190.1)¹¹⁵⁸. Asimismo prevé el control de constitucionalidad en el caso concreto (art. 190.3)¹¹⁵⁹, a cargo de toda autoridad judicial (jueces locales, de distrito y del tribunal de apelación) que conozca de un caso; quienes podrán declarar la inaplicabilidad de una norma al caso concreto de cuya validez depende el fallo.

Así entonces, todos los jueces se convierten en garantes de la supremacía constitucional, en cuyo ejercicio examinarían la ‘convencionalidad’ de las normas internas, bajo la premisa de que la Convención Americana goza de rango constitucional por virtud del artículo 46 CN y la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la CSJ, que para tal efecto ha reconocido que lo dispuesto en el citado artículo “otorga a estos instrumentos internacionales rango y reconocimiento constitucional, los integra con carácter de normas constitucionales, por tanto, en

¹¹⁵⁴ Como cabe recordar la sentencia estableció como medidas de reparación la adopción de medidas legales cuyo mecanismo de cumplimiento está previsto por vía legislativa y no jurisdiccional.

¹¹⁵⁵ Siguiendo a RUIZ-CHIRIBOGA, cuando sostiene que la judicatura deberá implementar un *narrow conventionality control* como una medida de reparación adicional a la recaída sobre el legislador, en la que ya el margen de discreción es mínimo por la decisión de la Corte IDH que precede. *Vid.* RUIZ-CHIRIBOGA, Oswaldo R., “The Conventionality Control: Examples of (Un)Successful Experiences in Latin-America”, (En línea). *Inter-American and European Human Rights Journal*, 2010, (February 24, 2010). Vol. 3, No. 1-2. pp. 200-219. (Consulta de 09 de octubre de 2015), Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1929887>

¹¹⁵⁶ Asumiendo la idea de que la ley declarada inconventional, de acuerdo con SILVA GARCÍA, “podría concebirse como efecto jurídico necesario y natural a cargo de todos los poderes públicos del Estado demandado”, pues la sentencia estimatoria no constituyen solamente declaraciones de buenas intenciones. *Vid.* SILVA GARCÍA, Fernando., “El control judicial...”, op.cit. p. 243.

¹¹⁵⁷ Artículos 164 numerales 2, 3, 4, 12, 13 de la Constitución nicaragüense.

¹¹⁵⁸ Adicionalmente, reconoce el conflicto de competencia y constitucionalidad entre los poderes del Estado (art.190.2) el recurso por conflictos de constitucionalidad entre el Gobierno Central y los Gobiernos Municipales y de las Regiones Autónomas de la Costa Caribe (art.190.4 CN)

¹¹⁵⁹ Y regulado en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (1998) y los artículos 20, 21 y 22 de la Ley de Amparo.

el ámbito de la jerarquía normativa comparten el carácter de Supremacía que la Constitución Política tiene frente a las normas ordinarias del ordenamiento jurídico”¹¹⁶⁰.

Así pues, la CSJ y toda autoridad judicial no se verían impedidos de examinar una norma interna a la luz de la CADH y la jurisprudencia interamericana, si para ello se procede bajo las regulaciones y procedimientos previstos para el control de constitucionalidad; en una suerte de un “control de convencionalidad” subsumido en el de constitucionalidad; en el cual no habría necesidad de pronunciarse en términos de inconventionalidad pues la declaración de inconstitucionalidad albergaría tal contenido. Así se evitaría la conflictividad expuesta respecto a los efectos de la sentencia¹¹⁶¹ que declare la ‘inconventionalidad’ al no existir ninguna disposición interna que regule tal materia¹¹⁶².

Ahora bien, si se considera el estatus constitucional de la CADH en el Derecho nicaragüense, resulta evidente intuir la inconstitucionalidad de las normas declaradas “inconventionales” en el fallo interamericano; no obstante, tal apreciación no es automática pues se sabe que la inconstitucionalidad de una norma solo puede ser declarada por la CSJ¹¹⁶³. En ese sentido, se cree que para declarar la inaplicabilidad de las disposiciones internas “inconventionales” aún vigentes, como las del caso *Yatama*, bastaría con aplicar los criterios de la Corte IDH en la aludida sentencia, bajo los mecanismos procesales internos expuestos. En particular, bajo una acción de inconstitucionalidad o bien por el recurso de amparo (art.188 CN), sobre este último en concreto si se ejerce en contra de las disposiciones declaradas contrarias a la CADH; o cuando una resolución, acción u omisión del CSE viole o trate de violar los derechos, mediante la aplicación de las normas

¹¹⁶⁰ Sala Constitucional de la CSJ de Nicaragua. Sentencia No. 57/2010, del día dos de marzo del año dos mil diez, a las doce y treinta minutos de la tarde, considerando 3; Sentencia No. 78/2010, del día diez de marzo del año dos mil diez, a las cuatro y diez minutos de la tarde, considerando 3.

¹¹⁶¹ Como cabe subrayar, los efectos que producen las sentencias que resuelven un amparo (artículo 48 de Ley de Amparo) es “restituir al agraviado en el pleno goce de derechos transgredidos, anulando el acto impugnado y retrotrayendo los efectos de la sentencia al momento en que se produce la violación”. GARCÍA PALACIOS, O.A., “El recurso de amparo en el ordenamiento nicaragüense”, (En línea) *Revista IUS*, vol.5 no.27, enero-junio, 2011, (Consulta de 06 de octubre de 2015). Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472011000100010 Por lo que, en principio, se deduce que las sentencias no son enteramente declarativas. *Vid.* PÉREZ TREMPES, Pablo., “La justicia...”, op.cit. p. 23.

¹¹⁶² De acuerdo con SAGÜES, el control de convencionalidad se basa en la confrontación normativa que tiene como objetivo determinar si la norma nacional enjuiciada con base en la CADH “es o no convencional”, en caso de no serlo los efectos de la “inconventionalidad” declarada “importaría una causal de invalidez de la norma”, por carecer “desde un inicio” de “efectos jurídicos” (doctrina de “Almonacid Arellano”). Así, la inconventionalidad produce un deber judicial concreto de inaplicación del precepto objetado. *Vid.* SAGÜES, N. P., “Obligaciones internacionales...”, op.cit. p. 127.

¹¹⁶³ Por intermediación del recurso de inconstitucionalidad, que puede ser ejercido por cualquier ciudadano (art.187 CN).

“inconvenientes”¹¹⁶⁴. Así, al menos desde el punto de vista procesal, las complejidades que el tema alberga pueden verse despejadas, no por ello resuelto en relación a los demás titulares nacionales del citado control.

4.1.3 La debilidad de la justicia constitucional nicaragüense como obstáculo para la radicación del control de convencionalidad

Se ha dicho que el binomio, jurisdiccional y legislativo, son elementos instrumentales esenciales en la configuración del Derecho interno a la luz de los estándares mínimos explicitados en la jurisprudencia interamericana, como extensión del desarrollo de los contenidos de la CADH misma, del que se espera un mayor impulso con la doctrina del control de convencionalidad. En particular, la actividad jurisdiccional, a partir de su composición orgánica y funcional, juega un papel de mayor relevancia en el control estricto de convencionalidad, siguiendo los postulados proferidos por la Corte IDH, que se ven reforzados por el sistema mixto de constitucionalidad. Es de esperar, entonces, que la obligación convencional recaída en todos los tribunales nicaragüenses y la misma CSJ, sirva de parámetro del control de las normas internas en los asuntos que resuelven, la cual no entrañaría conflictividad dada la favorable constitucionalización de la CADH.

Sin embargo, el reto que plantea tal doctrina supone en la actualidad la superación del uso técnico-formal de los tratados internacionales sobre derechos humanos reconocidos en el 46 de la Constitución Política en la práctica judicial; caracterizada por el escaso desarrollo del valor de los vínculos jurídicos de la CADH y la jurisprudencia interamericana en el discernimiento de las cuestiones elevadas ante la máxima magistratura, como en la interpretación de los derechos fundamentales. En efecto, en la investigación realizada en la base de datos de la CSJ no se encontró ninguna cita de la jurisprudencia interamericana en las sentencias emitidas por la Sala de lo Constitucional o el Pleno de la CSJ, especialmente después del 2010, cuando finalmente resolvió el asunto del rango constitucional de los tratados enunciados en el artículo 46 de la Constitución Política¹¹⁶⁵; puesto que con anterioridad tanto la Sala de lo Constitucional como el Pleno de la CSJ

¹¹⁶⁴ La irrestricta protección de los derechos fundamentales en el recurso de amparo, como sucede en el caso español (PÉREZ TREMPES, Pablo., “La justicia...”, op.cit. p. 19), lleva a estimar, incluso, la posibilidad de que cualquiera de los derechos reconocidos en la Convención Americana y los demás tratados internacionales sobre derechos humanos puedan ser objeto de amparo, por cuanto se integran dentro del bloque de constitucionalidad que protege la Constitución misma.

¹¹⁶⁵ Las ya citadas sentencias de la Sala Constitucional No. 57/2010, y No. 78/2010, de las que parecía colegirse una nueva etapa jurisprudencial de la Sala de lo Constitucional.

se restringieron a expresar la literalidad del artículo 46 para reconocer “la plena vigencia” de los instrumentos recogidos en dicho precepto¹¹⁶⁶.

La debilidad de la justicia constitucional, en primer término, y de la actividad jurisdiccional de los tribunales ordinarios, ha dejado a la CADH y los demás tratados en la materia, desprovistos del rigor que entrañan para el desarrollo de los contenidos, alcances y límites de los derechos fundamentales. Los limitados criterios hermenéuticos de la Sala de lo Constitucional y CSJ, en efecto, han impedido comprender los derechos humanos en el sentido abierto que los integra la Constitución, es decir, hacia el Derecho internacional; como tampoco para apreciar la virtualidad práctica de los principios del Derecho internacional a los que se adhiere en el artículo 5 constitucional. Ante la falta de “solidez argumentativa” de la Sala y la misma CSJ, siguiendo a PÉREZ TREMPs, se colige también la polarización política que ha afectado al Poder Judicial, y también la CSJ, marcada por episodios de “corrupción” e “ineficiencia” que ha afectado su legitimidad¹¹⁶⁷.

Si bien con las sentencias no. 57 y 78/2010 la Sala de lo Constitucional ha dado un primer paso en la jerarquización de los instrumentos internacionales al mismo nivel constitucional, no obstante, tal no ha incidido de la forma que se podría esperar en la interpretación de los derechos fundamentales¹¹⁶⁸. En ese sentido, la actividad jurisdiccional interna no avizora un avance en el establecimiento de criterios de interpretación del plexo de derechos reconocidos en la Constitución en armonía con el canon interamericano de protección¹¹⁶⁹, lo que ha dado lugar a

¹¹⁶⁶ Entre otras, la Sentencia No. 13 de 1997; Sentencia No. 160 de 12 de septiembre de 2000; Sentencia No. 49 de 31 de enero de 2001; Sentencia No. 13 del 5 de febrero de 2002; Sentencia 115 del 2 de junio de 2003; Sentencia No. 59 del 7 de mayo de 2004; Sentencia No. 10126 de agosto de 2004; Sentencia No. 136 de 4 de noviembre de 2004; Sentencia No. 46 de 21 de diciembre de 2004.

¹¹⁶⁷ PÉREZ TREMPs, Pablo., “La justicia...”, op.cit. p. 26.

¹¹⁶⁸ MELÉNDEZ, F. *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia. Estudio constitucional comparado*. Konrad Adenauer, México, 2004, p. 117 y ss.

¹¹⁶⁹ A diferencia de las Salas Constitucionales o la Suprema Corte de otros países centroamericanos como Costa Rica (Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala de lo Constitucional, Sentencia 2006-016446, del 15 de noviembre de 2006), Guatemala (Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal. Sentencia de 8 de febrero de 2010) y Panamá (Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Penal, sentencia de 12 de mayo de 2010), donde tales suelen recurrir a las jurisprudencia interamericana para interpretar los derechos fundamentales e incluso reconocer el valor ejecutivo de las sentencias de la Corte Interamericana. *Vid.* CÁRDENAS VELÁSQUEZ, B.G., “La jerarquía normativa de los tratados sobre derechos humanos en la constitución y la jurisprudencia de Nicaragua”. *Revista de Derecho*, No. 15, 2011, pp. 73-94.; PIZA ESCALANTE, E.R., “El valor de Derecho y la Jurisprudencia Internacionales de Derechos Humanos en el Derecho y la Justicia Interna: El ejemplo de Costa Rica”, en *Liber Amicorum Héctor Fix- Zamudio, Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Tomo II. San José, 1998. pp. 169-192. Del mismo modo ocurre en otros países como Argentina, Colombia, Paraguay, México, Bolivia y Perú. Sobre esto véase: ROBERTO CUÉLLAR M. y PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI (dir.), *Diálogos Jurisprudencial*, IIDH, México, 2011.

una protección deficiente en relación al estándar interamericano, habilitando continuamente al sistema de garantía subsidiario a resolver antinomias constitucionales, como las precedidas en el caso *Yatama*, o de falta de tutela judicial efectiva en el asunto de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni y Genie Lacayo*¹¹⁷⁰. Por tanto, el gran reto que enfrenta la CSJ, es, siguiendo a PÉREZ TREMPs, “hacer que los valores y principios constitucionales irradian al resto del Poder Judicial”, así como resolver las insuficiencias generalizadas del sistema procesal, que articula un sistema de recursos muy deficiente¹¹⁷¹, lo cual se espera que sea resuelto con la nueva Ley de Justicia Constitucional que prevé crear, según lo estipulado en las reformas constitucionales del 2014¹¹⁷².

4.2 La función armonizadora de la jurisprudencia del TEDH en el artículo 10.2 CE

Asumiendo la diferencia, ya explicada, sobre la no aplicación de la doctrina del control de convencionalidad por el TEDH, cabe aquí plantearse dicha cuestión respecto a la procedencia de dicho control en el sistema interno español, tomando como premisa que todas las autoridades españolas igualmente se ven obligadas a la observancia del CEDH y la jurisprudencia del Tribunal Europeo; y especialmente los tribunales internos en la tutela efectiva de derechos; dejando constancia, a diferencia del ámbito interamericano, de que tal exigencia no implicaría la habilitación para declarar la inconvencionalidad de una norma interna como resultado de la operatividad interna del CEDH, y siguiendo los mecanismos de recepción del tratado¹¹⁷³. Ante la mayor pluralidad jurídica europea que la del continente americano, las soluciones se atojan diversas y menos propicias para la homogeneidad en los términos proferidos por la Corte Interamericana. En todo caso, algunas cuestiones habría que puntualizar, en particular, en relación a España, donde pese a que el CEDH adquiere rango infraconstitucional, pero supralegal, por

¹¹⁷⁰ A lo que habría que agregar la eventual demanda de la CIDH contra Nicaragua ante la Corte IDH en relación a las violaciones a las garantías judiciales y protección judicial, en el *Caso no. 12.792 Maria Luisa Acosta et al., Nicaragua* ventilado ante la CIDH.

¹¹⁷¹ PÉREZ TREMPs, Pablo., “La justicia...”, op.cit. p. 26.

¹¹⁷² Véase la Ley No. 854 Ley de Reforma Parcial a la Constitución Política.

¹¹⁷³ Tomando en cuenta, además, que la obligación de resultado del artículo 1 del CEDH, respecto a la obligación de compatibilizar los ordenamientos internos con el CEDH, ilustrado en la práctica en casos en que un juez interno se ha apartado de los estándares fijados por el TEDH y como resultado ha dado lugar a una sentencia estimatoria del TEDH. En ese sentido, según QUERALT JIMÉNEZ, “la existencia de un estándar mínimo europeo + la asunción del pluralismo sobre el que se asienta el CEDH supone aceptar que el sistema europeo de garantía implica un proceso de armonización en materia de derechos y libertades”. *Vid.* QUERALT JIMÉNEZ, A., “El Tribunal de Estrasburgo y los Tribunales Constitucionales”, (En línea), Universitat Pompeu Fabra, (Barcelona 27/28 de Noviembre de 2008), (Consulta de 06 de octubre de 2015). Disponible en: http://www.upf.edu/constitucional/actualitat/PDFs/Queralt_Jimxnezx_Argelia.pdf

virtud del mandato del 10.2 constitucional, éste forma parte indirecta del parámetro de enjuiciamiento de las normas internas ante el TC.

En ese propósito, y a falta de un mandato explícito del TEDH, el artículo 10.2 CE constituye la clave para, al menos, plantearse el asunto de la operatividad del control de convencionalidad. En efecto, el citado precepto constitucional contiene una cláusula específica de interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, “de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”¹¹⁷⁴. Aunque el Convenio Europeo ni la jurisprudencia del TEDH son mencionados en dicho artículo, su alusión se deduce por la materia que regula, lo mismo de la jurisprudencia del TEDH, por ser el máximo intérprete del Convenio Europeo de donde extrae sus criterios interpretativos que luego vincularan a los Estados¹¹⁷⁵. En ese esbozo, cabe aclarar que tal asimilación no supone la aceptación del rango constitucional del CEDH, por lo que no podría sostenerse su inserción en el bloque de constitucionalidad¹¹⁷⁶, al menos no de la misma forma en que opera la CADH en otros países latinoamericano, como Colombia¹¹⁷⁷ y Costa Rica¹¹⁷⁸, por ejemplo.

¹¹⁷⁴ Cabría puntualizar que, según ha interpretado el TC, los ámbitos de aplicación del 10.2 CE se refiere exclusivamente a los derechos reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución -artículos 10 a 38 CE- (STC 36/1991, de 14 de febrero de 1991, FJ5). Con ello el TC deja entrever que la aplicación del 10.2 CE no se extiende a los derechos reconocidos en el Capítulo III como “Principios rectores de la política social y económica”, por cuanto gozan de un menor nivel de protección que los de la sección primera. Aunque algunos autores, como CUENCA GÓMEZ, siguiendo a SÁIZ ARNAIZ, creen que el 10.2 CE se proyecta sobre todos los derechos contemplados en el Título I de la Constitución, independientemente de su ubicación sistemática y de los instrumentos previstos para su tutela y protección; atendiendo, en particular, que el art. 10 CE se encuentra justo después del encabezamiento del Título I y fuera de la división en cinco Capítulos en la que se vertebraba ese Título y en la que se integran todos los demás derechos en él reconocidos. *Vid.* CUENCA GÓMEZ, P., “La incidencia del Derecho...”, op.cit. p. 6. También en SÁIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional...*, op.cit. pp.73- 76.

¹¹⁷⁵ En la práctica del TC se evidencia el uso, cada vez más frecuente, de los recursos interpretativos de las sentencias del TEDH en las sentencias de amparo resueltas. Así se ha llegado a comprobar que de las sentencias dictadas entre los años 1999-2004 “el TC [hizo] referencia expresa a los instrumentos de interpretación europeos casi en un 19%(...) y en casi un 21% de las sentencias dictadas en amparo. Esta cifra supone un aumento notable respecto de la etapa anterior, si se tiene en cuenta que entre los años 1981 y 1997 solo en el 10% de las sentencias dictadas por el TC se hacía mención expresa de fuentes internacionales (no solo del CEDH y del TEDH) y concretamente un 13% de los recursos de amparo”. Sobre esto véase a QUERALT JIMÉNEZ, A., “Los usos del canon...”, op.cit. p. 441 y ss.

¹¹⁷⁶ CANOSA USERA, R., “¿Es posible el...”, op.cit. p. 269.; CANOSA USERA, Raúl., *El Control...*, op.cit. p. 90 y ss.

¹¹⁷⁷ Así, la sentencia C-225 de 1995 de la Corte Constitucional colombiana reconoció que “[...]el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución”. En el mismo sentido ha reconocido que en la medida en que la Constitución colombiana señala en el artículo 93 que los derechos y deberes deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos, ratificados por Colombia, “[...]es indudable que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre

Desde esa perspectiva, se ha considerado que el CEDH no adquiere una aplicación directa en los ámbitos jurisdiccionales del TC, pero sí de forma indirecta a través de su jurisprudencia, por virtud del 10.2 CE; de suerte tal que la interpretación conforme termina ejerciendo un efecto armonizador del contenido de los derechos fundamentales con los convencionales, pero no con miras a la uniformización¹¹⁷⁹. Tal operación se inclina más por “enmarcar las posiciones iusfundamentales identificadas por el TEDH en los enunciados constitucionales”¹¹⁸⁰; que, incluso, ha llevado al TC a variar sus criterios jurisprudenciales¹¹⁸¹ para ampliar los ámbitos de protección y la cobertura de ciertos derechos¹¹⁸², eso sí, sin llegar a estimar la incorporación de nuevos derechos al catálogo de derechos y libertades reconocidos en el texto constitucional¹¹⁸³.

derechos fundamentales”. Véase en la Sentencia C-010 de 2000, fundamento 7 y en las sentencias C-406/96, C-251/97, T-568/99, T-1319/01 y T-558/2003.

¹¹⁷⁸ Concretamente, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica se ha nutrido de elementos internacionales para comprender el alcance y contenido esencial de los derechos constitucionalizados. La Sala ha establecido que los tratados de derechos humanos vigentes no solamente comportan un rango similar a la Constitución Política y un valor interpretativo, “[...]sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución”. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia 3435-92, del 11 de noviembre de 1992 y su aclaración, N° 5759-93. Estos argumentos luego serían reiterados en las sentencias 5759-93 y 2313-95 de las 16:18 hrs. de 9 de mayo de 1995 de la misma Sala.

¹¹⁷⁹ SAÍZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional...*, op.cit. p. 220. Una situación que CANOSA USERA ha calificado de paradójica, por cuanto el TC niega rotundamente aplicar directamente el CEDH pero no la jurisprudencia del TEDH, que a su vez es extraída del mismo texto convencional. El asunto no resulta menor, si se toma en cuenta, como acertadamente cuestiona el autor, de que el CEDH obliga a todas autoridades españolas incluido al propio TC, de modo que si éste asumiera el tratado como parte de su canon de enjuiciamiento adquiriría rango constitucional, sin que la CE lo reconociera. CANOSA USERA, R., “¿Es posible el...”, op.cit. p. 273.

¹¹⁸⁰ Ídem. p. 272.

¹¹⁸¹ Véase la STC 119/2001 de 24 de mayo de 2001 que retoma la doctrina del TEDH en el caso *López Ostra vs. España*, y así el cambio jurisprudencial del TC sostenido con anterioridad, cuando en 1993 inadmitió un recurso de amparo por falta de fundamento constitucional y negó la relevancia ambiental en la afectación de derechos de libertad. CANOSA USERA, Raúl., “Pretensiones ambientales en Amparo Constitucional. Comentario a la STC 119/2001 de 24 de mayo”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 2002-2003, No. 10-11, pp. 697-718.; RIPOL CARULLA, S., “Incidencia en...”, op. cit. p. 333 y ss. Adicionalmente a la doctrina desarrollada por el TEDH por la contaminación acústica derivada del ruido e inmisiones procedentes de una depuradora de aguas residuales (*López Ostra vs. España*), en virtud del 10.2 CE el TC deberá actualizarse a los parámetros desarrollados por el máximo intérprete del CEDH a la protección al derecho a la intimidad personal y familiar e inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE y 8 del CEDH) por el ruido del ocio (*Moreno Gómez vs. España*) o del ruido procedente del transporte aeroportuario (*Hatton y otros vs. Reino Unido*) y como consecuencia del ruido derivado de infraestructuras de transporte terrestre para el tráfico rodado (*Dees vs. Hungría*). Sobre las implicaciones del parámetro interpretativo del TEDH en el asunto *Dees vs. Hungría* véase a DE APODACA ESPINOSA, A.R., “La tutela del TEDH frente a la contaminación acústica continua y se acentúa (Comentarios a la STEDH Dees vs. Hungría de 9 de noviembre de 2010)”, *Revista Jurídica de Navarra*, 2010, No. 50, julio-diciembre, pp. 211-228.

¹¹⁸² En ese sentido, CUENCA GÓMEZ sostiene que aunque el TC no admite “formalmente” los tratados internacionales “sí que pueden dan lugar por la vía interpretativa del art. 10.2 CE a una ampliación o extensión del catálogo de derechos constitucionales”. Así, por ejemplo, del derecho a la segunda instancia en la jurisdicción penal, no incluido en el artículo 24.1 CE, pero incorporado como nuevo derecho por virtud del artículo 14.5 del PIDCP (STC 42/1982, de 5 de julio de 1982, FJ3). Lo mismo sucede, continúa la autora, “con la libertad informática derivada del art. 18.4 CE interpretado conforme al CEDH y en relación con el derecho del acusado a ser asistido por intérprete no contemplado, tampoco, expresamente en el art. 24 CE pero resultante de su interpretación conforme al art.14.3 del PIDCP y al art. 6.3 del CEDH”. Vid. CUENCA GÓMEZ, P., “La incidencia del Derecho...”, op. cit. p.9. En términos similares DE CARRERAS F., “Función y alcance...”, op.cit. p. 327 y ss; SAÍZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional...*, op.cit. p. 82.

¹¹⁸³ STC 372/1993, de 13 de diciembre, FJ7; STC 41/2002, de 25 de febrero FJ2. De lo que se deduce que el 10.2 contiene un “carácter meramente interpretativo” Vid. DE CARRERAS F., “Función y alcance...”, op.cit. p. 327; SANTOLAYA, Pablo.,

En todo caso, y para el análisis propuesto, es claro que el 10.2 CE no colige la radicación del control de convencionalidad en los términos antes expresados en el caso interamericano, no obstante, se puede apreciar, siguiendo a CANOSA USERA, que por medio del principio de armonización que comprende la aplicación de la jurisprudencia del TEDH¹¹⁸⁴, el TC puede llegar ejercer un control de convencionalidad de menor intensidad; como consecuencia de lo que se ha denominado la *convencionalización de la constitución*¹¹⁸⁵ por virtud del 53.1 CE, que ordena la regulación, mediante ley, del ejercicio de tales derechos con respeto a su contenido esencial. Principalmente, porque el contenido esencial a rasgos generales se identifica con el contenido mínimo expresados en la jurisprudencia del TEDH; de modo que ante la infracción del contenido mínimo es indudable que se pueda generar responsabilidad internacional para el Estado español y asimismo una infracción constitucional¹¹⁸⁶. Una apreciación similar es sostenida por JIMENA QUESADA, para quien el control de convencionalidad puede ser operado por la jurisdicción nacional sobre la base del CEDH y la jurisprudencia del TEDH, en una especie de intersección o diálogo cruzado entre el TC y el TEDH fundado en los artículos 10.2 y 96 CE, por tanto, como una exigencia constitución¹¹⁸⁷.

“La apertura de las Constituciones a su interpretación conforme a los tratados internacionales”, en FERRER MAC-GREGOR, E. y HERRERA GARCÍA (coords). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Tirant lo Blanch, México, 2013. pp. 447-456.; Vid. RIPOL CARULLA, S., “Incidencia en...”, op. cit. p. 338.

¹¹⁸⁴ CANOSA USERA, Raúl, *El Control...*, op.cit. p. 92.

¹¹⁸⁵ Así adoptando la expresión de Nestor SAGÜÉS “la Constitución convencionalizada” en SAGÜÉS, N.P., “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: a propósito de la ‘constitución convencionalizada’, *Parlamento y Constitución*. No. 14, 2011, pp. 143-152.

¹¹⁸⁶ El efecto de *convencionalización de la Constitución* convierte a la jurisprudencia europea no solo en un criterio de interpretación sino en un canon de enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes. CANOSA USERA, R., “¿Es posible el...”, op.cit. p. 274. Un ejemplo que apuntaría en tal sentido lo ilustra la virtualidad práctica del 10.2 CE en el uso del estándar europeo de protección por el TC (STC 169/2004, de 6 de octubre de 2004. FJ3), incluso de aquellos criterios deducidos del Protocolo Adicional No.7 al CEDH, suscrito pero no ratificado por España. En ese sentido, QUERALT JIMÉNEZ ha sostenido que la aplicación interpretativa del canon europeo ha terminado desbordando el alcance del 10.2 CE, indudablemente previsto en relación a las obligaciones asumidas por España con los instrumentos ratificados e integrados en su sistema legal. Así explica que la apreciación del TC responde más bien a la consideración del estándar europeo en su conjunto, tomando en cuenta tanto el CEDH y los Protocolos ratificados por España como los Protocolos no ratificados (todavía) por España; pues actúa sobre el reconocimiento de aquellos textos como parte integrante del estándar común europeo que el TEDH se encarga de desarrollar. Vid. QUERALT JIMÉNEZ, A., “Los usos del canon...”, op.cit. p. 444. En ese mismo sentido, CUENCA GÓMEZ, señala la interpretación flexible del artículo 10.2 CE con el uso de tratados no ratificados por España, por ejemplo, el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, cuando este aún no había entrado en vigor (STC 12/2008, de 19 de enero FJ2). Vid. CUENCA GÓMEZ, P., “La incidencia del Derecho...”, op.cit. pp. 7 y 8.

¹¹⁸⁷ Aunque el TC ni los tribunales internos han asumido, mucho menos mencionado la doctrina del control de convencionalidad, y más aún, el TC ha negado que los tratados internacionales sean parte del bloque de constitucionalidad, el Consejo del Estado español, en su Memoria anual del 2007 (p. 149) hizo eco, al menos de la expresión, al sostener que “En las consultas sobre proyectos legislativos el Consejo de Estado sustituye su tradicional examen de legalidad del texto reglamentario por un doble control o examen de constitucionalidad y de ‘convencionalidad’”. Vid. JIMENA QUESADA, Luis., “El diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: a propósito del control de convencionalidad”, en FERRER MAC-GREGOR, E. y HERRERA GARCÍA

Sin embargo, de dicha postura se permite también extraer que al estar constituido en un canon de protección de mínimos, el CEDH permite también su desplazamiento ante una protección interna o constitucional de mayor intensidad¹¹⁸⁸, como consecuencia del principio interpretativo *favor libertatis*, que pese a no estar expresamente en la CE es una herramienta de interpretación constitucional¹¹⁸⁹. En todo caso, el artículo 10.2 adquiere una proyección negativa, “entendida como exigencia de compatibilidad o ausencia de contradicción”¹¹⁹⁰ con el estándar mínimo europeo, de modo que de la interpretación conforme se deduce la convencionalidad de la actividad de las autoridades públicas. Desde esa perspectiva, no sería incongruente sostener que los tribunales ordinarios también se verían habilitados, bien por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad para plantear las dudas que surjan de la aplicación de una norma interna a la luz de la jurisprudencia del TEDH; o bien, al margen de la misma, para interpretar una norma interna a la luz de la jurisprudencia europea de forma autónoma, es decir, sin elevar la cuestión de constitucionalidad¹¹⁹¹.

Así las cosas, se estima que las valoraciones sobre la efectividad interna del CEDH y la jurisprudencia del TEDH transitan por la dualidad ya expuesta: desde las obligaciones que impone el CEDH y desde la forma que el CEDH se incorpora por mandato constitucional. Este binomio atiende además al estudio de aquellos ámbitos normativos complementarios en el ámbito de los derechos, pero que desde la “perspectiva estática de las fuentes del Derecho” no permite comprender el valor intrínseco de dicho tratado¹¹⁹²; en particular, al asunto de las obligaciones que el CEDH irradia sobre todas las autoridades nacionales. Empero, en el caso español, como se ha insistido, esto queda resuelto por el 10.2 CE, sin que ello represente que los mandatos de compatibilidad o armonización con el estándar europeo, compuesto tanto por el CEDH como por

(coords). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Tirant lo Blanch, México, 2013. pp. 299-329.

¹¹⁸⁸ GARCÍA ROCA, J.A., “La interpretación constitucional de una declaración internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y bases para una globalización de los derechos”, *Revista Europea de Derechos Humanos*, No. 6, 2005, pp. 37-82.

¹¹⁸⁹ CANOSA USERA, R., “¿Es posible el...”, op.cit. p. 275.

¹¹⁹⁰ Sin obviar que el canon mínimo de protección pueda subyacer en el ámbito interno se estima que, como ha sostenido CUENCA GÓMEZ, la proyección de los tratados internacionales de derechos humanos puedan constituirse “en límite y guía de la interpretación constitucional válida y correcta”, de los que debe servirse, la aplicación e interpretación de las demás normas que integran el sistema jurídico español. Pero también en un límite al legislador. *Vid.* CUENCA GÓMEZ, P., “La incidencia del Derecho...”, op.cit. pp. 11 y 12.

¹¹⁹¹ CANOSA USERA, R., “¿Es posible el...”, op.cit. p. 276.

¹¹⁹² GARCÍA ROCA, J.A., “La interpretación constitucional...”, op.cit. p. 46.

la jurisprudencia del TEDH, se ejerzan en razón de la obligación genérica del artículo 1 del CEDH¹¹⁹³.

En el terreno valorativo del cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados con el Convenio Europeo, o del control de convencionalidad *desde arriba*¹¹⁹⁴, ciertamente, el TEDH no aprecia la trascendencia jurídica del mismo en el Derecho interno, es más, ha entendido que el tratado no contiene disposiciones que establezca una obligación para ser incorporado, mucho menos para que adquiera un estatus constitucional. La valoración de su cumplimiento, por tanto, se cierce sobre la confrontación de los actos y conducta estatal respecto a los derechos a los que se ha obligado a respetar y garantizar. Por ello que en el enjuiciamiento del Derecho, como de las decisiones judiciales en los casos analizados contra España, aprecia por igual la obligación que se extiende sobre todas las autoridades nacionales, independientemente de su jerarquía. Dicho de otro modo, cuando el TEDH condena a un Estado por sus actos y omisiones lo hace tomando como presupuesto el acto de la autoridad – sobre la base de las regulaciones internas – que no ha respetado el marco sustantivo y el desarrollo de los mismos en su jurisprudencia. El mecanismo de canalización interna de su jurisprudencia es, por tanto, un asunto local y de todos los tribunales internos, del que el TEDH solo espera su aplicación armónica con el canon mínimo de protección establecido. Lo que indudablemente conlleva a estimar la implícita obligación del ejercicio del control de convencionalidad, o control de convencionalidad *desde abajo*¹¹⁹⁵, empero, respetando los criterios internos de aplicación del CEDH y la jurisprudencia europea que cada Estado decida establecer para tal fin¹¹⁹⁶.

La obligación que impone el CEDH sobre todos los tribunales y autoridades españoles, por tanto, se ve internalizada, ajustada o “domesticada” al sistema interno de protección por virtud del 10.2 y 96 CE, y no a partir de una interpretación del TEDH de las obligaciones convencionales con el fin

¹¹⁹³ QUERALT JIMÉNEZ, A., “Los usos del canon...”, op.cit. p. 439.

¹¹⁹⁴ Siguiendo a JIMENA QUESADA, cuando se refiere al control de convencionalidad que ejerce el TEDH sobre las ordenamientos jurídicos internos. Vid. JIMENA QUESADA, Luis., “El diálogo...”, op.cit. p. 308 y ss.

¹¹⁹⁵ Vid. JIMENA QUESADA, Luis., “El diálogo...”, op.cit. p. 315 y ss.

¹¹⁹⁶ La idea que subyace en tal apreciación se desprende de la asunción de los vínculos materiales entre la Constitución y el Convenio Europeo, lo que, según STONE SWEET, los vuelve difícilmente dissociables. Así ve que en España, el TC hace cumplir el Convenio Europeo en sinergia con los derechos fundamentales, pudiendo derogar leyes que violen el CEDH *per se* inconstitucionales al interpretar los derechos fundamentales a la luz de la CEDH, siempre que sea posible; y se haya ordenado a los tribunales aplicar la jurisprudencia del TEDH, como una cuestión de obligación constitucional. El incumplimiento de tal obligación constitucional por el Poder Judicial, habilitaría los individuos a apelar directamente al Tribunal por reparación. Vid. STONE SWEET, S., “From the Point of...”, op.cit. p. 23.

de establecer un mandato convencional limitativo de los márgenes nacionales de decisión, como se ha explicado¹¹⁹⁷. En ese sentido, los mandatos convencionales no se interpretan de forma autónoma sino a través del imperativo constitucional de interpretación conforme, aunque de su incardinación no se puede predicar que sea, primariamente, por la radicación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo en la del TC¹¹⁹⁸.

En efecto, en la sentencia TS del llamado *caso Barajas*¹¹⁹⁹ la Sala de los Contencioso Administrativo reconoció que el artículo 10.2 CE imponía la obligación de tomar en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Europeo a la hora de resolver el recurso presentado; por lo que retoma la doctrina del TEDH expuesta en el caso *Moreno Gómez vs. España*, sentencia de 16 de noviembre de 2004, no considerada en la sentencia recurrida; para dar lugar al recurso y estimar la violación al derecho a la intimidad domiciliaria. La relevancia de tal apreciación, como sostiene CANOSA USERA, radicaba en la aplicación de la doctrina del TEDH que no había sido aplicada por el TC; de forma que desestimaba que la aplicación de la jurisprudencia europea estuviese precedida por la previa recepción del TC¹²⁰⁰.

4.2.1 El rechazo a la “traslación mimética” de la jurisprudencia europea

El TC ha sido consistente en reconocer el valor interpretativo que, por virtud del art. 10.2 CE, adquiere la doctrina del Tribunal Europeo en la interpretación y tutela de los derechos fundamentales¹²⁰¹; no obstante, ha negado que ello suponga “una traslación mimética de la jurisprudencia europea, ignorando las “diferencias normativas existentes entre la Constitución Española y el Convenio Europeo de Derechos Humanos”; y, más aún, si con ello implicaría la

¹¹⁹⁷ Aunque, ciertamente, la obligación de resultado derivada del art. 46 CEDH en relación con el deber general del artículo 1 del CEDH llega a superar las previsiones internas relativas a la interpretación conforme. QUERALT JIMÉNEZ, A., “Los usos del canon...”, op.cit. p. 465.

¹¹⁹⁸ Así, refiriéndose al ámbito de aplicación del 10.2 CE, el TC ha establecido que la obligación de interpretación conforme deducida de tal precepto no solo se refiere a “las normas contenidas en la Constitución, sino a todas las del ordenamiento relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas que reconoce la norma fundamental”. STC 78/1982, de 20 de diciembre, FJ4.

¹¹⁹⁹ En la que admite el recurso de casación contra la sentencia que desestimó la vulneración del derecho a la intimidad domiciliaria por el ruido causado por el sobrevuelo de aviones sobre la ciudad Santo Domingo, en la maniobra de aterrizaje en la pista 18 R del aeropuerto de Barajas. Sentencia del TS, Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso Administrativo (recurso de casación No. 1553/2006), del 13 de noviembre de 2008.

¹²⁰⁰ CANOSA USERA, R., “¿Es posible el...”, op.cit. pp. 275- 276.

¹²⁰¹ Por todas, STC 35/1995, de 6 de febrero, FJ 3.

necesidad de demarcar el ámbito del recurso de amparo a los estrictos términos del TEDH¹²⁰². En principio, la diferencia que el TC deduce sobre los ámbitos materiales de protección constitucional y convencional, no implica el rechazo de la doctrina del TEDH, menos la obligación del Estado español frente a los derechos reconocidos en el Convenio, aunque tales no fuesen objeto de amparo. En ese sentido, porque los derechos fundamentales se encuentran configurados en sentido abierto a la influencia externa, propiamente, como lo ha remarcado al TC, a la jurisprudencia europea. En todo caso, la posición del TC se enmarca en la idea del canon mínimo de protección europea y en la pluralidad jurídica en la que se asienta el sistema de garantía europeo, sobre la base de que si bien los criterios interpretativos del TEDH son vinculantes no son inamovibles y pueden ser superados por los tribunales internos, aunque nunca rebajados¹²⁰³.

El valor interpretativo de la jurisprudencia del TEDH no implica, por otra parte, la reversión automática en todo caso, de los precedentes ya establecidos por el TC; sino el ajuste al canon de mínimos establecidos bajo el principio de armonización por mandato constitucional, pero también por la obligación que impone el CEDH a las autoridades españolas¹²⁰⁴. En ese escenario se estima aquí un deber adicional de ponderación de los márgenes de protección con base al principio *favor libertatis*, del que se puede llegar a la estimación contraria del canon mínimo postulado en la jurisprudencia del TEDH; por ello que la valoración interna de la jurisprudencia del TEDH es más acorde a la interpretación conforme que a la verticalidad ineluctable de la jurisprudencia de la Corte IDH en la aplicación del control de convencionalidad¹²⁰⁵. Lo que no desmerece que, como en toda operación interpretativa, la aplicación de los estándares internacionales puede conducir al error y con ello a la inequívoca generación de responsabilidad internacional, bien al amparo del

¹²⁰² STC 119/2001, de 24 de mayo de 2001, FJ 6. Aunque en algunas situaciones el TC se limita a reiterar las referencias a las sentencias del TEDH “sin reparar en los matices que cada decisión pueda presentar” y en otras la actualización de tales referencias “no siempre se corresponden con exactitud con los hechos estudiados en el amparo”. QUERALT JIMÉNEZ, A., “Los usos del canon...”, op.cit. p. 447.

¹²⁰³ QUERALT JIMÉNEZ, A., “Los usos del canon...”, op.cit. p.438. En ese mismo sentido, REMOTTI CARBONELL. J.C., *La Corte Interamericana...*, op.cit. p. 25.

¹²⁰⁴ Así, LÓPEZ GUERRA sostiene que, como línea general, los tribunales españoles interpretan los derechos fundamentales a la luz de su artículo 10.2, aplicando los mandatos del Convenio, incluyendo el referido a la fuerza de cosa interpretada de la jurisprudencia del TEDH. *Vid.* LÓPEZ GUERRA L., “El diálogo entre...”, op.cit. p. 142.

¹²⁰⁵ Tal y como ocurriese en la citada sentencia STC 119/2001 en la que el TC estimará la protección más amplia de la establecida por el TEDH en el asunto *López Ostra*, al reconocer las posibles afectaciones al derecho a la integridad física y moral y a la intimidad domiciliaria frente a daños ambientales (art. 15 y 18. 1 y 2 CE), por el contrario a la acotada formulación del TEDH sobre el derecho a la vida privada y familiar (art.8.1 del CEDH). Lo que a juicio de CANOSA USERA, daba lugar a una protección de “fragmentos del derecho proclamado en el artículo 45.1 CE” (derecho a un medio ambiente adecuado), rebasando los límites de aplicación del amparo fijados en el 53.2 CE. *Vid.* CANOSA USERA, Raúl., “Pretensiones ambientales...”, op.cit. p. 714 y ss.

artículo 10.2 constitucional como por la manifiesta desregulación – o infraprotección interna – de un derecho convencional.

Al tenor de lo anterior, cabe traer a colación aquí el asunto *Valenzuela Contreras*, originado en las escuchas telefónicas ordenadas por un juez de instrucción de Madrid, con base en el artículo 18.3 CE (derecho del secreto de las comunicaciones), y el Título VIII del V.II de la LECrim de ese entonces; pero desprovistas de las salvaguardias de la doctrina del TEDH sobre este tipo de interferencias, ya establecidas en el asunto *Malone vs. Reino Unido*. Como cabe recordar, las escuchas telefónicas fueron ordenadas por el juez de instrucción al margen de los criterios jurisprudenciales del TEDH, tampoco tomadas en cuenta por el TS y TC; sobre la base, según alegó el Estado, del desconocimiento de la jurisprudencia del TEDH al respecto, aunque refiriéndose a los casos *Kruslin* y *Huvin* contra Francia. Como era de esperar, el Tribunal Europeo sostuvo que el argumento del Estado era inaceptable de cara a la obligación asumida por el Estado con el texto convencional¹²⁰⁶, dejando entrever el principio *pacta sunt servanda* para tal efecto, ante lo que no cabía excusar el incumplimiento en la falta de conocimiento de los estándares mínimos desarrollados, menos en circunstancias del Derecho interno. En otras palabras, para el TEDH tanto el juez de instrucción como los demás tribunales habilitados por los recursos de apelación y amparo, TS y TC, debieron conocer y aplicar por igual su jurisprudencia e impedir, en primera instancia, o enmendar, en lo sucesivo, la desprotección originada por la inaplicación de los mínimos deducidos en el asunto *Malone*, que ciertamente pasarían a integrar el contenido esencial de dicho derecho a la luz del 53.1 CE¹²⁰⁷.

A criterio del Tribunal Europeo la legislación aplicada y la interpretación de la misma, a cargo de los tribunales internos, no satisfizo los criterios del test de previsibilidad de la norma, cuya insuficiencia pudo, con anterioridad, ser subsanada a partir de la aplicación de su doctrina. En particular, el TEDH crítica que el TS no hubiese siquiera interpretado la legislación aplicada al momento de los hechos conforme a su jurisprudencia, como sí lo hizo con posterioridad sobre la nueva Ley la Ley no. 4/1988 de 25 mayo, en el auto del 18 de junio de 1992¹²⁰⁸. La constatación de la violación del artículo 8 del CEDH, configurada por la actuación de los tribunales internos al

¹²⁰⁶ TEDH, *Valenzuela Contreras vs. España*, párr.60.

¹²⁰⁷ Eso sí, a partir de la jurisprudencia posterior del TS y el TC al respecto y como consecuencia de la insuficiencia del desarrollo legislativo del citado derecho, como se ha explicado.

¹²⁰⁸ TEDH, *Valenzuela Contreras vs. España*, párr.60.

margen de la jurisprudencia europea, puso así en perspectiva la inequívoca vinculación de la jurisprudencia europea y el CEDH sobre todos los tribunales internos y la obligación de ejercer un control de convencionalidad en toda regla.

4.2.2 El valor interpretativo de la jurisprudencia del TEDH en el control de la actividad legislativa

Es indefectible que el artículo 10.2 CE juega un rol determinante en la aplicación indirecta del CEDH en el parámetro de juicio del TC por la directa aplicación de la jurisprudencia del TEDH. Los vínculos que crea tienen un efecto armonizador de los ámbitos materiales de los cuerpos normativos constitucional y convencional, proyectada, incluso, sobre el resto de normas internas; de allí que su aplicación ha servido para ampliar la cobertura de ciertos derechos fundamentales y controlar la inacción del legislador ordinario frente a los mandatos de concreción constitucional. En esos términos la irradiación de las obligaciones objetivas del CEDH pueden llegar a completar el contenido esencial de los derechos, sin suponer la jerarquía constitucional del tratado ni su integración en el bloque de constitucionalidad¹²⁰⁹, sino por el valor que la doctrina del TEDH ha adquirido en el parámetro de juicio de las normas vía inconstitucionalidad por acción u omisión del legislador¹²¹⁰, pese a la falta de regulación constitucional sobre ésta última¹²¹¹. En éste último supuesto, con mayor claridad porque la necesidad de un control de hecho se vería justificado por

¹²⁰⁹ Así, el TC en diversas sentencias ha sostenido que la remisión del 10.2 a los instrumentos internacionales no implica que *per se* adquieran rango constitucional (STC 28/1991, de 14 de febrero de 1991, FJ5), tampoco que pueda conferir rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por la Constitución, pero “obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución” (STC 36/1991, de 14 de febrero de 1991, FJ5). En un sentido más resumido, el TC ha afirmado que más allá de su incorporación como normas al Derecho interno, aquellos tratados llegan a configurar “de alguna manera el canon de constitucionalidad, aun cuando sin carácter autónomo” (STC 50/1995, de 31 de marzo FJ 4).

¹²¹⁰ “Es evidente, no obstante, que cuando el legislador o cualquier otro poder público adopta decisiones que, en relación con uno de los derechos fundamentales o las libertades que la Constitución enmarca, limita o reduce el contenido que al mismo atribuyen los citados Tratados o Convenios...” (STC 36/1991, FJ5; STC 236/2007, de 7 de noviembre de 2007, FJ5). Incluso el TC ha llegado a sostener la posibilidad de fundamentar una pretensión de inconstitucionalidad de una ley por oposición a un derecho fundamental, sobre la base de los tratados internacionales sobre derechos humanos; puesto que las normas constitucionales que reconocen los derechos y libertades han de interpretarse de conformidad a éstos según el artículo 10.2. Sin que ello convierta al tratado “en medida de la constitucionalidad de la ley examinada, pues tal medida seguiría estando integrada por el precepto constitucional definidor del derecho o libertad, si bien interpretado, en cuanto a los perfiles exactos de su contenido, de conformidad con el tratado o acuerdo internacional” (STC 28/1991, FJ5).

¹²¹¹ Habida cuenta de que la Constitución no atribuye, explícitamente, al TC competencia en materia de inconstitucionalidad por omisión ni se regula un procedimiento ad hoc de declaración de inconstitucionalidad por tal motivo. *Vid.* JIMENA QUESADA, L, “Inconstitucionalidad por omisión...”, *op.cit.* p. 208.

una sentencia de condena del Tribunal Europeo que declare que la ausencia normativa impide la efectiva protección de un derecho fundamental¹²¹².

Este extremo comporta la habilitación del TC, vía recurso de amparo, para enjuiciar la inacción del legislador ordinario en virtud de la aplicación de una ley insuficiente que ha dado lugar a la infracción de un derecho fundamental; el juicio de inconstitucionalidad es sobre la base de la doctrina del TEDH, bien recaída en una sentencia de condena contra el Estado mismo, bien por la irradiación del efecto de la cosa interpretada. En ambos supuestos, la condena del TEDH puede indirectamente estimar un juicio sobre el mandato de concreción no satisfecho de un derecho fundamental también protegido a nivel convencional. Así, la declaración de inconventionalidad prejuzga la inconstitucionalidad de la insuficiencia normativa por los vínculos materiales. En particular, porque el sentido de protección que se proyecta sobre el legislador en este sentido se estimaría no satisfecho *ab initio*, por tanto, una vulneración de la obligación originaria de configuración normativa derivada, en principio, del texto constitucional y replicada en el texto convencional. Así, la idea de protección de los derechos se estima no solo frente a “las acciones perjudiciales de carácter directo, sino también frente a las omisiones realizadas por los poderes públicos”¹²¹³.

En ese escenario, se cree que el valor interpretativo de la jurisprudencia europea, anticipa un diálogo jurisdiccional en el ámbito de los derechos, entre la jurisdicción constitucional e internacional¹²¹⁴. El control de convencionalidad de las normas ejercido por el TEDH puede llegar a

¹²¹² GAVARA de CARA, J. C., “El control de las omisiones del poder público en materia de derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Político*, 2007, núm. 69, p. 118.

¹²¹³ GAVARA de CARA, J. C., *La proyección interna...*, op.cit. p. 90.

¹²¹⁴ Un diálogo propiciado por las cláusulas constitucionales de apertura interpretativa los derechos fundamentales a los tratados internacionales en la materia, del que no solo la CE hace eco, sino otras como la del artículo 16 de la Constitución portuguesa, la Constitución colombiana, argentina y peruana. En estos casos se infiere un sistema de diálogo por vía interpretativa amparado en el reconocimiento de un tribunal internacional, el TEDH y la Corte IDH, que irradian su jurisprudencia a todos los tribunales internos. Sobre esto, y en particular aplicado al caso español. Véase a SANTOLAYA, Pablo., “La apertura de las...”, op.cit. p. 448. Una idea similar es sostenida por GARCÍA ROCA, quien además agrega que el diálogo propiciado por el 10.2 CE, debe fundarse en dos principios: la interpretación *secundum conventionem* y el de un cierto margen de apreciación nacional. *Vid.* GARCÍA ROCA, J., “El diálogo entre el Tribunal de Derechos Humanos, los Tribunales Constitucionales y otros órganos jurisdiccionales en el espacio convencional europeo”, en FERRER MAC-GREGOR, E. y HERRERA GARCÍA (coords). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Tirant lo Blanch, México, 2013. pp. 219-241. Empero, para LÓPEZ GUERRA, tal diálogo se manifiesta en distintas formas, pudiendo ser crítico explícito o implícito por parte de los tribunales españoles respecto a la jurisprudencia del TEDH, o bien implícito ante la falta de obligación de adoptar el criterio del TEDH; sírvase de ejemplos las sentencias del TC donde adopta, pero difiriendo sobre algunos aspectos, la doctrina del TEDH (STC 150/2011); adopta la doctrina sobre la comparecencia del acusado en segunda instancia (STC 167/2002); o cuando el TS, aun aplicando la doctrina del Tribunal de Estrasburgo y del TC, efectúa una serie de

constatar la inconstitucionalidad por omisión¹²¹⁵, más aún si tal tiene como base una condena contra el Estado mismo. El ejemplo que ilustra con mayor claridad esto es la multicitada sentencia *Valenzuela Contreras*¹²¹⁶ por el juicio de la insuficiencia normativa (art. 579 LECrim reformado por Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo) que regulaba la restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (18.3 CE); por cuanto no se ajustaba a las exigencias establecidas por el Tribunal Europeo, sobre el derecho convencional a la vida privada y familiar (art. 8.1 CEDH)¹²¹⁷. Si bien en la estimación del TEDH de la insuficiencia de la norma aplicada prejuzgaba también la inacción del TC y tribunales internos, y que generaba la responsabilidad internacional, también dejaba abierto la declaración de inconstitucionalidad por omisión, cuya declaración fue solo fue posible después de la condena contra España, pese a que los criterios jurisprudenciales que llevo al TEDH a tal conclusión ya habían sido consolidados, principalmente, en las ya citadas sentencias *Malone, Klass, Kruslin y Huvig*¹²¹⁸.

Así pues, en las sentencias STC 49/1999, de 5 de abril y STC 184/2003, de 23 de octubre, el TC adoptaría la tesis del TEDH sobre la insuficiencia normativa declarada previamente¹²¹⁹, para afirmar que de acuerdo a la “doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de nuestros órganos judiciales, debe poner de manifiesto que el art. 579 LECrim adolece de vaguedad e indeterminación en aspectos esenciales, por lo que no satisface los requisitos necesarios exigidos por el art.18.3 CE para la protección del derecho al secreto de las comunicaciones, interpretado, como establece el art.10.2 CE, de acuerdo con el art. 8.1 y 2 CEDH”¹²²⁰. La antinomia constitucional estimada adoptaba la declaración de inconvencionalidad del TEDH y, por ende, el requerimiento señalado por éste al legislador ordinario para enmendar la situación de contrariedad; quien a su

observaciones críticas sobre sus consecuencias (Sentencia del TS de 19 de julio de 2012). *Vid.* LÓPEZ GUERRA L., “El diálogo entre...”, op.cit. p. 143 y ss.

¹²¹⁵ JIMENA QUESADA, L, “Inconstitucionalidad por omisión...”, op.cit. p. 225.

¹²¹⁶ Cuya implicación para el derecho español se ha dispersado de gran manera en el presente estudio de forma que se presenta como un *leading case* en cuanto al control de convencionalidad ejercido por el TEDH.

¹²¹⁷ Violación confirmada nuevamente en el fallo *Prado Bugallo vs. España*.

¹²¹⁸ Con anterioridad, en el caso *Vermeire vs. Bélgica* el TEDH ya había cuestionado la actuación de la Corte de casación belga, por haber aplicado la legislación civil sobre belga en materia de sucesiones y filiaciones que en el caso *Marckx* había estimado inconvencional; pues a su parecer, si bien el Estado gozaba de libertad de medios para cumplir con las obligaciones derivadas de la sentencia, ello no permitía a los jueces internos suspender la aplicación del CEDH a la espera de que las modificaciones fuesen efectuadas. En ese sentido, los jueces debieron adoptar una decisión ajustada a los criterios sostenidos en la sentencia que le precedía. *Vermeire vs. Bélgica*, párrs. 25 y 26.

¹²¹⁹ En efecto, diez meses después de la sentencia *Valenzuela Contreras* el TC – por medio de la sentencia STC 49/1999 – decidió tomar en cuenta la doctrina del TEDH al respecto. De cualquier modo la recepción de la jurisprudencia del TEDH en dichos casos “es no solo inmediata sino también plena” para conducir al TC sostener la contrariedad de la citada legislación con el artículo 18.3 CE. *Vid.* RIPOL CARULLA, S., “Incidencia en...”, op.cit. p. 342.

¹²²⁰ STC 184/2003, FJ5.

bien tendrá, como lo hiciese el TC, observar la jurisprudencia europea al respecto por la vinculación del CEDH a todos los poderes públicos materializada en el 10.2 constitucional¹²²¹.

Por ello que algunos autores han llegado a afirmar que en materia de derechos humanos, cuando se está frente a conflictos normativos entre un tratado internacional y el Derecho interno éste adquiere relevancia constitucional¹²²². En tales supuestos la obligación de los tribunales internos se estima más próxima a la inaplicabilidad de la norma que vulnere el contenido de derechos fundamentales sobre la base interpretativa de los tratados sobre derechos humanos (10.2 CE), y, de ser el caso, proceder a la aplicación directa del tratado en juego o interponer la respectiva cuestión de inconstitucionalidad¹²²³. En este particular, porque la aplicación directa o *self executing* del CEDH en el Derecho español se ve resuelto por el sistema de recepción de los tratados que consagra el artículo 96 CE, que para los tribunales ordinarios significaría que no tiene que esperar a la reforma de una norma incompatible con el tratado, por vía legislativa o por la eliminación de la misma a través de un pronunciamiento del TC, para proceder a la aplicación del tratado; ante lo que solo cabe esperar una “actitud activista” de los jueces para potenciar el efecto directo de los tratados internacionales que posibilita el artículo 96.1 y el artículo 10.2 CE¹²²⁴.

¹²²¹ Así se ha llegado a estimar que por medio de la labor interpretativa del TC vino a suplir deficiencias de la regulación legislativa, y a asegurar la protección de los derechos del Convenio, ante la inacción del legislador. *Vid.* LÓPEZ GUERRA L., “El diálogo entre...”, *op.cit.* pp. 142 y 143.

¹²²² CUENCA GÓMEZ, P., “La incidencia del Derecho...”, *op.cit.* p. 15. Por la relevancia constitucional que adquieren los tratados internacionales en la materia y, siguiendo a Pablo SANTOLAYA, por la obligación jurídico-constitucional que el 10.2 CE impone a los tribunales y a los aplicadores del derecho, incluso, a la totalidad de los poderes públicos incluido al legislador. *Vid.* SANTOLAYA, Pablo., “La apertura de las...”, *op.cit.* p. 449.

¹²²³ CUENCA GÓMEZ, P., “La incidencia del Derecho...”, *op.cit.* p. 15.

¹²²⁴ *Idem.* p. 17.

CONCLUSIONES

Considerando los diversos ámbitos que de forma transversal hemos abordado a lo largo de los cuatro capítulos, hemos considerado pertinente articular las conclusiones a partir de los ejes sobre los que ha girado este estudio: a) El control jurisdiccional de tipo incidental de las normas internas, b) el control de convencionalidad bajo el parámetro de juicio de compatibilidad de las normas internas con el CEDH y la CADH; y c) la proyección interna del CEDH, la CADH y la jurisprudencia de los tribunales regionales en la labor interpretativa de los tribunales nacionales.

a) El control jurisdiccional de tipo incidental de las normas internas

Primera: El Tribunal Europeo y la Corte Interamericana han sido instituidos como los máximos intérpretes del Convenio Europeo y la Convención Americana respectivamente, lo que además los convierte en los titulares únicos del control de los actos y las normas internas de los Estados partes de aquellos tratados. En ese sentido, hablamos de un control de naturaleza jurisdiccional – por definición de los mismos tribunales – llevado a cabo en un proceso internacional contradictorio entre las partes – víctima(s) y Estado(s) y Estados contra Estados –, y que en el Sistema Interamericano cabría agregar a la CIDH, como elemento diferencial del acceso directo de la víctima al TEDH. El control de las normas internas funciona bajo ciertos presupuestos formales similares que comprenden la competencia material, temporal, personal y territorial; determinada por el ámbito de aplicación de los dos textos convencionales. Asimismo, como por la satisfacción de unos requisitos de admisibilidad de las demandas, y como expresión del carácter subsidiario de los sistemas de garantía instituidos, representado en el agotamiento de los recursos internos.

La similitud entre el TEDH y la Corte IDH, en ese sentido, no es casual sino consecuencia de la influencia del CEDH en la CADH y en el mecanismo institucional creado a semejanza del originalmente instituido en el Sistema Europeo, que no obstante, en la actualidad se ha visto desequilibrado por el establecimiento del TEDH como tribunal único, con las reformas introducidas por el Protocolo Adicional No. 11, y por una reestructuración funcional con las reformas del Protocolo Adicional No. 14 al CEDH.

Segunda: Como expresión del control jurisdiccional ambos tribunales resuelven los conflictos normativos presentados a través de sentencias definitivas, obligatorias e inapelables, con las que las partes deben conformarse. En este sentido destacamos las sentencias como un elemento diferenciador de los demás sistemas de supervisión de los mecanismos institucionales de protección de derechos humanos creados por la ONU, de las que además acentuamos su naturaleza declarativa con contenidos condenatorios, generadores de efectos directos e indirectos sobre los Estados condenados y terceros, respectivamente.

Adicionalmente a la naturaleza declaratoria de las sentencias de ambos tribunales, creemos que en la actualidad éstas albergan contenidos condenatorios similares sobre las cuestiones resueltas por los tribunales, que son expresados en términos de reparación de los daños emanados de las violaciones constatadas. No obstante, el amplio contenido de las sentencias del TEDH es una consecuencia de la evolución jurisprudencial y los cambios normativos. En efecto, desde sus primeros fallos (*Marckx*) el TEDH evitó pronunciarse más allá de la declaración de violaciones constatadas y la satisfacción equitativa, dejando a la libre elección del Estado la posibilidad de ofrecer otras medidas generales o individuales. Mientras la Corte IDH, desde sus inicios, se ha caracterizado por extenderse sobre la simple declaración de violación y establecer diversas medidas para reparar los daños derivados en diversos ámbitos -pecuniario y no pecuniario-; con algunas excepciones, como es la del caso *Genie Lacayo vs. Nicaragua*, en la que se expresaría en términos similares al TEDH para solo conceder una indemnización compensatoria a la víctima.

Por otra parte, la variación de las sentencias del TEDH ha pasado de la imprecisión para plasmar en la parte resolutive la medida pertinente tendente a restituir un derecho, como ocurriese en el caso *Barberá Messegué y Jarabo vs. España*; para encaminarse a la asunción de la tesis de la *restitutio in integrum* a partir del caso *Papamichelopoulos vs. Grecia* y explicitar las medidas individuales de las que depende el restablecimiento de las cosas a antes de la violación; como más recientemente lo expresaría en el asunto *Del Rio Prada vs. España* respecto a la medida individual establecida. En este mismo escenario, aunque bajo el procedimiento de *pilot judgment*, se ha podido verificar la ampliación de contenidos sobre las medidas generales – modificaciones legislativas – para enmendar una situación sistemática de violación de derechos; debido a los problemas estructurales o por disfunciones en los sistemas normativos de los Estados, en particular, desde la sentencia *Broniowski vs. Polonia*. Si bien estos ejemplos ratifican el cambio en la forma que

tradicionalmente ha resuelto el TEDH, solo podría asegurarse cierta uniformidad de criterios de aplicabilidad en aquellos resueltos bajo el procedimiento de *pilot judgment*. De modo que no es infrecuente encontrarse con sentencias meramente declarativas y otras con contenidos condenatorios – generales o individuales – para restituir un derecho. Por tanto, no se puede decir que en la actualidad las sentencias del TEDH sean meramente declarativas, como lo sostuvo dicho tribunal antes de las reformas introducidas por los protocolos 11 y 14. Un criterio que los tribunales españoles comparten no solo respecto a la cuestión sostenida sobre la naturaleza declarativa, sino también ejecutiva de las sentencias del TEDH, incluso, con anterioridad a la reforma del artículo 46.1 del CEDH. Lo cual queda reconocido con la recién adoptada Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que crea el cauce legal, recurso de revisión, para dar cumplimiento a las sentencias del TEDH.

Tercera: El control jurisdiccional de ambos tribunales también alberga diferencias en virtud de unas desigualdades acentuadas por aquellos cambios estructurales y funcionales introducidos por los citados protocolos adicionales al CEDH, entre los que cabe destacar la supresión de la Comisión Europea, la reforma de las atribuciones del Comité de Ministros, la instauración del TEDH como tribunal único y la creación de Salas, Gran Sala, Comités y jueces únicos, para la resolución de casos presentados. Mientras la Corte IDH se mantiene inalterada bajo una formación simple integrada por los jueces interamericanos, bajo la que resuelven de forma conjunta las cuestiones preliminares, fondo y reparaciones en una misma sentencia. Por el contrario, el TEDH emite diversas resoluciones y sentencias a través de aquella configuración funcional que se expresan en los contenidos vertidos en dependencia de la relevancia de los casos o de su admisión o inadmisión. En este sentido, las sentencias de la Sala y Gran Sala albergan un mayor desarrollo jurisprudencial que las demás sentencias y resoluciones de las otras instancias, por la relevancia convencional de los asuntos que resuelven.

Por otra parte, cabe destacar la competencia contenciosa voluntaria de la Corte Interamericana, sujeta a la aceptación de la cláusula facultativa del artículo 62.1 de la CADH, como elemento diferencial de la competencia obligatoria del TEDH establecida por el Protocolo No. 11. Esta diferencia resulta determinante para el control jurisdiccional de los actos y normas internas de ambos tribunales, pues de ello depende despliegue de la función judicial sobre todos los Estados

partes del CEDH y CADH. Por tales desigualdades el control de convencionalidad de la Corte IDH, a diferencia del TEDH, no se ejerce sobre todos los Estados partes de la CADH, sino solo sobre aquellos que han aceptado su competencia. Adicionalmente, el control interamericano tampoco se estima aplicable a los Estados miembros de la OEA que no han ratificado el tratado, como sí sucede respecto al CEDH; aunque cierto es que la competencia del TEDH no se extiende automáticamente sobre los derechos agregados por los protocolos adicionales al CEDH, cuando dichos instrumentos no han sido ratificados por los Estados partes. De modo que si bien el control del TEDH se erige sobre todos los Estados partes del CEDH y miembros del Consejo de Europa, cierto es que su aplicación se ve limitada a los Estados que han ratificado los protocolos que complementan los derechos recogidos en el Convenio Europeo. Así, por ejemplo, hasta el 2009 España no había ratificado el Protocolo 4 y 7, mientras Suiza sigue sin ratificar el Protocolo 4, y Los Países Bajos y Alemania del Protocolo 7.

En ese mismo sentido, la proyección de la CADH y la función armonizadora de la jurisprudencia de la Corte IDH no se erige sobre todos los Estados partes de la OEA, aunque la protección de los derechos se vea complementada sobre aquellos Estados por la aplicación de la Declaración Americana por la CIDH. Así pues, se colige que no todos los Estados partes de la CADH están sujetos al escrutinio internacional de sus sistemas jurídicos internos a la luz de la Convención Americana ni de los instrumentos especializados; lo cual se ha visto agravado con el retiro de la competencia de la Corte IDH de Trinidad y Tobago en 1998 y Venezuela en 2012. En el caso concreto de Nicaragua habría que decir que el control de la Corte IDH no incluiría aquellos instrumentos especializados aún no ratificados, a saber, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Convención Interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia y la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia.

Cuarta: El control de las normas internas está normativamente fundado en las regulaciones generales del Convenio Europeo y la Convención Americana sobre la competencia del TEDH y la Corte IDH, “para asegurar el respeto de los compromisos asumidos” por los Estados (art. 19 CEDH) y para “conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes” (art. 33 CADH), aunque desprovista de una mención expresa sobre las normas internas controlables. En ese sentido, el control practicado sobre las disposiciones internas

ha sido desarrollado en la jurisprudencia del TEDH y la Corte IDH, a partir de la comprensión del Derecho interno como “actos”, en este caso actos normativos, por los que un Estado puede incumplir las obligaciones asumidas con dichos tratados. Así, la conducta estatal es asimilada en su conjunto dentro de la noción de actos y omisiones, que ante las diversas formas de manifestación del poder público – poder judicial, legislativo y ejecutivo –, comportan una diversidad, entre las que incluyen las disposiciones que integra el sistema jurídico interno de un Estado. En esa orden, tanto la acción como la omisión – inacción – de las instancias legislativas de cada Estado entra dentro de la misma categoría de los actos u omisiones justiciables a la luz de los tratados.

Quinta: Al tenor de lo anterior, además, se considera que las disposiciones 19 y 33 del CEDH y la CADH no permiten extraer conclusiones sobre el límite y el alcance del citado control de las normas internas, lo que solo es posible deducir desde la jurisprudencia del TEDH y la Corte IDH. En efecto, los dos tribunales han aclarado que los ámbitos materiales del control jurisdiccional incluyen el Derecho escrito y no escrito, según la tradición continental y del *common law*; y en particular, la Corte IDH se ha referido a las leyes ordinarias y las propias constituciones políticas como normas que integran el Derecho controlable. Así pues, el control del Derecho interno se cierne sobre la actividad legislativa del Estado, del legislador ordinario y del constituyente; así como de todas las regulaciones producto de delegaciones reglamentarias (decretos, reglamentos, ordenanzas). Una caracterización de Derecho controlable que identificamos como mayor claridad en la jurisprudencia interamericana que la europea, donde el TEDH ha evitado construir una teoría general sobre el control de las normas como lo ha hecho la Corte IDH desde las opiniones consultivas y en diversas sentencias definitivas.

En todo caso, ambos tribunales comportan elementos similares para la activación de su función judicial que se refuerzan en un diálogo jurisdiccional horizontal, especialmente de la Corte IDH citando la jurisprudencia del TEDH; para comprender los alcances de las disposiciones convencionales y de su propia competencia, en este caso, para aclarar la proyección del control de convencionalidad sobre las diversas normas internas.

Sexta: En principio, el control de las normas internas tiene lugar cuando éstas entran en conflicto con el marco sustantivo del CEDH y la CADH en un caso concreto elevado ante los tribunales regionales, con base en el sistema de demandas individuales e interestatales; por virtud de la

deficiencias de las mismas para garantizar un derecho, como también ante la falta de regulaciones – omisión – para asegurar su ejercicio y respeto. Por tanto, se trata de un control incidental fundado en la confrontación normativa en supuestos de violaciones de los derechos reconocidos en los tratados. A diferencia del control jurisdiccional de los actos no normativos, a rasgos generales, la simple expedición o promulgación de una ley no sería constitutiva de violaciones a dichos textos; por lo que se exigirá la aplicación de la ley o disposición cuestionada a una situación concreta y la generación de una afectación negativa a los derechos reconocidos no reparada a nivel interno.

Séptima: El control de las normas internas, entonces, se expresa como una categoría dentro del control jurisdiccional de los actos no normativos; que por la singularidad del contenido genérico de las normas y los márgenes de restricción – mediante ley – que el CEDH y la CADH prevén de ciertos derechos limitables, el control de tales limitaciones se vuelve necesario para asegurar el objeto y fin de esos tratados. En ese sentido, el control de las normas se erige sobre criterios interpretativos de ponderación bajo el principio de proporcionalidad, y otros de los que se sirve la producción normativa, como la división de poderes, el principio democrático, la seguridad jurídica, la previsibilidad y accesibilidad de las normas.

Octava: Del estudio comparativo de la jurisprudencia europea e interamericana hemos identificado un control de las normas internas *in concreto* e *in abstracto* bajo la competencia contenciosa de ambos tribunales. A diferencia del TEDH, la Corte IDH es además competente para practicar un control *in abstracto a priori* y *a posteriori* de las normas bajo su competencia consultiva. Así, el control *in concreto* ha sido identificado en la jurisprudencia y la doctrina como aquel que se ejerce sobre situaciones específicas donde la aplicación de una norma interna ha generado una afectación particular a un derecho o derechos protegidos en el CEDH y la CADH; de modo que para su operatividad se exige la aplicación de la norma en la situación particular alegada y la existencia de un daño constatable. Por el contrario, el control *in abstracto* adquiere una aplicación excepcional ante diversos escenarios donde la presunta aplicación de la norma pueda generar una afectación o un daño a víctimas potenciales. Así pues, se refiere a una situación hipotética de vulneración que, por los derechos en juego y la presunción real del daño, vuelve necesario el control excepcional de las instancias jurisdiccionales. En el ámbito interamericano este tipo de control cuenta con un particular desarrollo jurisprudencial que ha discurrido al

examen de leyes estimadas “leyes de aplicación inmediatas”, identificadas con las conocidas leyes de amnistía, consideradas *per se* violatorias de la CADH.

Por su parte, el control *in abstracto* realizado bajo la competencia consultiva de la Corte IDH, a diferencia del ejercido en el ámbito contencioso, es *a posteriori*, como consecuencia de la redacción del artículo 64.2 de la CADH para emitir opiniones consultivas sobre leyes en vigor; y *a priori*, por la interpretación extensiva de dicha disposición para proyectarse sobre las fases de producción normativa, en particular, en la elaboración de las normas. De manera tal que ha hecho posible el control de proyectos legislativos, incluso, de proyectos de reformas constitucionales. En cuanto al ámbito europeo habría que decir, que si bien se ha estimado que tal categoría de control no fue prevista en el CEDH y, por ende, las leyes internas han estado ausente de las materias sobre las que el TEDH puede emitir opiniones consultivas; también hemos estimado la eventualmente incorporación de aquella categoría cuando el Protocolo Adicional No. 16 entre en vigor, por virtud de la ampliación de las facultades del TEDH, en su disposición primera, para emitir opiniones consultivas sobre normas internas de las que depende un fallo bajo la figura de la cuestión prejudicial.

b) El control de convencionalidad bajo el parámetro de juicio de compatibilidad de las normas internas con el CEDH y la CADH

Novena: Así como el CEDH y la CADH no regulan los actos y omisiones que serían objeto de control jurisdiccional, tampoco expresan el parámetro de juicio de su eventual contrariedad, a saber, la compatibilidad. De manera que tal parámetro es también producto de la labor interpretativa del TEDH y la Corte IDH, y de aplicación uniforme a los conflictos suscitados por contrariedades normativas. Por otra parte, al tratarse de conflictos normativos deducimos la incompatibilidad como elemento habilitante del citado control, también aplicable a los supuestos de control *in abstracto a priori* y *a posteriori* en materia consultiva. Por lo que la (in)compatibilidad también la expresamos en términos de convencionalidad o inconvencionalidad en alusión al paralelismo de la actividad jurisdiccional de los tribunales regionales con los sistemas concentrados de control de constitucionalidad – en referencia a una norma constitucional o inconstitucional –. Una expresión terminológica que no supone un cambio en la aplicación de los parámetros de juicio, sino para

referirnos indistintamente sobre la compatibilidad o incompatibilidad de una norma con el CEDH y la CADH.

Décima: El escrutinio internacional de los actos adopta el mismo parámetro de juicio de compatibilidad con el CEDH y la CADH, en supuestos de control normativo por acción u omisión. En términos generales no se estima incompatible *per se* el acto mismo de aprobación o expedición de una norma presumiblemente violatoria, sino su aplicación a una situación concreta generadora de un daño (control *in concreto*), o ante su eventual aplicación bajo los presupuestos explicados (control *in abstracto*). Así pues, la estimación de incompatibilidad de una norma implicaría un juicio no autónomo al del acto generador de responsabilidad, es decir, al que aplica la norma conflictiva; porque sus efectos negativos se estiman materializados en la necesaria concurrencia de actos posteriores (*Yatama vs. Nicaragua*). Una situación similar sucede ante la ausencia normativa, como consecuencia de la inacción del legislador o del constituyente, donde el acto violatorio e incompatible estimado sería el que surge amparado en el vacío legal, por el incumplimiento de un mandato de concreción –armonización normativa – (*Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni y Valenzuela Contreras*), como el artículo 2 de la CADH y los deducidos del 1 del CEDH.

Decimoprimer: Si en aquellos aspectos ambos tribunales parecen ejercer un control similar de las normas, la analogía resulta limitada en supuestos de aprobación de leyes *per se* inconvencionales, donde la Corte IDH a diferencia del TEDH ha desarrollado una teoría a la luz del artículo 2 de la CADH. Así, para la Corte la expedición de leyes que contienen regulaciones excesivamente restrictivas o privativas de ciertos derechos convencionales (*Gelman, Barrios Altos*)-, implican el incumplimiento *ab initio* del artículo 2 de la CADH. De ese modo su incompatibilidad comporta un juicio autónomo a la luz del artículo 2 de la CADH al constituir el acto generador directo de violaciones a los derechos.

Tal afirmación aparece como un elemento distintivo del control jurisdiccional de la Corte IDH no comprobado en los supuestos estudiados en las sentencias del TEDH como violaciones autónomas a las obligaciones generales. En parte, creemos, por la falta del desarrollo jurisprudencial de una teoría general de las obligaciones generales a partir del artículo 1 del CEDH, como lo hace la Corte IDH en relación al art. 1.1 y art. 2 del CADH en conexión con los derechos sustantivos. En efecto, el

TEDH comprende las obligaciones generales dentro de cada derecho sustantivo, de manera que en el examen de los supuestos de conflicto normativo implícitamente comprende los mandatos de hacer o no hacer. Así pues, las estimaciones de incompatibilidad en la jurisprudencia europea no son comprendidas dentro de un ámbito de exigencia autónomo a las violaciones comprobadas en los casos sometidos.

Decimosegunda: Si bien el control de convencionalidad de las normas internas contempla el examen de compatibilidad de las mismas a la luz de los tratados, a diferencia de los tribunales constitucionales, el TEDH y la Corte IDH no resuelven los conflictos con el efecto de expulsar la norma del Derecho interno como lo hacen aquellos en el control de constitucionalidad de las normas. En ese sentido, el control se enmarca dentro de un sistema de garantía previsto para la protección de los derechos reconocidos en los textos, sobre la base de supuestos de violación a los mismos y el incumplimiento de las obligaciones objetivas. Así, la finalidad última es amparar a la víctima de las violaciones constatadas en la exigencia de restituir los derechos vulnerados, de ser posible, y sustitutivamente compensar sus daños. En ese sentido, la restitución puede depender de la modificación de una norma declarada incompatible, la que también puede ser exigida para prevenir la repetición de tales violaciones.

Decimotercera: De acuerdo a la práctica constante de ambos tribunales, la modificación legislativa aparece como un elemento concurrente en la jurisprudencia europea e interamericana en supuestos de contrariedad o insuficiencia normativa –como medida de reparación –, aunque sin llegar a contener exigencias o mandatos concretos sobre determinados poderes públicos. La declaración general sobre éstas medidas, creemos, se debe a que el control jurisdiccional se erige sobre los actos y omisiones del Estado como un todo, y no particularizado sobre la actividad de los parlamentos nacionales o las delegaciones reglamentarias. Pese a ello, consideramos que por la naturaleza de los actos normativos las medidas legislativas requeridas recaen directamente en la actividad legislativa de aquellas instancias nacionales, según la competencia y atribuciones de cada Estado.

Un ejemplo de ello puede verse en las medidas legislativas exigidas al Estado de Nicaragua en los casos *Yatama* y *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, que según las regulaciones internas su adopción estaba en manos de la Asamblea Nacional, en concreto, del legislador ordinario y el

constituyente. Lo mismo se puede deducir de las consideraciones sostenidas por el TEDH en el caso *Valenzuela Contreras* sobre la estimación de insuficiencia del artículo 579 de la LECrim de 1882; y más tarde, en *Padro Bugallo* para afirmar la labor incompleta – insuficiente – del legislador del nuevo artículo 579 por la Ley No. 4/1988 que reformaba aquel artículo. También resultado de la remisión directa del TC y el TS al legislador para su enmienda. Aunque cierto es que en *Coban vs. España* el TEDH daría por bueno el cambio jurisprudencial del TC y el TS para complementar los vacíos legales declarados en *Padro Bugallo* y no enmendados por las autoridades legislativas españolas, no sin estimar que lo deseable en tal circunstancia era la modificación legislativa.

Un supuesto que la Corte IDH no parece contemplar, según se pronunció en la etapa de supervisión de cumplimiento del caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, ante la insuficiencia declarada sobre la reforma al Código Penal adoptada, respecto al artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; y exigir su adecuación a la luz de la disposición segunda de la CADH. En este sentido, el rigor normativo de la disposición segunda, a diferencia del artículo 1 del CEDH, termina configurando un sistema más estricto de supervisión de las modificaciones normativas exigidas, claramente identificadas con la actividad legislativa de los parlamentos nacionales.

Decimocuarta: Como elemento diferenciador del control jurisdiccional de ambos tribunales se destaca el lenguaje o discurso terminológico que suelen emplear para declarar las incompatibilidades normativas. Mientras la Corte Interamericana ejerce un control judicial sin aristas sobre las normas internas – constituciones políticas, leyes, reglamento, decretos –, dentro de una definición del material controlable, del mismo modo lo hace para declarar su incompatibilidad y exigir su enmienda como medida de reparación; el TEDH adopta una posición más prudente respecto al control de las normas internas, y en especial de las disposiciones constitucionales, aunque por ello no se infiere que niegue su competencia para expresarse sobre aquellas. La misma posición del TEDH es también perceptible en la declaración de las presuntas contrariedades en términos de incompatibilidad y para declarar o exigir las medidas generales que podrían tener lugar. Esta distinción discursiva ha llevado a diversos autores a aproximar a la Corte IDH al ejercicio de un control análogo al de constitucionalidad, por las consecuencias directas en los grados de exigibilidad al Estado concernido para enmendar las incompatibilidades normativas; por un control comedido del TEDH pese a no verse impedido desde el CEDH al respecto. En efecto,

creemos que tal asunción es verificable no solo en los criterios sostenidos en los casos concretos, sino con mayor claridad a partir de la construcción jurisprudencial del “control de convencionalidad” que la Corte IDH ha trasladado a las autoridades internas como una obligación para asegurar los efectos propios de la CADH.

Decimoquinta: En la línea de lo anterior, creemos que aquella diferencia discursiva se manifiesta también en la forma en que los contenidos reparadores de las sentencias son explicitados. Cuando la Corte IDH se expresa sobre las reparaciones de las violaciones, a partir de una declaración de contrariedad normativa, lo hace para exigir una reforma, una derogación o modificación de una norma declarada incompatible. Así, por ejemplo, en el caso *Yatama* contra Nicaragua, como también lo hizo en el caso *La última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile* y los dos casos *Boyce y Dacosta Cadogan* contra Barbados, la Corte IDH declaró la incompatibilidad de ciertas disposiciones constitucionales con la CADH, y del mismo modo estableció su reforma como garantía de no repetición de las violaciones derivadas de tales incompatibilidades. Por el contrario, ante la ausencia de una declaración explícita de incompatibilidad, como sucede en la práctica habitual del TEDH, tampoco concurre la consecuencia lógica para exigir o declarar la modificación legislativa.

En efecto, en los casos sometidos contra España no se identificó ninguna sentencia donde el Tribunal Europeo se pronunciara, ni declarara en la *ratio decidendi*, las contrariedades constatadas en términos de incompatibilidad sobre las normas enjuiciadas a la luz del CEDH; en particular, en aquellas donde llegó a practicar un control jurisdiccional *directo* sobre las normas internas, por ejemplo, *Valenzuela Contreras y Padro Bugallo*. La diferencia atribuida no creemos que se entienda en la falta de sistematización terminológica, sino en una acusada falta de claridad de los asuntos resueltos por las inconexiones en el razonamiento integral de toda la sentencia en el control jurisdiccional. Una situación de la que el Comité de Ministros tomaría nota para recomendar al TEDH resolver con mayor precisión sobre las cuestiones generales abordadas en las sentencias, con el objeto de poder desarrollar con mayor efectividad la supervisión de la ejecución de las mismas, y que los Estados pudiesen encontrar una respuesta concreta a los problemas identificados por el Tribunal en los sistemas jurídicos internos.

Una muestra de ello puede ilustrarse en el caso *Belgian Linguistic vs. Bélgica* de 1970, cuando el TEDH llega a declarar la incompatibilidad del artículo 7.3 de Ley belga de 2 de agosto de 1963 en los fundamentos jurídicos, luego precisado en la parte dispositiva de la sentencia señalando que la disposición interna en cuestión “no cumple con los requerimientos” del artículo 14 del CEDH leído en conexión con el párrafo primero del artículo 2 del Protocolo Adicional No.1, pero sin llegar a pronunciarse sobre las modificaciones legislativas que tendrían lugar a partir de la contrariedad normativa constatada. Por el contrario, en el caso *Oliari and Others vs. Italia* de 2015, el TEDH, si bien llega a declarar la violación al artículo 8 del CEDH ante la inacción – omisión – del legislador de proveer un marco legal que regulara la situación de las parejas del mismo sexo; establece con mayor claridad -en la parte de las reparaciones (art.41)- la obligación del Estado de adoptar las medidas generales -medidas legislativas- e individuales necesarias para garantizar dicho derecho, con base en el artículo 46 del CEDH. No obstante, tal declaración no fue incluida en la parte dispositiva de la sentencia como sí lo fue la medida de satisfacción equitativa concedida en la misma sección sobre las reparaciones. Dos casos con una diferencia temporal significativa que, además, ponen de manifiesto la evolución jurisprudencial en esta materia, en un antes y después de las reformas traídas por los protocolos adicionales mencionados.

Decimosexta: Al tenor de lo expresado arriba, creemos que la incongruencia en la correspondencia entre la *ratio decidendi* y la parte dispositiva de las sentencias del TEDH, si bien influido por la poca claridad con la que se expresa cuando resuelve asuntos similares, especialmente, cuando de las violaciones constatadas se espera la adopción de medidas generales; esto puede ser explicado desde la limitada concepción del TEDH sobre sus potestades para establecer medidas generales e individuales de reparación en virtud del actual artículo 41 del CEDH (anterior artículo 50). En concreto, porque desde sus inicios ha asociado la satisfacción equitativa con la indemnización compensatoria, que le ha llevado a omitir expresarse sobre las reparaciones en un sentido genérico; y, por ende, para establecer medidas distintas a la satisfacción equitativa en la parte dispositiva de la sentencia, como se pudo comprobar en los casos antes señalados.

De hecho, es apreciable que en los casos que excepcionalmente concedió medidas generales e individuales lo hizo con base en el artículo 46 del CEDH – por ejemplo en *Oliari and Others vs. Italia* –, como obligaciones de resultado derivadas del fallo a ser consideradas y cumplidas bajo el

procedimiento de supervisión del Comité de Ministros; y solo en las sentencias resueltas bajo el procedimiento *pilot judgment* explicitó las medidas generales en la parte resolutive, en virtud de la singularidad de las mismas, y también, porque su cumplimiento estaría supervisado por el mismo TEDH. No obstante, ello no explica la aparente falta de razonamiento sistémico en todo el cuerpo de la sentencia, por la discordancia entre lo resuelto y los considerandos, aunque no necesariamente sobre las peticiones de las partes, lo que concluimos sobre los demás casos identificados con el control *indirecto*. Esta irregularidad podría explicarse en un tecnicismo del TEDH o como un rezago de las prácticas asumidas con anterioridad a las reformas introducidas por el Protocolo No. 14 respecto al artículo 46 del CEDH.

Aunque en la actualidad el TEDH se expresa en términos más amplios en todas las cuestiones que resuelve, cierto es que aún no llega a proyectarse sobre todos los ámbitos que pueden verse afectados por las violaciones, al menos no con la misma intensidad y lenguaje característico de la Corte IDH, quien así lo hace por virtud de la redacción del artículo 63.1 de la CADH. Una diferencia que adicionalmente la doctrina ha atribuido, y que compartimos, a las desigualdades socio-políticas de los Estados del continente americano con el europeo, que marcaron la labor judicial de ambos tribunales en sus inicios; lo que puede verse ilustrado en los asuntos resueltos por ambos tribunales en sus primeras sentencias; pero también en la madurez de las instituciones democráticas en la integración regional en torno a unos derechos de origen universal; que por el lado interamericano ha exigido una actuación más audaz de la Corte IDH para reparar los vestigios de los regímenes dictatoriales en diversos países de América Latina.

Decimoséptima: En adición a lo anterior, habría que decir que a la par de una variación jurisprudencial del TEDH sobre el control de las normas internas y la existencia de unos problemas de concordancia de forma y de fondo de sus fallos, así como por una rigidez de la Corte IDH en el ejercicio de sus atribuciones jurisdiccionales; se configura un control jurisdiccional europeo heterogénea y flexible, por un control estricto de su par interamericana. Mientras el TEDH se caracteriza por la ambigüedad terminológica sustentada en la asunción de libertad de medios de los Estados para cumplir las sentencias; la Corte IDH se proyecta con un lenguaje más propio de un Tribunal Constitucional en la resolución de los conflictos normativos, en la asunción implícita, de un rol de constructora de una cultura e integración regional a través de los derechos, ante la evidente debilidad constitucional de los Estados. Y, a lo que cabría agregar, por la inestabilidad de

las instituciones democráticas – en ciertos países como Venezuela y, más recientemente, en Nicaragua – sobre las que proyecta el principio democrático en el que se asienta el sistema de garantía.

En ese sentido, asistimos a un control de convencionalidad en diversos grados, con diversos lenguajes y terminología, aunque con fundamentos normativos similares y bajo el amparo de los mismos principios interpretativos del Convención de Viena – buena fe y objeto y fin de los tratados –, y de los principios generales sobre la responsabilidad internacional de los Estados; como también de ciertos principios interpretativos de las tradiciones constitucionales, como la proporcionalidad o *favor libertatis*, o bien técnicas interpretativas compartidas por las cláusulas de apertura, y otros más propios de su naturaleza como el principio evolutivo. A lo que se añadiría otros elementos interrelacionados con los textos convencionales y la práctica judicial de ambos tribunales, tal como la pluralidad jurídica de los Estados en que integran el CEDH y una mayor homogeneidad normativa condicionada por unas circunstancias socio-políticas e institucionales cambiantes en cuanto al Sistema Interamericano. La confluencia de elementos externos, en todo caso, sirve factores de influencia sobre la integración de los textos convencionales y de la jurisprudencia de ambos tribunales en los sistemas jurídicos internos donde se proyectan, bien para reforzar o disminuir su interrelación con los sistemas constitucionales, y en el mismo sentido, sobre los ámbitos de incidencia de los tribunales regionales.

Decimoctava: En el marco de la heterogeneidad, flexibilidad del control de convencionalidad identificado en las diversas sentencias del TEDH y de rigidez del control de la Corte IDH, hemos comprobado diferencias que a fin de explicar su incidencia calificamos como control *directo* y control *indirecto* de convencionalidad. En esa tesitura, equiparamos el control *directo* con la rigidez de la Corte IDH, aplicado en los dos casos sobre derecho indigenista contra Nicaragua (*Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni y Yatama*), pero también presente en los casos *Valenzuela Contreras, Prado Bugallo y Arribas Antón* contra España, aunque con ciertas diferencias acentuadas por la presencia de los elementos de incongruencia y de terminología antes explicados; y el control *indirecto* -aplicado en la mayoría de los casos analizados contra España- asociado con la flexibilidad y escaso rigor del cuestionamiento de la actividad legislativa interna, influido por diversos factores, entre los que destaca, los inherentes al litigio mismo de la cuestión, es decir, a la petición de la demanda, a los asuntos sobrevenido a la aplicación de la norma por

criterios interpretación internos, y la inobservancia de la jurisprudencia europea al tenor de las obligaciones derivadas del CEDH.

En efecto, en los casos *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni y Yatama* la Corte IDH basó el examen de los actos y omisiones alegados en las disposiciones internas aplicadas en los casos; por una parte, en relación al primero, ante la inacción del legislador para garantizar los derechos de propiedad de las comunidades indígenas; y por otra, en cuanto al segundo, por la interferencia indebida de ciertas disposiciones constitucionales sobre los derechos políticos y a la protección judicial de la comunidad indígena demandante. En ese sentido, la referencia que se hace al control *directo* de convencionalidad gravita en el exclusivo examen de las normas internas aplicadas, en particular, de los ámbitos de su interferencia o de la afectación derivada de la falta de prescripción de las mismas.

Así, los criterios de la Corte IDH son sobre el contenido de las normas a partir de su previsibilidad y proporcionalidad; aunque en aquellos dos casos, además, adoptaría el parámetro de protección contenido en las disposiciones internas para interpretar el sentido de los derechos de propiedad y políticos reconocidos en la CADH, a través del principio *pro homine* y el criterio evolutivo. A rasgos generales, el control de convencionalidad ejercido en aquellos casos se ajustó a la práctica constante de la Corte IDH, identificado con la rigidez y precisión para examinar las normas a partir de un examen escalonado del principio de proporcionalidad, *pro homine* y por la asunción de la CADH como un instrumento vivo por el criterio evolutivo. Así como para pronunciarse sobre las incompatibilidades y declarar las medidas legislativas para reparar los daños. En ese sentido, el control *directo* de la Corte IDH no adolece de las incongruencias de las sentencias del TEDH, a partir de la falta de concordancia de la parte resolutive con la *ratio decidendi*, como se explicó arriba.

Asimismo, se ha comprobado que en los casos *Valenzuela Contreras y Padro Bugallo* el TEDH realizó un control de convencionalidad *directo* sobre el artículo 579 de la LECrim de 1882, aunque sin referirse a estas en términos de incompatibilidad pero dejando claro su insuficiencia. En efecto, la confrontación normativa tuvo lugar como consecuencia de las alegaciones del demandante sobre la insuficiencia normativa, con base a la que el tribunal interno habría autorizado una medida invasiva del artículo 8 del CEDH, empero, no estimada contraria a la CE en su momento

por el TC. Por ello, que el TEDH examinara la legislación cuestionada a partir del test de proporcionalidad y de previsibilidad de la norma, que le llevaría a declarar su contrariedad respecto al CEDH, aunque sin considerar las medidas generales pertinentes para su enmienda.

En el mismo sentido, se estima el control *directo* practicado en el caso *Arribas Antón vs. España* en el que se analizaría el contenido presuntamente restrictivo del artículo 50 de la LOTC, habida cuenta del planteamiento de la demanda por violaciones derivadas de la citada disposición. Aunque, a diferencia de los otros dos casos, aquí el TEDH terminó considerando la citada disposición no contrario al CEDH a partir de un examen de la proporcionalidad de la misma. En todo caso, el examen de la norma tuvo lugar en curso del proceso internacional por la vía confrontación del contenido de la misma respecto a los límites permitidos por el 6.1 del CEDH; y, contrario a lo sostenido en otros casos contra España, consideró que el mayor formalismo adoptado por el TC no suponía una incompatibilidad con el artículo 6.1 del CEDH.

Por otra parte, creemos que en los casos *Castillo Algar*, *Perote Pellón* y *Cardona Serrat* contra España el TEDH realizó un control *indirecto* de las disposiciones en cuestión aplicadas en aquellos casos, a través del cuestionamiento a los tribunales internos por la interpretación excesivamente restrictiva de las mismas, sobre la base de que una interpretación menos invasiva del artículo 6 del CEDH habría evitado su vulneración, aunque las normas procesales no dejasen lugar a otro escenario. En ese sentido, el TEDH apuesta por ensanchar la rigidez procesal en pro de la garantía de un derecho convencional. La idea se presenta como una revisión de la amplitud de la Ley y de la jurisprudencia interna que avalaba una práctica constante, no estimada además, violatoria de derechos fundamentales por el TC. Así pues, la proyección del control jurisdiccional del TEDH no se limitaba a la interpretación del caso concreto sino a lo que se venía consintiendo al margen del estándar europeo vía protección constitucional, dicho de otra forma, en inobservancia del mandato del artículo 10.2 CE.

Ahora bien, aunque el TEDH no llegó a examinar la incompatibilidad de las normas con el CEDH ello se debió a que su contrariedad no fue alegada por los demandantes, de manera que no había un asunto controvertido por las partes respecto a las normas aplicadas y solo sobre la interpretación restrictiva de éstas, pero que en suma conformaban un subsistema de normas por las que la aplicación de aquellas tenía lugar. Es así, que en la *ratio decidendi* el TEDH dejó entrever

la revisión de la práctica interna sobre su aplicación e interpretación, de conformidad con el canon mínimo de protección establecido en la sentencia.

Una situación similar se pudo comprobar en los casos *Pérez de Rada Cavanilles* y *Miragall Escolano, García Manibardo* y *Díaz Ochoa*, también originados en la interpretación restrictiva de ciertas disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley de Enjuiciamiento Laboral y la Ley Orgánica de Poder Judicial, que terminaron limitando el derecho a un tribunal (art. 6 CEDH). En estos, el TEDH nuevamente se expresaría para examinar la aplicación de las normas internas a través de la jurisprudencia interna; sin que de la declaración de violación se pudiese extraer conclusiones sobre intromisiones ilegítimas al artículo 6.1 del Convenio Europeo, menos, sobre la declaración de incompatibilidad normativa.

Decimonovena: Con base a lo anterior, se comprueba que en los supuestos de control *indirecto* el control jurisdiccional no se ve materializado bajo el supuesto de confrontación normativa, ante la evidente falta de alegaciones sobre la supuesta contrariedad, sino en el cuestionamiento a la interpretación que sobre la normativa interna aplicada han hecho los tribunales internos, en inobservancia del canon mínimo de protección europeo, como se ilustra en los anteriores casos. Una situación que además pone de manifiesto que el cumplimiento de las obligaciones convencionales se cierne sobre todos los tribunales internos, sin que ello medie la canalización de la jurisprudencia europea a través del TC antes de ser aplicada por los tribunales ordinarios. En otra lectura complementaria, el TEDH tampoco adopta una posición congruente con los supuestos de incompatibilidad normativa, como era de esperar, para exigir una determinada acción; por el contrario deja su cumplimiento en la libertad de medios de los Estado para que decida las medidas generales que podrían tener lugar para garantizar los derechos, dejando entrever, incluso, que un cambio jurisprudencial podría ser suficiente si ello conduce a la adopción de su doctrina al respecto, como lo sostuviese en *Coban vs. España*.

Una situación similar ocurre en los casos *San Argimiro Isasa, Otamendi Egiguren, Etxebarria Caballero* y *Arratibel Garcíandia* contra España, conocidos y resueltos por el TEDH en relación a la falta de investigación de los actos de tortura cometidos contra diversos detenidos bajo el régimen legal español de incomunicación, por delitos de terrorismo y asociación a bandas armadas. En los cuales, creemos, que la ausencia del control de la citada legislación se debe a la misma razón

apuntada en los anteriores, esto es, el petitorio de la demanda, con base a la que no se identifica una alegación de su incompatibilidad a la luz del artículo 15 del CEDH, al representar una suspensión de derechos; como sí lo hizo el TEDH en situaciones similares en *Brannigan y McBride vs. Reino Unido*. Ante dichas circunstancias, el TEDH ha aptado por argumentar la verificación de las violaciones de los hechos alegados a partir de las recomendaciones del CPT y del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa sobre los frecuentes actos de tortura presuntamente ocurridos bajo el régimen de incomunicación; pero también poniendo de manifiesto en las sentencias las recomendaciones generales de modificación legislativa pertinentes para enmendar la situación general de vulneración ampliamente denunciada por aquellos órganos europeos.

Si bien el TEDH no logra suscribir ninguna de aquellas recomendaciones generales en la parte dispositiva de la sentencia, su incardinación en la *ratio decidendi* no se estima baladí si se toma en cuenta que la mayoría de las medidas generales surgen de los fundamentos jurídicos y no sobre lo que resuelve. En ese sentido, creemos que si bien el TEDH no se pronuncia sobre la legislación, al adoptar aquellas recomendaciones en las sentencias implícitamente suscribe su pertinencia. A falta de mayor claridad, se asume un control *indirecto* aunque no autónomo sobre la legislación aplicada, sino sobre la base de los asuntos controvertidos en los informes de aquellos dos organismos que ciertamente terminan adquiriendo mayor rigor una vez plasmados en las citadas sentencias.

Vigésima: Otras diferencias han sido apreciadas en la etapa posterior al control jurisdiccional, propiamente, en la del cumplimiento de la sentencia por la vía de supervisión encomendada al Comité de Ministros en el Sistema Europeo y a la misma Corte IDH en el Sistema Interamericano. De acuerdo al estudio comparativo podemos concluir sobre la existencia de dos procedimientos de supervisión con distintos sujetos titulares, diversos fundamentos normativos, y con una intensidad y línea discursiva disímil; que, no obstante, el cumplimiento descansa sobre el mismo principio, esto es, el principio general de buena fe reconocido en la Convención de Viena. En ese sentido, se infieren dos sistemas de supervisión a ritmos distintos sobre una misma finalidad: la reparación de los derechos conculcados.

La supervisión de la Corte IDH se dirige a la inmediata supervisión de las medidas ordenadas, que por la claridad con que son declaradas deducen la acción esperada del Estado y el sentido de las

mismas para reparar los daños o evitar la repetición de las mismas (derogar, reformar, adoptar, según en *Yatama y Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*). Por su parte, el Comité de Ministros se encuentra con la acusada falta de claridad de las sentencias del TEDH sobre las posibles modificaciones legislativas que puedan tener lugar a partir del control de las normas internas. De manera tal que la acción inicial está encaminada a dilucidar si es el Estado condenado se ve obligado a adoptar alguna modificación legislativa, y si es así en cuál sentido. Es por ello que el Comité de Ministros primeramente solicita información sobre las medidas generales o individuales que los Estados han adoptado o contemplan adoptar en el marco del cumplimiento de la sentencia según la libertad de medios de éstos. La información recibida por el Comité es, entonces, producto de la manifestación de voluntad para deducir las acciones que tendrían lugar a partir de los términos generales de las sentencias.

En efecto, en las sentencias analizadas contra España, tanto en las que antecede un control *directo* como *indirecto* de convencionalidad, salvo las relativas a la legislación especial sobre incomunicación, se adoptaron diversas modificaciones legislativas deducidas en la etapa de supervisión de la ejecución de las sentencias. Primero, por la voluntad inicial del Estado de expresar su conformidad con una lectura amplia de la sentencia, incluso, más allá de los términos proferidos por el TEDH; y, segundo, por la labor diplomática del Comité de Ministros para ayudar a los Estados a encontrar respuestas sobre los asuntos no explicitados en los fallos, pero que dejaban entrever asuntos inconclusos a la luz del CEDH y eventualmente incompatibles.

Aunque cierto es que muchas de las leyes reportadas por las autoridades españolas ante el Comité de Ministros eran parte de un proceso de modernización del sistema judicial ya en marcha, como respuesta a los problemas ya identificados y resaltados por el TEDH, especialmente en el caso *Unión Alimentaria Sanders S.A.* Otra muestra de la voluntad estatal, en ese sentido, se evidencia en ciertas reformas legislativas adoptadas por España siguiendo los criterios vertidos en las sentencias condenatorias, que dejó plasmada en la exposición de motivos. Por ejemplo, en Ley No. 9/2003 cuando menciona la relevancia de las sentencias *Castillo Algar* y *Perote Pellón*. Asimismo, la exposición de motivo de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, haciendo referencia a la sentencia *Ruíz Mateos*.

Al contrario, en el Sistema Interamericano se pueden extraer diversas conclusiones sobre el papel de la Corte IDH en la supervisión de las sentencias, como la ineficacia derivada de la no aplicación del artículo 65 de la CADH para informar a la Asamblea General de la OEA sobre el incumplimiento de las sentencias, la insuficiencia de los órganos de la OEA para ejercer presión política para tal fin, así como la efectividad del mismo al margen del principio rector de la buena fe. Sobre esto último se ha evidenciado que aquellas diferencias apuntadas inicialmente – mayor rigor de la Corte IDH que del Comité de Ministros en la supervisión – no se expresan en la práctica como una garantía de cumplimiento de las medidas de reparación ordenadas. Entre otros casos, en *Yatama* el Estado de Nicaragua ha dejado en evidencia la buena fe como principio rector de la efectividad de las medidas generales ordenadas; más allá de la judicialización del mecanismo de supervisión y las exigencias expresadas en las resoluciones de supervisión, incluso, para declarar una nueva transgresión de la CADH, por la vía de las normas reglamentarias que rigen la supervisión del cumplimiento. *A contrario sensu*, en el caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni* el Estado de Nicaragua sí daría cumplimiento a las medidas de reparación ordenadas por la Corte IDH, que si bien sobre el caso mediaba una declaración de responsabilidad internacional del Estado, ello no constituía un indicador de la posterior satisfacción del contenido reparador de la sentencia.

Vigesimoprimera: Al tenor de las ideas sostenidas en esta sección, hemos identificado la concurrencia de ciertos elementos configuradores del control jurisdiccional de las normas internas que nos lleva a concluir que: el TEDH y la Corte IDH como sujetos titulares únicos del control, la incompatibilidad con el CEDH y la CADH como elemento habilitante, el Derecho interno – como expresión de los actos atribuidos a un Estado – como el objeto del control, una finalidad reparadora expresada en dos sentidos: para restituir los derechos conculcados y para prevenir su repetición. También se ha comprobado que los sujetos habilitados para accionar el sistema de demandas difieren, mientras en el Sistema Europeo lo conforman las víctimas y los Estados, en el Sistema Interamericano son restringidos a los Estados y la CIDH. Como último se ha identificado unos límites del control expresados en la falta de atribuciones jurisdiccionales de los dos tribunales para anular o expulsar una norma interna estimada incompatible con el CEDH y la CADH. Así como la concurrencia en ambos de las modificaciones legislativas como la medida idónea para reparar los daños o evitar la repetición de los hechos surgidos de contrariedades normativas.

Si bien gran parte de estos elementos se pueden asociar a la actividad jurisdiccional habitual de los dos tribunales, no obstante, cuando ésta involucra el control de normas internas el examen no se restringe al acto originario de expedición de las leyes, sino que se extiende al de su aplicación e interpretación por otras autoridades nacionales. De modo que el examen no es el típico que se despliega sobre los actos atribuidos a una autoridad estatal que acciona excediendo sus facultades reglamentaciones, como podría ser el uso excesivo de la fuerza de las autoridades policiales, detención arbitraria o actos de tortura, o ante su inactividad, como sería investigar la desaparición o ejecución extrajudicial de una persona; sino que se despliega sobre el contenido de las leyes en relación a las intromisiones permitidos -límites de los límites- (*Arribas Antón, Valenzuela Contreras* contra España, *Yatama vs. Nicaragua*), al reconocimiento y garantía de los derechos convencionales de acuerdo a unos mínimos expresados en la jurisprudencia (*Padro Bugallo vs. España, Heliodoro Portugal vs. Panamá*). Empero, el control sobre la actividad el legislador solo se ve activado frente a su inacción (*Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua; Oliari and Others vs. Italia*) y, excepcionalmente, ante la expedición de leyes consideradas *per se* violadoras de la CADH (*Gelman vs. Uruguay, Barrios Altos vs. Perú*). La inacción exige un escrutinio directo sobre el incumplimiento *ab initio* de una obligación primaria de reconocimiento de derechos o de armonización normativa, a través de una violación configurada por los actos de otras autoridades amparadas en aquella anomalía (*Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni; Yatama* contra Nicaragua). Si bien aquí se estima que la incompatibilidad no se materializa hasta que el vacío o insuficiencia normativa termina afectando un derecho, no se estima lo mismo sobre leyes la expedición de leyes que de antemano advierten su contrariedad y, por tanto, una violación *ab initio*, en este caso autónomo del artículo 2 de la CADH. En este supuesto, el acto transgresor originario sería el hecho mismo de la promulgación de aquella, con consecuencias negativas para el ejercicio de ciertos derechos como, por ejemplo, la protección judicial.

iii) la proyección interna del CEDH, la CADH y la jurisprudencia de los tribunales regionales en la labor interpretativa de los tribunales nacionales

Vigesimosegunda: Del estudio de la jurisprudencia europea e interamericana se ha comprendido la institución del Convenio Europeo y la Convención Americana como dos sistemas normativos de límites y permisos para los Estados partes, que se manifiestan a través de las obligaciones positivas y negativas establecidas en sus disposiciones primeras en conexión con cada derecho sustantivo;

con miras a garantizar el cumplimiento de las mismas y el *effet utile* de las dos convenciones en los sistemas jurídicos internos. En ese sentido, el control de convencionalidad opera bajo un marco normativo infranqueable y articulador del Derecho interno, que sus máximos intérpretes han identificado como instrumentos constitucionales de orden público. La idea sostenida en torno a esto, creemos, se identifica con esos vínculos materiales de los textos convencionales con los sistemas constitucionales de los Estados, que hacen posible una fusión en torno a la garantía de los derechos humanos. Por ello que el control jurisdiccional ejercido por la Corte IDH y el TEDH – y la proyección de los efectos de las sentencias y jurisprudencia – no sea ajeno a la tutela interna de derechos, donde en efecto se espera su concreción. De esa manera, si asumidos que los asuntos que resuelven ambos tribunales se estiman de relevancia convencional, se podría razonar que, por los vínculos y la proyección interna de los textos convencionales y de la jurisprudencia de aquellos, también son de relevancia constitucional.

Vigesimotercera: La principal función del TEDH y la Corte IDH se cierne para la resolución de disputas de derechos reconocidas en los textos convencionales, atribuidas a los Estados partes por actos y omisiones, por lo que se infiere que los efectos de sus sentencias son *inter partes*. No obstante, ello no ha impedido que ambos tribunales se puedan extender más allá de las cuestiones concretas planteadas, especialmente, para desarrollar en términos generales el contenido y principios convencionales que los demás Estados deben seguir bajo el efecto horizontal de las sentencias o el valor interpretativo de cosa interpretada de sus sentencias, por lo que también se deduce unos efectos *erga omnes*. En ese sentido, una situación concreta de vulneración puede dar lugar al planteamiento de cuestiones de interés público del que se precisará su concreción en todos los Estados partes, o la corrección de una situación generadora de casos repetitivos o violaciones sistemáticas sobre un mismo asunto, como es el ejemplo de las sentencias piloto.

En el caso interamericano se ha podido apreciar un desarrollo importante de los derechos de las comunidades indígenas en la CADH a partir de su reconocimiento en la constitución nicaragüense, especialmente en los casos *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni y Yamata*. Si bien la Corte IDH resuelve las cuestiones concretas se estima que los vínculos de la *ratio decidendi* no se expresaban solo con efectos *inter partes*, sino más como el reconocimiento de un nuevo régimen de protección no estimado en la CADH hasta ese entonces. De hecho, la doctrina sostenida por la

Corte IDH en el primero, luego sería replicado en sentencias posteriores sobre asuntos similares de afectaciones de comunidades indígenas de Paraguay. A la misma conclusión puede llegarse respecto a las leyes de amnistía declaradas *per se* violatorias de la CADH, como sobre la suspensión de derechos por razones de un peligro público vía el artículo 15 del CEDH, como lo sostuvo el TEDH, entre otras, en *Brannigan y McBride vs. Reino Unido*, que por tratarse de asuntos de relevancia convencional de gran alcance son expresados en un sentido genérico que debe ser observado y cumplido por todos los Estados partes.

Vigesimocuarta: Aunque el TEDH y la Corte IDH coinciden en aquellas apreciaciones, también, se ha apreciado una diferencia jurisprudencial en cuanto al escrutinio de las normas internas y la labor interpretativa bajo dos construcciones jurisprudenciales disímiles: el margen de apreciación nacional y el control de convencionalidad, respectivamente. El margen de apreciación nacional se expresa sobre la labor judicial del TEDH como un mecanismo de autocontención para conceder cierta libertad de decisión a los Estados para regular ciertas materias que pueden entrar en colisión con el CEDH; por lo que se auto-restringe para enjuiciar, con la misma rigurosidad, la compatibilidad de tales decisiones o normas internas, por virtud de ciertos elementos como la falta de consenso europeo sobre las materias reguladas, el pluralismo jurídico europeo, la soberanía estatal y el principio de subsidiariedad. Contrario a la autocontención judicial del TEDH, notamos a una Corte Interamericana más audaz en el despliegue de su función contenciosa e interpretativa para trasladar a todas las autoridades nacionales, la obligación de ejercer el control de convencionalidad sobre cualquier norma interna contraria a la CADH.

En ese sentido, la Corte IDH, implícitamente, comprende la incardinación de la CADH en los sistemas jurídicos internos de los Estados con cierto valor de preeminencia, como una especie de Constitución Supranacional superpuesta a todas las normas internas, que puede ser exigida directamente sobre las demás normas, incluidas las constitucionales políticas; en cuyo contexto dicha Corte se ve como una especie de Tribunal Constitucional Supranacional con atribuciones, incluso, para declarar la invalidez de normas incompatibles con la CADH, como lo hiciese en la sentencia *Barrios Altos vs. Perú* sobre las leyes de amnistía calificadas *per se* violatorias de la CADH. Como consecuencia de aquello, en un rango inferior, los tribunales internos aplican el control de convencionalidad de acuerdo a la jurisprudencia interamericana, los principios de la Convención de Viena y las normas *ius cogens*, para garantizar la efectividad de la CADH. No

obstante, este control delegado queda sujeto a la eventual supervisión de la Corte IDH en caso que el mismo no se ajusta a los estándares interamericanos.

En sentido inverso, a consecuencia del margen de apreciación nacional el CEDH sufre el efecto contrario a la CADH con el control de convencionalidad, de manera que el régimen normativo no se proyecta de la misma forma sobre los derechos internos de los Estados partes; sino con oscilaciones en ciertas materias regidas por la doctrina del margen de apreciación, en las cuales las apreciaciones domésticas excepcionalmente terminan pesando más que el CEDH. La pluralidad jurídica termina afincándose como un elemento de integridad del régimen de límites y permisos del que dijimos antes comprende el Convenio. Así pues, las modulaciones expresadas en dichas construcciones jurisprudenciales también aparecen como elementos definidores de los contornos de la actuación jurisdiccional de ambos tribunales y de la proyección interna de los textos convencionales.

Vigesimoquinta: El control interno de convencionalidad aparece como un signo de identidad del Sistema Interamericano que no ha sido previsto por el TEDH en el Sistema Europeo, como una obligación de las autoridades nacionales de los Estados partes del CEDH para controlar las normas internas contrarias a su objeto y fin. Aunque ambos tribunales ejercen un control similar de convencionalidad de las normas internas, ello no ha desembocado en una interpretación amplia del TEDH de las obligaciones objetivas asumidas por los Estados, por el contrario, apuesta por la libertad de medios de éstos y la concesión de ciertos espacios para la regulación de ciertas materias por el margen de discreción que gozan.

Vigesimosexta: Si bien el control de convencionalidad se estima como una obligación deducida por la Corte IDH de las disposiciones genéricas de la CADH, no se estima que aquella, como todas las obligaciones, adquiera un valor autónomo en la comprensión integral del texto convencional. Así pues, la misma se ve supeditada a los principios generales que rigen las normas sustantivas y procesales de la CADH, en particular, el principio de buena fe. Es así, que pese a aquella declaración de rigor sobre las autoridades internas en algunos países como Nicaragua aún está por verse, aunque en este caso su inaplicación no se deba a la voluntad estatal, sino a lo que hemos relacionado con la debilidad del sistema constitucional nicaragüense; donde, en efecto, no se ha

verificado cita de la jurisprudencia de la Corte IDH en los asuntos resueltos por la Sala de lo Constitucional como el pleno de la CSJ.

Pese a que la CADH adquiere un rango constitucional en el Derecho nicaragüense por virtud del 46 CN, su relevancia en la interpretación de los derechos fundamentales en conexión con la jurisprudencia interamericana es inexistente, en virtud del uso técnico-formal de las disposiciones de la Convención como fundamento de derecho, en el discernimiento y las decisiones de la Sala de lo Constitucional. Así, la debilidad argumentativa representa el principal obstáculo a superar para construir un sistema de protección comunicado con los diversos niveles de protección reconocidos, incluido el SICA. En particular, para facilitar la aplicación interna del control de convencionalidad, que por la configuración mixta – concentrado y difuso – del sistema de control de constitucionalidad de Nicaragua se ve favorable y menos conflictivo que en los sistemas de concentrados de constitucionalidad.

Vigesimoséptima: Pese a aquella diferencia jurisprudencial y discursiva entre ambos tribunales, somos de la opinión de que la inexistencia del control de convencionalidad como una obligación derivada del CEDH en el Sistema Europeo no implica la negación de la obligación de las autoridades nacionales para garantizar su objeto y fin; aunque para ello descartamos la declaración de inconventionalidad de una norma, como ha previsto la doctrina para el caso interamericano. En particular, el control podría tener lugar por una vía distinta a la expresada por la Corte IDH, esto es, por virtud de la incorporación del CEDH en el Derecho interno o por el valor de la jurisprudencia del TEDH en la interpretación de los derechos fundamentales, tal como lo expresa la disposición 10.2 CE, como el ejemplo más visible en la práctica interna. En este sentido, sostenemos la idea expresada por la doctrina minoritaria respecto a la aplicabilidad de un control de convencionalidad de menor intensidad en España, en virtud del principio de armonización del artículo 10.2 CE, de la identificación del contenido esencial de los derechos, a rasgos generales, con el canon mínimo de protección europeo, como también por las implicaciones de la incorporación del CEDH en el artículo 96 CE, en todo caso regido por el principio interpretativo *favor libertatis*, el que también puede dar lugar al efecto contrario al de convencionalidad.

En ese sentido, concordamos con la idea de que por el principio de armonización del artículo 10.2 CE se colige un mandato constitucional de compatibilización o ausencia de contradicción con el

estándar mínimo europeo, por la vía de la interpretación conforme que éste recoge, a partir de los vínculos materiales entre la CE y el CEDH que los vuelve indisociables. De modo que cuando el TC - o cualquier poder público, como lo ha entendido-, interpreta los derechos fundamentales debe hacerlo con observancia al 10.2 CE. Una primera aproximación nos lleva a afirmar que las obligaciones convencionales que recaen sobre todas las autoridades españolas se ven “domesticadas” o codificadas en el 10.2 CE. Así, por ejemplo, el TC hace cumplir el Convenio Europeo a partir de la jurisprudencia del TEDH cuando interpreta los derechos fundamentales en el sentido de tal mandato constitucional. En la práctica del TC las consecuencias de esto son notables según se ha podido verificar, por ejemplo, para ampliar el contenido de algunos derechos fundamentales (STC 119/2001) siguiendo la jurisprudencia del TEDH en el caso *López Ostra vs. España*, para declarar la inconstitucionalidad por omisión (STC 49/1999, STC 184/2003) adoptando la jurisprudencia europea en el caso *Valenzuela Contreras vs. España*. Asimismo, el TS en el llamado *caso Barajas* para aplicar la doctrina del TEDH del caso *Moreno Gómez vs. España*.

En sentido contrario, se ha podido comprobar las consecuencias de la inobservancia del estándar mínimo de protección contenido en la jurisprudencia del TEDH como generador de responsabilidad internacional; aunque como reafirmación de las obligaciones derivadas del CEDH y no por mandato constitucional. En este sentido, la jurisprudencia del TEDH colige la idea de que las autoridades interna de los Estados garanticen el objeto y fin del CEDH – sin que ello dependa de su incorporación o ubicación jerárquica en el sistema de fuentes – donde en efecto se espera la concreción de sus mandatos y el seguimiento de la jurisprudencia del TEDH, habida cuenta de que hablamos de un sistema compuesto por Estados. Si la Corte IDH considera el control de convencionalidad como una obligación impuesta a todos los jueces y autoridades nacionales para velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin; sobre el CEDH podríamos decir que mínimamente se proyecta en un sentido similar de armonía y como configurador de los sistemas internos, que el TEDH lo recoge bajo el parámetro de compatibilidad en el juicio de las normas internas. Si bien la idea del control de convencionalidad no aparece en la jurisprudencia europea, al menos podemos deducir una aproximación mínima con base a los contenidos de sus sentencias, en particular, de aquellas donde se ha expresado discutiendo la inobservancia de sus criterios jurisprudenciales, que han terminado configurando una violación al CEDH.

En efecto, en el *Valenzuela Contreras*, el TEDH llegó a cuestionar al juez de instrucción, al TS y al TC por no aplicar su doctrina respecto a las escuchas telefónicas sostenidas en *Malone vs. Reino Unido*, lo que indefectiblemente condujo a la afectación de un derecho convencional (art. 8 del CEDH). Lo mismo sería reiterado en *Padro Bugallo* nuevamente en relación al TS por inaplicar su doctrina en la aplicación de la nueva disposición legal al momento del caso. Como antes el TEDH lo había sostenido en el caso *Vermeire vs. Bélgica* respecto a la no aplicación del tribunal de casación belga de la jurisprudencia sostenida previamente en *Marckx* que daría lugar a otra violación con base a los criterios inobservados. Mientras en *Coban vs. España* confirma y da por buena la aplicación de su doctrina sostenida en *Valenzuela Contreras* por el TS y el TC para complementar los vacíos legales de la normativa declarada insuficiente previamente, incluso, como una alternativa válida ante las reformas legislativas no realizadas.

En suma, la idea que se proyecta a través del artículo 10.2 y el 96 CE es la de un diálogo jurisdiccional entre el TEDH, el TC y tribunales ordinarios en la interpretación de los derechos fundamentales conforme al estándar mínimo de protección contenido en la jurisprudencia del Tribunal Europeo, pero también sobre la efectividad de las obligaciones asumidas por España con el CEDH en una materia de relevancia constitucional; como sobre la irradiación de la jurisprudencia del TEDH sobre las demás autoridades nacionales, incluidas las autoridades legislativas. En efecto, la jurisprudencia del TEDH es seguida no solo por los tribunales judiciales españoles sino además por las autoridades legislativas en algunos casos de condena contra España, para ajustar el contenido declarado lesivo a los derechos convencionales de protección constitucional, en la mencionada Ley No. 9/2003 y Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo. No obstante, dejando a la vista que la proyección del efecto de cosa interpretada de la jurisprudencia del TEDH, cumple el propósito mismo de garantizar los efectos propios del CEDH.

Vigesimoctava: En términos generales podemos concluir que el control de las normas internas en la jurisprudencia del TEDH y la Corte IDH no se presenta con las mismas características, aunque parten de fundamentos normativos similares en el CEDH y la CADH respectivamente. En ese sentido, aunque hemos identificado los mismos elementos configuradores también hemos comprobado disimilitudes en los contenidos vertidos en las sentencias para declarar las incompatibilidades normativas, como para exigir o establecer las modificaciones legislativas. Las diferencias apuntadas se ven determinadas por el mandato de armonización normativa contenido

en la disposición 2 de la CADH, no expresado con la misma claridad en el artículo 1 del CEDH; por medio de la cual la Corte IDH ha llegado a teorizar las obligaciones positivas sobre ciertos mandatos de concreción dirigidos a las instancias legislativas nacionales, como deberes primarios para asegurar el disfrute del marco sustantivo reconocido. Del mismo modo, para imponer límites al legislador ordinario y al propio constituyente sobre la expedición de leyes estimadas per se violatorias de la CADH.

En tal circunstancia, la violación puede ser tanto de los derechos subjetivos en conexión con el marco objetivo contenido en la citada disposición, pero también de forma autónoma por la infracción ab initio del mandato de concreción normativa. A lo habría que agregar, la obligación de las autoridades nacionales para controlar las normas internas en conflicto con la CADH, y demás tratados interamericanos, por virtud del control interno de convencionalidad desarrollado por la Corte IDH. En ese sentido, la Corte IDH ha previsto un control concentrado de las normas internas fundado en su competencia contenciosa y consultiva, y un control interno a manos de los tribunales y autoridades nacionales, como expresión de los mandatos genéricos de la CADH, los principios de buena fe y objeto de los tratados de la Convención de Viena y su propia jurisprudencia.

Por su parte, aunque el TEDH ha evidenciado un avance importante en el control de las normas internas en relación a los primeros fallos, no obstante, creemos que el Tribunal Europeo mantiene la prudencia y la autocontención judicial bajo ciertas construcciones jurisprudenciales, como el margen de apreciación nacional, la estricta sujeción al principio de subsidiariedad y el respeto de la pluralidad jurídica de los Estados europeos. En efecto, la adopción de los Protocolos Adicionales 15 y 16 al CEDH evidencian la tendencia del Sistema Europeo a reforzar estos criterios y principios delimitadores del control de convencionalidad; de modo que, contrario a la Corte IDH, se orienta a un control concentrado de las normas internas. Así, se ha previsto que cuando los jueces internos se encuentren en el dilema de aplicar una norma presumiblemente contraria al CEDH, puedan elevar la cuestión de convencionalidad al TEDH para resolver la misma, en lugar de ejercer un control interno de convencionalidad.

BIBLIOGRAFÍA

AYALA CORAO, C. M., *Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos*, Editorial Jurídica Venezolana, 1998.

- “Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”. En: *Presentación en el XVII Curso Interdisciplinario de Derechos Humanos*, IIDH (San José, de 18 a 29 de agosto de 2008).
- “La ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales/ Universidad de Talca*, Año 5, no.1, 2007. pp. 127-201.
- “El derecho de los derechos humanos (la convergencia entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos)”, en *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, (En línea). Instituto de Investigaciones Jurídicas, Estudios Jurídicos No. 193, México, 1998, (Consulta de 15 de febrero de 2011), Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=113>, ISBN 968-36-6786-4

AGUILAR CAVALLLO, G., “La Corte Interamericana y los Derechos Sociales”, (En línea) *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 2010, No.13, enero-junio, pp. 3-60. (Consulta de 15 de enero de 2013) Disponible en:http://www.iidpc.org/revistas/13/pdf/19_76.pdf.

ABREU BURELLI, A., *El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. México y las Declaraciones de Derechos Humanos*. México/UNAM/Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1999. pp. 119-140.

- “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: una introducción”, en ABREGÚ, M. y COURTIS, C. (comps), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS, Buenos Aires, 1997.

AUST, Anthony., *Moder Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2000.

ANAYA, JAMES, S y GROSMAN, Claudio., “El Caso Awas Tingni vs. Nicaragua: un nuevo paso en el Derecho internacional de los pueblos indígenas”, en GÓMEZ ISA, F. (ed) *El Caso Awas Tingni vs. Nicaragua: nuevos horizontes para los derechos humanos de los pueblos indígenas*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003. pp. 11-28.

AKANDJI-KOMBE, Jean-François., *Positive obligations under the European Convention on Human Rights: a guide to the implementation of the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, Strasbourg, 2007.

ALABANESE Susana (coord)., *El Control de Convencionalidad*. Ediar, Buenos Aires, 2008. 290 p.

ALBERT ALKEMA, E., “The European Convention as a constitution and its Court as a constitutional court”, en MAHONEY P, et.al (ed), *Protecting Human Rights: The European Perspective. Studies in memory of Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 2000.

ABRAHAM, Ronny., “The Effects of the ECHR on Constitutional and Administrative Law in Contracting Parties”, en EVERT A. ALKEMA, THEO L. BELLEKOM, ANDREW Z. DRZEMCZEWSKI, et. al (ed), *The Domestic Implementation of the European Convention on Human Rights in Eastern and Western Europe*, Proceeding of the seminar held in Leiden, 24-26 October 1991, European Human Rights Yearbook, vol.2. 1992, pp. 127-146.

ARAI-TAKAHASHI, Yutaka., *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the jurisprudence of ECHR*, Intersentia, 2002, p.85.

ARSLANIAN C.L., “La jurisdicción militar en la opinión de la Corte Interamericana de Justicia”, *Revista IIDH/ Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 1997, Vol.25, enero-junio, pp. 101-107.

BATES, E., *The evolution of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

BUERGUENTHAL, Thomas., "The European and Inter-American Human Rights Court. Beneficial Interaction", en MAHONEY P, et.al (ed), *Protecting Human Rights: The European Perspective. Studies in memory of Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 2000, pp. 123-133.

- "Implementation of the judgment of the court", en *Memoria del Seminario: El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*, Tomo I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, C.R., 2 ed. 2003, p. 185-196.

BLACKABY Nigel y CAMARGO GARCÍA, Andrea., "Alternativas de reparación en el arbitraje internacional de inversiones. Un debate entre la teoría y la práctica", *ACDI*, Año 1, No.1, Bogotá, 2008, pp. 160-181.

BROWNLIE, Ian., *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, New York, 2008.

BRENNINKMEIJER, A., "Implementation of the decision of the supervisory bodies of the ECHR by revision of judgments of national court in the Netherlands", en T. BARKHUYSEN, M.L. VAN EMMERIK y P.H.PH.M.C VAN KEMPEN (ed), *The execution of the Strasbourg and Geneva Human Rights decisions in the national legal order*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1999, pp. 185-200.

BAZÁN, Víctor., "La interacción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Interno en Argentina", Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 5, No. 2, 2007, pp. 137-183.

- "La Corte Interamericana y las Cortes nacionales: acerca del control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional sustentable", en CARBONELL MIGUEL, et. al. (coord), *VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional Constituciones y Principios*, (En línea), México, 6 -10 de diciembre de 2010, (Consulta de 28 de enero de 2013). Disponible en: <https://www.juridicas.unam.mx/wccl/es/g13.htm>

BURGORGUE-LARSEN, L., “El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, 2014, Año 12, No. 1, pp. 105-161.

- “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Tribunal Constitucional”, *Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional*, Universidad Complutense de Madrid, 2014, WP IDEIR No.22, (paper).

BURGORGUE-LARSEN, L. y UBEDA DE TÓRRES, A., *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

BURGORGUE-LARSEN, L. y UBEDA DE TÓRRES, A., *Las decisiones básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Civitas/Aranzadi, 2009.

BULTERMAN, M.K. y KUIJER, M., “Compliance with Judgments of International Court. Proceeding of the Symposium organized in honour of Professor Henry G. Schermers by Modernate Collage and the Department of International Public Law of Leiden University”, The Hague-Boston, 1996.

BEAUDRY Jonas- Sébastien., “La invalidez ab initio de las leyes de amnistía en América Latina: la contribución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista general de legislación y jurisprudencia: 3ª época*, 2010, año 157, No. 1, enero-marzo, pp. 29-64.

BOUAZZA ARIÑO, O., “Notas de Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 171, Madrid, septiembre-diciembre (2006), págs. 277-289.

BORELLI, Silvia., “Positive obligations of States and the Protection of Human Rights”, *Interrights Bolletin*, No. 15, 2006.

BARBOSA DELGADO, F.R., "La democracia: un concepto base dentro de los sistemas de protección de los derechos humanos", (En línea), *Revista Derecho Estado*, 2011, No.27, julio-diciembre, (Consulta de 13 de octubre de 2015), Disponible en:
http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0122-98932011000200009&script=sci_arttext#num47

BIDART CAMPOS, Germán J. y HERRENDORF, D, *Principios de Derechos Humanos y Garantías*, Buenos Aires, 1991.

BUJOSA VADELL, L. M., *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento español*, Tecnos. Madrid, 1997.

CAPPUCCIO, Laura, et. al., *Le Corti Regionali tra stati e diritti. I sistema di protezione dei diritti fondamentali europeo, americano e africano a confronto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.

CARRILLO SALCEDO, J. A., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2003.

- "El Proceso de internacionalización de los Derechos Humanos. El fin del mito de la Soberanía nacional. Plano Regional: El Sistema de protección instituido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos", en *Consolidación de Derechos y Garantías: Los grandes retos de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Seminario Conmemorativo del 50 Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 49-76.

CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., "Tribunal Europeo de Derechos Humanos -- Decisión de 27.03.2012, Antonio Gutiérrez Dorado y Carmen Dorado Ortiz c. España, 301410/ 09 – "Arts. 2, 3, 5, 8 y 13 CEDH – Desaparición forzada de personas durante la Guerra Civil española" – Incompetencia (sobrevenida) respecto a la obligación autónoma, independiente y continuada de investigar", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2013, núm. 45, Madrid, mayo-agosto. pp. 741-759.

CÁRDENAS VELÁSQUEZ, B.G., “La jerarquía normativa de los tratados sobre derechos humanos en la constitución y la jurisprudencia de Nicaragua”. *Revista de Derecho*, No. 15, 2011, pp. 73-94.

CUAREZMA TERÁN, S.J., “Introducción al Control Constitucional en Nicaragua”, en VAZÁN, Víctor (coord), *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Tomo I, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2010, pp.605-626.

- *Justicia Penal Militar*, Lea, Managua, 2006.

CALPHAM, Andrew., “The ‘Drittwirkung’ of the Convention”, en R. St. MACDONALD y F. MATSCHER & H. Petzold (ed), *The European system for the protection human rights*, Martinus Nijhoff, Boston/London, 1993. pp. 163-205.

CUENCA GÓMEZ, P., “La incidencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Interno: La interpretación del artículo 10.2 de la Constitución Española”, (En línea) *Revista de Estudios Jurídicos*, 2012, No. 12. (Consulta de 19 septiembre de 2015), Disponible en: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:7NIIIfgOboCEJ:revistaselectronicas.ujae.n.es/index.php/rej/article/view/829+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=nl>

CORASANITI, Vittorio., “Implementación de las sentencias y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un debate necesario”, *Revista IIDH 14. Vol. 49*, 2003, pp.14-28.

CONTRERAS, Pablo., “Control de Convencionalidad, Deferencia Internacional y Discreción Nacional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Ius et Praxis*, 2014, Año 20, No. 2, pp. 235-274.

CHITTHARANJAN, F. A., “Jurisdiction of International Tribunals”, The Hague; London: Kluwer Law International, 2003.

CASSESE, Antonio, *International Law*, Oxford University Press, New York, 2001.

CANOSA USERA, Raúl., *El Control de Convencionalidad*, Civitas, Navarra, 2015.

- “Pretensiones ambientales en Amparo Constitucional. Comentario a la STC 119/2001 de 24 de mayo”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 2002-2003, No. 10-11, pp. 697-718.
- “¿Es posible el control pleno de convencionalidad en España?”, en MIGUEL CARBONELL, HÉCTOR FIX-FIERRO, et. al. (coord.). *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, (En línea), Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2015, T.V, vol. 1, (Consulta de 10 de septiembre de 2015), Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3960>

CREMA, Luigi., “Disappearance and New Sightings of Restrictive Interpretation(s)”, (En línea) *European Journal of International Law*, 2010. Vol. 21, No.3, pp. 681-700, (Consulta de 19 de febrero de 2013). Disponible en: <http://ejil.oxfordjournals.org/content/21/3/681.full>

COMUNE Josefina y LUTERSTEIN Natalia., “Artículo 29. Normas de Interpretación”, en ALONSO REGUEIRA, E.M., *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el derecho argentino*, 1ra Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013.

CASTILLA, Karlos., “El Control de Convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. 2011, Vol. XI. pp. 593-624.

- “¿Control Interno o Difuso de Convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de los tratados”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. 2013, Vol. XIII, pp. 51-97.

CARDOSO DA COSTA, José Manuel., “Constitutional Supremacy of Human Rights Treaties, en *The status of international treaties of human rights*, Venice Commission, Council of Europe, 2006, pp.77-86.

CANÇADO TRINDADE, A.A., “Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano: el acceso directo de los individuos a la justicia a nivel internacional y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales de derechos humanos”, en *Memoria del*

Seminario: El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI, 2ª Edición, Tomo I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2003, pp. 5-68.

- “Inter-American Court at a crossroads: Current challenges and its emerging case-law on the eve of the new century”, en MAHONEY P, et.al (ed), *Protecting Human Rights: The European Perspective. Studies in memory of Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 2000, pp.167-191.
- “Compliance with judgments and decisions – The experience of the Inter-American court of Human Rights: a reassessment”. En: *Dialogue between judges. Proceeding of the Seminar ‘Implementation of the judgments of the European Court of Human Rights: a shared judicial responsibility?’* (Strasbourg, 31 January 2014), European Court of Human Rights, 2014. pp. 10-17.
- “Reflexiones sobre la interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en la Protección de los Derechos Humanos”, en *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (En línea). Instituto de Investigaciones Jurídicas, Estudios Jurídicos No. 193. México, 1998, (Consulta de 15 de febrero de 2011], Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=113>, ISBN 968-36-6786-4.

DAVIDSON, Scott., *The Inter-American Human Rights System*, Dartmouth, United Kingdom, 1997.

DE APODACA ESPINOSA, A.R., “La tutela del TEDH frente a la contaminación acústica continúa y se acentúa (Comentarios a la STEDH Deés vs. Hungría de 9 de noviembre de 2010)”, *Revista Jurídica de Navarra*, 2010, No. 50, julio-diciembre, pp. 211-228.

DE CARRERAS, F., “Función y alcance del art. 10.2 de la CE”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2000, No. 60, septiembre-diciembre, pp. 321-342.

DE WET, Ericka., “The reception process in The Netherlands and Belgium”, en KELLER, H. y STONE S.A. (ed), *A Europe of Rights. The impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford, University Press, Oxford, 2008, pp. 229-310.

DULITZKY, Ariel., "An Inter-American Constitutional Court? The invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights", *Texas International Law Journal*, 2015, Vol.50:1, pp.45-93.

- "Alcance de las obligaciones internacionales de los derechos humanos", en CLAUDIA FONTAMARA MARTIN, DIEGO RODRÍGUEZ-PINZÓN, et.al. (eds.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Universidad Iberoamericana, A.C., 2004. pp. 79-118.
- "Reflexiones sobre la judicialización interamericana y propuesta de nuevos perfiles para el amparo interamericano," en SAMUEL B. ABAD YUPANQUI & PABLO PÉREZ TREMPES (coords) *La reforma del proceso de amparo: La experiencia comparada*, Palestra Editores, Lima, 2009, pp. 327-359.
- "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado", en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (Comp), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS, Buenos Aires, 1997, pp. 33-74.
- "Aplicación de las Normas Internacionales en Derecho Interno: Internalizar los Derechos Humanos: Algunas Reflexiones". En: *Memoria del Foro: 'El Marco Legal Internacional de los Derechos Humanos y la Normatividad Interna 19*, (México, 31, 31 de agosto y 1 de septiembre, 2000), Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, 1ra. Ed. México, 2001. pp. 19-23.

EGUIGUREN PRAELI, F. y BUSTOS GISBERT, R. et.al. "Las libertades de pensamiento, información y expresión, y los derechos de reunión y asociación: pautas para un diálogo", en GARCÍA ROCA, J. y FERNÁNDEZ SANCHEZ, P.A. et.al. (ed), *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 185-219.

ELLIOT, Mark., "United Kingdom: Parliamentary Sovereignty under pressure", *International Journal Constitutional Law*, (Jan 2004), pp. 545-554.

FERRERAS COMELLA, V., "¿Cómo vincula la jurisprudencia constitucional al legislador?", en *Com vinculen les sentències constitucionals al legislador?* Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 2012. pp. 11-26.

FREIXES SANJUAN, T., “Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El standard mínimo exigible a los sistemas internos de derechos en Europa”. *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, No. 11-12, (1995), pp. 97-115.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. y MÉNDEZ SILVA, R. “El alcance de las obligaciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en GARCÍA ROCA, J. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. et al. (ed), *El diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 109-131.

- *Las obligaciones de los Estados en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987.
- “Obligaciones procedimentales de los Estados ante el nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Hacia una Justicia Internacional*, Servicio Jurídico del Estado, Ministerio de Justicia, 2000. pp. 163-179.
- “El alcance de las obligaciones (art.1 CEDH), en GARCÍA ROCA, Javier y SANTOLAYA, Pablo (coord)., *La Europa de los Derechos. El Convenio de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp.49-68.

FAÚNDEZ LEDESMA, H., *El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2004.

FIX-ZAMUDIO, Héctor., “The European and the Inter-American Courts of Human Rights: A brief comparison”, en MAHONEY P, et.al (ed), *Protecting Human Rights: The European Perspective. Studies in memory of Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag, KG, Koln, Berlin, Bonn, Munchen, 2000, pp. 507-533.

- “La responsabilidad internacional del Estado en el contexto del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, en *Memoria del Seminario Internacional sobre la Responsabilidad Patrimonial del Estado*, Instituto Nacional de Administración Pública, México, 2000.

FRIBERGH, Erik., "Pilot Judgments from the Court's Perspective", en Council of Europe, *Towards Stronger Implementation of the European Convention on Human Rights. Proceedings of the Colloquy organised under the Swedish Chairmanship of the Committee of Ministers of the Council of Europe* (Strasbourg: Council of Europe 2008) pp. 86-93.

FERRER MAC-GREGOR, E., "El Control Difuso de Convencionalidad en el Estado Constitucional". En FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALADÉS, Diego (coords.). *Formación y perspectiva del Estado mexicano*. México, El Colegio Nacional-UNAM, 2010. pp. 151-188.

- Las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicable a la justicia penal", *Revista IIDH/ Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Vol.59, enero-junio, 2014, Costa Rica, pp. 29-118.

GARCÍA DE ENTERRIA, E., *El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 1979.

GARCÍA JIMÉNEZ, M.E., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998.

GARCÍA RAMÍREZ, S. y ZANGHI, Claudio., "Las jurisdicciones regionales de derechos humanos y las reparaciones y efectos de las sentencias", en GARCÍA ROCA, J. y FERNÁNDEZ SANCHEZ, P.A. et.al. (ed), *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 424-475.

GARCÍA RAMÍREZ, S., "Relación entre la jurisdicción interamericana y los Estados (sistemas nacionales). Algunas cuestiones relevantes", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2014, no. 18. pp. 231-273.

- "La jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos en materia de reparaciones", en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, San José, 2005.

- “Las reparaciones en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos,” en *Memoria del Seminario: El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*, Tomo I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2 ed. 2003, pp. 129-160.
- *Origen y actualidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, (En línea), (Consulta de 08 de agosto de 2015). Disponible en: www.bibliojuridica.org/libros/4/1968/16.pdf.
- “El control interno de convencionalidad”. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, (28), 2011, Año V, julio-diciembre, pp. 123-159.

GROSS ESPIELL, H., *La Convención Americana y la Convención Europea de derechos humanos. Análisis comparativo*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991.

GROSSMAN, Claudio., “Reflexiones sobre el Sistema Interamericano de Protección y Promoción de los Derechos Humanos”, en NIETO NAVIA, R. (ed), *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, San José, 1994, pp. 245-262.

GASPAROTO A.L., et.al., “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una comparación sobre el punto de vista de la aplicabilidad del principio del principio de la primacía de la norma más favorable a la persona”, *Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos*. 2014. Vol. 60, julio-diciembre, pp. 53-85.

GARCÍA PALACIOS, O.A., "El sistema mixto de control de constitucionalidad en Nicaragua", en Iván ESCOBAR FORNOS Iván y CUAREZMA TERÁN, S.J. (dirs), *Homenaje al profesor Héctor Fix-Zamudio*, INEJ, Managua, pp. 576–585.

- “El recurso de amparo en el ordenamiento nicaragüense”, *Revista IUS* (En línea) 2011, vol.5, no.27, enero-junio, (Consulta de 06 de octubre de 2015). Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472011000100010

GAVARA de CARA, J. C., *La proyección interna de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales: El artículo 10.1 CE*, Bosch, Barcelona, 2011.

- “El control de las omisiones del poder público en materia de derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Político*, 2007, núm. 69, pp. 95-130.

GARCÍA ROCA, J. y DALLA VÍA, A. R., “Los Derechos Políticos y electorales: un orden público democrático”, en GARCÍA ROCA, J. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. et.al. (ed) *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 221-271.

GARCÍA ROCA, J., NOGUERA ALCALÁ, et.al., “La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo”, en GARCÍA ROCA, J. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. et.al. (ed) *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 66-100.

- “El Preámbulo Contexto Hermenéutico del Convenio Europeo: Un instrumento constitucional de orden público europeo”, en GARCÍA ROCA, J.A. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (Coords), *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005. pp. 21-47.
- *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Aranzadi, Navarra, 2010.
- “La interpretación constitucional de una declaración internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y bases para una globalización de los derechos”, *Revista Europea de Derechos Humanos*, No. 6, 2005, pp. 37-82.
- “El diálogo entre el Tribunal de Derechos Humanos, los Tribunales Constitucionales y otros órganos jurisdiccionales en el espacio convencional europeo”, en FERRER MAC-GREGOR, E. y HERRERA GARCÍA (coords). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Tirant lo Blanch, México, 2013. pp. 219-241.

GROVER, SONJA C., *The European Court of Human Rights as a Pathway to impunity for International Crimes*, Springer, New York, 2010.

HIGGINS, Rosalyn., "Overview of the Part Two of the Articles on State Responsibility", en James CRAWFORD, Alain PELLET and Simon OLLESON (eds) *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, New York, 2010, pp. 537-544.

HUNT Murray., "State obligations following from a judgment of the European Court of Human Rights", en THEODORA CHRISTOU AND J. P. RAYMOND (eds), *European Court of Human Rights. Remedies and execution of judgments*, The British Institute of International and Comparative Law, London, 2005, pp. 25-48.

HARMSSEN, Robert., "The European Court of Human Rights as a 'Constitutional Court': Definitional Debates and the Dynamics of Reform, en MORISON, John, et.al (ed) *Judge, Transition, and Human Rights*, Oxford University Press, Hardback, 2007, pp. 33-53.

HITTERS, J.C., "Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)", *Centro de Estudios Constitucionales de Chile*, Universidad de Talca, 2009, año 7, No.2, pp. 109-128.

- "Incidencia de la jurisdicción de los tribunales supranacionales", en *XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, (Málaga 25 a 27 de octubre de 2006).
- "Un avance del control de convencionalidad. (El efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana)", *Centro de Estudios Constitucionales de Chile*, Universidad de Talca, Año 11, No.2. 2013. pp. 695-710.

HAECK, Yves., "La recepción Nacional del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos", en GARCÍA RAMÍREZ, S. y CASTAÑEDA HERNÁNDEZ, M (ed), *Recepción Nacional Del Derecho Internacional De Los Derechos Humanos y Admisión De La Competencia Contenciosa De La Corte Interamericana*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2009, pp. 81-90.

HIEBERT, Janet. L., "Parliament and Human Rights Act: can the JCHR help facilities a culture of rights?", *International Journal Constitutional Law*, (Jan 2006), Vol. 4. No.1. pp. 1-38.

HERDOCIA SACASA, M., “Constituciones de Centroamérica y Derecho Comunitario”, en CASTRO RIVERA, Edwin y CUAREZMA TERÁN, S. J. (dirs.), *A 21 años de la Constitución Política: vigencia y desafíos*, INEJ, Managua, 2008, pp. 257-273.

HERI Corina., “Enforced Disappearance and the European Court of Human Rights *ratione temporis* Jurisdiction. A Discussion of Temporal Elements in *Janowiec and Others v. Russia*”, *Journal of International Criminal Justice*, no. 12(4), pp. 751-768.

HAIYEV Khanlar., “The Evolution of the Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights”, en Dean SPIELMANN, Marialena TSIRLI, Panayotis VOYATZIS (ed), *La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant : mélanges en l'honneur de Christos L. Rozakis*, Bruylant, Bruselas, 2011. pp. 207-218.

IZQUIERDO SANS, Cristina., “El carácter no ejecutivo de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Comentarios a la STS 1º de 20 de noviembre de 1996)”, *Derecho Privado y Constitución*, 1997, No. 11, enero-diciembre,, pp. 351-377.

IBÁÑEZ RIVAS, J.M., “Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, No. 8. 2012, pp. 103-113.

JUSTUS VASEL, J., “El ‘Margin of Appreciation’ como elemento clave en el Derecho Constitucional Europeo”, (En línea) *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2009, no.11. pp. 189-208, (Consultado de 20 de febrero de 2013), Disponible en: http://www.ugr.es/~redce/REDCE11pdf/07_JOHANN%20JUSTUS.pdf

JOSEF MRÁZEK, “Public Order (Ordre Public) and Norms of Jus Cogens”, *Czech Yearbook of International Law*, 2012, Vol. III, pp. 79-100.

JIMENA QUESADA, L., “Inconstitucionalidad por omisión y responsabilidad internacional”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*. No. 58/59, pp. 207-225.

- “El diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: a propósito del control de convencionalidad”, en FERRER MAC-GREGOR, E. y HERRERA GARCÍA (coords). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Tirant lo Blanch, México, 2013. pp. 299-329.

KELLER Helen y STONE SWEET A., “Assessing the impact of the ECHR on National Legal Systems”, en KELLER, H. y STONE S, A. (eds). *A Europe of Rights. The impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 677-712.

- *A Europe of Rights. The impact of the ECHR on the national legal systems*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

KLETZEL Gabriela, et.al., “Democracia y Subsidiariedad, en AA.VV. *Desafíos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Nuevos tiempos, viejos retos*. Colección Dejusticia, Bogotá, 2015, pp. 190-229.

LATTY, Franck., “Actions and Omission”, en James CRAWFORD, Alain PELLET and Simon OLLESON (eds) *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, New York, 2010, pp. 355-363.

LAMBERT ABDELGAWAD, E., “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la técnica de las sentencias piloto: Una pequeña revolución en marcha en Estrasburgo”, *Revista de Derecho Político UNED*, 2007, No.69, pp. 355-383.

LIXINSKI, Lucas., “Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law”, (En línea) *European Journal of International Law*, 2010, Vol. 21, No.3, pp. 585-604, (Consulta de 19 de febrero de 2013). Disponible en: <http://ejil.oxfordjournals.org/content/21/3/585.full>

LEACH, Philip., “Positive obligation from Strasbourg-Where do the boundaries lie?”, *Interrights Bolletin*, No. 15, Londres, 2006, pp. 123-126.

LAPLANTE, L. J., “Bringing Effective Remedies Home: The Inter-American Human Rights System, Reparations, and the duty of Prevention”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2004. Vol. 22, No.1, pp. 347-388.

LINOS-ALEXANDRE SICILIANOS., “From the point of view of the Court: its role in the implementation of its judgments, powers and limits”. En: *Dialogue between judges. Proceeding of the Seminar ‘Implementation of the judgments of the European Court of Human Rights: a shared judicial responsibility?’* (Strasbourg, 31 January 2014), European Court of Human Rights, 2014. pp. 18-21.

LÓPEZ GUERRA, Luis., “El Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos”, en BANDEIRA GALINDO, G. R., URUEÑA, René y TORRES PÉREZ, Aida. (coords)., *Protección Multinivel de Derechos Humanos. Manual*. (En línea) Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2013. pp. 165-186, (Consulta de 13 de octubre de 2015). Disponible en: <http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19770#preview>

- “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Españoles. Coincidencias y divergencias”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, 2013, No. 32, pp. 139-158.

MONTAGNA, M., “The Strasbourg Court’s influence on the Italian Criminal Trial”, en Giorgio Repetto (ed.), *The Constitutional relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian perspective*, Intersentia, 2013.

MAROCHINI Maša., “The interpretation of the European Convention Human Rights” *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 2014. Vol. 51, pp. 63-84.

MONTORO IRURZUN, F., “¿Una nueva reforma al Tribunal Europeo de Derechos Humanos?” *Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional*, Universidad Complutense de Madrid, 2012, No.10 (paper).

MEYER-LADEWIG, J., "The European Court of Human Rights as European Constitutional Court", en DELAS, Olivier (Comp), *Liber Amicorum Peter Leuprecht*, Bruxelles, Bruylant, Mondialisation et droit international, 2012, pp. 183-210.

MARKS, Susan y AZIZI, Fiorentina., "Responsibility for violations of human rights obligations: International Mechanisms", en James CRAWFORD, Alain PELLET and Simon OLLESON (eds) *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, New York, 2010, pp. 725-737.

MANGAS MARTÍN, A., "Cuestiones de Derecho Internacional Público", *RFDUC*, 1980, No. 61, pp. 143-184.

MELISH Tara J. y ALIVERTI Ana., "Positive Obligation in the Inter-American Human Rights System", *Interrights Bolletin*, No. 15, 2006.

MOWBRAY, A.R., *The Development of positive obligation under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

MYJER Egnert y KEMPEES Peter., "Notes on Reparations Under the European Human Rights System", *Revista Interamericana y Europea de Derechos Humanos*, 2009, Vol.2, No.1-2. pp. 81-98.

MELÉNDEZ, F., *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia. Estudio constitucional comparado*. Konrad Adenauer, México, 2004.

MANILI, Pablo., "La recepción del derecho internacional de los derechos humanos por el derecho constitucional iberoamericano", en MENDEZ SILVA, R. (Coord), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (En línea). Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Jurídica No. 98, México, 2002, (Consulta de 25 de junio de 2011). Disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=342> ISBN 970-32-0002-8

- “La ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con especial referencia al Derecho Argentino”, en BIDART CAMPOS, G.J. et.al., *El Derecho Constitucional del Siglo XXI*, Buenos Aires, Ediar, 2001, pp. 521-542.

MORALES ROMERO, M.M., “Hacia la cobertura legal de las intervenciones telefónicas en el ordenamiento jurídico español: la reforma al art.579 LEcrim”, *UNED. Boletín de la Facultad de Derecho*. No.27. 2005. pp. 47-92.

Ministerio Público Fiscal, *Diálogos: El impacto del Sistema Interamericano en el ordenamiento interno de los Estados*, 1ra. Edición, Eudeba, Buenos Aires, 2013.

MORENILLA RODRÍGUEZ, J.M., “Naturaleza del Convenio Europeo de Derechos Humanos y ámbito de las obligaciones de los Estados”, en *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos II*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 85-122.

MEDINA QUIROGA, C., *The Battle of Human Rights: Gross, Systematic Violations and the Inter-America System*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1988.

NÚÑEZ MARÍN, R.F., “La persona jurídica como sujeto de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Perspectivas Internacionales*, 2010, Vol.7. No.1, enero-diciembre, pp. 205-226.

NIKKEN, Pedro., “Perfeccionar el Sistema Interamericano de Derechos Humanos sin reformar el pacto de San José”, en MÉNDEZ, Juan E y COX, Francisco (ed), *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, IIDH, San José, 1998, pp. 25-42.

- “El artículo 2 de la convención americana sobre derechos Humanos como fundamento de la obligación de ejecutar en El orden interno las decisiones de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. En: Working Session on the Implementation of International Human Rights Obligations and Standards in the Inter-American System (Washington, D.C., 1 de marzo de 2003), 2003.

- *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo.* IIDH/CIVITAS, Madrid, 1987.

NOGUERAS, Liñan., “Efectos de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *REDI*. Vol. XXXVII, no.2, 1985, pp. 355-376.

ORTIZ GONZÁLES, A. L., “Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿Efectos en nuestro ordenamiento?”, en M. BALADO Y J. A. GARCÍA REGUEIRO (dir.). *La Declaración Universal de Derechos Humanos en su 50 aniversario*, Bosch, Barcelona, 1998. pp. 525-534.

PELLET, Alain., “The ILC’s Articles on States Responsibility for International Wrongful Acts and Related Texts”, en James CRAWFORD, Alain PELLET and Simon OLLESON (eds) *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, New York, 2010, pp. 75-94.

POLAKIEWICZ, J., “The execution of Judgments of the European Court of Human Rights”, en ROBERT BLACKBURN y JORN POLAKIEWICZ (ed), *Fundamental rights in Europe, The ECHR and its members state, 1950-2000*, Oxford University Press, The United Kingdom, 2001. pp. 55-76.

- “The implementation of the ECHR and of the decision of the Strasbourg Court in Western Europe”, en EVERT A. ALKEMA, THEO L. BELLEKOM, ANDREW Z. DRZEMCZEWSKI, et. al (ed) *The Domestic Implementation of the European Convention on Human Rights in Eastern and Western Europe*, Proceeding of the seminar held in Leiden, (24-26 October 1991), European Human Rights Yearbook, vol.2. 1992, pp. 147-171.

PASQUALUCCI, Jo. M., *The practice and procedure of the inter-American Court of Human Rights*, Cambridge University Press, London, 2003.

PIZA ESCALANTE, E.R., “El valor de Derecho y la Jurisprudencia Internacionales de Derechos Humanos en el Derecho y la Justicia Interna: El ejemplo de Costa Rica”, en *Liber Amicorum Héctor Fix- Zamudio, Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Tomo II. San José, 1998. pp. 169-192.

PAUL COSTA, Jean., "The European Court of Human Rights: Consistency of its case-law and positive obligations", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2008, no. 3, vol. 26. pp. 449-454.

PÉREZ TREMPES, Pablo., "La justicia constitucional en Nicaragua", *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), 1999. No. 106 (octubre-diciembre), pp. 9-27.

- "El concepto de integración supranacional en la Constitución", *Revista de Estudios Constitucionales*, 1992, No.13 (septiembre-diciembre), pp. 103-126.

PELAYO MÖLLER, C.M., "El surgimiento y desarrollo de la doctrina de "Control de Convencionalidad" y sus implicaciones en el Estado Constitucional". (En línea), (Consulta de 9 de junio de 2013). Disponible en: http://www.miguelcarbonell.com/docencia/El_surgimiento_y_desarrollo_de_la_doctrina_de_Control_de_Convencionalidad_y_sus_implicaciones.shtml

QUERALT JIMÉNEZ, A. *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

- "Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales", *Teoría y Realidad Constitucional. UNED*, 2007. No. 20, pp. 435-470.
- *Los Efectos interpretativos de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Especial consideración a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Universidad de Barcelona, Barcelona, 2005 (Tesis Doctoral).
- "El Tribunal de Estrasburgo y los Tribunales Constitucionales", (En línea), Universitat Pompeu Fabra, Barcelona 27/28 de Noviembre de 2008, (Consulta de 06 de octubre de 2015) Disponible en: http://www.upf.edu/constitucional/actualitat/PDFs/Queralt_Jimxnezx_Argelia.pdf

QUIROGA LEÓN, A., "Las sentencias de la Corte Interamericana de derechos humanos y la cosa juzgada en los tribunales nacionales". *Centro de Estudios Constitucionales*, 2006, Año 4, No. 2, pp. 393-413.

RIPOL CARULLA, S., *El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos y el Derecho Español. La incidencia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico español*, Atelier, Barcelona, 2007.

- “Incidencia en la jurisprudencia del TC de las sentencias del TEDH que declaran la vulneración por España del CEDH”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, no. 39, 2007, (enero –abril), pp. 309-346.

RIVER, Raphaele., “Responsibility for the violations of human rights obligation: Inter-American mechanisms”, en James CRAWFORD, Alain PELLET and Simon OLLESON (ed.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, New York, 2010, pp. 740-761.

RUIZ MIGUEL, C., “La Función Consultiva en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: ¿Crisálida de una Jurisdicción Supra-Constitucional?” en *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tomo II. San José, , 1998. pp. 1345- 1363.

- *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid. 1997.

ROBERTSON, A.H., “Pactos y Protocolo Adicional de las Naciones Unidas, Convención Americana y Convención Europea de Derechos Humanos: Estudios Comparativos”, en *La Protección Internacional de los Derechos del Hombre. Balance y Perspectivas*. UNAM, México, 1983.

RUIZ-CHIRIBOGA, Oswaldo R., “The Conventionality Control: Examples of (Un)Successful Experiences in Latin-America” (En línea). *Inter-American and European Human Rights Journal*, 2010, (February 24, 2010), Vol. 3, No. 1-2. pp. 200-219, (Consulta de 09 de octubre de 2015), Disponible en SRN: <http://ssrn.com/abstract=1929887>

RODRÍGUEZ CARRIÓN, A, J., “Derecho Internacional, Derechos Humanos y Derecho Interno, en *Consolidación de Derechos y Garantías: Los grandes retos de los Derechos Humanos en*

el Siglo XXI, Seminario Conmemorativo del 50 Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 225-276.

REQUEJO PAGÉS, J.L., "Consideraciones en torno a la posición de las normas internacionales en el ordenamiento español", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1992, Año 12, No.34, enero-abril, pp. 41-66.

- "Convenio Europeo y Tribunal Constitucional. La inviable diversidad de contenidos en los enunciados de derechos fundamentales", *Anuario jurídico de La Rioja*, 2000-2001, No. 6-7. pp. 377-386.

RIVER, Raphaele., "Responsibility for the violations of human rights obligation: Inter-American mechanisms", en James CRAWFORD, Alain PELLET and Simon OLLESON (eds) *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, New York, 2010, pp.740-761.

RUBIO MARÍN Ruth y SANDOVAL Clara., "Engendering the Reparations Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights: The Promise of the Cotton Field Judgment", *Human Rights Quarterly*, The Johns Hopking University Press, 2011, Vol.33, No.3, pp. 1062-1091.

REY MARTINEZ, F., "El criterio interpretativo de los Derechos Fundamentales conforme a normas internacionales, (Análisis del artículo 10.2)", *Revista General de Derecho*, 1989, Año XLV, No. 537, pp. 3611-3632.

REY CANTOR, E., "El Control de Convencionalidad de las Leyes" (En línea), (Consulta de 31 de julio de 2015). Disponible en: biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2562/16.pdf

ROBERTO CUÉLLAR M. y PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI (dir.), *Diálogos Jurisprudencial*, IIDH, México, 2011.

RODRÍGUEZ RESCIA, V.M., *La ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Investigaciones Jurídicas S.A.1ra. Ed. San José, 1997.

REMOTTI CARBONELL, J. C., *La Corte interamericana de derechos humanos. Estructura, funcionamiento y jurisprudencia*, Instituto Europeo de Derecho, Barcelona, 2003.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César, et.al., “De las órdenes a la práctica: análisis y estrategias para el cumplimiento de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos”, en AA.VV. *Desafíos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Nuevos tiempos, viejos retos*. Colección Dejusticia, Bogotá, 2015. pp. 276-316.

RODRIGUEZ RUÍZ, B., “El caso Valenzuela Contreras y nuestro sistema de derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 19. No. 56, mayo-agosto, 1999, pp. 223-250.

SCHEININ, Martin., “International Human Rights in National Law”, en HANSKI, R y SUKSI, M. (ed) *An Introduction to the International Protection of Human Rights*, Institute for Human Rights Abo Akademi University, Turku-Abo, 2004, pp. 417-428.

SPEALMANN, Dean., “Allowing the Rights Margin of the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver of Subsidiarity of European Review?”, *Center for European Legal Studies*, University of Cambridge, 2012, pp. 1-30.

SANTOLAYA, Pablo., “La apertura de las Constituciones a su interpretación conforme a los tratados internacionales”, en FERRER MAC-GREGOR, E. y HERRERA GARCÍA (coords). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Tirant lo Blanch, México, 2013. pp. 447-456.

SÁNCHEZ, N.C. et.al., “El elefante en la sala. El retraso procesal en el sistema de peticiones individuales del sistema interamericano”, en AA.VV. *Desafíos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Nuevos tiempos, viejos retos*. Colección Dejusticia, Bogotá, 2015. pp. 230-275.

SALADO OSUNA, A., “Las restricciones a la aceptación de la competencia de los órganos internacionales de derechos humanos, (En línea) *Cuadernos Electrónicos – Derechos Humanos y Democracia*. (Consulta de 28 de julio de 2015). Disponible en:

http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:rjonBthDwflJ:www.portalfio.org/inicio/repositorio/CUADERNOS/CUADERNO2/LAS_RESTRICCIONES_A_LA_ACEPTACION_DE_LA_COMPETENCIA_DE_LOS_ORGANOS_INTERNACIONALES_DE_DERECHOS_HUMANOS.pdf+&cd=1&hl=nl&ct=clnk&gl=nl

- “La responsabilidad internacional del Estado por violaciones de los derechos humanos: la obligación de reparar en los sistemas regionales de protección”, en *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Tomo II, Universidad de Sevilla, 2005, pp. 1251-1272.

SWEET STONE, A., "On the Constitutionalisation of the Convention: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court" (En línea), Faculty Scholarship Series, 2009, (Paper 71), (Consulta de 28 de julio de 2015). Disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/71.

- “From the Point of View of National Judiciaries: The Role of National Courts in the Implementation of the Court’s Judgments”. En: *Dialogue between judges. Proceeding of the Seminar ‘Implementation of the judgments of the European Court of Human Rights: a shared judicial responsibility?’* (Strasbourg, 31 January 2014), European Court of Human Rights, 2014. pp. 22-26.

STEINER Henry J. y ALSTON Philip., *International Human Rightst in Context. Law, Political, Moral*, 2 Ed. Oxford, Oxford University Press, 2000.

SHELTON, Dinah., *Regional Protection of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

- *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2005.

SAGÜÉS, N.P., “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: a propósito de la ‘constitución convencionalizada’”, *Parlamento y Constitución*. No. 14, 2011, pp. 143-152.

- “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Centro de Estudios Constitucionales de Chile*. Universidad de Talca (1), Año 8. 2010. pp. 117-136.
- “El control de convencionalidad en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo”. En VON BOGDANDY, Armin, et. al., *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*, México, UNAM-Max Planck Institut-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. 2011. pp. 381-417.
- “Mecanismo de incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos al derecho interno”, en GONZÁLEZ VOLIO, Lorena (ed), *Presente y Futuro de los Derechos Humanos. Ensayos en Honor a Fernando Volio Jiménez*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1998, pp. 299-314.

SALVIOLI, F.O., “El aporte de la Declaración Americana de 1948, para la protección internacional de los derechos humanos,” en *Memoria del Seminario: El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tomo I, San José, C.R., 2 ed. 2003, pp. 679-696.

SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I., “Los Sistemas de Protección Americano y Europeo de los Derechos Humanos: El problema de la Ejecución interna de las sentencias de las respectivas Cortes de Justicia”, en NIETO NAVIA, R (ed), *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, San José, 1994, pp. 501- 513.

SÁIZ ARNÁIZ, A, *La apertura constitucional al Derecho Internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 CE*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

SADURSKI, Wojciech., “Partnering with Strasbourg: Constitutionalization of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and Eastern European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments”, (En línea) *Sydney Law School Legal Studies*, 2008,

(Research Paper No. 08/135), (Consulta de primero de febrero de 2013). Disponible en: ssrn.com/abstract=1295652

SILVA GARCÍA, Fernando., *Derechos Humanos. La eficacia de las sentencias internacionales*, Porrúa, México, 2007.

- “El control judicial de las leyes con base en tratados internacionales sobre derechos humanos”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 2006, No 5, México, pp. 231-253.

SAAVEDRA ÁLVAREZ, Yuria., “El sistema africano de derechos humanos y de los pueblos. Prolegómenos”, (En línea) *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. VIII, México, 2008, pp. 671-712. (Consulta de 15 de octubre de 2015). Disponible en: biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoInternacional/8/cmt/cmt20.pdf

STERN, Brigitte., “Elements of an Internationally Wrongful Act”, en James CRAWFORD, Alain PELLET and Simon OLLESON (eds) *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, New York, 2010, pp. 194-220.

SALINAS ALCEGA, S., *El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos en el Siglo XXI. El proceso de reforma para asegurar su eficacia a largo plazo*, Iustel, Madrid, 2009.

TOMUCHAT Christian., “Reparation orders by International Human Rights Bodies-final compensation or restitutio in integrum?”, en DEAN SPIELMANN, et.al (ed) *La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant : mélanges en l'honneur de Christos L. Rozakis*, Bruylant, Bruselas, 2011. pp. 625-653.

TORRES PÉREZ, A, “The Judicial Impact of European Law in Spain: ECHR and EU Law Comparative”, *Yearbook of European Law*, 2011, Vol. 30, No. 1. pp. 159–179.

TOUFAYAN, MARK., "Human Rights Treaty Interpretation: A Postmodern Account of Its Claim to "Speciality", *NYU School of Law, Center for Human Rights and Global Justice, Working Paper No. 2*. 2005.

TAIANA, J. E., "El Compromiso de la Comunidad Internacional con la Protección Internacional efectiva de los Derechos Humanos y las implicaciones financieras del fortalecimiento del sistema interamericano: Caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", en *Memoria del Seminario: El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*, Tomo I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2 ed. 2003, pp. 279-292.

UPRIMNI, RODRIGO., "La fuerza vinculante de las decisiones de los órganos internacionales de derechos humanos en Colombia: un examen de la evolución de la jurisprudencia constitucional", en KRSTICEVIC, Viviana y TOJO Liliana (Coord), *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*, 1ª Ed., CEJIL, Buenos Aires, 2007, pp. 127-142.

ÚBEDA DE TÓRRES, Amaya., *Democracia y derechos humanos en Europa y en América. Estudio comparado de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos*, Reus, Madrid, 2007.

VAN DER SCHYFF, G., *Limitation of Rights. A Study of the European Convention and the South African Bill of Rights*, Wolf, Nijmegen, 2005.

VALERIO DE OLIVEIRA y MAZZUOLI DILTON RIBEIRO., "Indigenous Rights before the Inter-American Court of Human Rights: a Call for a Pro Individual Interpretation" (En línea) *Harvard International Law Journal*, (Consulta de 4 de agosto de 2015). Disponible en: <http://www.harvardilj.org/2015/02/indigenous-rights-before-the-inter-american-court-of-human-rights-a-call-for-a-pro-individual-interpretation/>

VENTURA ROBLES, Manuel., "Ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte de los tribunales nacionales" (En línea), en *Seminario de*

conmemoración de los 20 años de justicia constitucional en Costa Rica (San José, Costa Rica, 30 septiembre, 1 y 2 octubre 2009). (Consulta de 23 de marzo de 2012) Disponible en: http://www.poderjudicial.go.cr/salaconstitucional/ARTICULOS%20Y%20CONFERENCIAS/Seminario_20Aniversario/006.pdf

- “La Supervisión del Cumplimiento de las Sentencias en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos”, Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, XXIX Congreso, Granada, España 11- 6 de septiembre de 2006 (paper).
- “El Control de Convencionalidad y el impacto de las reparaciones emitidas por la Corte Interamericana De Derechos Humanos”, *Revista IBDH*, No. 13, Vol.13, 2013. pp. 201-218.

WILDHABER, LUZIUS, “Pilot Judgment un cases of structural or systematic problem on the national level”, en RUDIGER WOLFRUM & ULRIKE DEUTSCH (eds.), *The European Court of Human Rights Overwhelmed by application: problem and possible solutions*, Berlin: Springer Verlag, 2009, pp. 69-75.

XENOS Dimitris., *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, Routledge, London- New York, 2012.

YVONNE KLERK y ERIC JANSE DE JONGE., “The Netherlands”, en C.A. GEARTY (edit), *European Civil Liberties and the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1997. pp. 105-142.

SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA

Corte IDH, *Velásquez Rodríguez* (Excepciones Preliminares), sentencia de 26 de junio de 1987.

Corte IDH, *Fairen Garbi y Solís Corrales vs. Honduras*, (Excepciones Preliminares), sentencia de 26 de junio de 1987.

Corte IDH, *Godínez Cruz vs. Honduras*, (Excepciones Preliminares), sentencia de 26 de junio de 1987.

Corte IDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (Fondo), sentencia de 29 de julio de 1988.

Corte IDH, *Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras*, sentencia de 15 de marzo de 1989.

Corte IDH, *Aloeboetoe y otros vs. Surinam* (Reparaciones y Costas), sentencia de 10 de septiembre de 1993.

Corte IDH, *Genie Lacayo vs. Nicaragua* (Excepciones Preliminares), sentencia de 27 de enero de 1995.

Corte IDH, *Amparo vs. Venezuela* (Reparaciones y Costas) sentencia 14 de septiembre de 1996.

Corte IDH, *Neira Alegría y otros vs. Perú*, Reparaciones y Costas, sentencia del 19 de septiembre de 1996.

Corte IDH, *Genie Lacayo vs. Nicaragua*, (Fondo), sentencia de 29 de enero de 1997.

Corte IDH, *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia* (Reparaciones y Costas), sentencia del 29 de enero de 1997.

Corte IDH, *Loayza Tamayo vs. Perú*, sentencia de 17 de septiembre de 1997.

Corte IDH, *Suárez Rosero vs. Ecuador*, sentencia de 12 de noviembre de 1997.

Corte IDH, *Blake vs. Guatemala*, sentencia de 24 de enero de 1998.

Corte IDH, *Garrido y Baigorria vs. Argentina* (Reparaciones y Costas), sentencia del 27 de agosto de 1998.

Corte IDH, *Castillo Petruzzi vs. Perú* (Fondo), sentencia de 30 de mayo de 1999.

Corte IDH, *Ivcher Bronstein vs. Perú*, Competencia, sentencia de 24 de septiembre de 1999.

Corte IDH, *Tribunal Constitucional vs. Perú*, sentencia de 24 de septiembre de 1999.

Corte IDH, *Las Palmeras vs. Colombia* (Excepciones Preliminares), sentencia de 4 de febrero de 2000.

Corte IDH, *Cantoral Benavides vs. Perú* (Fondo), sentencia de 18 de agosto de 2000.

Corte IDH, *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, sentencia de 2 de febrero de 2001.

Corte IDH, *La última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, sentencia de 5 de febrero de 2001.

Corte IDH, Corte IDH, *Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala* (Reparaciones y Costas), sentencia de 26 de mayo de 2001.

Corte IDH, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* (Fondo), sentencia de 31 de agosto de 2001.

Corte IDH, *Barrios Altos vs. Perú*, sentencia de 14 de marzo de 2001. Interpretación de la Sentencia de fondo, 3 de septiembre de 2001.

Corte IDH, *Cantos vs. Argentina* (Excepciones Preliminares), sentencia del 7 de septiembre de 2001.

Corte IDH, *Las Palmeras vs. Colombia*, sentencia de 6 de diciembre de 2001.

Corte IDH, *Bámaca Velásquez vs. Guatemala* (Reparaciones y Costas), sentencia de 22 de febrero de 2002.

Corte IDH, *Trujillo Oroza vs. Bolivia* (Reparaciones y Costas), sentencia de 27 de febrero de 2002.

Corte IDH, *Hilaire, Constantine, y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago*, sentencia de 21 de junio de 2002.

Corte IDH, *“Cinco Pensionistas” vs. Perú*, sentencia de 28 de febrero de 2003.

Corte IDH, *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 6 de junio de 2003.

Corte IDH, *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, sentencia de 7 de junio de 2003.

Corte IDH, *Benavides Cevallos vs. Ecuador*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 9 de septiembre de 2003.

Corte IDH, *Bulacio vs. Argentina*, sentencia de 18 de septiembre de 2003.

Corte IDH, *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2003.

Corte IDH, *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, Interpretación de la Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, sentencia de 26 de noviembre de 2003.

Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 27 de noviembre de 2003.

Corte IDH, *Baena Ricardo y otros vs. Panamá* (Competencia), sentencia de 28 de noviembre de 2003.

Corte IDH, *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, sentencia de 2 de julio de 2004.

Corte IDH, *19 Comerciantes vs. Colombia*, sentencia de 5 de julio de 2004.

Corte IDH, *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, sentencia de 8 de julio de 2004.

Corte IDH, *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, sentencia de 8 de julio de 2004.

Corte IDH, *Ricardo Canese vs. Paraguay*, sentencia de 31 de agosto de 2004.

Corte IDH, *Tibi vs. Ecuador*, sentencia de 7 de septiembre de 2004.

Corte IDH, *Lori Berenson Mejía vs. Perú* (Fondo), sentencia de 25 de noviembre de 2004.

Corte IDH, *Caesar vs. Trinidad y Tobago*, sentencia de 11 de marzo de 2005.

Corte IDH, *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, sentencia 17 de junio de 2005.

Corte IDH, *Fermín Ramírez vs. Guatemala*, sentencia de 20 de junio de 2005.

Corte IDH, *Yatama vs. Nicaragua* (Fondo), sentencia de 23 de junio de 2005.

Corte IDH, *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, sentencia de 8 de septiembre de 2005.

Corte IDH, *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, sentencia de 15 de septiembre de 2005.

Corte IDH, *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*, sentencia de 15 de septiembre de 2005.

Corte IDH, *Gómez Palomino vs. Perú*, sentencia de 22 de noviembre de 2005.

Corte IDH, *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, sentencia de 31 de enero de 2006.

Corte IDH, *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay* (Fondo), sentencia de 29 de marzo de 2006.

Corte IDH, *Ximenes Lopes vs. Brasil*, sentencia de 4 de julio de 2006.

Corte IDH, *Goiburú y otros vs. Paraguay*, sentencia de 22 de septiembre de 2006.

Corte IDH, *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006.

Corte IDH, *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros) vs. Perú* (Fondo), sentencia de 24 de noviembre de 2006.

Corte IDH, *La Cantuta vs. Perú*, sentencia de 29 de noviembre de 2006.

Corte IDH, *Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*, sentencia de 4 de julio de 2007.

Corte IDH, *Boyce y otros vs. Barbados*, sentencia de 20 de noviembre de 2007.

Corte IDH, *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de Noviembre de 2007.

Corte IDH, *Kimel vs. Argentina*, sentencia de 2 de mayo de 2008.

Corte IDH, *Yatama vs. Nicaragua*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 04 de agosto de 2008.

Corte IDH, *Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela* (Fondo), sentencia de 5 de agosto de 2008.

Corte IDH, *Castañeda Gutman vs. México* (Excepciones Preliminares), sentencia de 6 de agosto de 2008.

Corte IDH, *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, sentencia de 12 de agosto de 2008.

Corte IDH, *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, sentencia de 27 de noviembre de 2008.

Corte IDH, *Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*, sentencia de 27 de noviembre de 2008.

Corte IDH, *Perozo y otros vs. Venezuela*, sentencia de 28 de enero de 2009.

Corte IDH, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 3 de abril de 2009.

Corte IDH, *Anzualdo Castro vs. Perú*, sentencia de 22 de septiembre de 2009.

Corte IDH, *Dacosta Cadogan vs. Barbados*, sentencia de 24 de septiembre de 2009.

Corte IDH, *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México* (Fondo), sentencia de 16 de noviembre de 2009.

Corte IDH, *Usón Ramírez vs. Venezuela*, sentencia de 20 de noviembre de 2009.

Corte IDH, *Radilla Pacheco vs. México*, sentencia de 23 de noviembre de 2009.

Corte IDH, *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia* (Fondo), sentencia de 26 de mayo de 2010.

Corte IDH, *Comunidad Indígena Xakmok Kásek vs. Paraguay* (Fondo), sentencia de 24 de agosto de 2010.

Corte IDH, *Fernández Ortega y otros vs. México* (Fondo), sentencia de 30 de agosto de 2010.

Corte IDH, *Rosendo Cantú y otra vs. México* (Fondo), sentencia de 31 de agosto de 2010.

Corte IDH, *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia* (Fondo), sentencia de 1 de septiembre de 2010.

Corte IDH, *Vélez Loor vs. Panamá* (Fondo), sentencia de 23 de noviembre de 2010.

Corte IDH, *Gómes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil* (Fondo), sentencia de 24 de noviembre de 2010.

Corte IDH, *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, sentencia de 26 de noviembre de 2010.

Corte IDH, *Gelman vs. Uruguay*, sentencia de 24 de febrero de 2011.

Corte IDH, *Contreras y otros vs. El Salvador*, sentencia de 31 de agosto de 2011.

Corte IDH, *González Medina y familiares vs. República Dominicana*, sentencia de 27 de febrero de 2012.

Corte IDH, *Forneron e hija vs. Argentina*, sentencia de 27 de abril de 2012.

Corte IDH, *Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*, sentencia de 27 de abril del 2012.

Corte IDH, Corte IDH, *Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 19 de junio de 2012.

Corte IDH, *Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*, sentencia de 28 de noviembre de 2012.

Corte IDH, *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, sentencia de 4 de septiembre de 2012.

Corte IDH, *Gelman vs. Uruguay*, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013.

Corte IDH, *Yatama vs. Nicaragua*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 22 de agosto de 2013.

OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE INTERAMERICANA

Corte IDH, "Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82, de 24 de septiembre de 1982.

Corte IDH, *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva 4/84, de 19 de enero de 1984.

Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*; Opinión Consultiva 5/85, del 13 de noviembre de 1985.

Corte IDH, *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva 6/86, de 9 de mayo de 1986.

Corte IDH, *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva 8/87, de 30 de enero de 1987.

Corte IDH, *Compatibilidad de un Proyecto de ley con el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva 12/91, de 6 de diciembre de 1991.

Corte IDH, *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana*. Opinión Consultiva 13/93, de 16 de julio de 1993.

Corte IDH, *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-14/94, 9 de diciembre 1994.

Corte IDH, *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva 14/94, de 9 de diciembre de 1994.

Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003.

DECISIONES DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA

CIDH, Informe 10/91, caso 10.169. Banco de Lima, decisión de 22 de febrero de 1991.

CIDH, Informe sobre situación de derechos humanos en Haití, (OEA/Ser.L./v/II.88, doc. 10 rev. 1995.).

CIDH Informe No. 47/97, Tabacalera Boquerón, S.A. Paraguay, 16 de octubre de 1997.

CIDH, Informe 27/98 (Nicaragua), de 6 de mayo de 1998.

CIDH, Informe N° 39/99 del 11.III.1999, Mevopal, S.A. vs. Argentina.

CIDH, Informe No. 11/07, (Caso interestatal *Nicaragua vs. Costa Rica*), de 8 de marzo de 2007.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO

TEDH, *Becker vs. Bélgica*, sentencia de 27 de marzo de 1962.

TEDH, *Van Gend en Loos vs. Los Países Bajos*, de 5 de febrero de 1963.

TEDH, *Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium vs. Bélgica* (Fondo), sentencia de 23 de julio de 1968.

TEDH, *Marckx vs. Bélgica*, sentencia de 13 de junio de 1970.

TEDH, *Wilde, Ooms and Versypvs vs. Bélgica*, sentencia de 18 de julio de 1971.

TEDH, *Ringeisen vs. Austria*, (Interpretación), sentencia de 23 junio 1973.

TEDH, *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen vs. Dinamarca*, sentencia de 7 de diciembre de 1974.

TEDH, *Swedish Engine Drivers Union vs. Suecia*, sentencia del 6 de febrero del 1976.

TEDH, *Handyside vs. Reino Unido*, sentencia de 7 de diciembre de 1976.

TEDH, *Irlanda vs. Reino Unido*, sentencia de 18 de enero de 1978.

TEDH, *Tyrer vs. Reino Unido*, sentencia de 25 de abril de 1978.

TEDH, *Klass y otros vs. Alemania*, sentencia de 6 de septiembre de 1978.

TEDH, *Sunday Times vs. Reino Unido*, sentencia de 26 de abril de 1979.

TEDH, *Airey vs. Irlanda*, Ap. No. 6289/73, sentencia de 9 de octubre de 1979.

TEDH, *Artico vs. Italia*, sentencia de 13 de mayo de 1980.

TEDH, *H vs. Bélgica*, sentencia de 30 de noviembre de 1980.

TEDH, *Young, James and Webster vs. Reino Unido*, sentencia de 13 de agosto de 1981.

TEDH, *Dudgeon vs. Reino Unido*, sentencia de 22 de octubre de 1981.

TEDH, *Campbell and Cosans vs. Reino Unido*, sentencia de 25 de febrero de 1982.

TEDH, *Sporrong and Lönnroth vs. Suecia*, de 23 de septiembre de 1982.

TEDH, *X vs. Reino Unido*, sentencia de 18 de octubre de 1982.

TEDH, *Le Compte, Van Leuven and De Meyere vs. Bélgica*, sentencia de 10 de febrero de 1983.

TEDH, *Silver and Others vs. Reino Unido*, sentencia de 25 marzo de 1983.

TEDH, *De Jong, Baljet y Van den Brink vs. Países Bajos*, sentencia de 22 de mayo de 1984.

TEDH, *Malone vs. Reino Unido*, sentencia de 2 agosto de 1984

TEDH, *Barthold vs. Alemania*, sentencia de 25 de marzo de 1985.

TEDH, *X and Y vs. Los Países Bajos*, sentencia de 26 de marzo de 1985.

TEDH, *James and Others vs. Reino Unido*, sentencia de 21 de febrero de 1986.

TEDH, *Ress vs. Reino Unido*, sentencia de 17 de octubre de 1986.

TEDH, *Johnston and Others vs. Irlanda*, sentencia de 18 de diciembre de 1986.

TEDH, *Mathieu-Mohin and Clerfayt vs. Bélgica*, sentencia de 2 de marzo de 1987.

TEDH, *F. vs. Suiza*, sentencia de 18 de diciembre de 1987.

TEDH, *Belilos vs. Suiza*, sentencia de 29 de abril de 1988.

TEDH, *Brogan vs. Reino Unido*, sentencia de 29 de noviembre de 1988.

TEDH, *Barberá, Messegué y Jarabo vs. España (Fondo)*, sentencia de 6 de diciembre de 1988.

TEDH, *Soering vs. Reino Unido*, sentencia de 7 de julio de 1989.

TEDH, *Unión Alimentaria Sanders S.A. vs. España*, sentencia de 8 de julio de 1989.

TEDH, *Kruslin vs. Francia*, sentencia de 24 de abril de 1990.

TEDH, *Pawell and Rayner vs. Reino Unido*, sentencia de 24 de junio de 1990.

TEDH, *Coseey vs. Reino Unido*, sentencia de 27 de septiembre de 1990.

TEDH, *Demicoli vs. Malta*, sentencia de 27 de agosto de 1991.

TEDH, *Vermeire vs. Bélgica*, sentencia de 29 de noviembre de 1991.

TEDH, *Open Door and Dublin Well Woman vs. Irlanda*, sentencia de 29 de octubre de 1992.

TEDH, *Niemietz vs. Alemania*, sentencia de 16 de diciembre de 1992.

TEDH, *Brannigan y McBride vs. Reino Unido*, sentencia de 25 de mayo de 1993.

TEDH, *Papamichalopoulos vs. Grecia*, sentencia de 24 de junio de 1993.

TEDH, *Saidi vs. Francia*, 20 de septiembre de 1993.

TEDH, *Van de Hurk vs. Los Países Bajos*, sentencia de 19 abril de 1994.

TEDH, *Keegan vs. Irlanda*, sentencia de 26 de mayo de 1994.

TEDH, *Barberá Messegué y Jarabo vs. España* (artículo 50), sentencia de 13 de junio de 1994.

TEDH. *Pelladoah vs. Los Países Bajos*, no.16737/90, sentencia de 22 de septiembre de 1994.

TEDH, *Kroon and Others vs. Los Países Bajos*, sentencia de 27 de octubre de 1994.

TEDH, *López Ostra vs. España*, sentencia de 9 de diciembre de 1994.

TEDH, *Loizidou vs. Turquía* (Excepciones preliminares), sentencia de 23 de marzo de 1995.

TEDH, *Aksoy vs. Turquía*, sentencia de diciembre de 1996.

TEDH, *Z vs. Finlandia*, sentencia de 25 de febrero de 1997.

TEDH, *Findlay vs. Reino Unido*, sentencia de 25 de febrero de 1997.

TEDH, *Haldof vs. Reino Unido*, sentencia de 25 de junio de 1997.

TEDH, *Brualla Gómez de la Torre vs. España*, sentencia de 19 de diciembre de 1997.

TEDH, *United Communist Party of Turkey and others vs. Turquía*, sentencia de 30 de enero de 1998.

TEDH, *Edificaciones March Gallego, SA vs. España*, sentencia de 19 de febrero de 1998.

TEDH, *Valenzuela Contreras vs. España*, sentencia de 30 de julio de 1998.

TEDH, *Pérez de Rada Cavanilles vs. España*, sentencia de 28 de octubre de 1998.

TEDH, *Castillo Algar vs. España*, sentencia de 28 de octubre de 1998.

TEDH, *Osman vs. Reino Unido*, sentencia de 28 de octubre de 1998.

TEDH, *Assenov and Others vs. Bulgaria*, sentencia de 28 de octubre de 1998.

TEDH, *Matthews vs. Reino Unido*, sentencia de 18 de febrero de 1999.

TEDH, *Rekvenyi vs. Hungría*, sentencia de 20 de mayo de 1999.

TEDH, *Smith and Grady vs. Reino Unido*, sentencia de 27 de septiembre de 1999.

TEDH, *Wille vs. Lienchenstein*, sentencia de 28 de octubre de 1999.

TEDH, *García Manibardo vs. España*, sentencia de 15 de febrero de 2000.

TEDH, *Amann vs. Suiza*, sentencia de 16 de febrero de 2000.

TEDH, *Kılıç vs. Turquía*, no. 22492/93, sentencia de 28 de marzo de 2000.

TEDH, *Mahmut Kaya vs. Turquía*, no. 22535/93, sentencia de 28 de marzo de 2000.

TEDH, *Miragall Escolano y Otros vs. España*, sentencia de 25 de abril de 2000.

TEDH, *İlhan vs. Turquía* [GC], no. 22277/93, sentencia de 27 de junio de 2000.

TEDH, *Maaouia vs. Francia* [GC], no. 39652/98, sentencia de 5 de octubre de 2000.

TEDH, *Kudła vs. Polonia*, sentencia de 26 de octubre de 2000.

TEDH, *Streletz, Kessler & Krenz vs. Alemania*, sentencia de 22 de marzo de 2001.

TEDH, *Mortier vs. Francia*, sentencia de 31 de julio de 2001.

TEDH, *Al-Adsani vs. Reino Unido*, sentencia de 21 de noviembre de 2001.

TEDH, *Bancokic and Others vs. Bélgica y otros*, decisión de 12 de diciembre de 2001.

TEDH, *Paul and Audrey Edwards vs. Reino Unido*, sentencia de 14 de marzo de 2002.

TEDH, *Pretty vs. Reino Unido*, sentencia de 24 de abril de 2002.

TEDH, *Christine Goodwin vs. Reino Unido*, sentencia de 11 de julio de 2002.

TEDH, *Perote Pellón vs. España*, sentencia 25 de julio de 2002.

TEDH, *Sovtransavto Holding vs. Ucrania*, no. 48553/99, 25 de julio de 2002.

TEDH, *Kobenter and Standard Verlags GMBH vs. Austria*, sentencia de 2 de noviembre de 2002.

TEDH, *Craxi vs. Italia*, sentencia de 5 de diciembre de 2002.

TEDH, *Peck vs. Reino Unido*, sentencia de 28 de enero de 2003.

TEDH, *Refah Partisi and others vs. Turquía*, sentencia de 13 de febrero de 2003.

TEDH, *Padro Bugallo vs. España*, sentencia de 18 de febrero de 2003.

TEDH, *Karner vs. Austria*, sentencia de 24 de julio de 2003.

TEDH, *Broniowski vs. Polonia*, sentencia de 22 de junio de 2004.

TEDH, *Martínez Sala y otros vs. España*, sentencia de 2 de noviembre de 2004.

TEDH, *Abdülsamet Yaman vs. Turquía*, sentencia de 2 de noviembre de 2004.

TEDH, *Moreno Gómez vs. España*, sentencia de 16 de noviembre de 2004.

TEDH, *Öneryıldız vs. Turkey*, sentencia de 30 de noviembre de 2004.

TEDH, *M.C. vs. Bulgaria*, no. 39272/98, sentencia de 4 de diciembre de 2004.

TEDH, *Mamatkulov and Askarov vs. Turquía*, sentencia de 4 de febrero de 2005.

TEDH, *Steel and Morris vs. Reino Unido*, sentencia de 15 de febrero de 2005.

TEDH, *Storck vs. Alemania*, sentencia de 16 junio de 2005.

TEDH, *Stec and Other vs. Reino Unido*, decisión de 6 de Julio de 2005.

TEDH, *Tanis and Other vs. Turquía*, no. 65899/01, sentencia de 2 de agosto de 2005.

TEDH, *Hirst vs. Reino Unido*, sentencia de 6 de octubre de 2005.

TEDH, *Leyla Sahin vs. Turquía*, sentencia de 10 de noviembre de 2005.

TEDH, *Capital Bank AD vs. Bulgaria*, sentencia de 24 de noviembre de 2005.

TEDH, *Xenides-Arestis vs. Turquía*, sentencia de 22 de diciembre de 2005.

TEDH, *Sejdovic vs. Italia*, sentencia de 1 de marzo de 2006.

TEDH, *Menesheva vs. Rusia*, sentencia de 9 de marzo de 2006.

TEDH, *Díaz Ochoa vs. España*, sentencia de 22 de junio de 2006.

TEDH, *Coban vs. España*, decisión de 25 de septiembre de 2006.

TEDH, *Ben El Mahi y otros vs. Dinamarca*, No. 5853/06, 11 de diciembre de 2006.

TEDH, *Members of the Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses and 4 Others vs. Georgia*, sentencia de 3 de mayo de 2007.

TEDH, *Bati and Others vs. Turquía*, sentencia de 3 de septiembre de 2007.

TEDH, *Yumak and Sadak vs. Turquía*, sentencia de 8 de julio de 2008.

TEDH, *Gómez de Liaño y Botella vs. España*, sentencia de 22 de julio de 2008.

TEDH, *Burdov No.2 vs. Rusia*, sentencia de 15 de enero del 2009.

TEDH, *Egeland and Hanseid vs. Noruega*, sentencia de 16 de abril de 2009.

TEDH, *Kuliś and Różycki vs. Polonia*, sentencia de 6 de septiembre de 2009.

TEDH, *Rantsev vs. Chipre y Rusia*, sentencia de 7 de enero de 2010.

TEDH, *Medvedyev y otros vs. Francia*, sentencia de 29 de marzo del 2010.

TEDH, *San Argimiro Isasa vs. España*, sentencia de 28 de septiembre de 2010.

TEDH, *Cardona Serrat vs. España*, sentencia de 26 de octubre de 2010.

TEDH, *Dees vs. Hungría*, sentencia de 9 de noviembre de 2010.

TEDH, *Jasinskis vs. Letonia*, no. 45744/08, sentencia de 21 de diciembre de 2010.

TEDH, *Beristain Ukar vs. España*, sentencia de 8 de marzo de 2011.

TEDH, *Hirsi Jamaa and Others vs. Italia*, sentencia de 23 de febrero de 2012.

TEDH, *Gutiérrez Dorado y Dorado Ortiz vs. España*, sentencia de 27 de marzo de 2012.

TEDH, *Plesó vs. Hungría*, sentencia de 2 de octubre de 2012.

TEDH, *Simons vs. Bélgica*, sentencia de 28 de septiembre de 2012.

TEDH, *Otamendi Eiguren vs. España*, sentencia de 16 de octubre de 2012.

TEDH, *Del Rio Padra vs. España*, sentencia de 21 de octubre de 2013

TEDH, *Etxebarria Caballero vs. España*, sentencia de 7 de octubre de 2014.

TEDH, *Arribas Antón vs. España*, sentencia de 20 de enero de 2015.

TEDH, *Arratibel Garciandia vs. España*, sentencia de 5 de mayo de 2015.

TEDH, *Oliari and Others vs. Italia*, sentencia de 25 de julio de 2015.

OPINIONES CONSULTIVAS DEL TRIBUNAL EUROPEO

TEDH, *Decision on the competence of the Court to give an Advisory Opinion*, 2 June 2004.

TEDH, *Advisory Opinion on certain legal questions concerning the lists of candidates submitted with a view to the election of judges to the European Court of Human Rights [GC]*, 12 February 2008.

TEDH, *Advisory Opinion on certain legal questions concerning the lists of candidates submitted with a view to the election of judges to the European Court of Human Rights (No. 2) [GC]*, 22 January 2010.

DECISIONES DE LA COMISIÓN EUROPEA

Comisión Europea, Informe, *National Union Belgian Police vs. Bélgica*, decisión del 27 de mayo de 1974.

Comisión Europea, appl. 10588/83, 10589/83 et 10590/83 (Admisibilidad), decisión del 11 de octubre de 1985.

RECOMENDACIONES DE LA ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA

Recomendación 1194 (1992), de 6 de octubre de 1992.

Recomendación 1020 (1985), de 2 de octubre de 1985.

Recomendación 1087 (1988), de 7 de octubre de 1988.

RESOLUCIONES DEL COMITÉ DE MINISTROS

Resolución DH (99) 127, de 19 de febrero de 1999.

Resolución DH (94) 27, de 21 de marzo de 1994.

Resolución DH (99) 469, de 15 de julio de 1999.

Resolución interina DH (99) 680 de 06 de octubre de 1999.

Resolución DH (2000) 105, de 24 de julio de 2000.

Resolución DH (2000) 152, de 18 diciembre de 2000.

Resolución interina DH (2003) 174, de 12 de noviembre de 2003.

Resolución DH (2005) 114, de 30 de noviembre de 2005.

General measures adopted to prevent new violations of the European Convention on Human Rights. Stock-taking of measures reported to the Committee of Ministers in its control of the execution of judgments and decisions under the Convention (Application of former Articles 32 and 54 and of Article 46): H-Exec(2006)1. Last update: May 2006.

Resolución DH (2008) 81, de 8 de octubre de 2008.

Resolución DH (2011) 267, de 2 de diciembre de 2011.

Resolución DH-DD (2014) 844, de 26 de junio de 2014.

INFORMES DE OTROS ORGANISMOS INTERNACIONALES

Final Report Submitted by Theo Van Boven, Special Rapporteur, "Study concerning the rights to restitution, compensation and rehabilitation for victims of Gross violation of human rights and fundamental freedom", Commission on Human Rights, Sub Commission on prevention of discrimination and Protection of Minorities, 2 July 1993, (E/CN.4/Sub.2/1993/8).

Informe de CPT, de 13 de marzo del 2003, dirigido al gobierno español a raíz de las visitas efectuadas del 22 al 26 de julio de 2001 (CPT/Inf (2003) 23).

Conclusiones y Recomendaciones del Comité contra la Tortura de la ONU contra España, de 23 de diciembre de 2002, (CAT/C/CR/29/3.Concluding Observations/Comments).

Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura, Theo van Boven, en la visita a España, de 6 de febrero de 2004, (Distr. General E/CN.4/2004/56/Add.2,).

Informe de CPT, de 10 de julio de 2007, dirigido al gobierno español a raíz de la visita efectuada del 12 al 19 de diciembre de 2005 (CPT/Inf (2007) 31).

Informe de CPT, de 25 de marzo de 2011, dirigido al gobierno español a raíz de las visitas efectuadas del 19 de septiembre al 1 de octubre de 2007 (CPT/Inf (2011) 12).

Amnistía Internacional, Informe España: salir de las sombras. Es hora de poner fin a la detención en régimen de incomunicación, 15 de septiembre de 2009.

Informe del CPT de 30 de abril de 2013, dirigido al Gobierno español, a raíz de las visitas efectuadas entre mayo y junio de 2011 (CPT/Inf (2013) 6).

Informe del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, de 9 de octubre de 2013, a raíz de su visita a España del 3 al 7 de junio de 2013 (CommDH(2013)18).

SENTENCIAS CPIJ/CIJ

Fábrica de Chorzow (Factory at Chorzow (Germany. v. Poland), 1928 P.C.I.J. (ser. A) No. 17 (Sept. 13).

Corfu Channel (The United Kingdom and Ireland vs. Albania), Merits, ICJ, 9 April 1949.

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, ICJ, Reports 1986.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia-Herzegovina vs. Serbia and Montenegro), Merits, ICJ, 11 July 1996.

Jurisdictional Immunities of the State (Germany vs. Italy: Greece intervening), 3 February, 2012.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA

STC 42/1982, de 5 de julio de 1982.

STC 78/1982, de 20 de diciembre de 1982.

STC 199/1987, de 11 de diciembre de 1987.

STC 28/1991, de 14 de febrero de 1991.

STC 36/1991, de 14 de febrero de 1991.

STC 64/1991, de 22 de marzo de 1991.

STC 214/1991, de 11 de noviembre de 1991.

STC 245/1991, de 16 de diciembre de 1991.

STC 303/93 de 25 de octubre de 1993.

STC 372/1993, de 13 de diciembre de 1993.

STC 85/1994, de 14 de marzo de 1994.

STC 35/1995, de 6 de febrero de 1995.

STC 50/1995, de 31 de marzo de 1995.

STC 181/1995, de 11 de diciembre de 1995.

STC 119/2001 de 24 de mayo de 2001.

STC 41/2002, de 25 de febrero de 2002.

STC 167/2002, de 18 de septiembre de 2002.

STC 184/2003, de 23 de octubre de 2003.

STC 169/2004, de 6 de octubre de 2004.

STC 240/2005, de 10 de octubre de 2005.

STC 24/2005, de 10 de octubre de 2005.

STC 255/2006, de 11 de septiembre de 2006.

STC 236/2007, de 7 de noviembre de 2007.

STC 12/2008, de 19 de enero de 2008.

STC 182/2008, de 22 diciembre de 2008.

STC 100/2008 de 22 de septiembre de 2008.

STC 33/2008, de 25 de febrero 2008.

STC 271/2009, de 26 de enero de 2009.

STC 155/2009, de 25 de junio de 2009.

STC 150/2011, de 29 de septiembre de 2011.

DECISIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL

Auto de la Sala de lo Penal del TS (Recurso No. 1265/1993), de 29 de abril de 2004.

Sentencia del TS, Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso Admirativo (recurso de casación No. 1553/2006), del 13 de noviembre de 2008.

Auto de la Sala de lo Penal del TS, de 5 de noviembre de 2014.

DECISIONES DE LA AUDIENCIA NACIONAL

Auto de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de esta Audiencia Nacional de 6 de junio de 2008.

Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Ejecutoria 36/1985), de 22 de octubre de 2013.

Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Ejecutoria 32/1990), de 25 de octubre de 2013.

SENTENCIAS DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CSJ DE NICARAGUA

Sentencia No. 160, de 12 de septiembre de 2000.

Sentencia No. 49, de 31 de enero de 2001.

Sentencia No. 13, de 5 de febrero de 2002.

Sentencia No.136, de 30 de octubre de 2002.

Sentencia No. 103, de 8 de noviembre de 2002.

Sentencia No. 156, de 20 de noviembre de 2002.

Sentencia No. 115, de 2 de junio de 2003.

Sentencia No. 59, de 7 de mayo de 2004.

Sentencia No. 101, de 26 de agosto de 2004.

Sentencia No. 136, de 4 de noviembre de 2004.

Sentencia No. 46, de 21 de diciembre de 2004.

Sentencia No. 57/2010, de 2 de marzo de 2010.

Sentencia No. 78/2010, de 10 de marzo de 2010.

OTRAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES

Sala de lo Constitucional de Costa Rica, Sentencia 3435-92, del 11 de noviembre de 1992.

Sala de lo Constitucional de Costa Rica, Sentencia 5759-93

Sala de lo Constitucional de Costa Rica, Sentencia 2313-95.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-225 de 1995.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-010 de 2000.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-406/96.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-251/97.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-568/99.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1319/01.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-558/2003.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia 2006-016446.

Corte Suprema de Justicia de Guatemala, Cámara Penal. Sentencia de 8 de febrero de 2010.

Corte Suprema de Justicia de Panamá, Sala de lo Penal, sentencia de 12 de mayo de 2010.

MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL Y REGIONAL

Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada en París por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (3), el 10 de diciembre de 1948.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en la Novena Conferencia Internacional de los Estados Americanos realizada en Bogotá, Colombia en mayo de 1948.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, adoptado en Roma, el 4 de noviembre de 1950, entró en vigor el 3 de septiembre de 1953.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en vigor desde 18 de julio de 1978.

Estatuto de la Corte Interamericana, aprobado en la Resolución N° 448 de la Asamblea General de la OEA, en su noveno período de sesiones celebrado en La Paz, Bolivia, octubre de 1979.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscrita en Viena, Austria, el 23 de mayo de 1969 y entró en vigor el 27 de enero de 1980.

Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimoctavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, adoptada en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985.

Protocolo Adicional a la Convención Americana relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, adoptado en Asunción, Paraguay, el 8 de junio de 1990, en el vigésimo período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o “Convención Belén do Pará”, adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994 en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, aprobada en Ciudad de Guatemala, Guatemala el 7 de junio de 1999, en el vigésimo noveno período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

Carta Democrática Interamericana, Aprobada en la primera sesión plenaria de la Asamblea General de la OEA, celebrada el 11 de septiembre de 2001, Lima, Perú.

Declaración sobre los Pueblos Indígenas, el 29 de junio de 2006, aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007.

Protocolo Adicional No. 1 al Convenio Europeo, adoptado en París, el 20 de marzo de 1952, y entró en vigor 18 de mayo de 1954.

Protocolo Adicional No.2 al Convenio Europeo, adoptado en Estrasburgo el 6 de mayo de 1968, y en vigor desde el 21 de septiembre de 1970.

Protocolo Adicional No.4 al Convenio Europeo, adoptado en Estrasburgo el 16 de septiembre de 1952, y entró en vigor el 2 de mayo 05 de 1968.

El Protocolo Adicional No. 6 al Convenio Europeo, firmado en Estrasburgo el 28 de abril de 1983, y entró en vigor el 1 de marzo de 1985.

Protocolo Adicional No. 7 al Convenio Europeo, adoptado en Estrasburgo el 22 de noviembre de 1984, y entró en vigor el 1 de noviembre de 1988.

Protocolo Adicional No. 9 al Convenio Europeo, adoptado en Roma el 6 de noviembre de 1990, y entró en vigor el 1 de octubre de 1994.

Protocolo Adicional No. 11 al Convenio Europeo, adoptado en Estrasburgo, Francia, el 11 de mayo de 1994 y entró en vigor el 1 de noviembre de 1998.

Protocolo Adicional No. 12 al Convenio Europeo, adoptado en Roma, el 4 de noviembre del 2000, y entró en vigor el 1 de abril de 2005.

Protocolo Adicional No. 13 al Convenio Europeo, adoptado en Viena el 3 de mayo del 2002, y entró en vigor el 1 de septiembre de 2003.

Protocolo Adicional No. 14 al Convenio Europeo, adoptado en Estrasburgo, Francia, el 13 de mayo del 2004, y entró en vigor el 1 de junio de 2010.

Protocolo Adicional No. 15, adoptado en Estrasburgo, el 24 de junio de 2013. No ha entrado en vigor.

Protocolo Adicional No. 16 al Convenio Europeo, adoptado el 2 de octubre de 2013. No ha entrado en vigor.

MARCO NORMATIVO INTERNO

Constitución Política de España, de 29 de diciembre de 1978.

Constitución Política de la República de Nicaragua, de 9 de enero de 1987.

Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, publicada el 17 de septiembre de 1882.

Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, BOE de 26 de mayo de 1988.

Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, BOE de 5 de octubre de 1979.

Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio. BOE. no. 174, de 22 de julio de 2015.

Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. BOE. no. 125, de 25 de mayo de 2007.

Ley No. 854, Ley de Reforma Parcial a la Constitución Política de la República de Nicaragua publicada en la Gaceta Diario Oficial No.26, el 10 de febrero de 2014.

Ley No. 331, Ley Electoral. Publicada en la Gaceta Diario Oficial el 24 de enero de 2000.

Ley No. 790. Ley de reforma a la Ley No. 331. Ley Electoral. Publicada en La Gaceta Diario Oficial No. 95, del 23 de mayo de 2012.

Ley No. 49. Ley de Amparo, de 16 de noviembre de 1988. Publicada en La Gaceta No. 241 de 20 de diciembre de 1988.

Ley No. 831. Ley de reformas y adiciones a la Ley No. 49. Ley de Amparo. Publicada en La Gaceta Diario Oficial No. 29, del 14 de febrero del 2013.

Ley No. 14, Reforma a la Ley de Reforma Agraria. Publicada en la Gaceta Diario Oficial No. 8, de 13 de enero de 1986.

Ley No. 181 “Código de Organización, Jurisdicción y Previsión Social Militar, de 23 de agosto de 1994. Publicada en La Gaceta No. 165 de 02 de septiembre de 1994.

Ley No. 566 “Código Penal Militar”, de 22 de noviembre de 2005. Publicada en La Gaceta No. 04 del 05 de Enero del 2006.

Ley No. 617 “Código de Procedimiento Penal Militar”, de 18 de abril de 2007. Publicado en Las Gacetas No. 164 y 165 del 28 y 29 de agosto del 2007.

Ley No. 606, Ley Orgánica del Poder Legislativo, de 23 de Diciembre del 2006. Publicada en La Gaceta No. 26 del 06 de febrero del 2007.