

El control de las normas internas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos

ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE SU
APLICACIÓN EN ESPAÑA Y NICARAGUA

BYRON G. CÁRDENAS VELÁSQUEZ

El control de las normas internas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos

ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE SU
APLICACIÓN EN ESPAÑA Y NICARAGUA

Barcelona

2018


BOSCH EDITOR

© MAYO 2018 BYRON G. CÁRDENAS VELÁSQUEZ

© MAYO 2018



Librería Bosch, S.L.

<http://www.jmboscheditor.com>

<http://www.libreriabosch.com>

E-mail: editorial@jmboscheditor.com

Reservados todos los derechos. De conformidad con la legislación vigente, queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra, en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

ISBN papel: 978-84-947743-2-4

ISBN digital: 978-84-947743-3-1

D.L.: B13372-2018

Diseño portada y maquetación: Cristina Payà (www.sbeditorialdesign.com)

Printed in Spain – Impreso en España

Índice

Abreviaturas utilizadas	13
Introducción	15

CAPÍTULO I

El control jurisdiccional europeo y americano de las normas internas de los estados parte del CEDH y CADH	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 elemento diferencial de la competencia contenciosa	31
3. El control de los actos y omisiones	32
4. El tránsito al control de las normas internas	37
4.1. La indeterminación de las normas internas objeto de control	38
4.2. El control jurisdiccional expansivo en la expresión «leyes internas»	40
5. Los tipos de control normativo	42
5.1. El control <i>in concreto</i>	42
5.2. El control <i>in abstracto</i>	43
5.3. El control <i>in abstracto a posteriori</i> y <i>a priori</i> en la función consultiva interamericana.....	48
5.4. Las previsiones del Protocolo Adicional No. 16 al CEDH.....	52
6. El tránsito al control interno de convencionalidad	53
7. Los criterios definidores del control normativo	58
7.1. El orden público europeo e interamericano como criterio configurador de los sistemas jurídicos internos	59

7.2. El CEDH y la CADH como instrumentos constitucionales....	65
7.3. El sentido normativo de las obligaciones positivas	70
7.3.1. La función recaída en los parlamentos nacionales ..	75
7.3.2. La omisión legislativa generadora de responsabilidad internacional	79
8. La proyección del Convenio Europeo y la Convención Americana en los ordenamientos internos	82
9. Los criterios definidores del control normativo	88
9.1. La incorporación del CEDH en el Derecho español.....	88
9.2. La incorporación de la CADH en el sistema jurídico de Nicaragua.....	91
Conclusiones	97

CAPÍTULO II

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	103
1. El control jurisdiccional incidental del TEDH en los casos sometidos contra España.....	103
1.1. La falta de transferencia competenciales al TEDH de acuerdo a la CE	103
1.2. El ámbito material del control jurisdiccional del TEDH.....	107
1.3. El límite de la competencia <i>ratione temporis</i>	108
2. El control de convencionalidad de la legislación española.....	113
2.1. Las omisiones legales surgidas en el asunto <i>Valenzuela Contreras</i>	113
2.2. El test de convencionalidad sobre la insuficiencia de las modificaciones legales en el caso <i>Prado Bugallo</i>	118
2.3. La inconvencionalidad de las restricciones de la LOTC en el caso <i>Ruiz Mateos</i>	120
2.4. El test de proporcionalidad de la reforma a la LOTC en el caso <i>Arribas Antón</i>	122

3. El examen de convencionalidad sobre la interpretación restrictiva de normas internas	124
3.1. Las obligaciones primarias insatisfechas	127
3.2. El <i>self-restraint</i> del TEDH ante el amplio margen de apreciación nacional	132
4. El control incidental practicado por la Corte IDH en el Derecho nicaragüense	137
4.1. La Corte IDH y la unidad jurisdiccional del Poder Judicial nicaragüense	137
4.2. Los casos en que Nicaragua ha sido declarado responsable internacionalmente por la Corte IDH	140
5. Los límites temporales y materiales del control jurisdiccional de la Corte IDH en el caso <i>Genie Lacayo</i>	142
5.1. La <i>ratione temporis</i> de la Corte IDH ante hechos anteriores a la aceptación de su competencia contenciosa	142
5.2. La incompetencia para examinar la legislación interna <i>in abstracto</i>	144
6. El control de convencionalidad de la actividad legislativa del Estado ..	149
6.1. La omisión del legislador ordinario generadora de responsabilidad internacional en el caso <i>Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni</i>	149
6.1.1. La omisión legislativa respecto a la garantía del derecho de «propiedad comunal»	149
6.1.2. La interpretación evolutiva de la CADH en relación al «derecho indigenista»	152
6.2. Los límites al Constituyente establecidos en el caso <i>Yatama</i> ..	156
6.2.1. La antinomia constitucional que precede a la demanda internacional	156
6.2.2. El control de convencionalidad de las normas constitucionales	158
Conclusiones	161

CAPÍTULO III

Las analogías y disimilitudes del contenido de las declaraciones de incompatibilidad emitidos por el TEDH y la Corte IDH en los casos analizados en relación a España y Nicaragua	167
1. El fundamento normativo de las modificaciones legislativas derivadas del control de convencionalidad de las normas internas	168
1.1. El contenido de las reparaciones regulado en el artículo 63.1 de la CADH	168
1.2. El contenido de la reparación en la expresión «satisfacción» del Convenio Europeo.....	171
2. La reparación como una obligación de resultado.....	174
2.1. La libertad de medios en la jurisprudencia europea	174
2.2. El estrecho margen de discreción estatal en la jurisprudencia interamericana.....	176
3. Los contenidos disímiles de las sentencias estimativas de incompatibilidad normativa	179
3.1. La restricción de libertad de medios en los contenidos condenatorios de las sentencias del TEDH	179
3.2. Las modificaciones legales deducidas en los casos sometidos contra España.....	183
3.2.1. La apreciación de las medidas generales de carácter legislativo bajo el procedimiento del Comité de Ministros.....	183
3.2.2. La medidas legislativas no declaradas en las sentencias	185
3.2.3. La relevancia de las recomendaciones de los órganos regionales europeos en la estimación indirecta de medidas generales	187
3.3. La dimensión declarativa y condenatoria de las sentencias de la Corte IDH	189
3.4. Las medidas legislativas establecidas por la Corte IDH en los casos contra Nicaragua.....	191
3.4.1. Las medidas legales establecidas en el caso <i>Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni</i>	191
3.4.2. La exigencia de «derogar» y «reformular» ciertas disposiciones constitucionales	192

3.4.3. El <i>self-restraint</i> de la Corte IDH en el caso <i>Genie Lacayo</i>	194
4. Los efectos de las declaraciones de inconvencionalidad.....	196
4.1. El efecto de cosa juzgada	196
4.2. Los efectos <i>inter partes</i>	197
4.3. Los efectos <i>erga omnes</i>	198
5. Los efectos limitados de las declaraciones de inconvencionalidad	202
6. El desarrollo de criterios interpretativos para la aplicación del canon mínimo de protección	205
7. Los principios interpretativos de los tribunales regionales	208
7.1. El principio de proporcionalidad	209
7.2. El principio <i>pro homine</i>	214
7.3. El criterio evolutivo	217
7.4. El principio de buena fe y el objeto y fin de los tratados.....	221
8. El margen de apreciación nacional y el principio de subsidiariedad	225
Conclusiones	231

CAPÍTULO IV

La relevancia material y formal del control de la legislación española y nicaraguense

1. Las modificaciones legislativas adoptadas por España.....	237
1.1. Las medidas legislativas como garantía de no repetición	237
1.1.1. En relación al derecho a un proceso equitativo y al plazo razonable.....	237
1.1.2. En relación al acceso a un tribunal.....	240
1.1.3. El derecho a un tribunal independiente e imparcial	242
1.2. El desarrollo jurisprudencial interno ante la inacción del legislador ordinario.....	244
2. De las modificaciones legislativas a la inacción del Estado legislador.....	252

2.1. La concreción de los mandatos explícitos de enmiendas legales	252
2.2. El examen de convencionalidad de las modificaciones legislativas	253
3. El problema de la «eficacia interna» de las declaraciones de incompatibilidad normativa.....	255
3.1. La obligatoriedad de las sentencias europeas e interamericanas.....	255
3.2. El principio de buena fe como criterio del cumplimiento de las sentencias	259
3.3. La debilidad de los mecanismos de supervisión de las sentencias europeas e interamericanas.....	262
3.3.1. La acción de protección ante la obligación de resultado no satisfecha	268
3.3.2. La violación continuada del caso <i>Yatama</i>	273
4. Los márgenes equivalentes de actuación de las autoridades nacionales ante los mandatos de concreción de los textos convencionales	275
4.1. El problema de la titularidad indeterminada y la posición de la CADH en el Derecho interno	276
4.2. La eventual aplicación interna del control de convencionalidad en el caso nicaragüense	278
4.3. La debilidad de la justicia constitucional nicaragüense como obstáculo para la aplicación del control de convencionalidad	280
5. La función armonizadora de la jurisprudencia del TEDH en el artículo 10.2 CE	283
5.1. El rechazo a la «traslación mimética» de la jurisprudencia europea	290
5.2. El valor interpretativo de la jurisprudencia del TEDH en el control de la actividad legislativa.....	292
Conclusiones	296
Consejo editorial	301

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
DDHH	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

El tránsito del control de los actos al de las normas internas ha tenido especial consideración en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o Corte Interamericana) bajo el término «control de convencionalidad». En particular, porque el citado control asume ciertos paralelismos de la labor interpretativa de la Corte IDH con los sistemas concentrados de constitucionalidad, sobre la base de un mismo parámetro de compatibilidad respecto a un marco normativo de referencia, en su caso, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH o la Convención Americana). Una analogía que igualmente ha sido aplicada por la doctrina a la labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH o Tribunal Europeo) en la aplicación e interpretación del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante CEDH o Convenio Europeo) y sus protocolos adicionales.

En todo caso, porque el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana funcionan como los máximos intérpretes de los textos convencionales, son los titulares del control de los actos y omisiones de los Estados partes bajo un sistema de peticiones individuales e interestatales, articulado sobre supuestos de violación de los derechos contenidos en ambos instrumentos, los protocolos adicionales e instrumentos interamericanos específicos. Por tanto, la relevancia del tratamiento del control de convencionalidad parte de la existencia de un marco normativo e institucional configurado en torno a la protección colectiva de una carta de derechos contenidos en el CEDH y la CADH, que en los términos genéricos de sus obligaciones se expresan como límites y permisos para los Estados partes; por cuanto están contenidas en un sentido objetivo infranqueable y formuladas en una dimensión positiva y negativa para conectarse con los derechos sustantivos reconocidos. Se trata de dos sistemas de protección *sui generis* que, por virtud de la influencia del Convenio Europeo en la institución del sistema de garantía consignado en la Convención Americana, comparten ciertas similitudes pero, también, unas diferencias marcadas por el curso de la evolución del Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos (en adelante el Sistema Euro-

peo) y el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (en adelante el Sistema Interamericano).

En ese sentido, la naturaleza jurisdiccional del mecanismo de garantía instituido en dichos tratados hace posible que la aplicación e interpretación de aquellos textos, así como la comprensión de su alcance y límites en los sistemas jurídicos internos donde se proyectan, adquiera un significado no solo para la comprensión del sistema colectivo propugnado, sino además para una materia de relevancia constitucional, esto es, los derechos fundamentales. De manera que no hablamos de un sistema superpuesto, sino de uno interconectado con el Derecho interno y, en especial, con los sistemas de tutela de cada Estado.

Si bien el control de convencionalidad adopta el mismo parámetro de juicio de compatibilidad de las normas internas con el Convenio Europeo y la Convención Americana, en virtud de las delegaciones competenciales de los Estados para tal fin, sobre la base de un sistema de demandas; cierto es que el tratamiento y resolución de los conflictos normativos presentadas bajo la competencia contenciosa adquiere diversas expresiones. En ese sentido, los rasgos de identidad son expresados en la jurisprudencia del TEDH y la Corte IDH, a través de una línea discursiva sustentada en los amplios y limitados márgenes de libertad de los Estados partes, en relación a la garantía de las restricciones permitidas; pero también de los ámbitos decisorios de los parlamentos nacionales y los tribunales internos, tomando en cuenta la tradición jurídica y democrática de los Estados. Desde esa perspectiva, el estudio comparativo del control de convencionalidad de ambos tribunales plantea la comprensión de sus analogías y disimilitudes, del alcance y los límites de la función judicial sobre la diversidad de normas internas; así como la técnica y los principios interpretativos empleados en el control de los conflictos normativos. En esa línea, y considerando la proyección interna de los textos convencionales y la jurisprudencia de los citados tribunales, no se descarta la virtualidad práctica de los vínculos materiales y el diálogo jurisdiccional expresado en las cláusulas constitucionales de apertura, en todo caso, como escenario ideal para un control interno de convencionalidad.

La relevancia de los ámbitos de incidencia de la labor jurisdiccional del TEDH y la Corte IDH en el control de las normas internas, respecto a la insatisfacción *ab initio* de los mandatos normativos implícitos o explícitos contenidos en el CEDH y la CADH; también deja en evidencia el compromiso del Estado legislador frente al sistema colectivo de protección y una integración regional en torno a unos derechos de corte universal. Así, el control de convencionalidad adquiere una connotación de depuración de normas incompatibles, o no armonizadas, con los textos convencionales, como consecuencia de la doble dimensión en

las que éstos se proyectan sobre el legislador y el constituyente. Es decir, como un marco normativo común y configurador del Derecho interno en materia de derechos fundamentales, articulado sobre la base de un estándar mínimo de protección establecido en la jurisprudencia europea e interamericana, que se espera sea aplicado por los tribunales y las autoridades nacionales con base a la lealtad institucional y buena fe.

Así pues, la presente publicación parte de las consideraciones generales sobre las analogías y diferencias del TEDH y la Corte IDH en el control de convencionalidad, que forman parte de la Tesis Doctoral titulada «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 ese sentido, la publicación retoma los elementos centrales destacados en el control supra-estatal de los sistemas jurídicos internos de aquellos países, como experiencias constatables de la actividad jurisdiccional y de la efectividad del control de convencionalidad en la diversidad de realidades jurídicas, sociales y políticas, donde primariamente se proyectan los textos convencionales. No sin considerar las diferencias discursivas de ambos tribunales respecto al control de convencionalidad que la Corte IDH pide a los tribunales y autoridades internas, para asegurar los efectos propios del *corpus juris* interamericano, en contraste a la prudencia y falta de desarrollo jurisprudencial del TEDH al respecto.

Así, para el estudio del caso nicaragüense se adopta la línea jurisprudencial interamericana y el mandato normativo del artículo 2 de la CADH, pero también la incardinación de la CADH en el artículo 46 de la Constitución Política de Nicaragua (en adelante CN), como eje central para la efectividad interna de la misma en el orden jurídico. Mientras que en el caso español se parte del mandato de armonización y compatibilización emanado del artículo 1 del CEDH, así como del mandato constitucional de los artículos 10.2 y 96 de la Constitución Política Española (en adelante CE), en la interpretación de los derechos fundamentales. Así pues, la comparación adquiere ciertos elementos de equivalencia expresados en los textos convencionales y de divergencia contenidos en la jurisprudencia de los tribunales regionales, así como de la recepción y efectividad interna de los tratados y jurisprudencia internacional en los sistemas constitucionales.

Siguiendo la línea comparativa empleada en el estudio del TEDH y la Corte IDH en el marco del sistema colectivo de protección, igualmente, se ha considerado la identificación de unos criterios mínimos para la selección y el estudio comparativo de la experiencia de España y Nicaragua ante los citados tribunales. Por tanto, se toma como punto de partida que ambos Estados son partes del CEDH y la CADH, respectivamente, ambos han incorporado dichos

tratados en sus sistemas jurídicos internos –aunque bajo distintas modalidades–, los dos están sujetos a la competencia contenciosa de los respectivos tribunales regionales y, aún más, tanto España como Nicaragua han sido condenados por incompatibilidades de ciertas disposiciones internas con el Convenio Europeo y la Convención Americana. Y, en ese sentido, ambos también han adoptado modificaciones legislativas en concordancia a las sentencias de condena.

No obstante, es 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 2014, hay que decir que no en todas las sentencias emitidas contra España se ha practicado un control de convencionalidad, de modo que no todas son objeto de estudio. En efecto, las sentencias analizadas en el estudio comparativo se reducen a dieciocho, de las que distinguimos cuatro en las que el TEDH realiza un control explícito de las normas internas¹ –aunque no todas condenatorias–, y catorce de las que suponemos un control indirecto², según los contenidos proferidos por el TEDH en las mismas y las modificaciones legislativas llevadas a cabo por las autoridades españolas. En cuanto a Nicaragua, se considera que si bien solo en dos sentencias se realiza un control de convencionalidad, cierto es que la otra aporta elementos para valorar los ámbitos competenciales de la Corte IDH para practicar el citado control. De modo que las tres sentencias se ubican dentro del campo de estudio propuesto, pero también del ámbito comparativo de la jurisprudencia interamericana y la europea, así como de las diferencias apuntadas arriba sobre el despliegue de la actividad jurisdiccional de los tribunales.

En efecto, las diferencias reflejadas en el número de sentencias es un aspecto ineludible a ser considerado en 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 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. Por ejemplo, en el 2014 el TEDH llegó a emitir 891 sen-

1 Así, las sentencias del TEDH en los asuntos *Valenzuela Contreras, Prado Bugallo, Arribas Antón, y Ruiz Mateos*.

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

tencias mientras la Corte IDH solo emitió trece. Aún más, 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.

Por ello, consideramos subrayar que si bien el número de sentencias a analizar no es proporcional, en cualquier comparación cuantitativa sobre la actividad jurisdiccional de ambos tribunales se llegaría a la misma conclusión; pero que en este caso no incide en el resultado de la investigación, toda vez que este no es un estudio cuantitativo sobre las sentencias de ambos tribunales dictadas contra España y Nicaragua, o cualquier otro Estado parte del Sistema Europeo o Interamericano, sino un estudio sobre lo que entrañan las mismas en el control de convencionalidad practicado contra dichos Estados. Adicionalmente, los criterios sostenidos por los tribunales en dichas sentencias representan un punto de análisis comparativo con la línea jurisprudencial sostenida en otros casos similares, de modo que a partir del estudio de la experiencia de España y Nicaragua se intenta destacar las particularidades que envuelven el control, con miras a identificar alguna sistematización de criterios.

Al tenor de lo anterior, la presente publicación adopta un método descriptivo, comparativo y analítico, sobre la base de una investigación de tipo documental. Las fuentes de información, en ese sentido, son el CEDH y la CADH, la jurisprudencia del TEDH y la Corte IDH; así como la legislación, la jurisprudencia constitucional y recursos bibliográficos. Está estructurada en cuatro capítulos. El primer capítulo comprende un estudio descriptivo y comparativo de la organización y el funcionamiento del TEDH y la Corte IDH, de la influencia del Sistema Europeo en la instauración del Sistema Interamericano actual; y en particular, del despliegue de la actividad jurisdiccional sobre el control de las normas internas de los Estados partes del CEDH y la CADH. En ese orden, el análisis comparativo se orienta a la identificación de las similitudes y diferencias entre ambos tribunales respecto aquellas potestades, las diversas categorías de control de convencionalidad en la competencia contenciosa, incluso en la consultiva, y de la identificación del marco normativo controlable a la luz de los tratados y la jurisprudencia europea e interamericana.

Por otra parte, se aborda la proyección interna del CEDH en España y de la CADH en Nicaragua y la interacción de los marcos normativos convencionales y constitucionales, a partir del contenido de la doble dimensión de las obligaciones objetivas y su impacto 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 los textos convencionales 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, establecido como mecanismo subsidiario de los sistemas internos de tutela.

El capítulo segundo comprende un estudio comparativo del control de convencionalidad en la experiencia de España y Nicaragua, con base a 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, y concretamente, con el sistema interno de tutela. Así, en el estudio separado de cada caso se analizan los ámbitos materiales y temporales de la competencia contenciosa del TEDH en los casos sometidos contra España, para proseguir con una caracterización del control practicado a partir de los planos deliberativos comprobados en el estudio de las sentencias de condena. Mientras que en el caso de Nicaragua el estudio y categorización de los ámbitos de incidencia de la Corte IDH sigue la línea discursiva empleada en casos de conflicto normativos con la CADH, para identificar un control interamericano sobre la actividad legislador ordinario y del constituyente, dentro de una noción de Estado legislador. En ese orden, se aborda la proyección del control de convencionalidad en la consecuencia lógica de la acción y de la inacción del legislador y del constituyente. De manera que los tres casos logran ilustrar en gran medida el despliegue de la actividad jurisdiccional de la Corte IDH sobre el Derecho interno, así como la transición del control *in concreto* al control *in abstracto* de convencionalidad en el ámbito contencioso.

El capítulo tercero es el resultado del análisis comparativo del control practicado en los casos sometidos contra España y Nicaragua, por lo que se parte de la identificación y categorización del control practicado para continuar en estudio de las analogías y diferencias entre ambos, a partir de los contenidos establecidos en las sentencias, tanto sobre las declaraciones de incompatibilidad normativa como de las sucesivas modificaciones legislativas requeridas por dichos tribunales, con base a unos criterios y principios interpretativos identificados. En esa línea, se trata de establecer una correlación entre la declaración de incompatibilidad y el establecimiento de las modificaciones legislativas, a partir de los fundamentos normativos y el lenguaje empleado por ambos tribunales en la parte considerativa y resolutive de las sentencias, a fin de identificar las variaciones o sistematizaciones terminológicas. Lo cual nos conlleva a la explicación de la naturaleza y los efectos de las declaraciones de incompatibilidad, en todo caso, para determinar los límites del control y la efectividad del mismo sobre la base del principio de buena fe que rigen dicha materia. Por lo que también se

concluye sobre el margen de libertad que los Estados europeos y americanos cuentan para adoptar las medidas de cumplimiento de las medidas generales de reparación

Por último, el cuarto capítulo parte de los grados de especificidad de las medidas generales identificados en el cuerpo de las sentencias, a partir del discernimiento integral o sistémico de los tribunales en la resolución de los asuntos en cuestión, y como expresión de la correlación de la *ratio decidendi* con la parte resolutive de las mismas. Este capítulo se ocupa del tratamiento de las diversas interacciones que plantea la declaración de modificación legislativa y los márgenes de elección para su concreción en la etapa posterior de supervisión de la ejecución de las mismas ante el Comité de Ministros y la Corte IDH, a partir de la actuación esperada de las autoridades nacionales respecto a los obligaciones de resultado explicitadas o implícitas de las sentencias condenatorias. Por tanto, se extiende al análisis de la comunicación de la actividad jurisdiccional de los tribunales regionales con la desarrollada por los tribunales españolas y los nicaragüenses, para lo cual se retoma la obligación de las autoridades nicaragüenses de ejercer el control de convencionalidad deducido por la Corte IDH. En todo caso, para analizar los escenarios que desde el ordenamiento jurídico y la práctica judicial tendría aplicabilidad.

En esa misma tesitura, también se considera 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. En suma, se espera 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 de convencionalidad.

El control jurisdiccional europeo y americano de las normas internas de los estados parte del CEDH y CADH

■ CAPÍTULO I ■

Sumario:

1. La instauración del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana como órganos regionales jurisdiccionales para la protección de los derechos humanos. **2.** El elemento diferencial de la competencia contenciosa. **3.** El control de los actos y omisiones. **4.** El tránsito al control de las normas internas. **5.** Los tipos de control normativo. **6.** El tránsito al control interno de convencionalidad. **7.** Los criterios definidores del control normativo. **8.** La proyección del Convenio Europeo y la Convención Americana en los ordenamientos internos. **9.** Los criterios definidores del control normativo. **Conclusiones.**

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 partes³. Con sede en Estras-

3 Inicialmente creado en el artículo 19. b) del texto original del Convenio Europeo, adoptado el 4 de noviembre de 1950, pero en vigor desde el 3 de septiembre de 1953. En ese sentido, el Convenio Europeo es el primer instrumento de carácter regional que instituyó el Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos en el continente europeo, como una concreción de la idea surgida en el Movimiento Europeo del Convenio de la Haya de 1948. En la versión origi-

burgo, 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 Protocolos⁴. 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 materia, como la Corte Interamericana y Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos⁵.

Así, casi 20 años después de la creación del TEDH se crea la Corte Interamericana en el artículo 33.b de la Convención Americana⁶, como un tribunal

nal del Convenio Europeo estaba acompañado de la Comisión Europea de Derechos Humanos y el Comité de Ministros del Consejo de Europa, aunque cierto es que éste último ya había sido creado en el Estatuto del Consejo de Europa y luego sería recogido en el Convenio Europeo para ejercer una función cuasi-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 ENTERRÍA, E., *El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 1979, p. 57.; KELLER Hellen and STONE SWEET, A., *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.

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

5 Aunque se ha dicho la idea de que la creación de la Corte Interamericana es 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, cierto es que su configuración se debe en gran medida a la del TEDH. *Vid*. SILVA GARCÍA, Fernando, *Derechos Humanos. La eficacia de las sentencias internacionales*, Porrúa, México, 2007, p. 11. En ese mismo sentido se ubica la creación del Sistema Africano de derechos humanos y de los pueblos, basado en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 y con un funcionamiento similar bajo dos órganos: la Comisión Africana de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Esta última establecida hasta 1998 pero en funcionamiento desde el 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: CAPPUCIO, 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.

6 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, Costa Rica. *Vid*. FIX-ZAMUDIO, Héctor, «The European and

temporal con sede en San José, Costa Rica⁷. A diferencia del Tribunal Europeo, la Corte Interamericana funciona de forma conjunta con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH)⁸ «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»⁹, 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 CADH¹⁰. 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 Americana¹¹.

the Inter-American Courts of Human Rights: A brief comparison», in 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, Uboda de TÓrres, A., *Las decisiones básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Civitas/Aranzadi, 2009, p. 17 y ss.

- 7 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.
- 8 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, debido a 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.
- 9 Según la letra del artículo 62.3 de la Convención Americana.
- 10 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).
- 11 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».

El Tribunal Europeo y la Corte Interamericana son de naturaleza jurisdiccional¹² y 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), respectivamente¹³. 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 Europeo¹⁴. 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).

Podría decirse que la similitud orgánica y normativa de ambos tribunales se explica en la influencia del Convenio Europeo en la Convención Americana¹⁵, especialmente en el control de los actos y normas de los Estados sujetos 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 Europeo¹⁶; que no obstante, luego sería suprimido por las reformas estructurales

12 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.

13 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. BUERGENTHAL, Thomas, «The European and Inter-American...», op.cit. p. 125.

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

15 Una influencia que se remonta a los proyectos del Consejo Interamericano de Jurisconsultos de 1959 y los de Chile y Uruguay de 1965. Vid. BUERGENTHAL, Thomas, «The European and Inter-American Human Rights Court. Beneficial Interaction», in 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.

16 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

introducidas por el Protocolo Adicional No. 11 al Convenio Europeo¹⁷. 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 encomiado a dicha Comisión¹⁸.

No obstante, dichos tribunales operan 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 Estado¹⁹, mientras el acceso directo a la Corte Interamericana sigue restringido a la CIDH y los Estados partes²⁰. El *ius standi* del individuo en el CEDH se reserva exclusivamente a las víctimas²¹ y en el Sistema

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.

17 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.

18 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 que más tarde sería 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.

19 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.

20 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.

21 Una demanda individual puede ser presentada 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).

Interamericano de Protección de Derechos Humanos (en adelante el Sistema Interamericano) la legitimación del individuo para demandar²² ante la CIDH se estableció como *actio popularis* no restringido a la víctima²³.

Con la adopción del Protocolo Adicional No. 11 se introdujeron cambios que reorganizaron el funcionamiento del TEDH, para fortalecer sus potestades contenciosas en el control de actos y normas internas incompatibles con el CEDH²⁴. Así, el citado Protocolo suprimió la Comisión Europea de Derechos Humanos (en adelante la Comisión Europea) y limitó las facultades decisorias del Comité de Ministros²⁵, y dio lugar a la instauración del TEDH como único órgano jurisdiccional con funcionamiento permanente y una jurisdicción contenciosa obligatoria para todos los Estados partes²⁶. Por otra parte, el Tribunal fue reestructurado en Comités, Salas y una Gran Sala, para poder asumir las nuevas funciones acordadas en el Protocolo sobre la tramitación de las demandas. Con la entrada

22 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 TREMPs (coords), *La reforma del proceso de amparo: La experiencia comparada*, Palestra Editores, Lima, 2009, pp. 327-359.

23 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.

24 Se ha sostenido que una de las razones que dio lugar a dichos cambios fue la excesiva acumulación de demandas ante la Comisión Europea y el 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 y ss.

25 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.

26 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.

en vigor del Protocolo Adicional No. 14²⁷, tales diferencias estructurales se verían acentuadas con la creación adicional de la formación del juez único²⁸; mientras la Corte Interamericana seguiría funcionando con una formación simple²⁹.

Las diferencias evolutivas puestas de manifiesto con la adopción de tales protocolos han venido a resaltar otro asunto en la comparación de ambos sistemas regionales, esto es, la diversidad de resoluciones y sentencias que entrañan las formaciones de juez único, los comités, las salas y Gran Sala. Si bien a la luz del CEDH (art. 28 y 44) todas las sentencias que resuelven los asuntos sometidos son de carácter definitivo, cierto es que éstas contemplan variaciones respecto a la relevancia de los hechos alegados y resueltos, especialmente cuando de las mismas se resuelven asuntos relativos a una jurisprudencia bien establecida –comités–, resuelven conjuntamente la admisibilidad y el fondo de un asunto –salas– o comprendan una «cuestión grave relativa a la interpretación del Convenio» –Gran Sala– (arts. 27 al 31 del CEDH)³⁰. Pese a ello, los máximos intérpretes del Convenio Europeo y la Convención Americana han mantenido su interacción «a nivel institucional y normativo»³¹ que en la actualidad se proyecta en un diálogo

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

28 Recogidos en el actual artículo 26 del CEDH. Sobre esto véase a *Vid.* SALINAS ALCEGA, S., *El Sistema Europeo...*, op.cit. p. 33.

29 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, volviéndolos «más dinámicos y menos convencionales». *Vid.* FIX-ZAMUDIO, Héctor, «The European and...», op.cit. p. 516.

30 Aunque la obligatoriedad y los efectos jurídicos de todas las decisiones se estiman invariables, cierto es que la Corte Constitucional italiana (Sentencia No. 49/2015, 26 de marzo) ha considerado que los jueces internos solo deben seguir la jurisprudencia bien establecida por el TEDH, especialmente aquella emanada de las sentencias de la Gran Sala, de manera que a su entender no todas las sentencias comportan criterios relevantes para la interpretación del CEDH. Véase en Andrea Pin, «A Jurisprudence to Handle with Care: The European Court of Human Rights' Unsettled Case Law, its Authority, and its Future, According to the Italian Constitutional Court», *Int'l J. Const. L. Blog*, May 1, 2015, at: <http://www.iconnectblog.com/2015/04/mini-symposium-on-cc-judgment-49-2015> (consulta de 15 de agosto de 2016).

31 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», in 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.

jurisdiccional en diversas materias³².

En todo caso, los elementos de identidad de ambos sistemas de garantía se pueden resumir en los siguientes lineamientos que refuerzan su interacción y favorecen una comparación: la función judicial de los dos tribunales se funda en criterios básicamente idénticos; por cuanto está determinada por una competencia *ratione materiae*³³, *ratione personae*³⁴, *ratione temporis*³⁵ y *ratione loci*³⁶, aunque con ciertas variaciones³⁷. No sin obviar la satisfacción de 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 hechos³⁸. La proyección de las competencias del TEDH y la Corte IDH abarcan a todos Estados partes del Convenio Europeo y de la Convención Americana, haciendo la salvedad de la previa aceptación de la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH sobre ésta última. Por tanto, 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

32 Es conocido que la Corte IDH suele recurrir a las sentencias del TEDH para explicar el alcance de las obligaciones convencionales y el sistema colectivo de garantía instaurado por la CADH. Así, por ejemplo, en los casos *Tribunal Constitucional vs. Perú*, párr. 44 y ss; *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.

33 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.

34 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.

35 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.

36 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.

37 Según la jurisprudencia del TEDH, la aplicación extraterritorialidad del Convenio Europeo opera excepcionalmente 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 concernido. 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, TEDH, *Ben El Mahi y otros vs. Dinamarca*, de 11 de diciembre de 2006. Vid. MORENILLA RODRIGUEZ, J. M., «Naturaleza del...», op.cit. p. 105.

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

derechos consagrados en los textos convencionales denunciadas bajo el sistema de demandas³⁹. 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 los artículos 68.1 de la CADH y 46.1 del CEDH⁴⁰.

2. El elemento diferencial de la competencia contenciosa

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 del sistema colectivo propugnado. En particular, porque no todos los Estados miembros de la OEA han aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH⁴¹, y otros como Trinidad y Tobago y Venezuela desde 1998 y 2012, respectivamente la han denunciado y se han retirado de la misma⁴².

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 OEA⁴³, de modo que el control jurisdiccional sobre los actos y las normas

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

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

41 Estados Unidos, Canadá, Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice, Dominica, Grenada, Guyana, Jamaica, Saint Kitts y Nevis, 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

42 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.

43 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

no aplica para todos los Estados miembros de la OEA, como sí 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, no todas las disparidades normativas de los Estados miembros de la OEA, respecto al estándar mínimo de protección interamericano, van a estar sujetos al control de convencionalidad y con ello ajustadas al objeto y fin de la CADH.

3. El control de los actos y omisiones

El artículo 32 del Convenio Europeo y el 62.3 de la Convención Americana delimitan la competencia contenciosa 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 respectivamente⁴⁴. 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

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.

- 44 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 declarado 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*.

previstos por la misma Convención»⁴⁵. 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 víctima⁴⁶.

Desde ese punto de vista, la delimitación de la función judicial respecto a la conducta estatal se resume al control de 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, deben entender en el sentido expresado en los derechos sustantivos⁴⁷. 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 residencia.

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

45 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.

46 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, *Abdulsamet Yaman vs. Turquía*, sentencia de 2 de noviembre de 2004, párr. 60.

47 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.