



Universitat Autònoma de Barcelona

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

WARNING. The access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.



**Universitat Autònoma
de Barcelona**

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

TÍTULO DE TESIS DOCTORAL

**EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE
INTERAMERICANA Y DEL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO COMO
FUNDAMENTO DE LA TUTELA MULTINIVEL DE DERECHOS EN
LOS CASOS DE CHILE Y ESPAÑA**

Presentada por: Alberto Andrés Vidal Álvarez

Director: Prof. Dr. Juan Carlos Gavara de Cara

Barcelona, septiembre de 2021.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	9
CAPÍTULO I: LA EFECTIVIDAD DE LOS SISTEMAS REGIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS.....	19
1. Desafío para una justicia global: la necesaria salvaguardia multinivel de los derecho.....	27
2. Compromiso internacional de los Estados con la protección judicial en el plano regional.....	31
i. Derecho a un proceso equitativo.....	36
ii. Derecho a un recurso efectivo.....	38
iii. Derecho a las garantías judiciales.....	41
iv. Derecho a un juez natural.....	43
v. Derecho a ser oído por un tribunal independiente e imparcial.....	45
vi. Derecho a la protección judicial.....	47
3. Análisis crítico al Derecho Internacional Público y la responsabilidad internacional como argumento de eficacia para los sistemas regionales de protección.....	50
a) Las normas imperativas o el <i>ius cogens</i> como fundamento para la protección efectiva de los derechos humanos.....	53
b) Los efectos <i>erga omnes</i> y la responsabilidad internacional frente al incumplimiento de deberes imperativos.....	60
c) La responsabilidad internacional del Estado infractor como complemento a la obligatoriedad en la toma de decisiones de los órganos de control jurisdiccional.....	62
i. Mecanismos para hacer efectiva la responsabilidad de los Estados.....	65
ii. Compromiso internacional de los Estados bajo el alero del artículo 48 del proyecto de responsabilidad por los hechos internacionalmente ilícitos.....	69

iii. Las contramedidas son imprescindibles para asegurar el cumplimiento de las obligaciones internacionales.....	70
---	----

CAPÍTULO II: LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL EN LOS SISTEMAS REGIONALES DE DERECHOS HUMANOS..... 76

1. Funcionamiento del sistema europeo de protección de derechos humanos	83
a) Aplicación del sistema europeo de derechos humanos y su carácter subsidiario	89
i. Deberes de los Estados Parte.....	99
ii. El principio de ejecución y la efectividad de los derechos.....	103
a) El margen de apreciación nacional de los Estados Miembros.....	108
b) Ampliación del margen de discrecionalidad.....	117
c) Instauración y funcionamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Atribuciones y potestades jurisdiccionales	123
iii. Competencia jurisdiccional	127
iv. La interpretación de los derechos.....	130
v. La actividad contenciosa del Tribunal	133
vi. El valor jurídico y efectos de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo (cosa interpretada y cosa juzgada)	135
vii. La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ...	135
a) El Comité de Ministros en la supervisión de la ejecución de sentencias	138
b) Recomendaciones y resoluciones del Comité de Ministros relativas a la ejecución de sentencias	140
c) Nuevos métodos de trabajo	141
d) Consecuencias derivadas de la inejecución	142
e) Nuevas reglas para la tarea de supervisión	143
f) Otros intervinientes del proceso de ejecución de sentencias	145

2. Funcionamiento del sistema interamericano de protección de derechos humanos	151
a) Aplicación del sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos.....	152
b) Deberes de los Estados Miembros	153
i. Deber de respetar de los derechos	153
ii. Libre y pleno ejercicio de los derechos y garantías.....	155
iii. Medidas para la eficacia de los derechos de la Convención	156
c) Instauración y funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: atribuciones y potestades jurisdiccionales	157
d) Competencia contenciosa	160
i. Potestades jurisdiccionales de la Corte	163
ii. Actividad cuasi-jurisdiccional de la Comisión Interamericana	165
e) Valor jurídico y efectos de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cosa interpretada y cosa juzgada).	165
f) Ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	169
g) Supervisión de la ejecución de sentencias como práctica jurisdiccional de la propia Corte.....	171
h) Remedios doctrinales: surgimiento del control de convencionalidad como doctrina, a raíz de la aplicación del principio de subsidiariedad.....	172
3. Similitudes y diferencias de los sistemas regionales de protección	176
 CAPÍTULO III: INCORPORACIÓN DE LOS SISTEMAS REGIONALES EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS ESPAÑOL Y CHILENO	 192
1. Tratamiento e incorporación de los tratados internacionales en los países de España y Chile.....	192
a) Formas de incorporación del Derecho Internacional en el ordenamiento constitucional español	198

b) Forma de incorporación del Derecho Internacional en el ordenamiento constitucional chileno.....	205
2. Posición de los tratados internacionales de Derechos Humanos en España y Chile.....	210
a) Mecanismos constitucionales españoles.....	211
i. Sistema monista con preeminencia de la Constitución Española.....	211
ii. Opinión del Tribunal Constitucional Español	212
b) Mecanismos en la Constitución Política de Chile.....	214
i. Reforma constitucional del año 2005.....	217
ii. Opinión Tribunal Constitucional chileno.....	219
3. Mecanismos internos de protección constitucional de derechos fundamentales en España y Chile	220
a) Recurso de amparo constitucional en España	221
b) Recurso constitucional de protección y amparo en Chile	223
4. La recepción y adecuación del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en el derecho español: principios de jerarquía normativa, de competencias y el canon de interpretación.....	225
a) La instauración y funcionamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la falta de transferencias competenciales explícitas conforme la Constitución Española.....	225
5. La recepción y adecuación del Pacto San José de Costa Rica en el derecho nacional chileno: principio de supremacía constitucional y de jurisdicción única.....	230
a) Instauración conforme la Constitución chilena.....	230
b) Ejecución y eficacia de las sentencias en el derecho chileno.....	235
CAPÍTULO IV: EL IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA REGIONAL EN LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS EN ESPAÑA Y CHILE	241

1. Los derechos vulnerados por el Estado español en los casos sometidos ante el TEDH	242
a) Consideraciones sobre los derechos vulnerados por el Estado Español en los casos sometidos ante el TEDH	244
i. Sobre la primera ejecución impropia y el quebrantamiento del derecho a un proceso equitativo	253
ii. Dilación indebida.....	264
iii. Infracción al proceso equitativo dentro de un plazo razonable	265
iv. Sobre el derecho a ser oído en un juicio justo	273
v. Detención y privación de la libertad de forma ilegal	278
vi. Infracción por la omisión de un recurso efectivo en las expulsiones colectivas de extranjeros del territorio.....	285
vii. Tortura, tratos inhumanos y degradantes a raíz de la privación de libertad.....	289
viii. Inobservancia a la libertad de expresión.....	292
ix. Transgresión a la protección de la vida privada y familiar	300
x. Violación del derecho de igualdad y no discriminación en el ejercicio de derechos previsionales	303
2. Consideraciones comunes sobre los derechos vulnerados por el Estado de Chile en los casos presentados ante la Corte	307
i. Libertad de expresión y acceso a la información	309
ii. Derecho al consentimiento informado en materia de salud y el acceso a la información.....	314
iii. Derecho a la salud e integridad personal	316
iv. Derecho a la igualdad y prohibición de discriminación.....	321
v. Derecho a las garantías judiciales.....	327

v.1 Juez natural	327
v.2 Amnistía y derecho a la protección judicial.....	330
v.3 Imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad	335
v.4 Deber de iniciar investigación de forma inmediata	338
v.5 Derecho a ser oído por un tribunal independiente e imparcial.....	339
v.6 Protección judicial.....	341

CAPÍTULO V: MEDIDAS DE REPARACIÓN ADOPTADAS EN LOS ASUNTOS ANTE LA JURISDICCIÓN REGIONAL 351

1. Medidas de reparación bajo el Sistema Europeo en los casos previamente analizados.....	351
a) Medidas en el caso Bultó.....	354
b) Medidas en el caso Ruiz Mateos	356
c) Medidas en el caso García Mateos.....	357
d) Medidas en el caso Atutxa Mandiola.....	358
e) Medidas en el caso Del Río Prada	359
f) Medidas en el caso N.D - N.T. y otros	361
g) Medidas en los casos Otamendi Eguiguren y Ataún Rojo	363
h) Medidas en el caso Castells.....	365
i) Medidas en los casos Rodríguez Ravelo y Jiménez Losantos	365
j) Medidas en el caso K.A.B.	367
k) Medidas en el caso Manzanas Martín.....	368
2. Medidas de reparación integral en el sistema interamericano a raíz de los casos chilenos.....	370
a) Medidas para el Caso Poblete Vilches y otros	373
b) Caso Órdenes Guerra y otros (pendiente de supervisión)	375
c) Medidas adoptadas en el caso Maldonado Vargas y otros	377

d) Medidas adoptadas en el Caso Norín Catrimán y otros.....	381
e) Medidas en el caso García Lucero y otras.....	385
f) Medidas en el Caso Atala Riffo y niñas	387
g) Medidas en el Caso Almonacid Arellano y otros	390
h) Medidas para el Caso Claude Reyes y otros	395
i) Medidas en el Caso Palamara Iribarne vs. Chile	396
j) Caso La Última Tentación de Cristo, Olmedo Bustos y otros	398
3. Convergencias y divergencias en las medidas de reparación.....	399
CAPÍTULO VI: DESAFÍOS Y AVANCES EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS SISTEMAS REGIONALES EN LOS CASOS DE ESPAÑA Y CHILE	405
1. Desafíos en la ejecución de las sentencias del TEDH en España	405
a) Desafíos judiciales para el cumplimiento y ejecución de sentencias en España	405
b) Desafíos normativos en el plano judicial interno español vinculados al control regional.....	413
2. Desafíos en la ejecución de las sentencias de la CoIDH en Chile	416
a) Desafíos judiciales para el cumplimiento y ejecución de las sentencias de la Corte IDH en Chile.....	416
b) Desafíos normativos en el plano judicial interno chileno, a propósito del control regional.....	422
3. Convergencias y divergencias en la ejecución de las sentencias de la jurisdicción regional.....	433
CONCLUSIONES.....	436
BIBLIOGRAFÍA	451

INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene como propósito el desarrollo de una temática clave para la progresiva aplicación de los derechos humanos, en particular para los países que adhieren a los convenios regionales de protección y, en consecuencia, reconocen la competencia contenciosa de sus respectivos mecanismos de control jurisdiccional. En ese camino, una vez declarada la responsabilidad internacional por la violación de los derechos convencionales, en la ejecución interna de sentencias de condena se aprecia la tensión que supone para los poderes públicos -en ejercicio de sus facultades discrecionales- adecuar los estándares internacionales que imponen los derechos humanos¹, sin que ello necesariamente suponga un límite injustificado al ejercicio de la soberanía nacional. En otras palabras, el cumplimiento de las obligaciones convencionales supone, para el evento de transgresión, que los órganos de la administración interna (en particular los que integran el poder judicial) incorporen la doctrina jurisprudencial de los tribunales regionales en sus propias sentencias y razonamientos -como una suerte de control difuso de convencionalidad²- empero no como límite a su actividad, sino que por el contrario, como un verdadero parámetro de legitimidad de la administración interna³ en materia de reconocimiento y protección efectiva de los derechos del hombre.

De esta manera, desde una perspectiva eminentemente jurisdiccional, el presente trabajo apunta al impacto doméstico que ha tenido la ejecución de sentencias declarativas de condena en la protección efectiva de los derechos, a la luz de los convenios regionales

¹ En los ordenamientos jurídicos constitucionales de los países de Chile y España respectivamente la adecuación interna de los pactos internacionales sobre derechos humanos se construye sobre la base de un mandato constitucional. Para el caso de la Constitución Política del Estado de Chile, su artículo 5 inciso 2º se dispone lo siguiente “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.” Luego se complementa con lo expresado en su disposición 54.1: “Son atribuciones del Congreso: 1) Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado requerirá, en cada cámara, del quórum que corresponda, en conformidad al artículo 66, y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley.”. Por su parte en la Constitución Española se dispone en el artículo 96.1 que: “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.” para luego complementarlo con lo dispuesto en el artículo 94 indicando: “La prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales (...)”.

² Este mecanismo ha sido definido por la doctrina “como el acto de control que efectúa el juez nacional en cuanto a la conformidad de la norma interna respecto de la norma internacional”. En AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo, “El control de convencionalidad. Análisis en derecho comparado”, *Revista Direito GV, Sao Paulo*, 2013, vol. 9, núm. 2, pp. 721-754. Disponible en: <https://doi.org/10.1590/S1808-24322013000200015>

³ NASH, Claudio y NUÑEZ, Constanza. “Los Usos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia en Chile”. *Estudios constitucionales*, 2017, vol. 15, núm. 1, pp. 15-54.

de protección de derechos humanos, a saber de una parte, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades Fundamentales⁴ (CEDH o Convenio Europeo) y por otra, la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵ (CADH o Pacto de San José de Costa Rica) por ser ambos instrumentos de protección de similar estructura y funcionamiento, concurrir en un diálogo constante entre sus órganos jurisdiccionales⁶ y ostentar, entre otras cualidades, de un alto grado de desarrollo y cumplimiento, esto último basado principalmente en las realidades nacionales de los países de Chile y España respectivamente.

Conforme a tal premisa, el principal objetivo de la presente investigación, caracteriza un examen metódico y analítico concerniente al modo en que opera la ejecución de las sentencias en el derecho interno de los países señalados en los párrafos anteriores, y que atañen el estudio de aspectos normativos y procedimentales de las sentencias declarativas condenatorias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁷ (TEDH, Tribunal Europeo o Corte Europea) circunscrita a jurisprudencia relevante de España⁸; así como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁹ (CoIDH o Corte Interamericana) basada principalmente en la realidad jurisprudencial atingente de Chile¹⁰. Para ello es necesario

⁴ El Sistema Europeo de Derechos Humanos está fundado en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Dicho instrumento data de un acuerdo adoptado por los países miembros del Consejo de Europa, celebrado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y que entró en vigor en 1953, dando con ello paso al surgimiento del órgano de control regional por antonomasia, a saber, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 1953, con la principal tarea de garantizar una adecuada protección de los Derechos Humanos en el marco del Convenio.

⁵ El Pacto de San José de Costa Rica fue aprobado en noviembre del año 1969 y entró posteriormente en vigencia en el año 1978.

⁶ LÓPEZ GUERRA, Luis María, “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales españoles. Coincidencias y divergencias”. *Teoría y Realidad Constitucional*. 2013, núm. 32, 2013, 139-158. En su opinión: “El concepto de “diálogo entre tribunales”. Ciertamente, se trata de una noción que se ha empleado con significados muy distintos, que van desde la mera cita por un tribunal de resoluciones de otro hasta la presencia de una efectiva interacción entre tribunales, es decir, de un proceso de influencias recíprocas en el sentido de que un tribunal reacciona conscientemente ante la apreciación que de su conducta haya realizado otro tribunal” (p. 151).

⁷ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos fue instalado en 1959. Posee competencia contenciosa para conocer de todas las demandas individuales y Estatales en las cuales se alegue la violación de los derechos civiles y políticos contemplados en el respectivo Convenio. Desde 1998 se instaló como tribunal permanente con sede en Estrasburgo, capaz de conocer de forma directa de todas demandas individuales en que ejerce jurisdicción.

⁸ El Convenio fue firmado por España en fecha 24 de noviembre de 1977, entrando en vigor el 4 de octubre de 1979, publicado en el Boletín Oficial del Estado el 10 de octubre de 1979.

⁹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos fue creada por indicación expresa de la CADH en 1969, sin embargo, no tuvo aplicación sino hasta la posterior ratificación de los Estados miembros de la respectiva Convención en 1978, además de la consecutiva conformación de sus primeros representantes e instalación del órgano, con sede en Costa Rica en 1979.

¹⁰ La Delegación de Chile pone su firma en la Convención el 22 de noviembre de 1969, sujeta a su posterior aprobación parlamentaria y ratificación, conforme a las normas constitucionales vigentes. Declaraciones hechas al ratificar la Convención: Reconocimiento de Competencia: a) El Gobierno de Chile declara que reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por tiempo indefinido y bajo condiciones de reciprocidad, para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte ha incurrido en violaciones de derechos humanos establecidos en la Convención Americana

realizar un análisis descriptivo de aspectos tales como su origen, funcionamiento y estructura, examinando en cada caso el carácter ejecutivo de las sentencias de sus órganos de control y el marco procedimental disponible para la ejecución de estas.

La importancia de tratar este asunto revela las complicaciones que suponen las sentencias regionales para el derecho interno, específicamente cuando estas recaen en contra de decisiones judiciales firmes con autoridad de cosa juzgada o para cuando se reclama la reapertura de procesos judiciales ya fenecidos. En particular, abordar las dificultades que supone, por ejemplo, sustraer de efectos a una sentencia interna, erradicar una práctica jurisprudencial consolidada, inaplicar una determinada ley para el caso de que se trata y/o disponer de una modificación, reforma o derogación normativa, precisamente porque tales circunstancias fueron las que constituyeron la vulneración.

Lo novedoso de este planteamiento consiste en describir el rol de la ejecución en sí misma -más allá del caso en concreto-, en correlación con el principio de efectividad de los derechos en el fortalecimiento de su protección interna. En ese sentido, las potestades jurisdiccionales de las cortes regionales han permitido -indirectamente- que estas se constituyan en verdaderas revisoras de las decisiones judiciales firmes y de la compatibilidad de las convenciones con la legislación interna.

En esa línea, el aludido principio de efectividad se instituye dentro de un proceso de internacionalización¹¹ y de constitucionalización¹² del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) promovido -máxime- por la actividad de las cortes que apunta

sobre Derechos Humanos, en los términos previstos en el artículo 45 de la mencionada Convención; b) El Gobierno de Chile declara que reconoce como obligatoria de pleno derecho la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de los casos relativos a la interpretación y aplicación de esta Convención de conformidad con lo que dispone su artículo 62. Al formular las mencionadas declaraciones, el Gobierno de Chile deja constancia que los reconocimientos de competencia que ha conferido se refieren a hechos posteriores a la fecha del depósito de este instrumento de ratificación o, en todo caso, a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior al 11 de marzo de 1990. Igualmente, el Gobierno de Chile, al conferir la competencia a la Comisión y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, declara que estos órganos, al aplicar lo preceptuado en el párrafo segundo del artículo 21 de la Convención no podrán pronunciarse acerca de las razones de utilidad pública o de interés social que se hayan tenido en consideración al privar de sus bienes a una persona.

¹¹ El concepto de “internacionalización” del derecho constitucional de los derechos humanos correspondería a aquel proceso mediante el cual se crean catálogos de derechos humanos y organismos de protección internacional que buscan fortalecer y colaborar con las jurisdicciones nacionales en su labor de promoción y protección de los derechos.

¹² Por “constitucionalización” se entiende a aquel proceso por medio del cual se determina la progresiva aplicación del Derecho Internacional de Derechos Humanos, través de diversas fórmulas y cláusulas constitucionales. El resultado de ambos procesos ha traído consigo que los derechos humanos tengan una doble fuente: normativa (nacional e internacional), de la cual deriva también la judicial, en los tribunales encargados de interpretarlos. De esta forma, a través de la interpretación de los derechos se establecen interpretaciones judiciales de estos en el ámbito internacional e interno. En AYALA, Carlos. *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*. México: Porrúa, 2013, p. 26.

a su mejor funcionamiento, fortaleciendo de ese modo la protección o tutela multinivel¹³ de los derechos humanos. Precisamente los sistemas regionales de protección cumplen este cometido ya que, a través de la actividad jurisdiccional de sus órganos de control, se amplía o maximiza el contenido y ejercicio de los derechos, como fin último en materia de justicia.

Por su parte, el DIDH, desde la icónica Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁴, en su carácter fundacional y normativo¹⁵ que sirve de base para el extenso catálogo de tratados y acuerdos que se han gestado sobre la materia. Si bien fija las normas sobre derechos humanos como vinculantes y obligatorias, de otra parte no determina la jerarquía ni reglas específicas con la que deben ser incorporados al derecho interno, sino solo pautas generales que sirven de orientación a estas, como ocurre con la aplicación del principio del “*pacta sunt servanda*”¹⁶ que aplicado a los tratados vigentes dispone sean estos obligatorios para las partes y por ende el deber de ser cumplidos de buena fe¹⁷ -así como las sentencias que emanan de sus órganos creados al efecto-; o el principio de *inexcusabilidad* para invocar disposiciones de derecho interno a pretexto de justificar su incumplimiento, siendo los estados soberanos los depositarios de determinar en ese sentido los mecanismos adecuados para cumplir con sus compromisos internacionales. La consecuencia de lo anterior lleva a que precisamente las naciones dispongan de un amplio margen de discrecionalidad –soberano- para dar cumplimiento a las sentencias de derechos

¹³ El concepto de “tutela multinivel” refiere al complejo entramado de mecanismos de protección de derechos y libertades y a las relaciones existentes entre los organismos nacionales e internacionales y/o supranacionales que se encargan de su control, particularmente centrado en el desarrollo de los sistemas regionales interamericano u europeo respectivamente. En ese sentido inclusive para algunos el CEDH pasa a ser un verdadero fundamento jurídico de la protección multinivel de derechos, sin perjuicio de otras esferas de protección universal que complementan e integran el plano nacional. En REVENGA SÁNCHEZ, Miguel. “Protección *multinivel* de los derechos fundamentales y lucha contra el terrorismo a escala europea a propósito de las listas negras y otras anomalías de la Unión”. *Revista Vasca de Administración Pública*, 2008, núm. 82 (II), p. 237.

¹⁴ La Declaración Universal de los Derechos Humanos es un documento que marca un hito en la historia de los Derechos Humanos. Elaborada por representantes de todas las regiones del mundo con diferentes antecedentes jurídicos y culturales, y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su resolución 217 A (III), como un ideal común para todos los pueblos y naciones. La Declaración establece, por primera vez, los Derechos Humanos fundamentales que deben protegerse en el mundo.

¹⁵ BUERGENTHAL, Thomas. *International Human Rights in a Nutshell*. 2º ed. Saint Paul: West Group, 1990, p. 29.

¹⁶ Observancia de los tratados. “Nº26. “*Pacta sunt servanda*”. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. Nº27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”, Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de fecha 23 de mayo de 1969.

¹⁷ Regla general de interpretación de los tratados Nº31.1, “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”.

humanos, lo que, sin un adecuado control y periódica supervisión, podría llegar a traducirse en la omisión de pronunciamientos vinculantes.

En efecto, los tratados de derechos humanos son instrumentos jurídicos que establecen normas internacionales para que se respeten, promuevan y protejan los derechos humanos para todos sus individuos sin distinción¹⁸. Con la ratificación de los tratados, los estados manifiestan su acuerdo con estas normas y se comprometen a hacer efectivos los derechos a nivel nacional. Los órganos creados en virtud de tratados alientan y apoyan a los estados en esa labor. Puede parecer como si ese funcionamiento estuviera focalizado en el nivel internacional, no obstante, es en el plano nacional donde es más importante la promoción y protección de los derechos humanos.

Desde luego, los sistemas regionales de protección jurisdiccional surgen en el derecho internacional de forma subsidiaria, por lo que, desde esta perspectiva, al instaurar sus propios mecanismos de control externo, no se trata de la injerencia de los tribunales supranacionales en la actividad de la judicatura interna menos su intromisión en el ordenamiento jurídico de cada estado (y la soberanía nacional), sino que de organismos de asistencia que cada país miembro reconoce y admite constitucionalmente como entidades autorizadas, para revisar el comportamiento habido en la jurisdicción local, en el marco de aplicación del respectivo convenio, a pretexto de tutelar los derechos allí consagrados y que son, por lo tanto, materia del presente estudio. En opinión de Remotti Carbonell:

El sistema jurisdiccional interamericano de protección de los Derechos Humanos está configurado como un mecanismo supletorio, es decir, al que solo se debe recurrir si los órganos, instituciones y poderes del Estado, especialmente los órganos judiciales internos, no cumplen con su labor de garantizar plenamente los Derechos Humanos reconocidos en la Convención.¹⁹

De esta forma, quien tiene la obligación primaria de garantizar los derechos, así como de investigar sus posibles vulneraciones sancionando a los responsables, son los órganos de carácter interno y solo en el caso de que ellos no cumplan con tal obligación, se podrá recurrir ante los órganos jurisdiccionales interamericanos.

Enseguida, el fenómeno de fortalecimiento de los derechos humanos ha tenido consecuencias institucionales, normativas y jurisprudenciales connotadas en la escena interna que han significado la convergencia entre el derecho nacional e internacional en

¹⁸ En ese sentido el párrafo final del preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos extracta, en lo que interesa, lo siguiente: “La Asamblea General Proclama la presente Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción”.

¹⁹ REMOTTI CARBONELL, José Carlos. *La Corte interamericana de derechos humanos. Estructura, funcionamiento y jurisprudencia*. Barcelona: Instituto Europeo de Derecho, 2003, p. 40.

materia de los derechos del hombre. La recepción sustantiva de los derechos humanos (por medio de las sentencias condenatorias de las cortes regionales) supone la incorporación de nuevos derechos y estándares desarrollados en el ámbito internacional para efectos de resolver y garantizar la mayor protección posible al interior de los estados parte. Esa etapa, según se verá, está marcada por dos procesos que fluyen conjuntamente tanto el impacto normativo como el procedimental (dado por su jurisprudencia). Tanto los convenios regionales como la jurisprudencia de sus órganos han ido instituyendo y desarrollando estándares mínimos obligatorios para los estados chilenos y español respectivamente, en aspectos vinculados, por ejemplo, con el debido proceso y garantías de un juicio justo.

En este contexto, lo genuino de esta investigación apunta a profundizar en una de las problemáticas que refleja con mayor claridad el debate actual sobre la necesaria tarea de fortalecer los sistemas regionales de protección de derechos humanos, tanto en Europa como en la realidad de América. Debido a que tales sistemas no se substancian con la sola actuación de los poderes nacionales, sino que demuestran fragilidad al no contemplar una técnica procesal adecuada y verdaderamente eficaz para asegurar el cumplimiento de las decisiones que emanan precisamente de sus órganos de control.

Lo anterior, ya que (a pesar de encontrarse tales órganos control regional dotados de competencias para conocer y juzgar, declarar la responsabilidad internacional y eventualmente condenar a un país por violación), resta una faceta imprescindible -y propia de todo órgano jurisdiccional- para asegurar su funcionamiento: cual consiste en la facultad de imperio para hacer ejecutar lo juzgado -función eminentemente jurisdiccional-. De esta manera, los estados pasan a ser responsables directos de tutelar y promover los derechos consagrados en los pactos internacionales, además de garantizar su libre y pleno ejercicio, asumiendo con ello el compromiso –deber- de adoptar las medidas que resulten necesarias para asegurar su pleno goce.

Respecto de la metodología adoptada, conviene precisar que se realiza un trabajo de carácter descriptivo, analítico y comparado sobre el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales regionales, sus métodos de control y el papel que estos ejercen en el cumplimiento y supervisión de las medidas reparatorias decretadas, además de la actividad interpretativa como fuente sustantiva de derechos. Ello supone un análisis previo del contenido normativo de las convenciones regionales en materia de cumplimiento, la selección particular de algunos casos estimados relevantes -por su impacto en el derecho interno- y otros aspectos que describen reformas legales y procedimentales en los ordenamientos jurídicos nacionales implementados para dar cabida a la ejecución. Todo ello, con el propósito de determinar el grado de suficiencia y eficacia que aquellas revisten, además de ponderar la ejecución como el elemento esencial de la tutela jurisdiccional. Las fuentes de información principalmente utilizadas son el CEDH y la CADH, la jurisprudencia del TEDH y la Corte IDH; así como la legislación, la jurisprudencia constitucional y recursos bibliográficos.

En cuanto a su estructura, este trabajo se organiza en seis capítulos. El primero de ellos abarca aspectos generales del derecho internacional público, principios y valores consuetudinarios de aplicación común y que forman parte de las normas imperativas o *ius cogens*²⁰, que no admiten acuerdo en contrario ya que protegen los intereses fundamentales o esenciales que la comunidad internacional precisa para su supervivencia²¹. Sumado al efecto *erga omnes*²² del DIDH, como elementos que inciden en la determinación de la responsabilidad internacional frente al incumplimiento -en el marco de los crímenes internacionales- en la protección de derechos humanos²³. Todo ello como instrumentos argumentativos de apoyo a la efectividad de los sistemas regionales de protección y la eficacia de sus sentencias en la protección de derechos esenciales del hombre.

El capítulo segundo comprende un estudio descriptivo y comparativo acotado de la estructura, integración y funcionamiento del TEDH y la Corte IDH respectivamente como organismos de naturaleza jurisdiccional, encargados de interpretar y aplicar los respectivos instrumentos convencionales²⁴. En particular, damos cuenta del despliegue de la actividad jurisdiccional sobre el control de las normas internas de los estados parte, orientando el análisis a la identificación del marco normativo aplicable a la luz de la jurisprudencia europea e interamericana y a las similitudes y diferencias entre ambos.

²⁰ El artículo 53 de la Convención de Viena, de 23 de mayo de 1969, dispone que una norma de *ius cogens* es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario, y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho internacional general que tenga el mismo carácter. En BLANC ALTEMIR, Antonio. *La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional*. Barcelona: Bosch, 1990. p. 83.

²¹ Las normas de *ius cogens* están por encima de las voluntades estatales en tanto que no pueden ser derogadas mediante acuerdos de voluntades entre los Estados. Véase en CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Soberanía del Estado y Derecho internacional*. Madrid: Tecnos, 1976. pp. 253-258.

²² Conviene hacer presente que los efectos *erga omnes* pertenecen al ámbito de la eficacia jurídica de las normas internacionales mientras que las disposiciones de *ius cogens* deben ser englobadas en el ámbito del sistema de fuentes y de la jerarquía normativa. En JIMÉNEZ PIERNAS, Carlos. "La codificación del Derecho de la responsabilidad internacional: un balance provisional (1988)". En: *La responsabilidad internacional. Aspectos de derecho internacional público y derecho internacional privado: XIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*. Carlos Jiménez Piernas (ed.). Alicante, 1991. p. 53. Para algunos autores, las normas de *ius cogens* responden al mínimo jurídico esencial del "orden público internacional". En SCHWARZENBERGER, Georg. "International *ius cogens* ?". *Texas Law Review*, 1965, vol. 43, p. 456; en DE VISSCHER, Charles. *Positivisme et *ius cogens**. *Revue Générale de Droit International Public - RGDIP*, 1971, pp. 8-9; BROWNLIE, Ian. *Principles of public international law*. Oxford, 1990, p. 515.

²³ La sentencia del Tribunal Internacional de Justicia, de fecha 5 de febrero de 1970, relativa al asunto Barcelona Traction Light and Power Company Limited, dispuso la distinción esencial entre efectos *erga omnes* u "obligaciones de los Estados con la comunidad internacional en su conjunto" y obligaciones "que nacen con respecto a otro Estado". Seguidamente, la sentencia añade que "por su misma naturaleza, las primeras conciernen a todos los Estados. Dada la importancia de los intereses en juego, puede considerarse que todos los Estados tienen un interés jurídico en que esos derechos sean protegidos; por tanto, las obligaciones en este caso son obligaciones *erga omnes*".

²⁴ REMOTTI CARBONELL, op. cit., pp. 35-39.

Enseguida, el capítulo tercero considera aspectos que determinan el tratamiento y recepción del CEDH y la CADH respectivamente, en la estructura de los ordenamientos jurídico constitucionales chileno²⁵ y español²⁶, junto a los mecanismos internos de garantía que existen para la protección de los derechos fundamentales -como vía de ejecución interna- y algunos principios vectores como el de jerarquía normativa, de competencias, el canon de interpretación, supremacía constitucional y jurisdicción única, entre otros, a pretexto de indagar sobre como se resuelve su adecuación. Al respecto es preciso hacer presente que la incorporación al ordenamiento jurídico es diferente según el tipo de norma internacional de que se trate, en este sentido el presente enfoque particularmente atiende a la manera que las cartas fundamentales recogen y tratan el

²⁵ Según la Constitución Política de Chile (artículos 32 N°15 y 54 N°1), los tratados internacionales son negociados, firmados y ratificados por el presidente de la república. El Congreso solo puede aceptarlos o rechazarlos, antes de su ratificación. El procedimiento ante el Congreso se someterá a los trámites de una ley. Este procedimiento puede además incluir un examen del Tribunal Constitucional, si así es requerido de acuerdo con lo establecido en su artículo 93 N°3.

²⁶ De acuerdo con la Constitución Española, los tratados forman parte del derecho interno una vez publicados oficialmente y siempre que hayan sido válidamente celebrados conforme lo indica su artículo 96. En efecto los tratados se entenderán válidamente celebrados, en la medida en que se hayan observado los requisitos establecidos en los artículos 93 y 94 respectivamente, en lo que se refiere a las autorizaciones pertinentes para la manifestación del consentimiento del Estado, así como la normativa internacional reguladora de las modalidades y condiciones de la manifestación de tal consentimiento. Las Cortes Generales, sea con carácter previo autorizando la celebración del tratado mediante ley orgánica -artículo 93- o por mayoría simple -artículo 94.1-, sea a posteriori al ser informadas por el ejecutivo de la conclusión de los tratados a los que, por exclusión, se refiere el artículo 94.2. El hecho de que se requiera una u otra modalidad de intervención parlamentaria depende del tipo de convenio a celebrar. Será precisa la autorización mediante ley orgánica cuando el Gobierno pretenda que el Estado se obligue internacionalmente mediante tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución según el artículo 93. En cambio, bastará una autorización por mayoría simple en el caso de los tratados listados en el artículo 94.1. En todo caso, celebrado un tratado internacional, este se incorpora al ordenamiento español una vez publicado en el Boletín Oficial del Estado. En REQUEJO PAGÉS, Juan Luis "Consideraciones en torno a la posición de las normas internacionales en el ordenamiento español". *Revista Española de Derecho Constitucional*. 1992, vol. 12, núm. 34, pp. 47-49.

derecho internacional de los derechos humanos de acuerdo con los ordenamientos jurídicos nacionales de los países de Chile²⁷ y España²⁸ respectivamente.

Posteriormente, bajo el capítulo cuarto, se consigna el análisis jurisprudencial de algunos casos sometidos ante los tribunales regionales de derechos humanos. El criterio utilizado para la selección de estos tiene por fundamento el impacto que ha tenido la ejecución de las sentencias regionales en los ordenamientos jurídicos internos en materia normativa y jurisprudencial, más allá de las medidas internas adoptadas al caso en concreto.

Dado lo anterior, es que dicha etapa investigativa ha considerado una revisión de casos relevantes, principalmente por su impacto en el derecho interno, a raíz de su ejecución, abarcando hechos relevantes, la problemática jurídica circunscrita, las medidas que han trascendido al caso en concreto, así como la forma en que internamente los tribunales desarrollan diversas vías para su cumplimiento, dando cuenta del progreso normativo-doctrinario existente más allá del caso en concreto. Del mismo modo, la importancia de la revisión jurisprudencial de algunos de los casos supone la necesaria revisión de aquellas vulneraciones comunes de derechos, vinculados a aspectos del debido proceso, y que de alguna forma nos permite comprender el contenido de estos desde una perspectiva comparada.

Por último, el capítulo quinto, está enfocado en dar cuenta de las medidas de reparación adoptadas en el plano interno (satisfacción equitativa, medidas individuales y generales) por cada estado, como consecuencia de las sentencias regionales previamente

²⁷ Para el caso chileno la constitución no trata directamente la incorporación de los tratados internacionales en el derecho interno. Es decir, no hay norma, sino que son los tribunales internos, en general, los que han resuelto que el tratado internacional adquiere vigencia interna solo mediante la promulgación por Decreto del presidente de la República y la publicación del decreto y del texto del tratado en el Diario Oficial. En efecto Esta fue una materia muy debatida durante el Gobierno Militar (1973-1989) porque, pese a que el PIDCP estaba ratificado, los tribunales se negaron a aplicarlo, toda vez que este no estaba promulgado, ni publicado en el Diario Oficial. De esta manera nuestros tribunales aplicaron una norma de protección -conocimiento de la ley- en perjuicio de las personas, imposibilitando el uso de la legislación internacional en la protección de los derechos de las personas. En DETZNER, John. *Tribunales Chilenos y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno chileno*. Santiago de Chile: Comisión Chilena de Derechos Humanos y Programa de Derechos Humanos, Academia de Humanismo Cristiano, 1988.

En lo que respecta a la costumbre internacional y los principios generales, tampoco existe una norma que se pronuncie sobre el particular, por lo que nuevamente hemos de remitirnos a la práctica judicial. En general, se sigue la tesis de la incorporación automática, sin necesidad de un acto especial de recepción estatal. En BENADAVA, Santiago. "Las Relaciones entre Derecho Internacional y Derecho Interno ante los Tribunales Chilenos". En *Nuevos Enfoques del Derecho Internacional*, Avelino León Steffans (coord.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1992, pp. 9-59.

²⁸ La idea de los derechos humanos consagrados a nivel internacional como pisos mínimos de protección esta encuentra presente en las normas de interpretación de los tratados internacionales, véase por ejemplo el artículo 29 de la CADH, que consagra en sus letras a) y b) la obligación de no limitar los derechos en mayor medida de lo que se encuentra en el tratado, ni tampoco en mayor medida de lo que pueda establecer la legislación nacional.

comentadas. El objetivo de aquello consiste en reconocer aquellas que resultaron ser de especial trascendencia para este estudio, dado su contenido y alcance, por ejemplo, al influir en potenciales reformas y proyectos legislativos, a pretexto de adecuar ciertas prácticas previas contrarias a los estándares mínimo²⁹ de protección el derecho internacional susceptibles de interpretación en el sentido de aplicación más favorable a las personas, que además pueden integrarse en sus contenidos a través de un sistema de reenvíos hacia otros ordenamientos³⁰, o significar una determinada alternativa para la revisión interna de sentencias regionales, sobre todo cuando la causa de la violación haya tenido como origen un fallo judicial firme.

Ahora bien, el tratamiento del capítulo sexto apunta a los desafíos y avances detectados en la ejecución de las sentencias condenatorias contra los países de España y Chile. Sobre el particular, los desafíos normativos en España, a propósito de los casos analizados y la reforma del año 2015 a la Ley General del Poder Judicial que introdujo un nuevo mecanismo procesal para la revisión de sentencias condenatorias del TEDH. Por su parte, tratándose de la realidad jurisprudencial chilena, el objetivo de este título ha sido revelar ciertos aspectos doctrinarios que dan cuenta de la influencia que ha recibido la justicia nacional en la aplicación de criterios jurisprudenciales de la CoIDH. La vinculación de Chile y todos sus órganos -especialmente del Poder Judicial- a los parámetros regionales de protección, supeditada a la aplicación de criterios jurisprudenciales de la CoIDH, ha permitido la adopción de nuevas interpretaciones para instituciones tales como la prescripción, cosa juzgada y el principio *ne bis in idem*³¹, entre otras.

²⁹ CABALLERO, José Luis. *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México*. México: Porrúa, 2009, p. 105.

³¹ El principio *ne bis in idem* está constituido por la prohibición de que una misma persona sea juzgada y/o sancionada dos veces por un mismo hecho. En algunos ordenamientos jurídicos el principio *ne bis in idem* se encuentra consagrado a nivel constitucional (siendo más bien la excepción en Colombia, Costa Rica, Estados Unidos y México). Por ejemplo, la Ley Fundamental alemana, cuyo artículo 103, en su párrafo 3º, establece la prohibición de que una persona sea sancionada, con arreglo a leyes penales generales, más de una vez por un mismo hecho: “Nadie podrá ser penado más de una vez por el mismo acto en virtud de las leyes penales generales”. Tratándose de ordenamientos cuyos textos constitucionales no contienen cláusulas semejantes – como es el caso del derecho español y del derecho chileno, entre otros–, y más allá de que pueda identificarse un fundamento constitucional indirecto para el principio en cuestión, es de todas formas posible invocar disposiciones de tratados internacionales, ratificados por los respectivos Estados, para conferirle así un estatus supralegal. En MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. “The ne bis in idem principle in Chilean criminal law”. *REJ – Revista de Estudios de la Justicia*. 2011, núm. 15, p. 140.

CAPÍTULO I: LA EFECTIVIDAD DE LOS SISTEMAS REGIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

El devenir del derecho internacional de los derechos humanos y su constante evolución ha generado el surgimiento de principios generales a los que se les atribuye un valor esencial y que resultan aplicables con entera independencia de las fuentes que los cobijan. En materia de protección de derechos, durante el siglo XX, conviene hacer presente el gran reconocimiento y desarrollo que han tenido tratados internacionales y regionales vigentes sobre la materia, como el avance al interior de los estados plasmado mediante procesos de constitucionalización de derechos fundamentales y jurisprudencia regional (en su recepción sustantiva). Igualmente, a la hora de aplicar los derechos -conforme a sus máximas-, los intérpretes autorizados, en específico la judicatura internacional, ha debido adoptar y perfeccionar valores y principios de interpretación general, necesarios e indispensables para su aplicación práctica en la resolución de los asuntos. En este contexto, como imprime Nogueira, “el desarrollo de los criterios básicos de interpretación han sido realizados por las jurisdicciones internacionales instituidas para su defensa, los que luego han sido paulatinamente asumidos por las jurisdicciones constitucionales y los tribunales ordinarios”³².

De este modo, como elementos esenciales de la comunidad internacional, los derechos humanos materializados en tratados, convenciones y textos constitucionales revisten la calidad de normas jurídicas esenciales que deben ser protegidas, interpretadas y aplicadas por el órgano jurisdiccional respectivo³³, con entera independencia de su origen o procedencia. Por cierto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) en un sentido similar ha afirmado que la interpretación de los derechos humanos “debe atender a la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”³⁴, ya que los derechos no son estáticos, sino que por el contrario son dinámicos y se encuentran en constante evolución.

Entonces, para una adecuada ponderación al caso en concreto será necesaria la consideración de tales principios generales aceptados por la comunidad internacional, a fin de resolver cual es la técnica que más efectividad otorga para resguardar y restablecer su esencia en caso de ser conculcada. En ese sentido, Lifante sostiene que “la interpretación

³² NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, 4a. ed., t. 1. Santiago: Librotecnia, 2013, p. 263.

³³ LANDA, César, “La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales”. En *Justicia constitucional y derechos fundamentales. Fuerza normativa de la Constitución*, Víctor Bazán y Claudio Nash (eds.). Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung KAS, 2011, p. 24

³⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH. Opinión Consultiva OC 16/99 del 1 de octubre de 1999 solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, “El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal”, párrs. 113-114.

del derecho ha de ser vista fundamentalmente como una actividad reconstructiva, y no solo como una mera precisión del significado de las palabras de una determinada disposición legislativa”³⁵. Agrega Hesse que la interpretación debe realizarse necesariamente con el fin de lograr un “resultado sólido, racionalmente explicable y controlable”³⁶.

Sobre el particular, el principio de efectividad de los derechos se instituye dentro de un proceso de maduración de la internalización de los derechos humanos y constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos³⁷. En principio de efectividad apunta al mejor funcionamiento del DIDH, fortaleciendo su protección a nivel interno. En este camino los sistemas regionales de protección, en su rol subsidiario -si es que no complementario-, por cierto, cumplen este cometido a través de la actividad jurisdiccional de sus órganos de control -en el ámbito de sus competencias- mediante la ejecución de sus sentencias (y su fuerza vinculante), conforme las cuales se pretende ampliar o maximizar el contenido y ejercicio de los derechos, como fin útil en materia de justicia.

Junto con lo anterior, en el plano interno, la teoría de la interpretación constitucional de los derechos fundamentales ha debido conciliar y adaptar los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales, nutridos ampliamente por los órganos jurisdiccionales creados al efecto. Esto como consecuencia de las cláusulas de apertura contenidas en algunos de los textos constitucionales -acotado al caso chileno³⁸ y español³⁹ respectivamente-, que presentan similitudes, por ejemplo, en cuanto al modelo de control

³⁵ LIFANTE VIDAL, Isabel. “La interpretación jurídica y el paradigma constitucionalista”. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2008-2009, núm. 25, p. 269.

³⁶ HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*, capítulo 2, vol. 1. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2011, p. 69.

³⁷ OTÁROLA PEÑARANDA, Alberto. “La inserción del derecho internacional de los derechos humanos en el sistema constitucional peruano”. En: *El derecho procesal constitucional peruano, estudios en homenaje a: Domingo García Belaúnde*, Tomo II, José Palomino Manchego (coord.). Lima: Grijley, 2005, p. 1110; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “La soberanía, las constituciones y los tratados internacionales en materia de derechos humanos: América Latina y Chile”. En: *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo II, 3° ed., Eduardo Ferrer Mac-Gregor (ed.). México: Porrúa, 2002, pp. 1410-1411.

³⁸ El artículo 5° de la Constitución Política de la República de Chile señala: “La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio. El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

³⁹ Por su parte el artículo 10.2 de la Constitución Española dispone: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”. En base a esta cláusula constitucional específica se amplían los efectos comunes que tiene cualquier tratado en el ordenamiento jurídico, robusteciendo la eficacia a los instrumentos sobre derechos humanos y que se manifiesta en la operatividad de los tratados sobre derechos humanos como canon de interpretación de los derechos fundamentales de la Constitución.

constitucional, compartiendo además el sometimiento a un sistema regional de control en materia de derechos humanos. Dichas estipulaciones han permitido el ingreso al orden jurídico estatal de un amplio acervo jurídico internacional por la vía de adecuación de los tratados internacionales de derechos humanos⁴⁰. De esta manera se verifica la interacción entre ambos sistemas (regional e internos) que definen una vinculación en base a un modelo interpretativo determinado aplicable a los derechos.

En efecto, determinante ha sido para el desarrollo de los derechos humanos la convergencia de dos sistemas normativos que consagran normas y mecanismos de garantía para el pleno goce y ejercicio de los derechos: de una parte, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos -en lo que aplica a este estudio particular de los sistemas regionales de protección- y la protección nacional que ofrece cada ordenamiento jurídico en particular⁴¹. Dicho proceso se basa en la positiva coordinación entre los mecanismos de protección asociados a cada sistema normativo, de forma tal que cada uno cumpla aporte en la consecución de un objetivo común, cual es la efectiva protección de los derechos humanos⁴².

En tal sentido, se considera que el derecho internacional debe aplicarse -conforme al principio de subsidiariedad⁴³- solo cuando el sistema interno no ha dado respuesta ante determinadas violaciones de derechos fundamentales. Así, resulta sumamente común que los órganos internacionales, para conocer de un caso ocurrido en un país, exijan el previo agotamiento de los recursos internos. Ahora bien, la intervención de órganos regionales en el plano interno, basada en el principio de subsidiariedad, es más bien acotada ya que procede tan solo en algunos ámbitos de la relación existente entre el derecho internacional y los ordenamientos internos principalmente en temas de orden jurisdiccional, en el ámbito competencial que aplica, según sea el convenio respectivo que se adhiera.

⁴⁰ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. “Principios de interpretación de los derechos fundamentales a la luz de la jurisprudencia chilena e internacional”. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2016, vol. 49, núm. 146, pp. 13-59.

⁴¹ RISSO, Martín. “Interrelación entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2012, núm.16, p. 306.

⁴² LANDA, César. “Jurisdicción constitucional, y jurisdicción internacional: cooperación, conflictos y tensiones”. En: *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial: una visión desde América Latina y Europa*, Alejandro Saiz y Eduardo Ferrer Mac-Gregor. México: Editorial Porrúa, 2012, pp. 309-313.

⁴³ El principio de subsidiariedad en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos supone que, no obstante la existencia de normas y procedimientos internacionales para la protección de los derechos humanos o precisamente, en virtud de ellos, es a los Estados a los que corresponde en primera instancia respetar y hacer respetar tales derechos en el ámbito de su jurisdicción y solo cuando estos no han brindado una protección adecuada o efectiva es que la jurisdicción internacional puede y debe ejercer su competencia. DEL TORO HUERTA, Mauricio I. “El principio de subsidiariedad en el derecho internacional de los derechos humanos con especial referencia al sistema interamericano”. En: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a Veinticinco años de su funcionamiento*, Manuel Becerra Ramírez. México, D. F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, pp. 23-61.

Por su parte, el principio de la efectividad de los derechos o comúnmente denominado por la doctrina internacional “*pro-homine*”, surge como un criterio hermenéutico del DIDH que informa todo el derecho de los derechos humanos, conforme el cual el intérprete autorizado debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, a la hora de reconocer derechos protegidos. En su sentido contrario, significa también recurrir a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión excepcional. En opinión de Pinto este principio coincide con el rasgo fundamental de los derechos humanos, cual es, estar siempre a favor del hombre⁴⁴.

Ahora bien, respecto de las relaciones entre los sistemas, según Ferrer MacGregor esa interpretación conforme puede ser definida como “la técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los Estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales supranacionales, para lograr su mayor eficacia y protección”⁴⁵.

Sobre el particular, el artículo 10. 2 de la Constitución española ha permitido que, en la práctica a través de los tratados internacionales reconocidos, se permita -por la vía interpretativa- ampliar el catálogo de derechos fundamentales allí reconocidos. Así lo sostiene Cuenca, dando como ejemplo el derecho a la segunda instancia en materia penal, que, si bien no está materialmente reconocido en la Constitución, se integra como tal al contenido del artículo 24 mediante la interpretación conforme al Pacto de Derechos Civiles y Políticos (STC 42/1982)⁴⁶. En un sentido similar Saiz precisa:

[Que] si nos situamos en el terreno de la interpretación internacionalmente adecuada que impone el artículo 10. 2 de la CE, es posible establecer que ni la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) ni los tratados en él genéricamente aludidos pueden por sí solos ser fuente de derechos fundamentales, aunque pueden (deben) servir para concretar el contenido de los presentes en la Constitución, en conexión con los cuales se manifestarán, en su caso, nuevos derechos entendidos como expresión de facultades, garantías, posiciones

⁴⁴ PINTO, Mónica. *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*. Archivo de la biblioteca electrónica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, s.f., p. 163.

⁴⁵ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. “Prologo”. En: *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México*, José Luis Caballero. México: Porrúa, 2009, p. 22.

⁴⁶ CUENCA GÓMEZ, Patricia. “En defensa de una concepción alternativa de la interpretación jurídica”. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2011, núm. 23, pp. 74-96.

jurídicas no explicitadas constitucionalmente, pero que se hacen derivar de su relación con un derecho fundamental.⁴⁷

En esta labor, la interpretación conforme no se ha limitado a utilizar como parámetro de interpretación la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados sobre la materia ratificados por España, sino que también, por ejemplo, “el TC se ha decantado en su aplicación (del artículo 10.2) por un criterio de máxima apertura que va más allá de las referencias estrictas de dicho artículo y que desborda s condicionamientos que podría desprenderse de su tenor literal”⁴⁸.

En dicho sentido, se han utilizado instrumentos que no son estrictamente tratados sobre derechos humanos -pero que sí contienen normas sobre la materia- y decisiones, informes y resoluciones de los órganos de protección que integran el “*soft law*”, especialmente la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que ha sido utilizada para determinar el contenido esencial de los derechos, coadyuvar en el estándar de especial trascendencia constitucional para la admisibilidad del amparo o rectificar su doctrina a la luz de los avances en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁴⁹. La creciente interacción entre la jurisprudencia del TEDH y el TC, ha llevado a parte de la doctrina a sostener que esto explicaría que España sea uno de los países con menor tasa de demandantes ante el TEDH⁵⁰. En este sentido, se ha entendido por la doctrina, que la jurisprudencia del TEDH tiene valor de cosa interpretada, en el sentido que sirve para “clarificar, salvaguardar y desarrollar las normas del Convenio”⁵¹.

Para el caso de la jurisprudencia de la Corte IDH, tal concepto se ha desarrollado a partir del surgimiento de la doctrina del control de convencionalidad en el ámbito interamericano y que según como se verá consiste en el deber de los jueces, órganos de la administración de justicia y demás autoridades públicas, de realizar un examen de compatibilidad entre los actos y normas nacionales y la CADH, sus protocolos adicionales, la jurisprudencia de la Corte IDH y demás instrumentos del sistema interamericano⁵². De este modo conviene importa aseverar que los tribunales encargados de aplicar las normas contenidas en los respectivos convenios de protección regional, “son los intérpretes

⁴⁷ SÁIZ ARNAIZ, Alejandro. *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 82.

⁴⁸ CUENCA, op. cit, p. 7.

⁴⁹ PÉREZ-TREMPS, Pablo. *Sistema de Justicia Constitucional* (2º edición). Pamplona: Thomson Reuters, 2016, pp. 173-179.

⁵⁰ SANTOLAYA, Pablo. “La apertura de las Constituciones a su interpretación conforme a los tratados internacionales”. En: *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Lorenzo Martín, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Héctor Olasolo (eds.). Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013, p. 453.

⁵¹ SÁIZ, op. cit, p. 144.

⁵² FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: El nuevo paradigma para el juez mexicano”. En *Estudios constitucionales*, 2011, vol. 9, núm. 2, pp. 531-622.

auténticos de dichas convenciones, estando dentro de sus funciones el interpretar el contenido y alcance de los derechos convencionales”⁵³.

A su vez, bajo el ordenamiento chileno resulta ser una cuestión aceptada pacíficamente por la jurisprudencia que los tratados internacionales tienen una jerarquía supralegal, por aplicación del inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política. Sin embargo, han existido diferencias importantes entre la jurisprudencia de la Corte Suprema y lo asentado por el Tribunal Constitucional respecto a la jerarquía de los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales. Mientras la primera ha sostenido el carácter constitucional e incluso supraconstitucional de los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales, basada en la incorporación automática de los derechos fundamentales a la Carta Constitucional tras la reforma de 1989; el Tribunal Constitucional ha llegado a afirmar que los tratados son solo leyes en el rango de la pirámide normativa por lo que la discusión acerca de la recepción formal en Chile ha sido central en el debate académico y jurisprudencial.

Tal indeterminación del rango de la norma constitucional chilena ha dificultado en la doctrina (empero no impedido) la incorporación de estándares sustantivos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, restando de ese modo efectividad a la protección de los derechos humanos consagrados en tratados internacionales así como ha determinado la declaración de responsabilidad internacional por o desarrollar interpretaciones o normas en el derecho interno que se conformen a sus obligaciones internacionales en la materia (como ocurrió en el caso *Ultima Tentación de Cristo* en 2001 y el caso *Almonacid Arellano* de 2006).

Ahora bien, es dable precisar que tales principios de interpretación resultan aplicables con independencia del texto legal, constitucional o convencional que los reconoce. Esto es lo que podría denominarse la regla de la autonomía de los principios de interpretación de los derechos⁵⁴, toda vez que sus intérpretes judiciales actúan en base a parámetros esenciales fijados para la protección de los derechos del hombre. En tal sentido Aguilar sostiene que:

[Que] la interpretación de los derechos fundamentales o humanos es aquella que se encuentra definida no por estar referida a una interpretación de textos particulares, sino más bien a aspectos jurídicos materiales, como el derecho a la vida o a la libertad, cuyo sustrato se encuentra en valores y principios (...). [Luego añade que tal interpretación de los derechos] ...es de carácter sustantivo, porque no apunta exclusivamente a desentrañar el sentido de las palabras de un texto, sino a determinar el sentido y alcance de la materialidad

⁵³ NÚÑEZ DONALD, Constanza. “Apertura constitucional al Derecho Internacional de los Derechos Humanos en una nueva Constitución”. *Revista Ius et Praxis*, 2018, vol. 24, núm. 3, p. 396. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122018000300379>

⁵⁴ AGUILAR CAVALLLO, op. cit., p. 15.

de un derecho que emana de la dignidad humana, fundamento de validez último de las normas jurídicas.⁵⁵

A este respecto, la interpretación conforme a los derechos humanos resulta fundamental para garantizar -de forma efectiva- su protección. En este camino cumple un especial rol para el mejoramiento de los sistemas regionales de protección el principio de la efectividad de los derechos o también llamado pro-homine como se definiera previamente.

En lo que interesa al presente estudio, la efectividad de los derechos esta circunscrita a la aplicación de los sistemas regionales de protección de los derechos, creada a instaurada por la doctrina y jurisprudencia regional a efectos de determinar las implicancias y consecuencias en la ejecución de sentencias condenatorias dictadas al efecto. De esta forma se posiciona como un principio vector en la interpretación de los derechos.

A continuación, la ejecución y cumplimiento de las sentencias se circunscribe dentro de este aspecto más amplio que apunta, como se señalare, al fortalecimiento mismo de los sistemas de protección, dado que precisamente es que a través del principio de efectividad de los derechos -como contrapeso al principio de subsidiaridad- se propende un equilibrio en el funcionamiento de los sistemas regionales, al replantear el verdadero rol que les asiste a las cortes regionales en materia de protección de los derechos humanos, en cuanto a hacer prevalecer aquella resolución que otorgue la mayor protección debida⁵⁶.

En virtud de la efectividad de los derechos (y de sus sistemas regionales de protección) se impulsa una convivencia pacífica y equilibrada entre las judicaturas nacionales y las cortes regionales, donde el denominador común consiste en la defensa irrestricta de los derechos y el fortalecimiento de la protección estatal de aquellos -más allá de los niveles de protección-. El ejercicio de la jurisdicción, desde la perspectiva de la efectividad, confluye un sentir común que apunta hacia la defensa que resulte más favorable de los derechos que emanan de la dignidad humana (maximizando su ejercicio o efecto útil), en ese camino es que precisamente tal principio abarca la ejecución de sentencias en el plano interno, ya que por medio de estas las cortes regionales, de forma sustancial, van

⁵⁵ *Ibíd.*, p. 24.

⁵⁶ En reflejo de aquello el artículo 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PDCyP) señala: “1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él. 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”. Eb un sentido similar el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, dispone: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”.

robusteciendo el contenido y asegurando la protección de los derechos cristalizados en los respectivos pactos regionales, del mismo modo ocurre con las medidas de reparación y la supervisión de cumplimiento.

De lo anterior fluye, según Aldunate que se trata

[...] “de una interpretación teleológica que asegure el grado máximo de protección a los derechos consagrados a nivel convencional”. Todo ello permite comprender “la idea de quienes expresan que existe una interpretación uniforme del derecho internacional de los derechos humanos, donde rige, como regla de oro, que, ante la multiplicidad de instrumentos de protección, se aplique siempre la norma más favorable al afectado o supuesta víctima de una lesión a sus derechos”.⁵⁷

Sobre el particular, Cançado Trindade ha señalado que “la elección y primacía del dispositivo más favorable a las supuestas víctimas tiene relación directa con la cuestión de la coexistencia de procedimientos distintos de peticiones o reclamaciones en materia de derechos humanos. Además, evidencian la naturaleza esencialmente complementaria -a partir del ángulo de las supuestas víctimas- de los mecanismos de protección de los derechos humanos a nivel global y regional, fenómeno que, a su turno, refleja la especificidad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”⁵⁸.

En esa línea es dable también considerar el principio de interpretación expansiva de los derechos, que opera a la par de la efectividad, por medio del cual se permite ampliar el campo de acción y de protección del derecho. Según Aguilar el control de convencionalidad representa un momento preciso para poner en práctica el principio de interpretación expansiva, ya que a través de este el intérprete tiende a asignarle la mayor fuerza y alcance al derecho⁵⁹. Sobre el particular añade Nogueira que el control de convencionalidad trata:

[De] un control jurídico y jurisdiccional que se concreta en el plano internacional o supranacional en cada caso, el que posibilita determinar el grado de cumplimiento de las obligaciones convencionales de un Estado parte a partir de la coherencia entre la conducta del Estado y las obligaciones determinadas por la norma jurídica o tratado internacional.⁶⁰

Esto ocurre a nivel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otros. El control de convencionalidad que realizan estas Cortes no es solo en cuanto a la norma de la respectiva convención o tratado, sino también en cuanto a la propia interpretación que estas hacen para el caso concreto. Aquello reviste especial interés toda vez que, según el principio de interpretación

⁵⁷ En AGUILAR CAVALLLO, op. cit., p. 35.

⁵⁸ CANÇADO TRINDADE, Antonio. *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, 2a. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 41.

⁵⁹ AGUILAR CAVALLLO, op. cit. pp. 45-46.

⁶⁰ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2012, vol. 45, núm. 135, p. 1169.

expansiva, las cortes podrían extender y ampliar la esfera de protección del derecho. Ejemplo de aquello es el artículo 2° de la CADH cuando señala que los estados 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.

En términos análogos, el TEDH interpreta la Convención Europea, según Dothan de forma evolutiva teniendo en cuenta las condiciones cambiantes de los Estados europeos⁶¹. En un mismo sentido Mahoney, por ejemplo, ha sugerido el desarrollo de reglas especiales de interpretación para la Convención Europea de Derechos Humanos, que permitirían al TEDH continuar protegiendo por un largo periodo de tiempo los derechos humanos a pesar de un cambio de las circunstancias o de las condiciones en las que la Convención se gestó⁶². En esta línea también, Dothan ha señalado que el Tribunal Europeo se basó en el principio de efectividad para realizar muchas elecciones interpretativas que constituyen una interpretación expansiva, por ejemplo, cuando rechazó la interpretación formalista de la Convención a favor de una interpretación que satisface los propósitos de los derechos protegidos; cuando instruye en la Convención sobre ciertos derechos que no aparecen claramente en el texto; o cuando la Corte requirió a los estados proveer salvaguardias prácticas que aseguren el goce actual de los derechos protegidos en la respectiva CEDH⁶³.

1. Desafío para una justicia global: la necesaria salvaguardia multinivel de los derechos

En general, cuando nos referimos a los derechos humanos, más allá de repensar en sus principales valores y atributos esenciales -como la vida, la libertad, la igualdad y la dignidad humana-. Desde el aspecto de su aplicación, en nuestra opinión, importa entender los derechos del hombre como un fenómeno de transformación social que se manifiesta principalmente a través de procesos de constitucionalización interno, robusteciendo de esta manera el contenido del catálogo de las respectivas cartas fundamentales. Evidentemente que para ser internalizado se requiere de voluntad política en cada una de las esferas internas de poder, es decir, exige de la administración del Estado (y de todos sus órganos plenipotenciarios) un real compromiso para aceptar y legitimar los derechos humanos.

En este sentido, existe un rol trascendental para el reconocimiento, incorporación y adecuación interna de los derechos humanos, que radica en la actividad ejercida por actores

⁶¹ DOTHAN, Shai. "In Defense of Expansive Interpretation in the European Court of Human Rights". *The Global Trust Working Paper*, Series 1/2014, p. 7.

⁶² MAHONEY, Paul. "Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin". *Human Rights Law Journal*, 1990, núm. 11, pp. 57, 64-65.

⁶³ DOTHAN, op. cit., p. 5.

nacionales, a modo de contribuir a su efectividad plena. Principalmente en las instituciones públicas, sociedad civil y diversas organizaciones, movimientos, grupos y asociaciones nacionales e internacionales, cuya cara más visible la representan hoy los grupos minoritarios que actúan para visibilizar diversas problemáticas contemporáneas y dificultades que enfrenta nuestra sociedad nacional, como puede serlo, circunscrito a los objetivos de este trabajo, la falta de desarrollo efectivo de los derechos en las realidades nacionales y/o la poca motivación o voluntad para la implementación de mecanismos eficaces que garanticen un adecuado resguardo en el plano interno.

Por cierto, la realidad nacional de los países materia del presente examen han demostrado avances significativos (tanto jurisprudenciales y normativos) en el reconocimiento explícito que de ellos se ha hecho, tanto en las cartas fundamentales como en otros cuerpos que los desarrollan. Conforme a ello, resulta posible aseverar que, dado lo anterior, ciertamente también, existe la voluntad soberana de los gobiernos en orden a adecuar nuevos mecanismos de control regional. Por ello es por lo que resulta necesario incorporar instancias supranacionales vinculantes, a fin de promover una justicia global, pues desde allí es posible ejercer un mayor examen y garantizar, entre otros, la universalidad de los derechos humanos de forma efectiva.

A su turno, la parte final del preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone:

[Que] todos los pueblos y naciones deben esforzarse en promover el respeto a estos derechos y libertades, y asegurar, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.⁶⁴

La DIDH es obligatoria por tratarse de una interpretación autorizada sobre derechos humanos, que merece no solo respeto, sino que a la vez promoción y protección. En ese sentido Sohn indica que la Declaración es considerada como una interpretación autorizada de la Carta de la ONU, que enuncia en forma detallada el contenido de los derechos humanos y libertades fundamentales que los Estados Miembros se comprometieron en la Carta a promover y observar. La Declaración Universal se ha unido como parte de la estructura constitucional de la comunidad mundial y como catálogo autorizado de derechos humanos se ha convertido en el componente básico de derecho consuetudinario internacional, vinculante para todos los estados, no solo los miembros de las Naciones Unidas⁶⁵.

⁶⁴ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. París: Naciones Unidas, 1948.

⁶⁵ SOHN, Louis B. "The New International Law: Protection of the Rights of Individuals Rather than Status". En: *La dimensión internacional de los derechos humanos*, Diego Rodríguez Pinzón, Claudia Martín y Tomás Ojea Quintana. Washington, D. C.: Banco Interamericano de Desarrollo, American University, 1999, p. 32.

Con el transcurso del tiempo, la totalidad de los instrumentos de protección universal y regional han tenido que adecuarse a las realidades actuales, perfeccionarse técnicamente en sus métodos, así como resolver, de forma progresiva, problemáticas vigentes que surgen con el devenir social. Suponiendo aquello la tarea de conjugar, por un lado, la universalidad de los derechos con la especificidad de los medios (en cada realidad nacional donde es requerida su intervención), a fin de adaptarse a las nuevas demandas de individuos y grupos sociales. Asimismo, las cartas fundamentales y ordenamientos jurídicos de cada país han avanzado en reconocer y garantizar cada vez más y de mejor forma los derechos humanos, instruyendo, gracias a la intervención regional, la creación de nuevas instituciones y procedimientos jurisdiccionales específicos encargados de su control y garantía. Sin embargo, estos avances, que suelen darse a nivel teórico, no siempre van de la mano con la práctica, pues siguen existiendo fallas en los sistemas y vulneración de derechos, motivo por el cual resulta necesario avanzar constantemente en el estudio empírico de su efectividad.

Ahora bien, el Derecho Internacional Público -dentro del cual se comprende por cierto el Derecho Internacional de los Derechos Humanos –DIDH- y sus convenciones- no dispone de una receta para que los Estados incorporen sus máximas una vez que estos adhieren y se obligan por ellas. Toda vez que, en el papel, son ellos mismos quienes, en ejercicio de sus facultades soberanas y tradición jurídica, determinan la forma en que harán efectivas dichas obligaciones a nivel interno, ya sea por medio de su incorporación directa, o a través de la aprobación y ratificación de los instrumentos internacionales por parte del poder legislativo. De esta forma, cada vez que un Estado adquiere una obligación a nivel internacional, se espera que, en la práctica, cumpla voluntariamente con dicho deber, por tratarse aquello de una máxima que impone el Derecho Internacional Público, conforme la cual ningún Estado podrá hacer valer su derecho interno, como pretexto para evadir, incumplir o contrariar las obligaciones internacionales por las que acordó someterse. Esto se refleja en el principio *pacta sunt servanda*, que establece que los tratados y convenciones internacionales son vinculantes entre las partes y por ende deben ser cumplidos de buena fe⁶⁶.

En ese contexto, los poderes públicos nacionales (y todos los órganos de la administración en sus diversas esferas) tienen el deber de garantizar y asegurar la realización del contenido de tales derechos reconocidos internacionalmente en los pactos que adhieren. Tanto el ejecutivo, como el poder legislativo y judicial deben atender este punto. No obstante, esto debe complementarse e ir de la mano con la protección internacional, ya que en su rol subsidiario los organismos regionales asisten a los países en

⁶⁶ STEINER, Cristián y URIBE, Patricia (coordinadores). *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*. México, D. F.: Fundación Konrad Adenauer, 2014, pp. 8-9.

la defensa –multinivel- de los derechos humanos. Este reconocimiento y protección a nivel global viene a ser un proceso relativamente contemporáneo, que surge cuando buena parte de los derechos ya se encontraban garantizados en el plano constitucional de las naciones. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁶⁷ señala:

[Que] la consagración americana de los derechos esenciales del hombre unida a las garantías ofrecidas por el régimen interno de los Estados, establece el sistema inicial de protección que los Estados Americanos consideran adecuado a las actuales circunstancias sociales y jurídicas, no sin reconocer que deberán fortalecerlo cada vez más en el campo internacional, a medida que esas circunstancias vayan siendo más propicias.

Por otra parte, la comunidad internacional ha ido construyendo un extenso marco normativo en materia de derechos humanos que hoy en día cuenta con una sólida base jurídica y que está vigente en la mayoría de los estados. Si bien la responsabilidad de respetar los derechos humanos corresponde a todos y cada uno de los Estados Miembros, la internacionalización de estos permite que su protección tenga también una dimensión global⁶⁸. En este escenario universal, los sistemas de protección internacional generan básicamente nuevos mecanismos procesales de asistencia a los derechos. Desde esta perspectiva no se trata de la intromisión de tribunales supranacionales en el derecho interno de cada Estado, sino más bien de organismos que cada país reconoce constitucionalmente y admite como entidades autorizadas para revisar el comportamiento habido en la jurisdicción local, a fin de tutelar y supervigilar los derechos consagrados y reconocidos, principalmente en las convenciones internacionales y regionales más destacadas por su trascendencia.

Desde luego, a pesar de la existencia de órganos de control regional, provistos de competencias suficientes para conocer y juzgar, establecer la responsabilidad internacional y sancionar a los Estados transgresores, su funcionamiento no ha sido perfecto. Uno de los aspectos en que los sistemas de protección han quedado pendientes, o al menos debilitados, dice relación con garantizar la ejecutividad de sus decisiones en el plano interno. Conforme al principio de subsidiariedad (pilar del Derecho Internacional de Derechos Humanos), los Estados pasan a ser los principales responsables de tutelar y promover los derechos consagrados en los convenios internacionales, además de garantizar su libre y pleno ejercicio, asumiendo con ello el compromiso (o deber) de adoptar todas las medidas que resulten necesarias para asegurar su plena efectividad.

⁶⁷ IX CONFERENCIA INTERNACIONAL AMERICANA. *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Bogotá, Colombia, 1948.

⁶⁸ Conceptualmente la internacionalización del derecho constitucional de los derechos humanos correspondería a aquel proceso que se inicia progresivamente tras la segunda guerra mundial y mediante el cual se crean catálogos de derechos humanos y organismos de protección internacional que buscan fortalecer y colaborar con las jurisdicciones nacionales en su labor de promoción y protección de los derechos fundamentales. En NUÑEZ DONALD, op. cit., p. 383.

No obstante, estos sistemas de protección no se substancian asimismo con la sola actuación de los Estados, sino más bien demuestran ser frágiles al no contemplar ninguna técnica procesal directa y verdaderamente eficaz para asegurar el cumplimiento de las decisiones que emanan de sus principales órganos de control. Dicho esto, las competencias constitucionales brindadas a los organismos supranacionales para ejecutar sus sentencias resultan ser mínimas e incapaces de otorgar resguardo y protección plena a los derechos consagrados en los convenios internacionales o al menos, la realidad procesal de los sistemas demuestra que la mayoría de los Estados carecen de mecanismos internos de ejecución directa. Precisamente aquello podría atribuirse en gran medida al margen de discrecionalidad que disponen los Estados adherentes para adoptar las medidas internas acorde un estándar mínimo de protección internacional exigido. Al final no hay derechos sin efectividad, por lo que su reconocimiento formal no es garantía de realización ni protección multinivel, sino hasta cuando no puedan ser asegurados plenamente. De esta forma, la ejecución de sentencias pasa a ser un elemento indispensable a la hora de mejorar el funcionamiento de los sistemas jurisdiccionales de protección. El mayor grado de efectividad interna en sus fallos supondrá la real adherencia de los Estados a los sistemas regionales. Por lo que, en la práctica, la ejecución voluntaria de sus sentencias constituirá la real manifestación del reconocimiento interno que se pueda hacer de la jurisdicción internacional.

En definitiva, todo este nuevo conjunto legislativo, nacido del proceso de globalización que se ha experimentado principalmente en los últimos 60 años, ha provocado la creación europea de un nuevo constitucionalismo multinivel en el que las Constituciones de cada uno de los Estados miembros, el Derecho de la UE y al CEDH forman un ordenamiento único. En ese sentido como señala García Vázquez:

Todos los argumentos a favor de la adhesión de la UE al CEDH se resumen en una idea fundamental que se reconduce a reforzar la imagen democrática de Europa hacia dentro en el sentido de que todos los ciudadanos europeos nos encontremos amparados en un elenco reforzado de derechos, y hacia fuera, enviando el mensaje de que Europa está fuertemente blindada en materia de derechos fundamentales, tratando de ser un ejemplo a seguir por el resto de países aún no democráticos, o con democracias endebladas.⁶⁹

2. Compromiso internacional de los Estados con la protección judicial en el plano regional

La piedra angular en la defensa de los derechos humanos radica en el control jurisdiccional efectivo, por lo que solo cuando existe tal intervención puede sostenerse la

⁶⁹ GARCÍA VÁZQUEZ, Sonia. “El derecho constitucional a la protección de la intimidad familiar: La impronta garantista de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2015, núm. 19, p. 266.

existencia de una protección real de los derechos. Precisamente este es el ámbito de lo que Capelletti denomina como la “jurisdicción constitucional de libertad”⁷⁰, y Fix Zamudio llama “el derecho procesal de la libertad de los derechos fundamentales”⁷¹. Es importante subrayar que la misión de los tribunales resulta trascendental, ya que para las personas constituyen el único medio institucionalizado ante el cual puede reclamarse la efectividad de los derechos conculcados por actos u omisiones de los órganos públicos o de particulares que amenazan, perturban o privan de su legítimo ejercicio a los titulares de aquellos⁷².

De esta manera, asegurar la creación de órganos independientes encargados tanto de controlar y ejecutar, como de exigir judicialmente el respeto de los derechos cuando sean amenazadas, conculcados o infringidos, pone de manifiesto la necesidad de asistencia de órganos internacionales capaces, de una parte, velar porque los Estados cumplan con sus compromisos internacionales y, cuando no, por la otra, a declarar la responsabilidad internacional al constatarse la violación. Debido a ello, resulta menester la existencia de recursos judiciales efectivos que garanticen tanto el acceso a la justicia, como un proceso justo o equitativo, donde todos quienes vean sus derechos conculcados puedan tener acceso, recurriendo en última instancia a los mecanismos de protección internacional. Pues bajo el escrutinio de la comunidad internacional, resulta más visible dar cuenta de las injusticias, vulneraciones y transgresiones, que compeler a su cumplimiento.

Por lo demás, los tratados internacionales en materia de derechos humanos constituyen valores comunes que representan el compromiso con la democracia y el Estado de Derecho. Cuando se comete una violación a estos, se vulnera un bien jurídicamente tutelado por el sistema y, por tanto, un valor protegido por todos los Estados que forman parte de las convenciones. Los países son quienes han diseñado estructuras institucionales internacionales y regionales, y han facultado a los órganos y organismos jurisdiccionales para supervisar y señalar los casos de incumplimiento, es decir, deciden cómo y a qué se obligan⁷³. Las normas acordadas a nivel internacional establecidas en los tratados sobre derechos humanos requieren una aplicación efectiva en el plano nacional a fin de asegurar que todas las personas puedan ejercerlos.

⁷⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Il controllo giudiziario di Costituzione delle leggi nel Diritto comparato*. Milán: Editorial Giuffrè, 1968. También, CAPPELLETTI, Mauro. *La giurisdizione costituzionale della libertà*. Milán: Editorial Milano, 1971.

⁷¹ FIX ZAMUDIO, Héctor. *La protección procesal de los derechos humanos*. Madrid: Editorial Civitas, 1982.

⁷² NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia”. *Ius et Praxis [online]*. 2003, vol. 9, núm. 1, pp. 403-466. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122003000100020>

⁷³ STEINER y URIBE, op. cit., p. 17.

En esta línea, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone:

Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.⁷⁴

Asimismo, en su artículo 2.3 b asevera que todos los poderes públicos del Estado que decidan sobre los derechos de las personas deberán garantizar la instancia de un recurso judicial para satisfacer dichas pretensiones. Como mecanismo de control se faculta al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, para recibir comunicaciones de “(...) todo individuo que alegue una violación de cualquiera de sus derechos enumerados en el Pacto y que haya agotado todos los recursos internos disponibles podrá someter a la consideración del Comité una comunicación escrita”⁷⁵.

En los sistemas regionales de protección de los derechos humanos el acceso a la justicia encuentra fundamento en varias disposiciones convencionales: a) artículos 6.1 del CEDH y 8.1 de la CADH sobre el derecho a ser oído y contar con las debidas garantías en juicio; y b) artículos 13 y 25 de la CADH sobre el derecho de todo individuo a disponer de un recurso efectivo y específico para la tutela de los derechos humanos⁷⁶. A ello se suman la imparcialidad e independencia de la labor jurisdiccional, como características esenciales de los sistemas judiciales, extrapoladas por cierto a los propios tribunales regionales, del cual dependen en gran medida, el correcto funcionamiento de los sistemas judiciales.

Seguidamente, en el presente instrumento nos enfocaremos en tratar la problemática de la ejecutividad de las sentencias de las Cortes regionales y sus implicancias en las realidades de España y Chile. Conforme ello, debido a ser una jurisdicción internacional eminentemente subsidiaria, deberemos hacer un análisis previo de la protección jurisdiccional y las garantías procesales vigentes en cada uno de ellos. En el caso de España, el artículo 24.1 de su Constitución consagra el derecho a la jurisdicción como un presupuesto fundamental para la existencia de la protección judicial de los derechos fundamentales:

⁷⁴ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Nueva York: Secretaría de las Naciones Unidas, 1976, art. 14.

⁷⁵ Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 diciembre de 1966.

⁷⁶ ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. *Tribunal Europeo y Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿Escenarios idóneos para la garantía del derecho de acceso a la justicia internacional*. Bogotá, D. C.: Universidad Externado, 2007, p. 5.

Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión, [y luego añade que] todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.⁷⁷

El derecho a la tutela judicial efectiva puede entenderse, bajo el ordenamiento jurídico español, como la potestad de libre acceso a los tribunales, para solicitar la protección de un derecho o interés legítimamente protegido y obtener una sentencia fundada en derecho, sea favorable o desfavorable; así como el derecho a presentar las acciones y recursos que las leyes prevean y a que el contenido del fallo sea respetado y ejecutado por los mecanismos que el propio ordenamiento disponga. En tal sentido, el Tribunal Constitucional Español, en la primera sentencia que dicta sobre el contenido de este derecho, dispone:

El art. 24.1 reconoce el derecho de todos a la jurisdicción, es decir, a promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas, en el bien entendido que esa decisión no tiene porqué ser favorable a las peticiones del actor, y que aunque normalmente recaiga sobre el fondo puede ocurrir que no entre en él por diversas razones. Entre ellas se encuentra que el órgano judicial instado no se considere competente. Ello supone que el artículo 24.1 no puede interpretarse como un derecho incondicional a la prestación jurisdiccional, sino como un derecho a obtenerla siempre que se ejerza por las vías procesales legalmente establecidas.⁷⁸

Complementa luego: “el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes”⁷⁹.

En este orden de ideas, estableciéndose una distinción respecto del derecho a la revisión de una determinada resolución judicial, el Tribunal Constitucional enseña:

[Que] el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso a los recursos (...) es un derecho de configuración legal que incorpora como elemento esencial el de obtener del órgano judicial una resolución sobre el fondo de las pretensiones, aunque también se satisface con una decisión de inadmisión, por razones formales o materiales, siempre que sea motivada y se funde en la existencia de una causa legal que resulte aplicada razonablemente. [Por lo que en esta materia] el acceso a los recursos tiene una relevancia

⁷⁷ ESPAÑA. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS Y SENADO. Constitución Española. BOE núm. 311, de 29/12/1978, art. 24.

⁷⁸ ESPAÑA. SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia TC 19/1981, de 8 de junio (BOE núm. 161, de 07 de julio de 1981) II. Fundamentos Jurídicos, párr. 2.

⁷⁹ ESPAÑA. SEGUNDA SALA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia TC 112/2015, de 8 de junio (BOE núm. 160, de 06 de julio de 2015) II. Fundamentos Jurídicos, párr. 5.

constitucional distinta a la del acceso a la jurisdicción. Mientras que el derecho a la obtención de una resolución judicial razonada y fundada goza de una protección constitucional en el art. 24.1 CE, el derecho a la revisión de esta resolución es, en principio, y dejando a salvo la materia penal, un derecho de configuración legal al que no resulta aplicable el principio *pro actione*.⁸⁰ (Entendido como el derecho a ser oído por un juez o el derecho a audiencia).

Por otro lado, relativo a las garantías procesales que provee el ordenamiento constitucional chileno, la tutela judicial efectiva se encuentra regulada bajo la fórmula “igualdad ante la justicia”, que la propia Constitución establece al asegurar a todas personas igual acceso, conforme lo dispone su artículo 19 N° 3. Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre en España, no existe una acción o recurso procesal para cuando los propios tribunales ordinarios superiores de justicia son quienes vulneran derechos fundamentales (ya sea por la comisión de su consideración, por déficit de interpretación, por falta de adecuada ponderación, o por ausencia de debido proceso). En Chile no existe un recurso de amparo de derechos ante el Tribunal Constitucional, el cual es necesario que sea creado, tal como existe en España, Alemania, o en Colombia. Es necesario tener presente la existencia del derecho a recurrir a la jurisdicción internacional cuando los derechos no son garantizados adecuadamente a nivel nacional. Solo cuando el derecho a la jurisdicción (artículo 19 N° 3 de la Constitución Chilena en armonía con el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos) no existe o los procedimientos no son idóneos o efectivos, o ellos se hayan agotado, es posible recurrir a los mecanismos internacionales de protección, convirtiéndose así en mecanismos subsidiarios y complementarios del derecho interno.

Finalmente, la igualdad ante la justicia supone, por un lado, no solamente un trato igualitario a todas las personas comprometidas o sometidas a un mismo proceso o juicio, sino que también, por otro, el derecho de quienes son juzgados en un juicio determinado a recibir el mismo trato que en otros juicios o procesos han recibidos otras personas que estaban en su misma situación. Lo que se intenta es establecer la igualdad en la aplicación de la ley, por cualquier tribunal que ejerce funciones jurisdiccionales. Los tribunales superiores de justicia chilenos han sostenido que la igualdad ante la justicia es consecuencia directa de la igualdad ante la ley.

a) Garantías procesales de acceso a la justicia en el sistema europeo de protección

El Convenio Europeo de Derechos Humanos se instala como un mecanismo regional subsidiario que actúa con el propósito de adecuar la actividad estatal a ciertos estándares mínimos y comunes de protección, mediante la imposición de obligaciones al poder público. Por su parte, el Tribunal Europeo complementa e integra los sistemas nacionales de protección jurisdiccional de derechos fundamentales, a quien le compete en *última ratio*,

⁸⁰ ESPAÑA. PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia TC 7/2015, 22 de enero (BOE núm. 47, de 24 de febrero de 2015). II. Fundamentos Jurídicos, párrafos 2 A) a) y 3 inciso 4°.

la declaración de haberse violado alguno de los derechos y libertades reconocidos en el título I del Convenio Europeo y sus protocolos adicionales.

A su vez, el sistema europeo de garantía está basado en una distribución de competencias entre los Estados Miembros y el propio Tribunal Europeo. De este modo la actividad jurisdiccional por este último se ejerce únicamente cuando a nivel interno no ha habido respuesta satisfactoria, con el objetivo de establecer si se ha cometido o no un ilícito convencional por cualquier Estado miembro de la Convención. Resulta evidente entonces que para poner en marcha la instancia supranacional, el Convenio Europeo instituya y reconozca un mínimo común denominador de garantías judiciales, bajo el pretexto de estandarizar al menos los procedimientos judiciales internos e instruirlos conforme parámetros comunes de protección.

Seguidamente, para activar la intervención del referido tribunal regional, una vez agotadas las vías internas de protección, cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, que haya sufrido un perjuicio importante, por una de las partes contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos, podrá invocar la actuación del Tribunal Europeo, para declarar la responsabilidad internacional del Estado infractor por transgredir derechos humanos recogidos en el CEDH y exigir poner fin a la violación y resarcir los perjuicios. Esta competencia contenciosa se configura principalmente conforme los artículos 34 y 35 del Convenio Europeo, los cuales serán analizados más adelante. Conforme los referidos artículos (que además establecen los criterios de admisibilidad de las demandas) se enfatiza en la tarea de la víctima de permitirle al Estado encontrar una solución a nivel interno y solo si ello no ocurre o agotadas las vías internas, como última medida recurrir ante la jurisdicción regional.

i. Derecho a un proceso equitativo

Sobre el particular, el artículo 6 del CEDH dispone en su numeral 1º:

[Que] toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. [Luego agrega] la sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando

en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.⁸¹

Al respecto, el jurista Josep Casadevall señala que respecto de este derecho se persigue “la protección del justiciable frente al poder del Estado” debiendo este último ofrecer todos los medios de que disponga para que el mismo se desarrolle de forma efectiva. Luego añade “solamente si se respetan todas las garantías previstas en este artículo se podrá hacer realmente efectivo el derecho a un proceso equitativo. El Estado ha de poner al alcance de los ciudadanos todos los medios de información, facilidades y simplificación y un sistema de asistencia letrada debidamente organizado y eficaz, a fin de que este derecho sea plenamente real y no simplemente teórico, ilusorio o virtual”. Finaliza diciendo que “el objetivo de efectividad impone también la necesidad de que el contenido del derecho sea completo y evolutivo de manera a adaptarlo a los cambios sociales y a las reformas legislativas”⁸².

Precisado lo anterior, el principio de la aplicación práctica y efectiva de los derechos es establecido por el propio Tribunal de Estrasburgo a fin de asegurar la relevancia de los derechos contenidos en el CEDH y con ello prevenir que este documento se convierta en letra muerta. En tal sentido, muchos pronunciamientos han sido establecidos, forjándose una doctrina sobre el mismo, en el sentido que el Convenio Europeo no solo protege derechos teóricos e ilusorios, sino que fue creado para proteger derechos que existen en la práctica y que son efectivos. Se trata del uso de un principio como parámetro de interpretación de los derechos por parte del Tribunal Europeo, bajo el supuesto de poder hacer uso no solo de un derecho en específico, sino más bien de todos aquellos reconocidos en el Convenio. Inclusive este principio ha sentado las bases para el uso de la doctrina del tribunal conforme la cual difiere que los Estados no solo tienen que abstenerse de actuar de realizar actuaciones negativas, sino que también realizar obligaciones positivas a fin de garantizar efectivamente la protección de los derechos contenidos en el CEDH ⁸³.

Pues bien, la jurisprudencia del Tribunal se ha encargado de definir y dotar de contenido el referido principio. Así se puede advertir que en la mayoría de los casos, las infracciones han significado la violación del artículo 6 del CEDH por las siguientes causales:

⁸¹ CONSEJO DE EUROPA. Convención Europea de Derechos Humanos - CEDH. Roma, 1950.

⁸² CASADEVALL, Joseph. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012, pp. 264-274; RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia. *83 argumentos que convencer al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Jurisprudencia que afecta España*. Pamplona: Thomson Reuters (Legal) Limited, 2015, p. 43.

⁸³ SENDEN, Hanneke. *Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System. An analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union*. Cambridge: Intersentia Publishing, 2011, pp. 73-76.

Condena en recurso de apelación sin escuchar al demandado tras absolución en la instancia⁸⁴; duración excesiva del procedimiento⁸⁵ y dilaciones indebidas; derecho de acceso a la jurisdicción y a los recursos ante las autoridades internas⁸⁶; déficit de imparcialidad judicial⁸⁷; ausencia de motivación de la resolución judicial⁸⁸; violación del derecho a la presunción de inocencia⁸⁹; y derecho de defensa.^{90,91}

ii. Derecho a un recurso efectivo

El artículo 13 del CEDH preceptúa:

Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.⁹²

De los artículos 1 y 13 del CEDH se desprende el deber de las autoridades públicas de asegurar la protección de los derechos fundamentales en el plano local, para todos los habitantes que se encuentren bajo su jurisdicción sin distinción alguna, y para el caso de cualquier interferencia o infracción, disponer de mecanismos y remedios judiciales efectivos.

Un ejemplo de aquello bajo la realidad española, es el caso A.C. y otros vs. España, STEDH 22 de abril de 2014, conforme al cual alrededor de treinta personas de origen saharui recurrieron a instancias del Tribunal Regional, alegando la falta de un recurso efectivo para recurrir las denegaciones de asilo político por parte de autoridades españolas,

⁸⁴ Sentencias TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS - TEDH. En caso Igual Coll vs. España 10 de marzo de 2009; caso Marco Barrios vs. España, 21 septiembre 2010; García Hernández vs. España, 16 noviembre de 2010; caso Almenara Álvarez vs. España, 25 octubre de 2011; caso Lacadena Calero vs. España, 22 noviembre 2011; caso Valbuena Redondo vs España, 13 diciembre 2011; caso Serrano Contreras vs España, 20 de marzo de 2012; caso Vilanova Goterris y Llop García vs. España, 27 noviembre 2012; caso Román Zurdo y otros vs. España, 8 octubre 2013.

⁸⁵ Sentencias TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS - TEDH. En: caso Bendayan Azcantot y Benalal Bendayan vs. España, 9 junio 2009; caso Moreno Carmona vs España, 9 junio de 2009; caso Ortuño vs España, 27 septiembre de 2011; caso Serrano Contreras vs. España, 20 marzo 2012; caso García Mateos vs España, 19 febrero 2013.

⁸⁶ Sentencias TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS - TEDH. En: caso Golf de Extremadura S.A. vs. España, 8 enero 2009; caso Ferré Gisbert vs. España, 13 octubre 2009; caso Llavdor Carretero vs. España, 15 diciembre 2009.

⁸⁷ Sentencia del TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS - TEDH. En: caso Cardona Serrat vs. España, 26 octubre 2010; caso Alony Kate vs España, 17 enero 2012.

⁸⁸ Cfr. Sentencia TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS - TEDH, Caso Juz Albizu vs. España, 10 noviembre 2009.

⁸⁹ Cfr. Sentencia TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS - TEDH, Caso Barbera, Messegué y jabardo vs. España, 6 diciembre 1988, párrafo 77.

⁹⁰ Cfr. Sentencia TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS - TEDH, Caso Varela Geis vs. España, 5 de marzo 2013.

⁹¹ RODRÍGUEZ BOENTE, op. cit., pp. 44-63.

⁹² CEDH, op. cit., art. 13.

consecutiva expulsión y malos tratos por parte de las autoridades marroquíes en represalia por haber dejado el campamento de protesta de Gdeim Izik, desmantelado el 8 de noviembre de 2010.

De esta manera, el Tribunal recuerda, en cuanto al contenido del referido derecho:

(...) la disposición tiene por tanto como consecuencia exigir un recurso interno que habilite examinar el contenido de "una queja defendible" basada en el Convenio y ofrecer la reparación adecuada. El alcance de la obligación que el artículo 13 hace recaer sobre los Estados contratantes varía en función de la naturaleza de la queja del demandante. Sin embargo, el recurso exigido por el artículo 13 debe ser "efectivo" tanto en la práctica como en derecho.

Luego complementa lo expuesto indicando:

[Que] para ser efectivo, el recurso exigido por el artículo 13 debe estar disponible tanto en derecho como en la práctica, en ese sentido particular que su ejercicio no debe ser obstaculizado de forma injustificada por los actos u omisiones de las autoridades del Estado demandado. [A su vez finaliza], la efectividad de un recurso en el sentido del artículo 13 demanda imperativamente un atento control por parte de una autoridad nacional, un examen independiente y riguroso de toda queja que por su planteamiento dé motivos para creer en la existencia de un riesgo de trato contrario al artículo 3.⁹³

a) Garantías procesales de acceso a la justicia en el sistema interamericano de protección

En el sistema interamericano de protección, las garantías procesales de asistencia son resguardadas principalmente por dos organismos: la Comisión Interamericana quien recibe las demandas sobre violaciones a los derechos y determina si hay méritos suficientes de violación a los derechos; y la Corte quien ejerce su competencia contenciosa declarando si el derecho fue violado por parte de un Estado o no. En su conjunto, ambos son los encargados de hacer valer la protección judicial a la luz del Pacto de San José de Costa Rica.

Por ende, es menester referirse a esta materia, debido a la relevancia que en sí misma tiene, particularmente, el artículo 25 que trata la protección judicial, en los siguientes términos:

1.- Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones

⁹³ Sentencia TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS - TEDH, Caso A.C. y Otros vs. España. 22 de abril de 2014, párrs. 82, 84 y 88.

oficiales; 2.- Los Estados Parte se comprometen a: a) garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decida sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.⁹⁴

De lo anterior se colige que los Estados Parte tienen la obligación de desarrollar un sistema interno de protección judicial que ampare a las personas respecto de los actos que violen sus derechos asegurados por las propias Constituciones nacionales como por los tratados internacionales. El rol de la Corte en la determinación de la responsabilidad de un Estado por vulnerar la Convención Americana, se encuentra sujeto al agotamiento previo de los recursos internos que dispongan los Estados para resolver las denuncias y pretensiones esgrimidas por parte de las víctimas. En este sentido es posible advertir, tal cual lo dispone el artículo 46.1 de la CADH, el carácter subsidiario en el ejercicio de su competencia contenciosa, al igual que sus otros pares regionales.

De esta forma, para poner en marcha el aparato jurisdiccional de la Corte, se requerirá del ejercicio previo de los mecanismos que la legislación nacional interna disponga al afectado para la protección de sus derechos. Salvo que:

No exista legislación interna en materia del debido proceso que confiera protección a los derechos; no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos; y haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.⁹⁵

Por su parte, sobre el acceso a la jurisdicción de la Corte, conforme el artículo 61 de la CADH, solo los Estados Parte y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte. La petición solo llegará a su conocimiento en la medida de que se hayan agotado previamente todos los procedimientos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (instancia previa) previstos en la propia Convención, y únicamente cuando esta última se lo haya comunicado en virtud de una denuncia, que una vez haya llegado a la Corte dará comienzo al ejercicio de su potestad jurisdiccional. En opinión de Ángela Díaz-Bastien: “El debate gira en torno a determinar si este es precisamente el momento real en que el peticionario llega al último órgano de tutela de sus derechos, ya que su forma de acceso es indirecta y como tal refleja no solamente su petición, sino que también las consideraciones de la Comisión”⁹⁶.

⁹⁴ CONVENCIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Convención Americana sobre Derechos Humanos - CADH. (Pacto de San José). San José de Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969, art. 25.

⁹⁵ *Ibíd.*, art. 46.2

⁹⁶ DÍAZ-BASTIEN VARGAS-ZÚÑIGA, Ángela. *El Acceso al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Madrid: Editorial Reus, 2014, p. 28.

iii. Derecho a las garantías judiciales

Al respecto, el artículo 8.1 de la CADH indica

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.⁹⁷

Es decir, a contar con un juez natural e imparcial que conozca y juzgue por medio de un debido proceso. Conforme a los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Miembros están obligados a: a) respetar los derechos y libertades en ella reconocidos; b) garantizar su libre y pleno ejercicio; y c) adoptar todas las medidas internas que resulten necesarias para hacerlos realmente efectivos.

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Interamericano, el derecho a ser oído exige que toda persona pueda tener acceso al tribunal u órgano estatal encargado de determinar sus derechos y obligaciones⁹⁸. Al respecto, la Corte ha establecido que si bien del artículo 8.1 de la Convención “no se desprende que el derecho a ser oído debe necesariamente ejercerse de manera oral en todo procedimiento”, ello no obstaría para que el Tribunal considere que “la oralidad es una de las ‘debidas garantías’ que el Estado debe ofrecer a los justiciables en cierto tipo de procesos”⁹⁹.

A mayor abundamiento, la Corte Interamericana ha afirmado que la exigencia de que una persona sea oída es equiparable al derecho a un juicio o a procedimientos judiciales justos. Sobre el particular, siguiendo al TEDH en los Casos *Kraska vs. Suiza*, *Van de Hurk vs. Holanda*, *Van Kück vs. Alemania* y, *Krasulya vs. Rusia*, la Corte ha establecido que un procedimiento justo supone que el órgano encargado de administrar justicia efectúe un examen apropiado de las alegaciones, argumentos y pruebas aducidas por las partes, sin perjuicio de sus valoraciones acerca de si son relevantes para su decisión¹⁰⁰.

En consecuencia, el estándar jurisprudencial supone que un juicio justo es aquél en el cual una persona ha sido oída con las debidas garantías. “De acuerdo con la Corte, el derecho a ser oído comprende entonces dos ámbitos, el formal y el material. El ámbito formal o procesal del derecho implica asegurar el acceso al órgano competente para que

⁹⁷ CADH, op. cit., art. 8.1.

⁹⁸ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH. Caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 72; Caso *Furlan y Familiares vs. Argentina*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C N° 246, párr. 228.

⁹⁹ Cfr. Corte IDH, Caso *Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) versus *Venezuela*, op. cit., párr. 75, y Caso *Barbani Duarte y Otros vs. Uruguay*, op. cit., párr. 120.

¹⁰⁰ STEINER y URIBE, op. cit., p. 217.

determine el derecho que se reclama en apego a las debidas garantías procesales (tales como la presentación de alegatos y la aportación de prueba). Por su parte, el ámbito material, supone que el Estado garantice que la decisión que se produzca a través del procedimiento satisfaga el fin para el cual fue concebido. Para la Corte, esto último no significa que siempre deba ser acogido, sino que se debe garantizar su capacidad para producir el resultado para el que fue concebido”¹⁰¹.

En relación con la obligación estatal de investigar toda violación de los derechos reconocidos en la Convención, el Tribunal ha reiterado que del artículo 8 de la Convención se desprende que “las víctimas de las violaciones de los derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en busca de una debida reparación”¹⁰².

Por ejemplo, en el caso denominado *García Lucero y otros vs. Chile*, sentencia de 28 de agosto 2013, respecto de la garantía a la protección judicial reconocidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1º, 6º y 8º de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, el Tribunal regional constató la responsabilidad del Estado por haber faltado a la obligación de iniciar una investigación de forma inmediata. Al respecto sostuvo que los artículos 8º y 25 de la Convención implican que las víctimas de violaciones a derechos humanos cuenten con recursos judiciales efectivos que sean sustanciados de acuerdo al debido proceso legal¹⁰³.

En relación con lo anterior, siendo pertinente de acuerdo a los hechos en cuestión:

El derecho de acceso a la justicia debe asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido y se sancione a los eventuales responsables. De modo consecuente, existe un deber estatal de investigar los hechos, que es una obligación de medio y no de resultado, pero que debe ser asumida por los Estados como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o sus familiares, o de la aportación privada de elementos probatorios.¹⁰⁴

Finalmente, la Corte agrega:

¹⁰¹ *Ibíd.*, p. 217.

¹⁰² Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH. Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C N°. 77, párrs., 225 y 227; y Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C N° 251.párr. 199.

¹⁰³ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH, Caso *García Lucero y Otras vs. Chile*, sentencia de 28 de agosto de 2013 (excepción preliminar, fondo y reparaciones), párr. 120.

¹⁰⁴ *Ibíd.*, párr. 121.

En la medida en que los derechos convencionales implican, frente a su transgresión, el deber estatal de hacer posible la reparación de las violaciones a dichos derechos, será necesaria la existencia de los medios legales e institucionales que permitan a las personas afectadas reclamar la reparación. Esto vincula, en general, el deber de reparar, con la existencia de mecanismos administrativos o judiciales idóneos y, por lo tanto, con el derecho de las víctimas a acceder a la justicia, que tiene asidero convencional en los derechos a las garantías y protección judiciales plasmados en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana. En virtud de dichas normas, “los Estados están obligados a suministrar recursos judiciales [...] efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos, que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal”.¹⁰⁵

Por tanto “dicha efectividad supone que, además de la existencia formal de los recursos, estos den resultados o respuestas a las violaciones de derechos, lo cual implica que el recurso sea idóneo para combatir la violación, y que sea efectiva su aplicación por la autoridad competente”. Ello deberá implicar, según el caso, que los recursos sean aptos para lograr no solo el cese de la violación o su amenaza, sino también la reparación de las consecuencias de la vulneración, incluyendo, de ser posible, la restitución o restablecimiento del derecho. Al respecto, la Corte ha indicado que “la efectividad de los recursos internos debe evaluarse integralmente tomando en cuenta [...] si en el caso particular existieron vías internas que garantizaran un verdadero acceso a la justicia para reclamar la reparación de la violación”¹⁰⁶.

Sobre la materia, tal como será analizado más adelante en el capítulo IV, el Estado de Chile ha sido condenado en ocho oportunidades (de un total de once sentencias dictadas a la fecha¹⁰⁷) por haber vulnerado las garantías judiciales relativas a la protección judicial, contempladas en el artículo 8.1 de la Convención Americana. Al respecto la Corte se ha pronunciado sobre la responsabilidad que le corresponde a este país en las infracciones cometidas en los casos Almonacid Arellano y otros (2006); Palamara Iribarne (2005); Claude Reyes y otros (2006); Caso Atala Riffo y niñas (2012); caso García Lucero y otros (2013); Caso Norín Catrimán y otros (2014); Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros (2015) y en el Caso Órdenes Guerra y otros (2018).

iv. Derecho a un juez natural

Muchos de los casos analizados por la Corte sobre este punto, han tenido que ver con la existencia de la jurisdicción militar especial o castrense para el juzgamiento de ciertos asuntos ocurridos en determinadas épocas en que los gobiernos latinoamericanos afrontaron cambios, revoluciones civiles y violaciones masivas de derechos humanos y desapariciones forzadas de muchos ciudadanos. Sin embargo, ha quedado plenamente establecido que la

¹⁰⁵ *Ibíd.*, párr. 182.

¹⁰⁶ *Ibíd.*

¹⁰⁷ Corte IDH, Casos contenciosos por países.

jurisdicción militar no es competente para juzgar a civiles ni para conocer de casos de violaciones a derechos humanos.

De acuerdo con el artículo 8.1 de la Convención, el juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, independiente e imparcial, lo que nos lleva al concepto del juez natural. Conforme lo señaló el juez García Ramírez, en su voto razonado a la sentencia del Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, la intervención de un juez competente, independiente e imparcial constituye “un presupuesto del debido proceso” ya que, “en ausencia de aquél, no existe verdadero proceso, sino apariencia de tal”. De esta manera, si una persona es juzgada o su litigio es resuelto por cualquier individuo u órgano que carezca de los citados atributos, el procedimiento que se sigue no merece la calificación de proceso y la resolución en la que culmina no constituye una auténtica sentencia¹⁰⁸.

Asimismo, la Corte sostiene que el concepto del juez natural debe regir a lo largo de las diferentes etapas de un proceso y, así, proyectarse sobre las diversas instancias procesales, en la medida que el proceso penal es uno solo a través de dichas etapas, tanto la correspondiente a la primera instancia como las relativas a instancias ulteriores¹⁰⁹. Por ello, de acuerdo con el Tribunal, “el juez, como director del proceso, debe velar por que se cumplan a cabalidad las reglas del debido proceso de las partes”, ya que el incumplimiento de estas “podría acarrear incluso la aplicación de reglas de nulidad”¹¹⁰.

Bajo la realidad chilena, en los respectivos asuntos Almonacid Arellano y Palamara Iribarne, la Corte advirtió que la aplicación de leyes especiales y consecutiva sustracción del conocimiento de un asunto desde la justicia ordinaria hacia la jurisdicción militar, implicaba una infracción a las garantías judiciales consagradas en la Convención. En ambos casos la Corte sostuvo:

[Que] en un Estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Por ello, solo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.

En este sentido, la Corte ha dicho:

¹⁰⁸ Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 6. Cfr. Corte IDH, Caso Usón Ramírez vs. Venezuela. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207.

¹⁰⁹ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH. Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 161, y Caso Radilla Pacheco versus México. Excepciones Preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C N°. 209, párr. 280.

¹¹⁰ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CIDH. Caso Mejía Idrovo versus Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de julio de 2011. Serie C N° 228, párr. 77.

[Que] actuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia.¹¹¹

Además, preceptúa:

[Que] cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia. El juzgamiento de personas civiles corresponde a la justicia ordinaria.¹¹²

A propósito del caso Maldonado Vargas, la Corte sostuvo que “los Consejos de Guerra se encargaron de juzgar los delitos de la jurisdicción militar mediante procedimientos breves y sumarios de instancia única, y se caracterizaron por numerosas irregularidades y violaciones al debido proceso”. Por otra parte, en relación con el derecho a la protección judicial y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno por la alegada falta de un recurso de revisión adecuado y efectivo, la Corte consideró que las presuntas víctimas no contaron con la posibilidad de que se revisaran las condenas emitidas contra ellos, por lo que el Estado es responsable por haber violado el derecho a la protección judicial.

v. Derecho a ser oído por un tribunal independiente e imparcial

En cuanto a la independencia de los jueces y tribunales, la Corte Interamericana considera que “uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos, es la garantía de la independencia de los jueces y, para tales efectos, los diferentes sistemas políticos han ideado procedimientos estrictos, tanto para su nombramiento como para su destitución”¹¹³. Así los Principios Básicos de las Naciones Unidas Relativos a la Independencia de la Judicatura¹¹⁴ establecen que: “La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas

¹¹¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CIDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 131.

¹¹² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CIDH. Caso Palamara Iribarne vs. Chile, Sentencia 22 de noviembre de 2005, Serie C N° 135, párrafos 124 y 143.

¹¹³ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CIDH. Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 73.

¹¹⁴ Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985.

las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura”¹¹⁵. Prosigue luego

[Que] en cuanto a la posibilidad de destitución de los jueces, los mismos principios disponen: Toda acusación o queja formulada contra un juez por su actuación judicial y profesional se tramitará con prontitud e imparcialidad con arreglo al procedimiento pertinente. El juez tendrá derecho a ser oído imparcialmente. En esa etapa inicial, el examen de la cuestión será confidencial, a menos que el juez solicite lo contrario.¹¹⁶

En otras palabras, “la autoridad a cargo del proceso de destitución de un juez debe conducirse imparcialmente en el procedimiento establecido para el efecto y permitir el ejercicio del derecho de defensa”¹¹⁷. Finaliza indicando que la:

Corte considera necesario que se garantice la independencia de cualquier juez en un Estado de Derecho y, en especial, la del juez constitucional en razón de la naturaleza de los asuntos sometidos a su conocimiento. Como lo señalara la Corte Europea, la independencia de cualquier juez supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento¹¹⁸, con una duración establecida en el cargo¹¹⁹ y con una garantía contra presiones externas.^{120,121}

La Corte Interamericana ha afirmado que el ejercicio independiente de las funciones de los jueces debe ser garantizado por el Estado a través de dos facetas: la institucional y la individual. Desde la faceta institucional, el Estado debe evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos a dicho poder¹²². Desde la arista individual, con relación a la persona del juez específico, se debe evitar que este se encuentre sometido a restricciones o presiones indebidas por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación¹²³.

Respecto de la imparcialidad, la Corte considera:

¹¹⁵ Principio 1, *Idem*.

¹¹⁶ Principio 17, *Idem*.

¹¹⁷ Cfr. Corte IDH, Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, *op. cit.*, párr. 74.

¹¹⁸ Cfr. Eur. Court H.R., Langborger case, decision of 27 January 1989, Series A no. 155, párr. 32; y Eur. Court H.R., Campbell and Fell, *supra* nota 47, párr. 78.

¹¹⁹ Cfr. Eur. Court H.R., Langborger case, *supra* nota 51, párr. 32; Eur. Court H.R., Campbell and Fell, *supra* nota 47, párr. 78; y Eur. Court H.R., Le Compte, Van Leuven and De Meyere judgment of 23 June 1981, Series A no. 43, párr. 55.

¹²⁰ Cfr. Eur. Court H.R., Langborger case, *supra* nota 51, párr. 32; Eur. Court H.R., Campbell and Fell, *supra* nota 47, párr. 78; y Eur. Court H.R., Piersack judgment of 1 October 1982, Series A no. 53, párr. 27.

¹²¹ Cfr. Corte IDH, Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, *op. cit.*, párr. 75.

¹²² Cfr. Corte IDH, Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, párr. 55, y Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 186.

¹²³ Cfr. Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, párr. 55, y Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, párr. 186.

[Que] el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial es una garantía fundamental del debido proceso. Es decir, se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio. Esto permite a su vez, que los tribunales inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática.¹²⁴

En ese sentido, partiendo del diálogo jurisprudencial¹²⁵ con el Tribunal Europeo en el caso *Daktaras vs. Lithuania*, la Corte estableció que la imparcialidad del juez debía analizarse desde dos perspectivas, la subjetiva y la objetiva. Señalando:

Primero, el Tribunal debe carecer, de una manera subjetiva, de prejuicio personal. Segundo, también debe ser imparcial desde un punto de vista objetivo, es decir, debe ofrecer garantías suficientes para que no haya duda legítima al respecto. Bajo el análisis objetivo, se debe determinar si, aparte del comportamiento personal de los jueces, hay hechos averiguables que podrán suscitar dudas respecto de su imparcialidad. En este sentido, hasta las apariencias podrán tener cierta importancia. Lo que está en juego es la confianza que deben inspirar los tribunales a los ciudadanos en una sociedad democrática y, sobre todo, en las partes del caso.¹²⁶

vi. Derecho a la protección judicial

El artículo 8.1 de la CADH dispone el derecho que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial. El artículo 25.1, en tanto, dispone el derecho de toda persona a un recurso efectivo ante los tribunales competentes, a fin de brindarles protección frente a actos que vulneren sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la Convención. En aquel sentido se establece la obligatoriedad para los Estados de proveer procedimientos, recursos judiciales y garantías efectivas que permitan solucionar los conflictos que se le presenten y resolver las eventuales infracciones de derechos humanos.

¹²⁴ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CIDH. Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 171.

¹²⁵ El diálogo jurisprudencial que alude la doctrina latinoamericana y europea supone –en su gestación– el resultado de la interacción entre el DIDH y el derecho interno, en una de sus facetas: la judicial. Esto se manifiesta en que los tribunales nacionales han incorporado en sus razonamientos jurídicos los estándares desarrollados a nivel internacional como parámetro para evaluar la adecuación de los actos internos a sus obligaciones en materia de derechos humanos y, por otra parte, que las cortes internacionales han pasado a incluir los desarrollos jurisprudenciales de los tribunales nacionales u otros tribunales internacionales. Sobre el diálogo jurisprudencial en derechos humanos, véase las obras de: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano”. En: *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial*, Alejandro Saiz Arnaiz y Eduardo Ferrer Mac-Gregor. Editorial Porrúa, 2012, pp. 91-185; y en MARTÍN, Lorenzo, OLÁSULO, Héctor y FERRER MAC-GREGOR. *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

¹²⁶ Cfr. Corte IDH, Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, op. cit., párr. 170.

La Corte Interamericana ha señalado:

[Que] los Estados Parte en la Convención Americana están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos (artículo 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1), todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1).¹²⁷

En ese contexto, sin perjuicio de su examen en detalle más adelante, en el capítulo IV, en el caso Palamara Iribarne la Corte se manifestó indicando:

Que la salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público es el objetivo primordial de la protección internacional de los Derechos Humanos. En este sentido, la inexistencia de recursos internos efectivos coloca a una persona en estado de indefensión. El artículo 25.1 de la Convención establece, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer a todas las personas sometidas a su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales.¹²⁸

Bajo esta perspectiva, se ha señalado que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el mentado artículo 25.1 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino es preciso que sean efectivos, es decir, se debe brindar a la persona la posibilidad real de interponer un recurso sencillo y rápido que permita alcanzar, en su caso, la protección judicial requerida ante la autoridad competente. Esta Corte ha manifestado que “la existencia de estas garantías constituye uno de los pilares básicos, no solo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”¹²⁹.

En el asunto Palamara, tras impedírsele a la víctima la sustracción del asunto a la justicia ordinaria y su juzgamiento ante un juez natural, trajo como consecuencia:

Que todos los recursos que este interpusiera en contra de las decisiones militares que le fueron adversas y afectaban sus derechos fueran resueltos por tribunales militares que no revestían las garantías de imparcialidad e independencia y no constituían el juez natural, por lo cual el Estado violó el derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante jueces o tribunales competentes.¹³⁰

¹²⁷ Caso Palamara Iribarne vs. Chile, párr. 163.

¹²⁸ *Ibíd.*, párr. 183.

¹²⁹ *Ibíd.*, párr. 184.

¹³⁰ *Ibíd.*, párr. 185.

En el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* relativo a la aplicación del Estado de una ley de amnistía contraria a la Convención, la Corte fue consciente en señalar:

[Que] a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Parte tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello por lo que los Estados Parte en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de amnistía, incurrir en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de amnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a Derechos Humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.¹³¹

En septiembre de 2015 la Corte Interamericana dictó una sentencia, mediante la cual declaró responsable internacionalmente al Estado de Chile por la violación al derecho de protección judicial en perjuicio de doce ciudadanos, al no haberseles ofrecido un recurso efectivo para dejar sin efecto un proceso penal que tomó en cuenta pruebas y confesiones obtenidas bajo tortura y mediante el cual fueron condenadas durante la dictadura militar. Asimismo, el Tribunal consideró que el Estado era responsable por la excesiva demora en iniciar una investigación respecto a las torturas que sufrieron cuatro de las víctimas.

Al respecto, la Corte en sus consideraciones sobre la vulneración a la protección judicial por parte de Chile estimó:

Que el Estado está en la obligación de proveer recursos judiciales efectivos a las personas que aleguen ser víctimas de violaciones de derechos humanos (artículo 25 de la Convención), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1 de la Convención), todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1 de la Convención)¹³². En relación con lo anterior, se “debe asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido y se sancione a los eventuales responsables.”¹³³

¹³¹ Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, párr. 127.

¹³² Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH. Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, párr. 91, y Cruz *Sánchez y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 346.

¹³³ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH. Caso *Bulacio vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 114, y Caso

El deber mencionado se ve especificado y complementado por la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar que, de conformidad a sus artículos 1, 6 y 8, impone los deberes de “realizar una investigación” y “sancionar”, en relación con actos de tortura¹³⁴. De modo consecuente, existe un deber estatal de investigar los hechos, que es una obligación de medio y no de resultado, pero que debe ser asumida por los Estados como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o sus familiares, o de la aportación privada de elementos probatorios^{135,136}.

3. Análisis crítico al Derecho Internacional Público y la responsabilidad internacional como argumento de eficacia para los sistemas regionales de protección

En el Derecho Internacional Público existen determinadas fuentes generales, respecto de las cuales ha habido consenso por parte de los órganos internacionales en considerarlas como manifestaciones vigentes del Derecho Internacional Consuetudinario, y por tanto vinculantes (aun cuando tal atributo no emane directamente de la voluntad de las partes, sino más bien de la construcción dogmática y jurisprudencial del Derecho Internacional Público) en general para todos los Estados que forman parte de la organización de Naciones Unidas, el Consejo de Europa y la Organización de Estados Americanos, entre otras organizaciones.

Forman parte de este grupo de fuentes normativas, la Declaración Universal de Derechos Humanos¹³⁷, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes el Hombre, entre otras. También forman parte los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, tales como el Pacto

Osorio Rivera y Familiares vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C No. 274, párr. 200.

¹³⁴ Chile ratificó la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura el 15 de septiembre de 1989.

¹³⁵ Cfr. Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo, párr. 177, y Cruz Sánchez y otros vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 351.

¹³⁶ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CIDH. Caso Maldonado Vargas y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2015. Serie C No. 300. párr. 75.

¹³⁷ En general se acepta que algunas de las disposiciones de la Declaración ya son normas de derecho consuetudinario internacional. Ejemplo de ello son las prohibiciones de la tortura o la discriminación racial. Se trata de normas que, aunque no están recogidas en un tratado, la práctica habitual de los Estados ha hecho que se les considere normas jurídicamente vinculantes. De hecho, algunos observadores alegan que el texto completo de la Declaración tiene ese carácter. Así lo ha declarado la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos el folleto informativo “El Sistema de Tratados de Derechos Humanos de las Naciones Unidas”. *Introducción a los tratados fundamentales de derechos humanos y a los Órganos creados en virtud de tratados*, num. 30. 2007, p. 5.

Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales en el sistema universal, que junto a la Declaración Universal, forman la llamada “Carta Internacional de Derechos Humanos”, por considerar los más relevantes. En el plano regional entre las convenciones y acuerdos más significativos por su desarrollo y aplicación destacan el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, más sus Protocolos adicionales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (también llamada Pacto de San José de Costa Rica) y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, los cuales van reconociendo y definiendo el contenido, alcance y límites de los derechos fundamentales, de forma clara y precisa.

Estos dos últimos convenios no se limitan únicamente a proclamar derechos y libertades fundamentales sino que su importancia:

Y por ende el fundamento de su efectividad, radica en que reconocen un catálogo de derechos y libertades a efectos de interpretar y aplicar su contenido, declarar violaciones constatadas y, si procede, atribuir una reparación equitativa a la víctima, estableciendo mecanismos de garantía y de control convencional.

Lo que a la postre termina otorgándoles mayor dinamismo y eficacia en materia de protección multinivel.

Como señala Buergenthal¹³⁸, no hay discusión sobre el carácter normativo de la DIDH. En ese sentido, la discusión sobre el valor jurídico de la Declaración se centra en si todos los derechos proclamados en ella son vinculantes y en qué circunstancias, y cuál es la fuente de su carácter vinculante; esto es, si se deriva del hecho de ser una interpretación autorizada de las obligaciones de derechos humanos de la Carta o de su estatus de derecho internacional consuetudinario, o de su estatus como principio general del derecho. Sin embargo, no hay discusión sobre su carácter normativo.

Los aludidos cuerpos normativos, junto al resto de instrumentos internacionales, declaraciones y tratados afines, forman el denominado *corpus iuris* internacional de los Derechos Humanos. En base a esta denominación, todos los instrumentos internacionales y regionales deben ser interpretados y aplicados en su conjunto de forma armoniosa y coherente. Asimismo, el *corpus iuris* debe manejarse con conocimiento de sus límites, teniendo en cuenta que se refiere esencialmente a la interpretación de normas, y no autoriza ignorar la distinción entre instrumentos que tienen carácter vinculante y los que no tienen esta calidad. Siendo este último motivo un factor debilitador del control efectivo de derechos y garantías hoy.

¹³⁸ BUERGENTHAL, op. cit., p. 29.

En este sentido O'Donnell¹³⁹ señala el derecho internacional de los Derechos Humanos comprende una normativa muy extensa y completa. No obstante, muchos de los instrumentos que lo conforman no son tratados propiamente tal, en consecuencia, no tienen ese carácter obligatorio *per se* respecto de los Estados que los adhieren. Por lo que el valor e importancia de tales instrumentos no contractuales consiste, en gran parte, en la orientación que proporcionen a los Estados, agencias e instituciones comprometidos con los Derechos Humanos, en el desarrollo y puesta en práctica de políticas, normas y reglamentos que respeten la dignidad humana, cuya relevancia radica, o bien en su utilidad para la interpretación autorizada de una norma vinculante, o bien en su valor como evidencia de una norma de Derecho Consuetudinario. Ahora bien, al considerársele la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho, es desprendible que su valor normativo y consecuente efecto de obligatoriedad, deriva del hecho de ser considerada una fuente primaria del Derecho Internacional Público que emana de su propia naturaleza, al igual que todo tratado y convención cuyo objeto dice relación con el reconocimiento de los derechos, su respeto, protección y realización propiamente tal (efectividad material).

Así se plantea entonces que, respecto de los derechos esenciales al género humano, independiente del instrumento en que se cristalicen o reconozcan, estos, en esencia, integran el derecho internacional consuetudinario imperativo, y como tales resultan de obligatorio cumplimiento, para todos los Estados que los reconocen, pues respecto de ellos existe una creencia comúnmente aceptada de que hay una norma jurídica que así lo prescribe. O'Donnell vuelve a señalar lo siguiente sobre el punto:

La aceptación de una regla en la práctica de un Estado puede manifestarse expresa o tácitamente, incluso por la aquiescencia ante los actos o pronunciamientos de otro Estado o de una organización internacional que le afecten. En el ámbito de los Derechos Humanos, cada vez que un órgano internacional competente concluye que un país ha violado una determinada norma, lo invita a respetarla, y el Estado no rechaza su obligatoriedad, o este acepta implícitamente la obligatoriedad de dicha norma.

Por lo que esta obediencia se debe en la práctica a que generalmente los derechos fundamentales integran en esencia normas consuetudinarias primarias.

¹³⁹ O'DONNELL, Daniel. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Normativa, Jurisprudencia y doctrina de los Sistemas Universal y Latinoamericano*, 2ª edición. México, D. F: Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2012, p. 55.

a) Las normas imperativas o el *ius cogens* como fundamento para la protección efectiva de los derechos humanos

El concepto de derechos humanos, en el contexto contemporáneo, se reserva generalmente para denominar a los derechos de la persona, reconocidos y garantizados por el Derecho Internacional, sea este Consuetudinario, Convencional o *ius cogens* (Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario). Muchas veces el concepto se extiende a los presupuestos éticos y los componentes jurídicos positivados en las Cartas Fundamentales de cada Estado, denominados también derechos constitucionales o derechos fundamentales¹⁴⁰. De esta manera los derechos esenciales son los que asegura el derecho internacional a través de los principios de *ius cogens*¹⁴¹; los que asegura el derecho convencional internacional de derechos humanos¹⁴² y derecho humanitario, y los que asegura el derecho internacional consuetudinario.

En la actualidad y prácticamente en su totalidad, los derechos humanos se encuentran reconocidos y cristalizados en un amplio y significativo catálogo de tratados, convenciones y declaraciones, como consecuencia lógica de la codificación progresiva y continuada que ha experimentado el Derecho Internacional Consuetudinario, sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XX donde fue gestándose más conciencia por parte de la comunidad internacional. No solo por el hecho de ser una manifestación de la costumbre jurídica, sino que, dada su trascendental naturaleza, resultan vinculantes para la comunidad internacional y los países que manifiestan su adhesión. Tal vínculo de obligatoriedad necesariamente significa también incorporar el deber de respetar y acatar las decisiones y sentencias que emanan de los órganos de control jurisdiccional, con el objetivo de garantizar la eficacia de los derechos en el plano regional y supranacional, en aplicación de la subsidiariedad que les merece, a la labor de protección principalmente a cargo de los Estados Parte.

Un ejemplo pionero de esta progresiva tendencia se ha visto reflejada en el acta final de la Conferencia Internacional sobre Derechos Humanos, celebrada en Teherán en 1968 bajo los auspicios de Naciones Unidas, en la cual se pronunció: “La Declaración enuncia una concepción común a todos los pueblos de los derechos iguales e inalienables de todos

¹⁴⁰ PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995, p. 37.; Vid. CEA EGAÑA, José Luis. *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo I. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2015, p. 221.

¹⁴¹ Ellos han sido incorporados al derecho interno mediante la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, ratificada por Chile y vigente desde 1981, cuyo artículo 53 determina: "una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter".

¹⁴² La Convención de Viena establece en el artículo 26: "Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe", y en el artículo 27: "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado".

los miembros de la familia humana y la declara obligatoria para la comunidad internacional”. Mismo razonamiento ha sido replicado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual:

Se ha considerado competente para aplicar todas las normas que conciernen al sistema interamericano de los Derechos Humanos, del cual la Declaración Americana es parte y que tiene además estatus de norma de *ius cogens* o derecho internacional consuetudinario de obligatorio cumplimiento.

En el plano europeo, a propósito de lo dispuesto en el artículo 15 del CEDH, sobre determinados casos es posible suspender (o más bien derogar) temporal y excepcionalmente el ejercicio de derechos por parte de los Estados Miembros, cuando se ponen en peligro valores esenciales tales como: el orden y la seguridad pública, la democracia institucional e integridad de la nación. Aquello ha sido materia de discusión por parte de la doctrina regional en cuanto a lo complejo y peligroso que pudiera llegar al ser su aplicación indiscriminada, pues existen ciertos temores de abrir una pequeña ventana a la arbitrariedad, y con ello una excusa perfecta para sustraer derechos esenciales consagrados en el Convenio Europeo.

Al respecto, Carrillo ha indicado que su inclusión dentro del Convenio Europeo ha implicado, entre otros fenómenos:

(...) dos importantes contribuciones al Derecho internacional de los Derechos Humanos: de una parte, la admisión, en su párrafo primero, de que existen en la materia obligaciones jurídicas que dimanen del Derecho internacional; de otra, la precisión de un núcleo duro de Derechos Humanos que, por ser inderogables incluso «en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación» (art. 15.1), están protegidos por normas imperativas o de *ius cogens*, expresión jurídica de un orden público europeo en materia de derechos humanos.¹⁴³

Con esta idea queda claro que los derechos humanos consagrados en el Convenio tienen categoría de *ius cogens*, y como tal son imperativos y de obligado cumplimiento para todos los Estados que lo adhieren.

Volviendo al origen del vocablo en comento, su denominación que viene del latín hace referencia a aquellas normas de carácter “imperativas” o “perentorias”, respecto de las cuales no cabe acuerdo en contrario y que por tanto gozan de jerarquía normativa en el marco de la aplicación del Derecho Internacional Público y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Además, solo pueden ser modificadas por otra norma general posterior

¹⁴³ APARICIO WILHELMI, Marco, BONDIA GARCÍA, David, CARRILLO LÓPEZ, Marc, FERRERES I COMELLA, Víctor, GAVARA DE CARA, Juan Carlos, ROIG BATALLA, Antonio y SÁNCHEZ, Víctor M. *Sistema español y europeo de protección de los derechos*. Módulo 2 Derechos y Libertades. Barcelona: Edición digital FUOC. Fundación para la Universitat Oberta de Catalunya, 2012.

que tenga el mismo carácter. El artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, define *ius cogens*:

[Como] el conjunto de normas imperativas de derecho internacional general, establecidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto. Las normas de *ius cogens* no pueden ser derogadas, salvo por otra norma del mismo rango. Cualquier tratado internacional contrario a una norma de *ius cogens* es nulo.

En opinión de Henkin¹⁴⁴, dada su definición normativa, el *ius cogens* pasa a ser un límite a la voluntad de los Estados. Por eso es que se prescribió en el artículo 53 que son imperativas las normas aceptadas y reconocidas “por la comunidad internacional en su conjunto” como normas que no admiten acuerdo en contrario.

Tales normas forman parte del derecho consuetudinario, pero ciertamente dentro de una subcategoría, que las diferencias de la costumbre internacional general, pues se trata de normas consuetudinarias jerárquicas que se encuentran por sobre el resto y que por lo tanto gozan de primacía en su aplicación, no admitiendo acuerdo en contrario so pena de nulidad de las actuaciones que la contraríen. Es decir, las normas de *ius cogens* están por encima de las voluntades estatales en tanto que no pueden ser derogadas mediante acuerdos de voluntades entre los Estados. Se trata de normas indisponibles para los Estados contratantes.

Aun cuando, no consten enumeradas ni exista un modo rígido y estricto que las determine de manera taxativa o concentradas en un texto único, el Derecho Internacional Consuetudinario, y al igual que otras ramas del derecho en general, se encuentra en constante movimiento y evolución, lo que las hace mutables y cambiantes. Por ello, han sido progresivamente referenciadas gracias a la labor jurisprudencial de los tribunales internacionales, los cuales con su doctrina han ido definiendo su sentido y alcance, y con ello la tutela y salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional.

En ese sentido, Remiro Brotons adscribe a que “basándose en que no hay discrepancias esenciales sobre las normas que deben calificarse de imperativas” actualmente la cuestión relativa a las normas de *ius cogens* no gira en torno a la identificación de tales normas, pues como afirma “no hay niebla en las alturas, pero para salvar el doble valor, preventivo y sancionador, del *ius cogens* es preciso algo más (...) hay que articular el mecanismo capaz no ya de determinar si una norma es o no de *ius cogens* sino de decidir en qué medida un acto o disposición específicos están en conflicto con ella, lo que reclama insistentemente una solución judicial”¹⁴⁵.

¹⁴⁴ HENKIN, Louis, *International Law. Cases and materials*. 4th edition. Saint Paul: American Casebook Series, West Publishing Co., 2001, pp. 91-93.

¹⁴⁵ REMIRO BROTONS, Antonio. *Derecho internacional público. Principios fundamentales*. Madrid: Editorial Tecnos, 1982, p. 69. También en ACOSTA ESTÉVEZ, José B. “Normas de *ius cogens*, efecto erga omnes, Crimen Internacional y la teoría de los círculos concéntricos”. *REV-Anuario Español de Derecho Internacional*, 1995, vol. 11, pp. 3-22.

Desde otra perspectiva, el Tribunal Penal Internacional establecido para la ex-Yugoslavia señaló en una de sus sentencias acerca del principio de prohibición a la tortura, que tales conductas tienen la característica de ser normas consuetudinarias, pues forman parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cuya interdicción es manifiestamente absoluta. La referida prohibición entonces ha evolucionado de tal forma hasta establecerse como una regla perentoria o del *ius cogens* disponiendo por ello de rango superior en la jerarquía normativa respecto de cualquier otra disposición del derecho internacional contenida en tratados internacionales o que emane de la costumbre internacional. Reitera:

[Que] el carácter *ius cogens* de la prohibición a la tortura pone de manifiesto la idea de que ella ha llegado a ser una de las normas más fundamentales de la comunidad internacional. Asimismo, dicha prohibición está destinada a producir un efecto disuasivo, puesto que señala la atención de todos los miembros de la comunidad internacional e individuos sobre quienes ejercen autoridad que la prohibición de la tortura es un valor absoluto que nadie tiene derecho a incumplir.

Por su parte, la sentencia dictada en el asunto *Al-Adsani vs. Reino Unido*, de 21 de noviembre de 2001, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, refleja la concurrente tensión que existe aún entre las nociones de soberanía nacional y comunidad internacional, “especialmente en lo que se refiere a la proyección de esta última sobre el valor de la dignidad humana” y las prácticas estatales que avalan en más de alguna oportunidad la inmunidad diplomática de autoridades en el ejercicio públicas que desencadenan violaciones graves a los derechos humanos por cometer malos tratos y torturas, y para el caso en concreto, la tensión que supone el deber de respetar y/o garantizar los derechos contenidos en el Convenio Europeo a la luz de dispuesto en sus artículos 1 y 13 respectivamente (sobre disponer de un recurso judicial efectivo) versus el ejercicio de la función pública, y además, la cuestión de si el reconocimiento de inmunidad soberana a un Estado, en caso de violaciones a normas del *ius cogens*, es suficiente motivo para violar normas imperativas como lo que ocurre con la actuación de autoridades en ejercicio de funciones públicas y la impunidad ante los tratos crueles y torturas negando de este modo el derecho de acceso a los tribunales previsto en el artículo 6 del CEDH, a fin de resolver tal conflicto.

Siguiendo la idea anterior, la doctrina del Tribunal Europeo se pronuncia en torno a la obligación de “respetar” y/o “garantizar” establecida en el artículo 1 del CEDH (lo que supone un reconocimiento a toda persona que se encuentre bajo la jurisdicción de un Estado parte) como absoluta, de tal forma que de ella derivan obligaciones positivas para los países miembros, destinadas a asegurar unos derechos no meramente ilusorios, sino reales y efectivos. La importancia y el fundamento de su efectividad radica en el establecimiento de mecanismos de garantía y de control convencional. Volviendo al asunto *Al-Adsani vs.*

Reino Unido, el solicitante buscó fundamentar a la Corte Europea el deber que tienen los Estados Parte de brindar protección efectiva, mediante el ejercicio extraterritorial (aun cuando fuere necesaria y por excepción) de su jurisdicción interna, para aquellos casos en que por la vulneración de derechos consagrados en el Convenio (derecho a un recurso efectivo), resulta consecuentemente lesivo del derecho internacional consuetudinario por tratarse de normas cuya categoría pertenece al *ius cogens*.

Cabe mencionar la especial forma de razonar que tiene el Tribunal de Estrasburgo, habida cuenta de las normas imperativas en juego, cuando a pesar del reconocimiento inicial que realiza sobre el carácter *ius cogens* de las normas que prohíben la tortura, no encuentra argumento absolutamente rotundo, salvo la opinión minoritaria, que permita validar una excepción al ejercicio de la inmunidad diplomática para el caso en particular. Habida constatación de la falta de elementos contundentes en los diversos instrumentos internacionales para afirmar de forma categórica la inexistencia de la inmunidad diplomática frente a las acciones civiles dirigidas contra violaciones del *ius cogens* cometidas por un Estado extranjero no parte.

La opinión disidente de los jueces sostuvo que el error, y consecutiva decisión mayoritaria de la Corte, estuvo en que esta última no dio cuenta del hecho que las normas sobre inmunidad diplomática sean de origen consuetudinario, convencional u otro, no son normas *ius cogens* y que por lo tanto nunca serán consideradas por la comunidad internacional como normas de rango jerárquico superior. Asimismo, indica que en muchos de los casos, los Estados han renunciado por iniciativa propia al estatus de protección e inmunidad, lo que demuestra claramente que las normas que la regulan no gozan de un estatuto más elevado, a diferencia de lo que ocurre con las normas del *ius cogens*, que por el hecho de proteger el orden público y los valores esenciales de la comunidad internacional, no quedan al arbitrio unilateral o bilateral de las partes, y por ende no pueden ser derogadas, dado su contenido especialmente imperativo (cuando trata de derechos esenciales).

Sin perjuicio de su desenlace, importa la concepción que se tuvo -y se mantiene- respecto a la obligación positiva que emana del deber de respetar los derechos garantizados en el Convenio Europeo. La cual supone a los Estados Parte el deber positivo y directo de adoptar e implementar las medidas necesarias (generales o específicas) a fin de evitar la tortura y tratos crueles para el caso en particular, y la vulneración masiva de derechos en general, a modo de ir dando cumplimiento a las decisiones que se toman por el órgano regional, puesto que, toda violación a los Derechos Humanos no solo supone una violación al Convenio en sí, sino que además una vulneración de normas y principios esenciales del Derecho Internacional Consuetudinario, a saber *ius cogens*, que por ningún motivo admiten acuerdo en contrario.

Sobre el particular, en opinión de Ángel Sánchez ¹⁴⁶, la jurisprudencia de Estrasburgo ha acabado por alinearse con las doctrinas desarrolladas por otros órganos internacionales de protección de los Derechos Humanos, en especial el Comité de Derechos Humanos¹⁴⁷ y la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁴⁸, en virtud de las cuales del compromiso establecido en los correspondientes instrumentos internacionales de respetar y garantizar los derechos reconocidos y el derecho a un recurso efectivo, se deriva para los estados parte una obligación de investigar, perseguir y reparar las violaciones graves de los más esenciales derechos humanos¹⁴⁹.

En general cuando en el Derecho Internacional la ejecución de las sentencias es llevada a cabo de manera espontánea -y de buena fe- por los Estados Parte, supone el reconocimiento voluntario a la jurisdicción. De esta forma el CEDH, en su artículo 41, prevé aquellos casos en que, por razones internas o cumplimiento de leyes nacionales, las sentencias quedan sin efecto o son ejecutadas de forma imperfecta por parte del estado infractor. Seguidamente, el artículo 46 del mismo cuerpo normativo dispone que “las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes” idea que fue sustraída del artículo 94 N° 1 de la Carta de Naciones Unidas. Es más, en 1950 el proyecto inicial que postulaba a la creación de la Tribunal de Estrasburgo promovió que en un futuro la Corte debería ser capaz por sí misma de “prescribir remedios, o requerir la posibilidad de declarar la imposición directa de medidas criminales o administrativas en contra de cualquier persona responsable de violación, anulación, suspensión o enmienda de la decisión originalmente impugnada”.

Además, no debe olvidarse que del especial carácter de las normas de *ius cogens* derivan, en caso de incumplimiento grave, deberes y responsabilidades para todos los Estados y, en este sentido, del incumplimiento de la obligación de contribuir a la reparación, debieran extraerse también mayores herramientas en favor de la realización de los derechos en un plano multinivel (nacional, regional e internacional)¹⁵⁰ para que ciertamente los

¹⁴⁶ SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel. “Las devoluciones en caliente españolas ante el Tribunal de Estrasburgo: ¿apuntalando los muros de la Europa fortaleza?”. *Revista Española de Derecho Internacional*, 2020, vol. 72, núm. 2, pp. 235-259.

¹⁴⁷ General Comment N°7, Doc. ONU CCPR/C/21/Rev.1, de 19 de mayo de 1989, p. 6; o HRC, General Comment on Article 7, General Comment no. 20, Doc ONU CCPR/C/21 Rev.1/Add.3.

¹⁴⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CIDH. Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, no 4; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CIDH. Caso Godínez Cruz, Sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C, no 5; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CIDH. Caso Fairén Garbí y Solís Corrales, Sentencia de 15 de marzo de 1989, Serie C, no 6; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CIDH. Caso Blake, Sentencia de 2 de julio de 1996, Serie C, N° 27; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CIDH. Caso Genie Lacayo, sentencia de 17 de enero de 1997, Serie C, no 30.

¹⁴⁹ Vid. ROTH-ARRIAZA, Naomi. “Sources in International Treaties of an Obligation to Investigate, Prosecute and Provide Redress”. En: *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, Naomi Roth-Arriaza. Oxford, Nueva York: Oxford University Press, 1995, pp. 24 y ss.

¹⁵⁰ “The European system for the protection of fundamental rights is characterized by three-layered structure Human rights in Europe are protected by national, supranational (European Union – EU) and international

tribunales y su jurisdicción gocen de plena efectividad, al resguardo y protección de los derechos.

A este respecto es posible aseverar entonces que ante el incumplimiento de imperativos internacionales¹⁵¹ (como cuando ocurre con la aplicación de los convenios relativos a la protección internacional y regional de derechos humanos tales como el CEDH y la CADH) habría una vulneración implícita de normas *ius cogens* respecto de los cuales cabría exigir la responsabilidad estatal y por ende el cumplimiento íntegro de las sentencias de los órganos de control y medidas tendientes a resarcir a la víctimas y restablecer los derechos conculcados.

Por el lado de la CoIDH, es sabido que suele ser un recurso común en sus sentencias las referencias al principio del *ius cogens*, como aquella categoría superior que rige las relaciones del Derecho Internacional de Derechos Humanos por sobre cualquiera otra y de carácter obligatorio para todos los estados¹⁵². En ese sentido es comúnmente reconocido que la prohibición de crímenes internacionales reviste este estatus de *ius cogens*, especialmente respecto de la prohibición de genocidios, tortura y en general respecto de crímenes contra la humanidad¹⁵³.

La Corte Interamericana ha puesto énfasis que bajo el estándar del derecho internacional de los derechos humanos, resulta obligatorio investigar y perseguir las violaciones al principio del *ius cogens*, especialmente tratándose de crímenes de lesa humanidad y desapariciones forzosas -como ocurre en los casos Almonacid Arellano contra Chile y Gomes Lund contra Brasil y Gelman contra Uruguay- donde tales delitos son catalogados como violación a las normas del *ius cogens*, por lo que resulta obligatorio condenar dado su efecto *erga omnes*¹⁵⁴. Es decir, en sus sentencias, la Corte cada vez realiza más referencias al concepto del *ius cogens*, atribuyéndole una categoría superior dentro de

(European Convention on Human Rights – ECHR) norms and institutions. Each layer of the multilevel architecture is endowed with a substantive catalogue of fundamental rights. In addition, institutional remedies – most notably through the instrument of judicial review exercised by courts, are duly established at every level of the European human rights architecture to ensure the protection of these constitutionally entrenched liberties” en FABBRINI, Federico. “The European Multilevel System for the Protection of Fundamental Rights: A ‘Neo-Federalist’ Perspective”. *Jean Monnet Working Paper* 15/10, 2010, p. 9.

¹⁵¹ Tratamiento acerca de las normas imperativas del derecho internacional, en AUI-SAAB, G. *The concept of ius cogens in international law*. Geneve, the Catholic University, Milan, 1967; McDONALD, R. ST. J.: “Fundamental norms in contemporary international law”. *Canadian Yearbook of International Law*, 1987, pp. 132 y 133, citados en Acosta Estévez, op. cit.

¹⁵² BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 510. SHELTON, Dinah. “Normative Hierarchy in International Law”. *American Journal of International Law*, 2006, vol. 100, núm. 2, pp. 135, 146, 291-323; BIANCHI, Andrea. “Human Rights and the Magic of Jus Cogens”. *The European Journal of International Law*, 2008, vol. 19, núm. 3, pp. 491-508.

¹⁵³ CHERIF BASSIOUNI, M. “International Crimes: Jus Cogens and Obligation Erga Omnes”. *Law & Contemporary Problems*, 1996, vol. 59, p. 63.

¹⁵⁴ MICUS, Annelen. *The Inter-American Human Rights System as a Safeguard for Justice in National Transitions*. Leiden: Brill - Nijhoff, 2015, p. 178.

los principios del derecho internacional público, posicionándola por sobre otras normas, que deben ser obligatorias para los estados¹⁵⁵. Fijándose como normas perentorias del derecho internacional aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional cuya derogación no está autorizada y modificación únicamente procede por otra norma de igual característica, según lo señala el artículo 53 de la Convención de Viena.

La Corte Interamericana ha enfatizado que resulta obligatorio, bajo el derecho internacional, investigar y perseguir las violaciones al *ius cogens*, especialmente tratándose de crímenes de lesa humanidad y desapariciones forzosas -caso Almonacid Arellano versus Chile-¹⁵⁶ bajo la idea que obedece un imperativo internacional cuya infracción merece ser sancionada por el derecho internacional público y que precisamente consiste en el deber de perseguir tales infracciones como crímenes que atentan contra las normas del *ius cogens* y los efectos *erga omnes* como partes de un todo.

b) Los efectos *erga omnes* y la responsabilidad internacional frente al incumplimiento de deberes imperativos

Los principios del *ius cogens* y el efecto *erga omnes* están indudablemente relacionados entre sí. Mientras que por el primero se define el estatus de una norma internacional imperativa, por el lado de las obligaciones *erga omnes* se determinan las consecuencias normativas derivadas de su incumplimiento. La exigencia de las obligaciones *erga omnes* radica en el interés de la comunidad internacional como un todo.

Resulta cada vez más prioritario por parte de los organismos e instituciones internacionales instar hacia un control reglado y positivo de las actuaciones de los Estados, pues estos son, por antonomasia, los principales destinatarios del ordenamiento jurídico internacional. Por ello, en su calidad de sujetos de derecho, resulta, por no ser evidente, una consecuencia cuasi natural a su condición, someterse a ciertas reglas y estándares de conducta internacional, a fin de regular sus deberes y obligaciones contraídas, ya sea de forma bilateral o para con toda la comunidad internacional en la suscripción de acuerdos y convenios universales. Sobre todo, en cuanto importe el respeto y protección de los derechos y libertades, ya sea que estos consten en tratados internacionales o formen parte de la herencia que nos deja el derecho consuetudinario.

En opinión de Bassiouni, *ius cogens* y *erga omnes*, son dos conceptos técnicamente relacionados pero distintos. Mientras que por el primero se define el estatus especial de una norma del derecho internacional, por el segundo se determinan las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de obligaciones a raíz de la violación del *ius cogens*¹⁵⁷. De

¹⁵⁵ BROWNIE, op. cit., p. 510; SHELTON, op. cit., pp. 291-292.

¹⁵⁶ MICUS, op. cit., pp. 178-181.

¹⁵⁷ CHERIF BASSIOUNI, op. cit., p. 63.

este estatus deriva el cumplimiento de determinados deberes y el ejercicio de derechos de parte de la comunidad internacional, que por ejemplo permiten perseguir crímenes de humanidad en el tiempo, dado que, por su condición especial, no están sujetos a la figura de prescripción para extinguir las responsabilidades internacionales que deriven¹⁵⁸.

Sobre esto último cabe mencionar los efectos *erga omnes*, como propios de la costumbre internacional, extensibles a la responsabilidad internacional, cuando la infracción o el hecho ilícito recae precisamente en normas *ius cogens*, cuyo reconocimiento y obligatoriedad en su aplicación por la comunidad internacional no admite incumplimiento ni norma en contrario. Tal es el caso cuando la afectación recae sobre derechos fundamentales, ciertamente por ser esenciales en su especie al ser humano.

Los efectos *erga omnes* alude a cierta categoría de normas que, dada su especial naturaleza, generan un deber y responsabilidad para con toda la comunidad internacional. Ante su infracción existe el deber de resarcir y reparar el daño causado. Tales son aquellas que resultan, por ejemplo, de la ilegitimidad de los actos de agresión y del genocidio en el Derecho Internacional contemporáneo, así como de los principios y reglas relativas a los derechos fundamentales de la persona humana, comprendiendo en ellos la protección contra la práctica de la esclavitud y la discriminación racial.

Por lo que, ante el quebrantamiento de estas, las consecuencias que de ello deriven para un Estado, tengan como contrapartida, la responsabilidad internacional como efecto directo para con toda la comunidad internacional, capaz de atribuir consecuencias jurídicas a fin de resarcir el daño causado, aun cuando su acatamiento y subordinación suponga la voluntariedad estatal y carencia de una instancia jurisdiccional internacional obligatoria destinada a tutelar los intereses comunes.

Como señala Juste Ruiz:

La configuración de las obligaciones *erga omnes* como obligaciones vinculantes ante la comunidad internacional en su conjunto, en tanto que son manifestación de la existencia de la autoridad superior de un derecho común de la humanidad, se presenta como una contribución a la superación del relativismo del derecho internacional (...) sin embargo, a pesar de la superación del relativismo del derecho internacional, no debe olvidarse las insuficiencias existentes en el ámbito jurisdiccional en el momento de instar la protección de los intereses generales de la comunidad internacional como consecuencia de que la solución de controversias sigue estando presidido por el principio del consentimiento de las partes.¹⁵⁹

¹⁵⁸ BROWNLIE, op. cit., p. 510.

¹⁵⁹ JUSTE RUIZ, José. "Tribunal Internacional de Justicia: Asuntos de las pruebas nucleares. Sentencia de 20 de diciembre de 1974". Revista Española de Derecho Internacional, 1976, vol. 29, núm. 2/3, pp. 454.

Un ejemplo de práctica comúnmente aceptada entre los Estados que adhieren a la Convención Americana para hacer frente a la ya referida carencia de judicatura, gira en torno a la doctrina del control de convencionalidad que deben realizar los propios tribunales nacionales, como mecanismo impuesto por parte de la Corte Interamericana. Este supone que a la hora de tener que resolver cualquier inquietud sobre la interpretación y aplicación de los Derechos Humanos, impone “ la necesidad de que el juez interno tenga en cuenta la interpretación que hace la Corte Interamericana de la propia Convención, lo que saca a la luz la difícil cuestión de los efectos erga omnes de las decisiones de un tribunal internacional (...) los diversos casos resueltos ante la judicatura internacional sugieren que los efectos de las decisiones, incluso en sus fundamentos, se extienden a todos los Estados que aceptan la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, independientemente de que sean partes o interesados directamente en el caso”. Luego continúa “(...) tal efecto *erga omnes* de las decisiones, que no está expresamente previsto en la Convención Americana, pone de relieve los límites existentes entre las competencias de los tribunales internos y de la Corte regional, además de la propia eficacia de las decisiones tomadas por la última en un continente todavía inestable en lo que se refiere al funcionamiento de las instituciones democráticas”.

Ciertamente las normas de *ius cogens* generan obligaciones frente a todos los sujetos de la comunidad internacional, por lo que el alcance de la responsabilidad derivada de la violación de una norma imperativa es más amplio que la que surge de un ilícito común. La autora Alicia Cebada al respecto indica que “la relación entre la consolidación del concepto de *ius cogens* y los derechos humanos es evidente y por eso el derecho imperativo ilustra perfectamente el proceso de "humanización" del Derecho Internacional”. Se trata de una esfera del derecho internacional que tiene un considerable potencial transformador del ordenamiento jurídico en su conjunto y, en última instancia, de la sociedad internacional.

c) La responsabilidad internacional del Estado infractor como complemento a la obligatoriedad en la toma de decisiones de los órganos de control jurisdiccional

Habiendo hecho el vínculo entre los efectos *erga omnes* y la responsabilidad por el incumplimiento de deberes esenciales y comunes para la comunidad internacional, corresponde hacer reseña de los elementos que configuran a esta última, junto con analizar ciertos aspectos sobre su efectividad “relativa”, toda vez que conforme a lo dispuesto en el artículo 2 del Proyecto de Responsabilidad Internacional de los Estados, en principio, todo acto estatal que viole una obligación internacional genera un hecho internacionalmente ilícito, susceptible de ser alegado y en consecuencia reparado.

La responsabilidad de los Estados por los hechos internacionalmente ilícitos encuentra su fuente normativa en los artículos 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y 32 del Proyecto sobre Responsabilidad Internacional de los

Estados de 2001, los cuales en su conjunto disponen sucintamente que: “un país no puede invocar su derecho interno para justificar el incumplimiento de una obligación de derecho internacional (...)”. Seguidamente, “(...) si la aplicación del derecho interno lleva al incumplimiento de una norma o de una orden vinculante de carácter internacional, el Estado incurre en responsabilidad”. Esta consecuencia negativa puede ocurrir producto de, por ejemplo, la jerarquía, rango o posicionamiento que se le asigne a los tratados internacionales en el derecho interno; por la aplicación del aforismo jurídico *lex posterior derogat priori*; o por la interpretación que del derecho internacional se efectúe dentro del marco constitucional, civil, penal y/o administrativo en cada Estado nacional en un momento determinado.

A pesar de que el Derecho Internacional no haya logrado aún sistematizar de forma definitiva y unánime en un instrumento único, válido y vinculante las consecuencias que derivan de la responsabilidad internacional para los Estados y las víctimas, la comunidad internacional ha empeñado sus esfuerzos, principalmente por medio de la Comisión de Derecho Internacional, para imponer ciertas pautas comunes de reparación, frente a la comisión de cualquier hecho ilícito estatal, conforme los cuales no cabría sino aplicar la responsabilidad Internacional del Estado. Aun cuando esta quede al margen de cualquier convención internacional que establezca mecanismos propios de control para la protección de sus intereses, se busca imponer como medida general del derecho internacional, independiente de la adopción de mecanismos específicos.

En cuanto a su determinación, se han distinguido dos elementos constitutivos del hecho internacionalmente ilícito. A saber, el comportamiento en violación de una obligación internacional vigente (o más bien comportamiento antijurídico), y la atribución o imputación de las consecuencias que derivan de los actos y omisiones ilícitas. Conforme el primero de ellos, para el derecho internacional no resulta necesario ni relevante determinar su origen, jerarquía ni tipo de obligación que se contraviene, bastando únicamente verificar el acto u omisión del agente en contra de la conducta debida. En aquel sentido Cesáreo Gutiérrez indica:

[Que] el origen de la obligación incumplida es irrelevante: proceda de un tratado, una costumbre, la decisión vinculante de un tribunal internacional, el acto unilateral de un Estado, si un sujeto se comporta de modo no conforme con esa obligación comete un ilícito que compromete su responsabilidad.¹⁶⁰

Lo anterior debido a que lo único que verdaderamente importa es que la conducta incumpla el deber internacional.

El segundo elemento queda circunscrito al ámbito de la imputabilidad o atribución. El artículo 2º del proyecto señala que “hay hecho internacionalmente ilícito del Estado

¹⁶⁰ GUTIÉRREZ ESPADA, Cesareo. *La responsabilidad internacional: (las consecuencias del hecho ilícito)*. Murcia: Universidad de Murcia, 2005.

cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión es atribuible al Estado según el derecho internacional”. Es decir, necesariamente se configura una relación de causalidad entre el hecho y el ilícito, atribuible al agente generador del daño. Para el derecho internacional no resulta relevante si el incumplimiento se genera por error, culpa o actuación dolosa, puesto que no se apunta a la inclusión de elementos subjetivos en su determinación, tales como podría ser la culpabilidad del autor y/o la prueba del daño causado (en razón a la carga o peso de la prueba). En su defecto únicamente basta la verificación del hecho del cual derivó el incumplimiento y su atribución por parte del causante del daño.

Un obstáculo que se plantea en el terreno doctrinario dice relación con la ausencia de reglas y/o procedimientos mediante las cuales se incorpore el derecho internacional al derecho interno de cada Estado. También con la forma en que se tendrían que cumplir, a menos que la misma fuente internacional (acuerdo, convenio y/o tratado) imponga directamente determinadas obligaciones de proceso o adecuación. Lo relevante, sin embargo, es que las consecuencias de todo hecho, que origina una relación de responsabilidad, se traducen en una obligación de reparar a cargo del Estado que comete el ilícito atribuible a su conducta.

Si bien los modos de terminar con el incumplimiento (contramedidas) y la forma en que se adopten las garantías de no repetición para salvaguardar a las víctimas pueden estar entregados a la discrecionalidad del Estado (a menos que la propia fuente normativa o el ejercicio de la actividad jurisdiccional establezca sus procedimientos), para el derecho internacional queda absolutamente claro que un Estado responsable no debe transgredir sus obligaciones como consecuencia de la forma en que su derecho nacional incorpora el derecho internacional, ni por las dificultades u obstáculos que surjan de su estructura jurídica interna, menos aun tratándose del cumplimiento de una sentencia de un órgano jurisdiccional internacional, en cuya virtud se haya constatado, y en consecuencia declarado, la violación de un derecho fundamental o libertad convencional.

Las consecuencias que derivan de la comisión del hecho ilícito, a diferencia de otros efectos jurídicos, como por ejemplo ocurre con la nulidad, rescisión y/o inoponibilidad del acto, implica poner fin de forma definitiva a la conducta indebida, ofreciendo garantías de no repetición del acto ilícito, provocando la necesidad de reparar íntegramente el daño, de la forma en que lo disponen los artículos 30 y 31.1 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado. Así la responsabilidad internacional pone especial énfasis en el derecho subjetivo lesionado, como resultado de la violación de una obligación internacional, y en la necesidad de reparación ya sea por medio de la restitución, indemnización o satisfacción equitativa.

i. Mecanismos para hacer efectiva la responsabilidad de los Estados

Como primer punto a considerar resulta menester disponer de un mecanismo que permita ponerla en marcha o en definitiva invocarla, puesto que aquella lamentablemente no opera por actuación de oficio del tribunal encargado de resolver, a pesar de que para el Estado infractor ya se haya configurado por la sola comisión del hecho ilícito, provocando para el lesionado, el deber de ejercerla y/o denunciarla ante la instancia respectiva.

El proyecto sobre Responsabilidad Internacional antes señalado, al no ser un instrumento coercitivo propiamente tal, sino más bien indicativo, carece por sí solo de mecanismos que compelen al cumplimiento de manos de un Estado infractor, lo que, a primera vista, lo sitúa como un instrumento voluntario. No obstante, es posible aseverar que, conforme el Convenio de Viena, la obligación de responder y la de resarcir los daños se erigen como directrices que podríamos derivar de las propias normas *ius cogens* y con ello hacerlas vinculantes por el solo hecho de su condición. Esto es reafirmado en el artículo 38 de la Convención de Viena, que a propósito de las obligaciones de terceros Estados dispone “(...) no impedirá que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional reconocida como tal”.

Lo anterior dice relación con imperativos esenciales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ya que de la sola voluntad de los Estados Parte a devenido la circunstancia de obligarse y asumir las consecuencias que deriven del incumplimiento de cualquier acuerdo (a consecuencia por ejemplo de hechos internacionalmente ilícitos) sobre todo de aquellos enmarcados en el ámbito de las relaciones internacionales y de las normas imperativas del derecho internacional público. Ello supone el planteamiento ya indicado por el Tribunal Internacional de Justicia en el caso “Barcelona Traction”, que prevé que la contravención a deberes esenciales tales como ilegitimidad de los actos de agresión y del genocidio, así como de los principios y reglas relativas a los Derechos Fundamentales de la persona humana, comprendiendo en ellos la protección contra la práctica de la esclavitud y la discriminación racial, supone la transgresión de normas *ius cogens*, respecto de las cuales no cabría acuerdo en contrario.

Este parecer es reforzado por la hipótesis según la cual plantea:

[Que] reconocer que las decisiones de los tribunales internacionales poseen exclusivamente un efecto entre partes, reduciendo la capacidad del Derecho Internacional de resolver cuestiones complejas que, algunas veces, exigen respuestas vigorosas y de alcance muy amplio. Por ejemplo, la constatación por parte de un tribunal internacional de que una norma de naturaleza *ius cogens* ha sido violada requiere que tal reconocimiento no sea restringido apenas a las partes en litigio, y, al fin y al cabo, la propia definición de *ius cogens* abarca la

idea de comunidad internacional en su conjunto, según el propio artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.¹⁶¹

A este respecto es posible aseverar que ante el incumplimiento de imperativos internacionales (como ocurre con la violación de convenios y acuerdos relativos a la protección internacional y regional de Derechos Humanos) cabría suponer la hipótesis conforme la cual se configura una vulneración implícita de normas *ius cogens*, respecto de las cuales sería posible hacer valer la responsabilidad internacional y por ende exigir el cumplimiento íntegro de las medidas necesarias a fin de resarcir a la víctimas y restablecer los derechos conculcados. De esta forma, tanto las víctimas como Estados dispondrían de un segundo mecanismo aplicable, supletorio a los propios que disponga cada convenio, para hacer valer las acciones conducentes a la obtención de una reparación equitativa.

Nuevamente un extracto de la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia en el asunto “Barcelona Traction Power Company” (Bélgica vs. España 24/07/64 y 05/02/70) segunda fase CIJ Recueil 1970, sobre el tema en comento, sostuvo que: “debe establecerse, en particular, una distinción esencial entre las obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto y las que nacen respecto de otro Estado en el campo de la protección diplomática. Por su propia naturaleza, las primeras conciernen a todos los Estados. Dada la importancia de los derechos en cuestión, puede considerarse que todos los Estados tienen un interés jurídico en que tales derechos sean protegidos; las obligaciones de que se trata son obligaciones *erga omnes*” (párrafos 33 y 34).

Habiendo dado cuenta el Tribunal sobre la existencia de obligaciones “de distinto alcance y naturaleza, es forzoso interrogarse sobre si las consecuencias del hecho ilícito, en síntesis, la obligación de reparar, alcanzan por igual a todos los sujetos implicados en la obligación, sea esta bilateral, multilateral o debidas a la comunidad internacional en su conjunto”. Con esto claramente se busca justificar por parte de la CDI la redacción del actual artículo 33.1 del referido proyecto, al objeto de demostrar que las obligaciones de un Estado, y por ende su responsabilidad, pueden existir con respecto a otro Estado, organización internacional e inclusive con la comunidad internacional en su conjunto, en atención a la naturaleza y contenido de la obligación infringida.

Conforme tal distinción, en materia de responsabilidad, suele advertirse que los hechos ilícitos pueden ser de diverso tipo, según sea la naturaleza de la obligación infringida. Por tanto, si son interés de la comunidad internacional en su conjunto, su violación originará un crimen internacional, pero por otro lado si no revistiere tal magnitud solo sería susceptible de originar un simple delito. El artículo 19 del proyecto de la

¹⁶¹ BANDEIRA GALINDO, George Rodrigo. “El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: *Protección multinivel de Derechos Humanos. Guía Docente*, Bandeira Galindo, George Rodrigo, Urueña, René y Gómez Fernández, Itziar (coords.). Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2013, pp. 255-275.

Comisión de Derecho Internacional aprobado en primera lectura 1996, definió la “violación grave” de una obligación internacional “como aquella esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional”, tales como son los derechos humanos reconocidos internacionalmente y cristalizados en los diversos convenios y cartas.

En otro orden de ideas, por regla general, los autores internacionales al momento de analizar las fuentes del derecho internacional recurren también al artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia¹⁶² para explicar los alcances secundarios que tendrían las decisiones judiciales en la creación de este tipo de derecho. Este artículo dispone:

[Que] la Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

Asimismo, pero solo como “medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho”, puede utilizar “las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones”. Lo que es sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59 que indica que “la decisión de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido”¹⁶³.

Por su parte, en lo tocante a las decisiones judiciales, la doctrina es conteste en cuanto a que aquellas únicamente sirven como mecanismo complementario en la determinación de las reglas de derecho. Esto significa, según Llanos Mansilla:

[Que] la jurisprudencia es un medio auxiliar, no una fuente independiente, esto es, sirve para confirmar una norma que se cree existente y que proviene de otras fuentes. Un fallo no puede apoyarse solo en precedentes. Crea reglas particulares, no normas generales de Derecho.¹⁶⁴

En dicho sentido Barboza, de conformidad con el artículo 38 del Estatuto de la CIJ, sostiene que la jurisprudencia y la doctrina no tendrían el carácter de “fuentes autónomas – esto es, productoras de normas ius-internacionales–, sino de fuentes a las que el Tribunal

¹⁶² Artículo 38 del Estatuto de la CIJ: 1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59. 2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio ex aequo et bono, si las partes así lo convinieren.

¹⁶³ FUENZALIDA BASCUÑÁN, Sergio. “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente de derecho: Una revisión de la doctrina del “examen de convencionalidad””. *Revista de Derecho, Valdivia*, 2015, vol. 28, núm.1, p. 171.

¹⁶⁴ LLANOS MANCILLA, Hugo. *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público*, Tomo I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2009, 573 p.

puede recurrir para mejor discernir los perfiles de normas provistas por las fuentes principales”. La jurisprudencia tendría así solo una función “especificadora, de establecer especies subordinadas a los géneros legales”. Ello significaría “que la doctrina del precedente obligatorio, conocida en el *comon law* anglosajón como *stare decisis*, no tiene vigencia en el derecho de gentes”, de modo que “la jurisprudencia no crea normas generales de aplicación obligatoria a otros casos, sino solo una norma individual que regla los derechos de las partes en el caso particular”¹⁶⁵. Ello aun cuando el apego de la CIJ de sus propios precedentes sea considerable.

Añade Mariño, en un sentido similar, que la “jurisprudencia y doctrina tienen una función subsidiaria que se cumple después de que se hayan considerado las normas del Derecho Internacional positivo y únicamente con la finalidad de perfilar su sentido o de construirlo”¹⁶⁶. Además, su ámbito de aplicación es restringido:

Debe señalarse ante todo que una sentencia válida de un tribunal internacional (arbitral o judicial) es un hecho jurídico normativo que soluciona una controversia internacional por medio de la creación de normas obligatorias, pero únicamente para los sujetos de Derecho Internacional, partes en un litigio contencioso y con relación al caso objeto de la decisión.

Ello no obsta, empero, a que algunas sentencias por los temas que abordan, por la calidad de sus razonamientos y por la autoridad de los juristas que integran el tribunal, pueden influir significativamente en el Derecho Internacional; sin embargo, juzgar no es crear Derecho de aplicación general. Ni siquiera:

La práctica consistente en la repetición de sentencias internacionales que aplican la misma norma, de modo ininterrumpido, general y constante, es por sí sola suficiente para originar una costumbre internacional (...) se requeriría para esto último la práctica de los Estados u otros sujetos.¹⁶⁷

Ahora bien, para Shaw la jurisprudencia puede cumplir un rol de mayor significancia en el derecho internacional. Nos dice que las sentencias “aunque son, en palabras del artículo 38, para ser utilizadas como medio subsidiario para la determinación de normas de derecho y no como una fuente real del derecho, las decisiones judiciales pueden ser de gran importancia”¹⁶⁸.

¹⁶⁵ BARBOZA, Julio. *Derecho Internacional Público*. Argentina: Víctor P. de Zavalía, 2008, pp. 150-152.

¹⁶⁶ MARIÑO, Fernando. *Derecho Internacional Público, Parte General*. Madrid: Trotta, 1999.

¹⁶⁷, *Ibíd.*, pp. 379-380.

¹⁶⁸ SHAW, Malcolm. *International Law*, VI Edición, Cambridge, 2008, pp. 109-110.

ii. Compromiso internacional de los Estados bajo el alero del artículo 48 del proyecto de responsabilidad por los hechos internacionalmente ilícitos

A pesar de que en el Derecho Internacional se suele reconocer una diferencia entre las decisiones vinculantes de un tribunal internacional, de las observaciones, recomendaciones e informes de otros órganos internacionales consultivos, como por ejemplo ocurre con los que emanan del Comité de Derechos Humanos y otros comités creados en el seno de la Organización de Naciones Unidas; los proyectos de codificación a cargo de la Comisión de Derecho Internacional; las observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; o los diversos órganos que participan consultivamente del Sistema Universal de protección de Derechos Humanos de Naciones Unidas). Básicamente para distinguir cuáles resultan de obligatorio cumplimiento y cuáles obedecen únicamente a la voluntariedad de las partes.

Tal distinción no debiera de ser relevante a la hora de demandar y exigir su cumplimiento interno, ya que son los propios Estados los encargados de dar observancia a cada una de las obligaciones internacionales contraídas, sobre todo en materia de Derechos Humanos, en que el deber va más allá e implica adecuar el propio derecho interno a las exigencias internacionales y elevar con ello el estándar mínimo en materia de promoción y protección de Derechos Humanos. Por ejemplo en el plano regional, el referido compromiso viene directamente del propio instrumento respecto del cual se obligan los Estados Parte (del artículo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, al referirse al deber de “reconocer y respetar los Derechos Humanos”) o de lo prescrito por la propia Convención Americana en sus artículos 1 y 2, cuando sostiene que los Estados Parte “se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio (...)” y además cuando no estuvieren suficientemente garantizados “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”.

Por lo tanto, habiendo un deber primario que obedece a un imperativo categórico, la sujeción a las sentencias internacionales operará como consecuencia lógica de su establecimiento, dada la naturaleza de la obligación de protección. De esta manera el deber de respetar, acatar y adoptar las medidas, cuando se configure una infracción, no dependerá únicamente de la decisión que tome el respectivo órgano jurisdiccional, cuya sentencia evidentemente representa un verdadero control de la aplicación del Convenio (llamada por la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como el control de convencionalidad) sino de una obligación preexistente y vinculante.

Ahora bien el artículo 48.2 del proyecto sobre Responsabilidad Internacional de los Estados dispone que todos los sujetos lesionados y/o habilitados para demandar la responsabilidad, podrán ejercer la acción, ante la Corte Internacional de Justicia, para pedir el cese del ilícito y las garantías de no repetición del acto, además del cumplimiento de la obligación de reparar. Ciertamente siguiendo el principio de subsidiariedad y voluntariedad de acatamiento a las decisiones de la respectiva Corte únicamente operará una vez se agoten los recursos internos habida cuenta de la necesidad de poner fin a la lesión y restablecer el derecho. Empero:

El derecho internacional consuetudinario no impide que una persona física o jurídica recurra de conformidad con el derecho internacional a procedimientos distintos para obtener la reparación del perjuicio sufrido por un hecho ilícito (artículo 16). Entre esas acciones o procedimientos se encuentran los que ofrecen los tratados sobre Derechos Humanos de ámbito universal o regional, pues en ellos se establecen mecanismos que permiten a los Estados Parte proteger tanto a sus propios nacionales como personas que no lo son en caso de incumplimiento por otras partes de los Derechos Humanos establecidos.

Por ello el cumplimiento de los fallos y sentencias internacionales no agota las obligaciones internacionales del Estado, sino que más bien las satisface y cumplimenta. De esta forma, gracias a la adopción del Convenio Europeo, el Consejo de Europa ha logrado cristalizar e instaurar la obligación en sus Estados Miembros de respetar los Derechos Humanos de todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción. La positivización de las obligaciones contenidas en los tratados viene a reflejar entonces la materialización de los principios internacionales plasmados en la Declaración Universal Derechos Humanos, cuyo incumplimiento evidentemente acarreará responsabilidad.

Esta obligatoriedad que genera el compromiso internacional de los Estados de respetar derechos y libertades en dos planos: el primero es el interno en donde existe la necesidad de instaurar un procedimiento de recurso accesible y efectivo ante una instancia nacional con el objeto de que cualquier sujeto considerado víctima de alguna violación pueda invocar su derecho a reclamar que se cese además de solicitar una reparación integral. Luego en el plano externo, el reconocimiento y aceptación de aceptar la supervisión por parte de un órgano de control externo para el cumplimiento de las obligaciones que emanan de los respectivos convenios, ejecutar las sentencias que emanan de él y reparar las consecuencias derivadas de la violación a los derechos si ha sido declarada con el objeto de obtener una reparación íntegra.

iii. Las contramedidas son imprescindibles para asegurar el cumplimiento de las obligaciones internacionales

Habida cuenta de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito, las contramedidas surgen como mecanismos que buscan compeler a los infractores a asumir las consecuencias que derivan de su actuar contrario a las reglas. Estableciéndose como

verdaderos instrumentos jurídicos de presión para efectos de restablecer el imperio del derecho y resarcir los daños causados.

El proyecto sobre Responsabilidad de los Estados, adoptado por resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas N° 56/83, las refiere en sus artículos 22, 49 y siguientes. Consisten en el incumplimiento temporario de obligaciones internacionales que el Estado que toma tales medidas tiene contra el Estado responsable. Se atribuyen ciertas consecuencias, consistentes en el incumplimiento por parte del Estado lesionado de una o de varias obligaciones hacia aquel infractor, legalmente justificadas por el incumplimiento de una obligación internacional por parte del Estado responsable. Vienen a ser “una consecuencia posible que un Estado está expuesto a sufrir cuando viola alguna de sus obligaciones internacionales”¹⁶⁹.

Es importante señalar que la obligación que resulta incumplida, como objeto de la contramedida, no necesita corresponder a la obligación violada que le sirve de antecedente ni tampoco estar directamente conectada con ella. Siguiendo a Julio Barboza:

Lo mismo sucede si tanto el antecedente como el consecuente comprenden varias obligaciones. Su finalidad esencial es ejercer cierta coacción sobre el Estado responsable para hacerlo cesar en su conducta ilícita (si el hecho en cuestión es continuado, o consiste en una serie de hechos) y para que efectúe la correspondiente reparación (incluyendo eventualmente las seguridades y garantías de no repetición) se trate tanto de un hecho continuado o de un hecho puntual.¹⁷⁰

Su límite es la temporalidad, lo que quiere decir que solo son permitidas para compeler al cumplimiento de la obligación por parte del Estado responsable, a fin de obtener la cesación del hecho ilícito. Por lo mismo no deben subsistir con posterioridad al cumplimiento compulsivo de las obligaciones debidas y deben ser reversibles en la medida que permita el restablecimiento de los deberes inicialmente suspendidos (relativos a la suspensión de obligaciones internacionales por parte del Estado lesionado respecto del Estado infractor en un plano horizontal).

Su labor en la ejecución de los compromisos internacionales destaca su papel subsidiario, como mecanismo aplicable para efectos de garantizar la restitución integral en el derecho internacional. “Su finalidad esencial es ejercer cierta coacción sobre el Estado responsable para hacerlo cesar en su conducta ilícita (si el hecho en cuestión es continuado, o consiste en una serie de hechos) y para que efectúe la correspondiente reparación

¹⁶⁹ BARBOZA, Julio. “Contramedidas en la reciente codificación de la Responsabilidad de los Estados. Fronteras con la Legítima Defensa y el Estado de Necesidad”. *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, 2001-2002, p. 21.

¹⁷⁰ *Ibíd.*, pp. 21-22.

(incluyendo eventualmente las seguridades y garantías de no repetición) se trate tanto de un hecho continuado o de un hecho puntual”¹⁷¹.

Conforme el artículo 22, únicamente pueden ser ejercidas en contra del Estado que contravino su obligación y no contra otros terceros Estados, ya que la ilicitud del hecho constitutivo de la contramedida queda excluida en el caso en la medida en que ese hecho constituya una contramedida tomada contra ese otro Estado, o sea contra el Estado responsable y no contra ningún otro. Salvo que hubiera incurrido en la violación de una obligación internacional, según lo establece el artículo 48, esto es, aquellos que formen parte de un grupo de Estados para la protección de cuyo interés colectivo la obligación violada hubiera sido instituida, o cualquier Estado cuando la obligación violada fuera con relación a la comunidad internacional en su conjunto. En cuyo caso podrá “tomar medidas lícitas contra este Estado para asegurar la cesación de la violación y la reparación en interés del Estado lesionado de los beneficiarios de la obligación violada” según el artículo 54.

[En suma], las contramedidas son una reacción, contraria en principio al Derecho Internacional, que este *justifica* con el fin de que los Estados u organizaciones internacionales *lesionados* por un hecho ilícito (y en ciertos supuestos también Estados u organizaciones *terceros*) fueren al culpable a pechar con las consecuencias que el derecho internacional reserva para quienes quebrantan sus normas.¹⁷²

a) Argumentos para la obligatoriedad y ejecución de los sistemas regionales basado en el *corpus iuris* de los derechos humanos

El *corpus iuris* internacional de los derechos humanos es un término contemporáneo, acuñado como tal por primera vez por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para justificar la necesidad de interpretar el sentido y alcance de los derechos en su conjunto y aplicarlos en sinonimia a la Convención Americana a fin de nutrir su contenido. Puesto que, conforme la constante transformación de las sociedades, los derechos necesariamente van evolucionando, resurgiendo y adaptándose a las nuevas necesidades de los individuos en sociedad. Ello contribuye y enriquece enormemente la labor de los órganos internacionales de control jurisdiccional, a la hora de interpretar y aplicar el derecho internacional de Derechos Humanos en su conjunto (sean estas vinculantes o facultativas).

De esta forma el *corpus iuris* del derecho está conformado por instrumentos regionales y universales, por tratados e instrumentos no contractuales, que se interpretan y aplican de forma conjunta, por parte de la judicatura internacional con el propósito de darle

¹⁷¹ *Ibíd.*, p. 22.

¹⁷² GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 115.

eficacia a los derechos por medio de sus sentencias. En una fórmula acertada se define como “el conjunto de instrumentos jurídicos internacionales (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones) susceptibles de ser interpretados y aplicados para darle coherencia y armonía al contenido de una norma vinculante en la jurisdicción supranacional”¹⁷³.

De esta manera, las normas de *ius cogens* tienen por finalidad la consecución de los fines esenciales del Derecho Internacional; es decir, responden a la utilización de una técnica encaminada a establecer la tutela y salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional. En el Derecho Internacional existen ciertas disposiciones de carácter imperativas que derivan principalmente del derecho consuetudinario conforme las cuales es posible atribuir su obligatoriedad de cumplimiento. Sobre el punto y como expresara Acosta Estévez:

En definitiva, las normas imperativas o de *ius cogens* constituyen actualmente la piedra angular del desarrollo progresivo del derecho internacional contemporáneo y, por ende, en tanto que superiores a la voluntad de los Estados, implican la existencia de un Derecho Internacional menos voluntarista.¹⁷⁴

Esta existencia de pluralidad de catálogos de derechos humanos y órganos jurisdiccionales de control, que colaboran y se controlan mutuamente, podría propiciar una superior protección de los derechos. Al final como reitera Torres “en lugar de intentar determinar qué tribunal ostenta la autoridad última, o que norma ocupa la posición jerárquica superior, los modelos pluralistas invitan a superar el principio jerárquico como criterio de ordenación”. De esta forma el *corpus iuris* del derecho internacional de derechos humanos, se gesta como una herramienta dinámica, complementaria, conforme los cuales es posible conjugar todas las herramientas e instrumentos convencionales o no, en pro de la garantía efectiva de los derechos fundamentales y estándares mínimos de protección.

El apego a las obligaciones del Derecho Internacional Consuetudinario, para todos los sujetos que integran la comunidad internacional, junto al pleno respeto a los derechos esenciales que resultan de su construcción, han sido la base para fijar el surgimiento y contenido del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y por cierto sus mecanismos de control universales y regionales, vinculantes por derivar del derecho de gentes, deben no solo ser respetados sino que también restituidos en caso de infracción.

En esta parte la ejecución y cumplimiento de las sentencias de los diversos órganos internacionales en la labor de control, deben considerarse como procedimientos que por proteger intereses perentorios, integran por derivación el *ius cogens*, con lo que debieran de tener eficacia directa en su aplicación, sobre todo cuando se verifican incumplimientos y

¹⁷³ RIVERO EVIA, Jorge. “Corpus Iuris Internacional”, párr. 1. Disponible en: <https://mexico.leyderecho.org/corpus-iuris-internacional/>

¹⁷⁴ ACOSTA ESTÉVEZ, op. cit., p. 11

violaciones a derechos humanos y la imposibilidad de restablecer los derechos de la forma establecida por los órganos regionales creados al efecto. En la tarea de controlar y supervisar a los Estados, los tribunales regionales, han establecido la práctica de citar y utilizar no solo convenciones no regionales sobre derechos humanos, sino también jurisprudencia de tribunales internacionales para informar la interpretación de sus respectivos convenios. Si bien es cierto que esa jurisprudencia no es vinculante para el órgano que la usa, no menos cierto es que constituye una fuente importante de interpretación, que conduce a considerar que también las sentencias de esos órganos formarían parte de ese *corpus iuris*.

Recogiendo el efecto *erga omnes* de las normas del Derecho Internacional Consuetudinario, catalogadas como esenciales. La violación de derechos fundamentales supone la infracción de normas imperativas y adopción de medidas necesarias para poner fin al ilícito y con ello la ejecución directa de procedimientos a cargo de órganos internacionales, tales como ocurre con el proyecto de Responsabilidad de los Estados por los hechos internacionalmente ilícitos, que surge como herramienta complementaria. Esto porque creemos que tanto los convenios, sus obligaciones y consecuencias que deriven de su infracción producen efectos *erga omnes*.

El fundamento de la obligatoriedad que merecen los sistemas regionales de protección de derechos humanos encuentra su origen en las normas consuetudinarias y del *ius cogens*, que se erigen como el pilar esencial para la garantía de los derechos. Por ende, la presente alternativa no busca centrarse en el diálogo jurisdiccional ni negociaciones políticas e internacionales a fin de dar correcta implementación de las medidas a tomar para restablecer las violaciones a derechos. Ya que la sola infracción de estas normas desencadena de forma automática la obligación esencial de restablecer el derecho y con ello darle autoejecutabilidad a las decisiones que se toman a nivel regional ya que todo ello deriva su carácter imperativo *ius cogens*.

Por lo que justificar la necesidad de ejecución como piedra angular de los sistemas a efectos de garantizar una protección efectiva y multinivel de los derechos humanos tiene cabida gracias a estos instrumentos internacionales (que complementan el Derecho Internacional de Derechos Humanos) que, por ejemplo, en materia de responsabilidad internacional de los Estados. también generan obligatoriedad de acatamiento para los infractores y deber de resarcir en la forma establecida por los órganos a fines creados para tal efecto. Al respecto la Corte Interamericana ha reiterado en variadas ocasiones que respecto de sus decisiones, estas resultan obligatorias para las partes y por ende de obligado cumplimiento, y según como articula Hitters:

La obligación de acatar sus fallos corresponde al principio básico del derecho de la responsabilidad internacional de los países, apoyada en la jurisprudencia internacional, según la cual los Estados deben llevar a cabo sus obligaciones convencionales internacionales, de buena fe (*pacta sunt servanda*) y (...) que del artículo 27 de la

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, los Estados no pueden por razones de orden interno dejar de atender la responsabilidad internacional ya establecida.¹⁷⁵

En definitiva, los tratados internacionales sobre derechos humanos son por sí mismos normas imperativas del Derecho Internacional y por ende capaces de anular cualquier acto o convenio en contrario, no tendiendo que esperar la acción de los Estados a pretexto de dar un debido cumplimiento e implementar las medidas para restablecer los derechos y obligaciones violados y resarcir a las víctimas. La responsabilidad de respetar y promover los derechos humanos corresponde a todos y cada uno de los adherentes, la internacionalización y globalización de estos, permite que su protección tenga también una dimensión internacional que deba conocerse, utilizarse y ser plenamente eficaz. Siguiendo esta línea la garantía jurisdiccional de los sistemas de control viene a ser sin duda el instrumento básico que permite asegurar la efectividad de los derechos humanos en el plano nacional e internacional.

¹⁷⁵ HITTERS, Juan Carlos. “El control de Convencionalidad y el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana (Supervisión Supranacional. Cláusula Federal)”. *Estudios constitucionales*, 2012, vol. 10, núm. 2, p. 544.

CAPÍTULO II: LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL EN LOS SISTEMAS REGIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Respecto de los mecanismos internacionales y regionales de protección, resulta útil recordar la convergencia que existe entre los diversos sistemas de derechos humanos, toda vez que la práctica jurisprudencial demuestra una coordinación latente entre sus mecanismos de protección (nacional, regional y universal) de forma tal que cada nivel de defensa cumple un aporte en la consecución de un objetivo común, cual consiste en la efectiva protección y garantía de los derechos humanos¹⁷⁶. En ese sentido, una de las visiones tradicionales, respecto a la relación que existe entre derecho internacional de los derechos humanos y el derecho nacional (constitucional), ha sido entender al primero como un elemento subsidiario del segundo, que debe aplicarse únicamente cuando el derecho interno no ha sido capaz de atender o no ha dado respuesta ante determinadas violaciones de derechos fundamentales, es decir, solo cuando los dispositivos internos de los estados han fallado, de manera tal que, acorde a la subsidiariedad como vector, serán los ordenamientos jurídicos nacionales los primeros llamados a cumplir con la labor de protección de los derechos humanos¹⁷⁷.

Pues bien, resulta frecuente que la jurisdicción internacional, para conocer de un caso ocurrido en un país, exijan el previo agotamiento de los recursos internos¹⁷⁸. Aquello deriva de una de las visiones tradicionales respecto a la relación existente entre derecho internacional y derecho interno, conforme la cual se ha entendido al sistema internacional como subsidiario del nacional¹⁷⁹. La doctrina ha considerado que el derecho internacional debe aplicarse solo cuando el sistema interno no ha dado respuesta ante determinadas violaciones de derechos fundamentales. En este sentido, se ha planteado que el sistema internacional actúa cuando los mecanismos internos de los Estados han fallado.

No obstante, como señala Claudio Nash, el principio de subsidiariedad se emplea tan solo en algunos ámbitos de la relación existente entre el derecho internacional y los ordenamientos internos -principalmente en temas de orden jurisdiccional-, por lo que no resulta factible aplicar esta visión a la totalidad de las materias a las cuales está sujeta esta relación entre sistemas, como, por ejemplo, a la labor de codificación y promoción que

¹⁷⁶ LANDA, op. cit., p. 306

¹⁷⁷ CANÇADO TRINDADE, Antonio. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 2001, p. 273.

¹⁷⁸ Por ejemplo, en el ámbito europeo este requisito se encuentra contemplado en el artículo 35 del CEDH, que sobre admisibilidad indica: "Al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos". Por el lado interamericano tal exigencia deriva de la aplicación del artículo 46.1 de la CADH.

¹⁷⁹ BENADAVA, Santiago, DURÁN BÄCHLER, Samuel, GROSSMAN GUILOFF, Claudio, LEÓN STEFFENS, Avelino y ORREGO VICUÑA, Francisco. *Nuevos enfoques del derecho internacional*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1992.

realiza el DIDH, de modo tal que no resulta posible basar las relación de protección nacional e internacional de derechos humanos únicamente en base a este principio¹⁸⁰.

Enseguida, para Cancado y Nash la relación que existe entre los sistemas internacionales y constitucionales debe ser atendida de forma complementaria. Es decir, plantean que, acuerdo con esta concepción, las normas de derechos humanos pasan a integrar, precisar y enriquecer el contenido de los derechos reconocidos en la Constitución. Esta perspectiva considera que las normas del ordenamiento interno y del internacional, tienen un sentido y alcance que deben articularse en un sistema en donde ninguna anule a la otra, ni estén en pugna, sino que deben aplicarse de tal modo que se alcance una congruencia armonizadora. Al concebir la relación entre derecho interno y sistema internacional como una forma de complementar contenidos y protección, el sistema internacional no solo cumple el rol de suplir los vacíos que deja la inactividad en el ámbito interno de un Estado, sino que también, se erige como una fuente directa a aplicar en el resguardo de los derechos humanos¹⁸¹.

En ese sentido, la internacionalización de los derechos humanos correspondería a aquel proceso que se inicia progresivamente tras la segunda guerra mundial y mediante el cual se crean catálogos universales de derechos humanos y organismos de protección supranacional que buscan fortalecer y colaborar con las jurisdicciones nacionales en su labor de promoción y protección de derechos fundamentales. Por su parte la Constitucionalización del Derecho Internacional de Derechos Humanos se relaciona con la progresiva aplicabilidad del DIDH en el ámbito interno, por medio de diversas fórmulas constitucionales. En ese sentido Peter Haberle, alude al concepto de “Estado Constitucional cooperativo”, definiéndolo como aquel cuya identidad se perfila a través del Derecho Internacional, de las múltiples relaciones entabladas a nivel suprarregional e internacional, en colaboración que presta a nivel internacional ¹⁸².

Luego, el resultado de ambos procesos ha traído consigo que los derechos humanos tengan una doble fuente normativa: nacional e internacional, y ello hace que los mismos derechos tengan una doble fuente judicial en los tribunales encargados de interpretarlos. De esta forma, a través de la interpretación de los derechos -de doble fuente normativa- se establecen interpretaciones judiciales de estos en el ámbito internacional y en el ámbito interno¹⁸³.

¹⁸⁰ NASH ROJAS, Claudio. *Control de convencionalidad: de la dogmática a la implementación*. México: Porrúa, 2013, p. 55.

¹⁸¹ CANCADO, op. cit., pp. 273-276.

¹⁸² HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Madrid: Tecnos, 2017, p. 261.

¹⁸³ AYALA, op. cit., p. 26.

Como bien es sabido, a consecuencia de la Segunda Guerra Mundial, es que fueron surgiendo las primeras tendencias por parte de los Estados hacia la promoción de la universalización de los Derechos Humanos y la creación de organismos internacionales destinados a velar por su respeto y protección. Unas de sus primeras manifestaciones fueron la Organización de las Naciones Unidas¹⁸⁴ (ONU) y la Comisión de Derechos Humanos¹⁸⁵, esta última encargada de la elaboración de un proyecto de Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁸⁶, la cual fue aprobada en la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948.

Durante aquella época, los países europeos se vieron en la necesidad de adoptar medidas comunes para restablecer, entre otros, los ideales de democracia, Estado de Derecho y su compromiso con la promoción de los Derechos Humanos, a fin de poner término y a la vez, evitar el retorno de las atrocidades sobrevenidas durante la guerra. En el ejercicio de estos valores comunes es que surge la primera organización internacional de ámbito regional, a saber, el Consejo de Europa¹⁸⁷ que, con el objetivo de mantener el compromiso común de los Estados en la promoción de los Derechos Humanos, instó a sus países miembros a la adopción del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en 1950, dando con ello paso al surgimiento del órgano de control regional por antonomasia, a saber el Tribunal Europeo de Derechos

¹⁸⁴ En 1945, los representantes de 50 países se reunieron en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional celebrada en la ciudad de San Francisco, para redactar la Carta de las Naciones Unidas. Los delegados deliberaron sobre la base de propuestas preparadas por los representantes de China, la Unión Soviética, el Reino Unido, y los Estados Unidos en Dumbarton Oaks, Estados Unidos, entre agosto y octubre de 1944. La Carta fue firmada el 26 de junio de 1945 por los representantes de los 50 países. Polonia, que no estuvo representada, la firmó más tarde y se convirtió en uno de los 51 Estados Miembros fundadores. La ONU inició oficialmente sus actividades el 24 de octubre de 1945, después de que la Carta fuera ratificada por China, Francia, la Unión Soviética, el Reino Unido, los Estados Unidos y la mayoría de los demás signatarios.

¹⁸⁵ El Consejo de Derechos Humanos, establecido en 2006, sustituyó a la Comisión de Derechos Humanos creada originalmente en 1946 con 60 años de trabajo a sus espaldas, como el órgano intergubernamental clave, responsable de la promoción y protección mundial de los Derechos Humanos.

¹⁸⁶ La Declaración Universal de los Derechos Humanos es un documento que marca un hito en la historia de los Derechos Humanos. Elaborada por representantes de todas las regiones del mundo con diferentes antecedentes jurídicos y culturales, la Declaración fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su resolución 217 A (III), como un ideal común para todos los pueblos y naciones. La Declaración establece, por primera vez, los Derechos Humanos fundamentales que deben protegerse en el mundo.

¹⁸⁷ Constituido por el Tratado de Londres el 5 de mayo de 1949, el Consejo de Europa es la más antigua de las organizaciones que persiguen los ideales de la integración europea: democracia, Derechos Humanos y el imperio del Derecho. Vid. GARCÍA JIMÉNEZ, María Encarna. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1998; WHITE, Robin C. A., y OVEY, Clare. *Jacobs, White, & Ovey. The European Convention on Human Rights*. Oxford: Clarendon, 1996; PETTITI, Louis Edmond, DECAUX, Emmanuel, y IMBERT, Pierre-Henri. *La Convention Européenne des Droits de l'Homme, Commentaire article par article*. París: Economica, 1995.

Humanos (Tribunal de Estrasburgo o TEDH) en 1953, con la principal tarea de garantizar una adecuada protección de los Derechos Humanos en el marco del Convenio¹⁸⁸.

Por su parte, los sistemas regionales de control surgen básicamente como nuevos mecanismos jurisdiccionales de asistencia a la realización y efectividad de los derechos humanos en el marco de la aplicación de la respectiva convención internacional que los reconoce. Desde esta perspectiva, no se trata de la intromisión de nuevos tribunales supranacionales en el derecho interno de cada Estado que adhiere a aquella, sino más bien de organismos técnicos y especializados que cada país miembro reconoce y admite (la gran mayoría de las veces por vía constitucional o mandato de ley, según sea el modelo doctrinal de adecuación interna del Derecho Internacional de Derechos Humanos) como entidades jurisdiccionales con competencia autorizada, habido consenso entre todos los actores regionales internacionales y estatales que lo conciben, para revisar el comportamiento tanto de la administración pública como del cuerpo legislativo y la jurisdicción local cuando estas fallan en velar por el cumplimiento del respectivo convenio (sobre todo cuando la violación surge de una resolución judicial interna) a fin de tutelar los mismos derechos fundamentales, ya reconocidos dentro de los órdenes constitucionales, y que suelen ser recogidos, complementados y dotados de contenido luego por las convenciones internacionales sobre derechos humanos y sus respectivos órganos jurisdiccionales de control mediante su doctrina.

La gestación de los tribunales internacionales en la protección de los derechos humanos ha sido de suma relevancia, entre otras razones, para incrementar el desarrollo de la actividad jurisdiccional, influir en la toma de decisiones en el plano nacional dando lugar a modificaciones legislativas, reparaciones integrales (ya no solo de carácter económico) e inclusive por la adecuación y algunas reformas que se han suscitado a nivel constitucional. También han contribuido a dar mayor visibilidad y garantía a la protección individual de las personas, convirtiéndolas en verdaderos sujetos de derecho internacional, y por ende en titulares de derechos convencionales, dotados de capacidad suficiente para activar el ejercicio del aparato jurisdiccional internacional. Del mismo modo, ha sido posible activar la jurisdicción internacional (subsidiaria) hoy por hoy no solo para los Estados, sujetos de derecho por excelencia en la concepción clásica, sino que también a todos aquellos individuos y organizaciones civiles que se encuentren bajo su jurisdicción, extendiendo a nuevos titulares la posibilidad de defensa en la instancia multinivel.

Raúl Canosa reflexiona al efecto:

¹⁸⁸ AA.VV. *La Europa de los Derechos Humanos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. GARCÍA ROCA, Javier y SANTOLAYA, Pablo (Coords). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, ISBN: 978-84-259-1596-3, 3ª ed. corr., Madrid: CEPC, 2014; Vid., AA.VV. *Convenio europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Director/a LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, ISBN: 9788447053391, 3ª ed. Madrid: Civitas, 2015.

[Que] al invadir el Derecho Internacional la materia constitucional por excelencia, la de los derechos, se plantea de inmediato la cuestión de su eficacia. Por lo que proclamar derechos y no prever mecanismos de garantía conduciría a su esterilidad y es contrario a la racionalidad de su proclamación.¹⁸⁹

De este modo para asegurar que estos mecanismos sean realmente eficaces, no solo ha sido necesaria su instauración y adaptación continua, sino que además destaca el rol que han tenido el propio órgano en el diseño y construcción jurisprudencial del control externo, que desde luego ha pasado a ser cuasi-obligatorio a la hora de revisar el cumplimiento del convenio, a fin de provocar la apertura paulatina de los Estados hacia un examen superior de tales derechos convencionales, más allá de lo que imponga su propia soberanía y actividad jurisdiccional interna.

En cuanto a las aptitudes que poseen los tribunales regionales, suele existir alguna similitud en materia del control, en especial dotarlos de competencia contenciosa para conocer y juzgar las violaciones de derechos humanos en el marco de la aplicación del respectivo convenio, decretar las responsabilidades internacionales de los países infractores y declarar la violación por parte del Estado responsable, entre otras atribuciones específicas propias de cada sistema regional, por ejemplo, relativas a la forma en que se materializa la supervisión de la ejecución de sus sentencias y el establecimiento de medidas necesarias para recomponer a la víctima y satisfacer el daño causado.

Ha sido posible evidenciar, sobre todo en última época, el meteórico ascenso de los mecanismos jurisdiccionales en los órdenes constitucionales –a consecuencia de la adecuación interna-, conforme los cuales ha sido posible ceder cierta cuota de soberanía interna a fin de elevar el control y dar cabida a la condena internacional de los Estados cada vez que comentan violaciones; concientizar a estos mismos sobre la necesaria adecuación de los ordenamientos jurídicos a los estándares mínimos internacionales de protección de derechos humanos; potenciar las garantías institucionales y judiciales internas; y visibilizar las problemáticas centrales que afectan las diversas regiones. No obstante, en opinión del suscrito, aún queda pendiente el desarrollo y consumación de una faceta clave para su funcionamiento, cual es la imperiosa necesidad de potenciar y nutrir sus facultades o atribuciones jurisdiccionales de ejecución (o imperio).

Asimismo, con el afán de indagar en cómo se ha gestado su adecuación en el plano interno y comentar cuáles han sido sus adecuaciones, resulta necesario analizar las falencias o defectos comunes que presentan estos sistemas regionales. En términos prácticos el enfoque del presente trabajo apunta a aquello que suele traducirse como la falta de “auto ejecutividad” de sus resoluciones o de capacidad coercitiva para hacer cumplir lo sentenciado, y el resultado de debilitar su funcionamiento e impedir que finalmente los

¹⁸⁹ CANOSA USERA, Raúl. *El Control de Convencionalidad*. Navarra: Thomson Reuters (legal) Limited, 2015, p. 20.

propios tribunales regionales se consoliden como piezas claves e imprescindibles para el funcionamiento de estos¹⁹⁰.

El presente enfoque se centra precisamente en destacar la actual falta o “incapacidad” de los órganos internacionales de control jurisdiccional para hacer ejecutar lo juzgado por sí mismos (en el entendido de provocar la eficacia de sus pronunciamientos en el plano interno) y en definitiva garantizar, con la efectiva supervisión, el restablecimiento de los derechos conculcados para un efectivo control multinivel de derechos en el marco de la aplicación del Convenio que se trate.

En el plano convencional de protección internacional de derechos humanos, por ejemplo, tanto del artículo 13 del Convenio Europeo como del artículo 8 de la respectiva Carta Americana, se desprende que cada Estado miembro debe asegurar la existencia de las garantías para un debido proceso, así como los necesarios para un recurso judicial efectivo. Adicionalmente en cada uno de los sistemas, los respectivos órganos del control han ido desarrollando diversas alternativas y mecanismos de control interno de los derechos convencionales. Esto ha generado un debate interno en cuanto a la ubicación de estos tribunales supranacionales encargados de aplicar el respectivo tratado y sobre la relación que mantienen con los tribunales nacionales.

De una parte el desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana ha logrado permear la Convención Americana e ir desarrollando una especie de control por sobre la propia Convención a fin de asegurar su cumplimiento por parte de autoridades nacionales públicas y la judicatura en general, mediante la construcción doctrinaria del llamado “control de convencionalidad”¹⁹¹, el que será detallado más adelante, como una manera de

¹⁹⁰ En el caso del Sistema Interamericano de Protección Internacional de Derechos Humanos, con el fin de salvaguardar los derechos esenciales del hombre en el continente americano, la Convención instrumentó dos órganos competentes para conocer de las violaciones a los derechos humanos: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En palabras del ex Juez del Tribunal Europeo don Luis López Guerra “para el sistema europeo de protección de derechos humanos lo esencial desde un principio fue dotarse con una vocación eminentemente jurisdiccional, estableciendo como órgano decisorio un Tribunal con las características que definen la jurisdicción: la independencia e imparcialidad de sus miembros, el carácter contradictorio del procedimiento y el carácter de fuerza vinculante de sus decisiones. *El sistema europeo de protección de derechos humanos*. UPF, Barcelona, año 2012, p. 168.

¹⁹¹ El Control de Convencionalidad surge como una herramienta efectiva introducida por la doctrina jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conforme la cual se busca dar cumplimiento a las obligaciones convencionales de los Estados, imponiendo a los jueces nacionales la tarea de efectuar un control (difuso) convencional de las leyes internas. Aquello se traduce en la aplicación judicial directa que efectúan de la Convención y consigo una obligación de los Estados de dar cumplimiento a los fallos de la Corte. Fue acuñada como técnica judicial de la Corte de San José por primera vez conociendo del caso *Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile*, de 26 de septiembre de 2006, párrafo 124. Al indicar “(...) 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”. Aplicado al caso

ir plasmando el intenso proceso latinoamericano de constitucionalización del Derecho Internacional de Derechos Humanos y que en palabras de Raúl Canosa ha propendido “a la conversión de la Convención en canon de enjuiciamiento de la legislación interna”¹⁹². De otra la construcción doctrinal del Tribunal Europeo es aún incipiente en la materia, pues no ha impuesto un control nacional de convencionalidad, sino más bien ha “profundizado en la paulatina armonización del entendimiento de los derechos”¹⁹³ mediante la implementación, por ejemplo, del Protocolo Adicional N° 16¹⁹⁴ conforme el cual se da lugar a un nuevo procedimiento consultivo, que permitirá a los altos tribunales nacionales de un Estado parte solicitar del Tribunal Europeo opiniones consultivas sobre cuestiones y principios relativas a la aplicación e interpretación de derechos y libertades contenidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuando aquellos estén conociendo de un determinado caso de vulneración de derechos fundamentales.

Por su parte, establecidos los mecanismos de protección regional, al alero del Consejo de Europa, queda de cargo de cada Estado miembro el determinar la forma en que se harán efectivas sus obligaciones y compromisos internacionales, así como disponer una recepción interna adecuada del Convenio Europeo y demás protocolos adicionales. Esto no es sino consecuencia de la aplicación del principio de subsidiariedad (pilar del Derecho Internacional de Derechos Humanos) conforme el cual los países pasan a ser los principales responsables de cumplir con sus obligaciones internacionales, y en definitiva tutelar y promover los derechos en ellos concebidos, junto con garantizar el libre y pleno ejercicio de los mismos, asumiendo por cierto el compromiso de dar ejecución a las sentencias de la Corte Europea y con ello adoptar todas las medidas que resulten necesarias a fin de garantizar su plena efectividad¹⁹⁵. El CEDH establece un sistema de promoción y protección de DDHH subsidiario al de cada Estado parte, es decir, siempre se le da la oportunidad al Estado Signatario a que a través de su sistema jurídico proteja los derechos y, en caso de que ello no ocurra, pueden operar los organismos del Convenio¹⁹⁶. Para que la subsidiariedad opere, se entiende que el CEDH establece límites mínimos de protección de derechos (que a veces son muy exigentes) que las Partes Contratantes pueden aumentar en sus ordenamientos jurídicos e institucionalidad internos. No establece una forma específica de adaptar el CEDH al ordenamiento nacional.

concreto donde la aplicación de una ley de auto amnistía por crímenes militares violaba derechos Convencionales.

¹⁹² CANOSA USERA, op. cit., p. 16.

¹⁹³ *Ibíd.*, p. 48.

¹⁹⁴ Conforme las indicaciones de la propia Corte Europea, el Protocolo Adicional N° 16 entrara en vigor en agosto de 2018, debiendo los países atender a su ratificación para su puesta en marcha.

¹⁹⁵ LASAGABASTER HERRARTE, op. cit.

¹⁹⁶ GARCÍA ROCA y SANTOLAYA, op. cit., *Vid.* DELMAS-MARTY, Mireille. *The European Convention for the Protection of Human Rights*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1992.

Sin perjuicio de su relevancia para la internacionalización de los derechos humanos, los sistemas regionales de protección no resultan ser perfectos. Pues no se satisfacen con la sola actuación de los Estados, sino más bien demuestran ser frágiles al no contemplar ninguna técnica coercitiva de cumplimiento, por ejemplo, al no ser posible anular decisiones ni dejar sin efecto leyes internas para resolver el caso en concreto. Dicho esto, las atribuciones constitucionales de los organismos supranacionales para “hacer ejecutar lo juzgado” resultan ser inexistentes e incapaces de otorgar resguardo y protección plena a los derechos o al menos la realidad procesal de los sistemas demuestran que la mayoría de los Estados carecen de mecanismos directos de ejecución. Precisamente por ser corolario del amplio margen de acción y/o discrecionalidad que disponen los países miembros para incorporar el Derecho Internacional de Derechos Humanos y las obligaciones convencionales a que da lugar.

1. Funcionamiento del sistema europeo de protección de derechos humanos

El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en su preámbulo señala que todos sus gobiernos firmantes, a la luz de la Declaración Universal de Derechos Humanos -que tiende a asegurar el reconocimiento y la aplicación universales y efectivos de los derechos en ella enunciados-, integrantes del Consejo de Europa, sostienen que resulta clave para fortalecer la unión estrecha entre sus miembros, como medio, la protección y desarrollo de los derechos humanos y libertades fundamentales. En ese camino los Estados a fin de tomar medidas adecuadas para asegurar la garantía de tales derechos proclaman y convienen la antedicha carta.

Los derechos y libertades contenidos en el CEDH han sido concebidos en términos amplios y generales, de modo tal que el Tribunal de Estrasburgo pasa, en la práctica, a ser el encargado de interpretarlos y aplicarlos a pretexto de que el Convenio no se convierta en un mero papel intocable y olvidado en el tiempo, alejado de los problemas contemporáneos de la sociedad europea y sus individuos.

El presente título pone énfasis en la realidad europea, y en particular en la implementación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, con el objeto de examinar los efectos reales que producen las sentencias condenatorias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando este ha declarado la violación de alguno de los derechos o libertades. A su turno, bajo este título se dará cuenta de la labor del Comité de Ministros como órgano encargado de supervisar el cumplimiento de las sentencias del Tribunal regional, así como algunos avances vinculados a la obligación de dar cumplimiento al Convenio y las mejoras e innovaciones que al respecto han surgido como respuesta del sistema europeo.

Los orígenes del Consejo de Europa se debieron, en gran parte, a que después de la II Guerra Mundial se quiso evitar a toda costa que volviese a estallar un conflicto de unas

consecuencias humanas, económicas, políticas y sociales tan catastróficas, momento en el que germinó la idea de que era necesario crear una Organización Internacional que evitase futuros problemas bélicos. De esta forma el sistema europeo de protección tiene como antecedente más próximo, el surgimiento en el año 1949 del Consejo de Europa, como primer organismo internacional de carácter regional (formado inicialmente por diez Estados, actualmente integrado por 47 miembros) fundado en los valores y principios comunes europeos de “Libertad, Democracia, respeto de los derechos humanos e imperio de la Ley”. En la primera sesión consultiva del Consejo en la ciudad de Estrasburgo el 10 de agosto de 1949 se indicó que “el Consejo de Europa se fundamenta en el compromiso con los derechos humanos como concepción característica de la democracia, en la que se concede mayor importancia a la persona que al Estado”¹⁹⁷.

Reflejando el fiel compromiso con la protección y promoción de los derechos es que, con la suscripción posterior del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales en 1950, se logró materializar el mayor aporte en este sentido, el cual significó la posterior creación del órgano de control por antonomasia, a saber, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), cuya puesta en vigor fue en 1953, constituyéndose en la piedra angular de todo el sistema europeo de protección¹⁹⁸. A través de su trabajo jurisdiccional la Corte Europea supervisa la implementación de la Convención Europea en los 47 Estados Miembros que la integran, y permite el ingreso de todas las demandas individuales por violación de derechos convencionales, una vez agotadas todas las vías internas de garantía por parte de los Estados Miembros. Asimismo, la jurisprudencia de la Corte Europea ha servido para transformar la Convención Europea en un instrumento dinámico y activo, para lidiar con las nuevas necesidades del mundo global, así como para dar mayor fortaleza y vigor a los valores europeos comunes que la sostienen.

Bajo las palabras de Pierre-Henri Teitgen, miembro de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa en 1949 sostuvo:

Nadie quien sea capaz de ver años al futuro podrá reclamar vivir a salvo de amenazas y totalitarismos. Es por lo que debemos actuar primero y crear conciencia que pueda sembrar la alarma. Esa conciencia puede solo tomar la forma de una Corte especial para Europa.

¹⁹⁷ NIÑO ESTÉBANEZ, Roberto. *La ejecución en España de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Fe de erratas, Madrid, 2014, p. 15.

¹⁹⁸ Con la aprobación posterior del Protocolo adicional nº 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la incorporación de cualquier Estado al Consejo de Europa está condicionada a la previa ratificación del Convenio, lo que presupone que el Estado candidato haya adaptado sus instituciones y su ordenamiento jurídico a los principios fundamentales del Estado democrático, a la preeminencia de la ley y al respeto de los derechos humanos.

De esta forma se originó un sistema bastante único e inédito para su época, en cuya virtud se propició la creación de un mecanismo de supervisión obligatorio para los Estados Miembros.

El CEDH es el garante de los derechos fundamentales en el seno del Consejo de Europa, garantizando todos los derechos recogidos en su texto a todas las personas que se encuentren o que sean ciudadanos de cualquiera de los Estados firmantes¹⁹⁹, tal como manifiesta en el artículo 1º: “Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el título I del presente Convenio”.

Luego, conforme lo dispuesto por el artículo 19 del CEDH, el Tribunal de Estrasburgo ha sido creado con “el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del presente Convenio y sus Protocolos”. De esta forma pasan a tener titularidad activa todo aquel individuo capaz de presentar una demanda ante el Tribunal si se considera personal y directamente víctima de una violación de los derechos y garantías previstos por el Convenio o sus Protocolos (por una acción u omisión que le afecte directamente). La violación debe haberse cometido por uno de los Estados Parte en el Convenio, bajo el entendido que se trata de cualquiera de sus autoridades, ya sean de la administración pública, legislatura y magistratura o tribunal nacional.

También, el valor de la jurisprudencia emanada del TEDH, cuyas sentencias son directamente obligatorias para los Estados miembros del Consejo de Europa que -por aplicación del artículo 46 del CEDH²⁰⁰- resultan de obligado cumplimiento, lo que no significa que sean ejecutivas, sino que son declarativas, teniendo posteriormente los países cierta libertad de actuación para su posterior ejecución, según se verá más adelante.

En primer término, reviste especial atención la naturaleza del acto u omisión que genera la vulneración del Convenio y en consecuencia acarrea la responsabilidad internacional del Estado infractor. La contravención al Convenio se produce básicamente por una actuación u omisión del Estado parte, y de sus funcionarios en el ejercicio de la labor pública, organismos e instituciones que la componen, que acarrea el incumplimiento y violación de los derechos reconocidos en el Convenio o sus protocolos. Esto incluye a todo órgano estatal, sea esta infracción cometida tanto por quienes integren los distintos poderes estatales ejecutivo, el cuerpo legislativo o judicial, este último en el ejercicio de la administración de justicia.

¹⁹⁹ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Editorial Tecnos, 2003, p. 21.

²⁰⁰ Art. 46 CEDH: “Fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias. 1. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean parte. 2. La sentencia definitiva del Tribunal será transmitida al Comité de Ministros, que velará por su ejecución”.

Cuando se produce que “el ilícito convencional nace de una resolución judicial firme, la ejecución de dicha sentencia conllevaría la revisión de la cosa juzgada, y para esto, no existe en el ordenamiento jurídico ningún mecanismo idóneo”²⁰¹, más aún cuando la ejecución implica abrir procesos judiciales concluidos con sentencia firme, pasados con autoridad de cosa juzgada. En cambio, si la infracción emana de una ley (de su aplicación) o de la dictación de acto administrativo, el sacrificio para revertirlo sería menor toda vez que bastaría el compromiso de los poderes públicos (Parlamento y la administración) a objeto de derogar la norma, modificarla y/o revocar el acto sin la necesidad de pasar por tensiones de carácter competencial en la esfera judicial.

Por ello, el proceso de dar ejecutividad a las sentencias del Tribunal Europeo presenta ciertas deficiencias, de ahí la necesidad de buscar alternativas viables para brindar mayor fuerza al sistema europeo de protección y propender a la generación de nuevas herramientas que permitan justificar la necesaria ampliación de la discrecionalidad (hasta hoy mermada) del Tribunal de Estrasburgo para hacer ejecutar lo juzgado de forma eficaz y eficiente. Los actuales protocolos adicionales N° 15 y N° 16 vienen a ser una fórmula que, junto a los casos piloto²⁰², buscan ampliar las actuales competencias del Tribunal Europeo y con ello vigorizar su labor de garante de los derechos humanos. Como se detallará más adelante, ambos protocolos persiguen básicamente dos objetivos. Por un lado, mejorar el procedimiento ante dicho tribunal, a efectos de procurar una rápida resolución de los casos ante él planteados; y por otra, promover un diálogo con las autoridades nacionales a fin de facilitar la protección de los derechos humanos a nivel interno.

La decisión de identificar una sentencia como piloto y la aplicación de los elementos establecidos en el art. 61 RTEDH se hace en virtud del artículo 46 CEDH. Así, después de analizar las vulneraciones materiales del CEDH, a veces incluso después de hacer el examen sobre la necesidad de reconocer una satisfacción equitativa a los demandantes (artículo 41 CEDH), se abre, en la parte argumentativa de la sentencia, un epígrafe dedicado al artículo 46 CEDH²⁰³. Por el art. 61 CEDH: cuando los hechos de una demanda revelen la existencia de un problema sistémico o estructural u otra disfunción que haya aparecido ya en diferentes asuntos. A partir de aquí, es competencia exclusiva del Tribunal decidir si en una demanda

²⁰¹ NIÑO ESTÉBANEZ, op. cit., p. 9.

²⁰² El procedimiento de caso piloto nace como respuesta a lo que el TEDH denomina demandas repetitivas. Se trata de demandas individuales presentadas por personas no organizadas pero generadas por la misma causa, con el mismo origen. Por lo general, además, la causa de la violación suele estar en una disposición general interna (leyes, reglamentos, etc.) o en un fallo estructural del sistema nacional de tutela de los derechos, por acción u omisión. Aunque el procedimiento piloto no fue codificado en el Reglamento del TEDH hasta 2011, el punto de partida de este método para lidiar con asuntos repetitivos lo dio el Comité de Ministros con la aprobación de la Resolución Res (2004)3 sobre sentencias que pongan de manifiesto problemas estructurales. Vid. QUERALT JIMÉNEZ, Argelia. “Las sentencias piloto como ejemplo paradigmático de la transformación del tribunal de europeo de derechos humanos”. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018, pp. 395-424.

²⁰³ *Ibíd.*, p. 408.

o supuesto de hecho concurren las situaciones descritas. A este respecto, las partes pueden indicar la necesidad de convertir el proceso en un procedimiento piloto. Sin embargo, no parece que quepa distinguir todavía un criterio inequívoco que permita anticipar, en todo caso, la decisión del TEDH al respecto. Esto es, el Tribunal, cuando adopta la decisión de aplicar el procedimiento piloto sí que identifica cual es el problema sistémico o disfunción, aunque tampoco se distingue entre problema estructural, sistemático o disfunción del sistema interno²⁰⁴.

Las sentencias piloto suponen un cambio respecto del control que realiza el Tribunal cuando resuelve una demanda y respecto de la naturaleza de sus sentencias. Según jurisprudencia reiterada y consolidada del TEDH, la función de tutela individual que tiene atribuida el Tribunal como órgano de control del cumplimiento de los derechos convencionales se lleva a cabo a través de un control concreto de las demandas, es decir una tutela caso a caso. Esto supone, que el Tribunal que examina una demanda individual contra un Estado parte se limite a comprobar si los hechos descritos, actos o ejecuciones de normas generales, son contrarios al estándar europeo. El Tribunal ha reiterado que su naturaleza internacional y subsidiaria no le permite realizar controles en abstracto de los ordenamientos jurídicos implicados. Sin embargo, es igualmente conocido que el Tribunal en no pocas ocasiones ha excepcionado su propia regla, haciendo controles in abstracto de normas o disposiciones generales²⁰⁵.

No obstante, en el procedimiento piloto la naturaleza del control cambia totalmente ya que su razón de ser es la necesidad de llevar a cabo un control general de la situación de la que derivan gran número de vulneraciones convencionales. Una parte importante de la sentencia se dedica, precisamente, a señalar cuales son las carencias del sistema doméstico y qué tipo de medidas deberían ser adoptadas. Las sentencias piloto son un instrumento a través del que Tribunal reivindica la obligatoriedad de sus decisiones y refuerza su alcance. Para cumplir con las sentencias del Tribunal, todas ellas, no solo las piloto, se requiere que los Estado adopten las medidas necesarias para restablecer al particular en sus derechos, para evitar que la vulneración del CEDH se repita y para permitir al resto de víctimas de la violación convencional disfrutar de los remedios efectivos brindados al demandante individual. Lejos queda esta aproximación de aquellas sentencias meramente declarativas²⁰⁶.

²⁰⁴ *Ibíd.*, p. 409

²⁰⁵ Vid. QUERALT JIMÉNEZ, Argelia. *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 29, 54 y ss.; QUERALT JIMÉNEZ, Argelia. *El Tribunal de Estrasburgo: Una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, capítulo 2.

²⁰⁶ QUERALT JIMÉNEZ. “Las sentencias piloto...”, *op. cit.*, p. 411.

En otro orden de ideas, una de las deudas del Convenio Europeo en el escenario actual, es la carencia de un procedimiento homogéneo de adecuación interna²⁰⁷. En efecto, se observa continuamente que las sentencias condenatorias dictadas por el Tribunal de Estrasburgo entran en pugna con el poder público, ya que, a la hora de darles un efectivo cumplimiento, el Estado responsable goza de amplio margen de discrecionalidad²⁰⁸, para adoptar e imponer las medidas que considere necesarias (generales y específicas) para restablecer el derecho conculcado y resarcir a las víctimas. Sin perjuicio de ello como salvaguardia de la constatación anterior, se advierten algunos avances normativos y la existencia de un diálogo que podríamos llamar reglado entre los distintos niveles de la judicatura internacional y nacional.

Sentadas las bases del alcance de la obligatoriedad de sus decisiones, y a diferencia de lo que es la regla general en la práctica del Tribunal, en las sentencias de los casos piloto, además de identificar en la argumentación de la decisión cuales son las causas concretas que generan la disfunción interna, en el fallo se señala al Estado responsable de la violación que debe adoptar las medidas generales e individuales que sean necesarias para acabar con esta situación. Cambia de este modo la naturaleza tradicional que se venía atribuyendo a las sentencias del TEDH, derivada de su naturaleza internacional, y que esta jurisdicción había asumido: sentencias declarativas, cuyo fallo se limitaba a constatar, en su caso, la vulneración del CEDH y que podía venir acompañada de una decisión sobre la satisfacción equitativa para las víctimas²⁰⁹.

Este proceder muestra como las sentencias piloto actúan como una excepción a la naturaleza propia de las sentencias -carácter declarativo- y, por tanto, en principio, su imposibilidad de fijar medidas concretas de reparación. En este sentido, el TEDH da un paso más allá en la determinación del contenido del *restitutio in integrum* que ya identificó en la sentencia como la obligación de resultado derivada de una sentencia estimatoria. Si en los últimos años el TEDH había optado, en supuestos excepcionales, por indicar también en la parte dispositiva una obligación concreta al Estado, pero en forma de medida individual²¹⁰, la sentencia piloto es una apuesta clara por dirigir la respuesta del Estado a la solución adecuada, compatible, con el estándar europeo.

Este fenómeno reviste interés no solo para quienes se preocupan por la protección y la promoción de los derechos humanos, sino que también para quienes buscan mayores niveles de certeza jurídica en la relación habida del derecho público nacional y el Derecho

²⁰⁷ MORENO CASTAÑEDA, Jeimy Catalina. *Análisis comparado de los principales componentes del sistema interamericano y europeo de protección de los derechos humanos [tesis de grado]*. Bogotá, D. C.: Universidad La Gran Colombia.

²⁰⁸ GARCÍA ROCA, Javier. *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. Madrid: Civitas, 2010, pp. 107-224.

²⁰⁹ QUERALT JIMÉNEZ. “Las sentencias piloto...”, op. cit., p. 411.

²¹⁰ Sentencia TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS - TEDH. del Río Prada contra España, de 10 de julio de 2012 (Sala) y de 21 de octubre de 2013 (Gran Sala).

Internacional de los Derechos Humanos. Por ello se dejarán entrever algunos de criterios jurisprudenciales claves que acogen el problema y buscan ir dando soluciones al respecto.

a) Aplicación del sistema europeo de derechos humanos y su carácter subsidiario

Es sabido que el surgimiento de los sistemas internacionales y -en particular- los tribunales regionales en materia de derechos humanos han tenido como antecedente más próximo los hechos acaecidos durante la II Guerra Mundial. Es allí donde precisamente, como consecuencia de su violación sistemática, han brotado las primeras tendencias de la sociedad internacional hacia el reconocimiento de la universalidad de los derechos humanos y la creación de organismos intergubernamentales destinados a velar por su respeto, promoción y protección. Una de las principales y más representativas manifestaciones en el plano universal ha sido el surgimiento de la Organización de las Naciones Unidas y con ella la aparición de la Comisión de Derechos Humanos (sustituida hoy por el actual Consejo de Derechos Humanos) en donde tuvo lugar la génesis del proyecto de la Carta o Declaración Universal de Derechos Humanos²¹¹.

En ese sentido, tras el cese de la actividad bélica y la posterior restitución de la paz, en el plano local europeo, los Estados se vieron en la necesidad de generar alianzas y adoptar medidas comunes con el objeto de instaurar una organización supranacional encargada de restablecer los valores europeos esenciales de democracia, Estado de Derecho y compromiso con la protección de los derechos humanos. De esta manera se buscaba poner término definitivo a las atrocidades y crímenes de lesa humanidad cometidos luego de la Segunda Guerra Mundial, a fin de juzgarlos y sancionarlos, mediante la instauración de un control efectivo supranacional que además serviría para prevenir futuras amenazas y violaciones.

En el ejercicio de estos ideales comunes es que tomó forma la primera organización de carácter regional en el año 1949, a saber, el Consejo de Europa²¹² con el objetivo claro de mantener el compromiso común de los Estados hacia la promoción de los derechos humanos, instando a todos sus países adherentes a la adopción del Convenio Europeo de Derechos Humanos²¹³, como primer cuerpo normativo vinculante, motivando también el

²¹¹ El primer instrumento internacional de reconocimiento consta en la Declaración Universal de Derechos Humanos proclamado por la Asamblea General de Naciones Unidas en París, en su resolución 217 A (III), de fecha 10 de diciembre de 1948.

²¹² El Estatuto del Consejo de Europa se aprobó el 5 de mayo de 1949. La vinculación de España al Convenio Europeo se concretó mediante firma en 1977 y posterior ratificación en instrumento de fecha 4 de agosto de 1979.

²¹³ El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales es un tratado internacional bajo el cual los Estados miembros del Consejo de Europa toman la promesa de asegurar los derechos fundamentales civiles y políticos no solo para sus ciudadanos, sino también a todos quienes se encuentren dentro de su jurisdicción. Fue adoptado en la ciudad de Roma, el 4 de noviembre de 1950, para luego entrar en vigencia el 3 de septiembre de 1953.

posterior surgimiento de su órgano de control por antonomasia, a saber, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos²¹⁴, en cuyo seno radica la competencia contenciosa para conocer y juzgar de los asuntos sometidos a su conocimientos. Bajo la estricta misión de velar porque los Estados Miembros den cumplimiento a las obligaciones contraídas en virtud del referido Convenio y garantizar una adecuada protección de los derechos humanos y libertades fundamentales allí recogidos. Junto a él se presenta el Comité de Ministros del Consejo de Europa²¹⁵, órgano que será analizado más adelante, como fiel aliado político, encargado de la supervisión y el cumplimiento de las sentencias condenatorias dictadas por la Corte Europea.

Por otro lado, la protección establecida en el Convenio no se encuentra concebida para proteger la totalidad de los derechos humanos recogidos en diversos cuerpos universales e internacionales, sino que únicamente cobija ciertos y determinados derechos y libertades fundamentales que, como diría el autor Roberto Estébanez, “constituyen el denominador común de los sistemas democráticos, como fruto de una larga experiencia”²¹⁶ habida cuenta su naturaleza geográfica de carácter regional. Al respecto el Tribunal Europeo ha manifestado, en directa alusión a los valores y principios comunes comprendidos en el Preámbulo del Convenio, que “este párrafo ilustra el «proceso selectivo» seguido por los redactores. Por ende, el Convenio no protege los derechos humanos en general, sino que tan solo «algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal” concluyendo luego que “el carácter «selectivo» del Convenio queda fuera de toda duda”²¹⁷. De esta manera, con el devenir del tiempo el Convenio ha ido

²¹⁴ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos fue instalado en 1959. Posee competencia contenciosa para conocer de todas las demandas individuales y Estatales en las cuales se alegue la violación de los derechos civiles y políticos contemplados en el respectivo Convenio. Desde 1998 se instaló como tribunal permanente con sede en Estrasburgo, capaz de conocer de forma directa de todas demandas individuales en que ejerce jurisdicción.

²¹⁵ La competencia del Comité de Ministros para hacer ejecutar lo juzgado se encuentra establecida principalmente en el Artículo 46 del CEDH: Fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias 1. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes. 2. La sentencia definitiva del Tribunal se transmitirá al Comité de Ministros, que velará por su ejecución. 3. Cuando el Comité de Ministros considere que la supervisión de la ejecución de una sentencia definitiva resulta obstaculizada por un problema de interpretación de dicha sentencia, podrá dirigirse al Tribunal con objeto de que este se pronuncie sobre dicho problema de interpretación. La decisión de dirigirse al Tribunal se tomará por mayoría de dos tercios de los votos de los representantes que tengan derecho a formar parte del Comité. 4. Si el Comité considera que una Alta Parte Contratante se niega a acatar una sentencia definitiva sobre un asunto en que es parte, podrá, tras notificarlo formalmente a esa Parte y por decisión adoptada por mayoría de dos tercios de los votos de los representantes que tengan derecho a formar parte del Comité, plantear al Tribunal la cuestión de si esa Parte ha incumplido su obligación en virtud del párrafo 1. 5. Si el Tribunal concluye que se ha producido una violación del párrafo 1, remitirá el asunto al Comité de Ministros para que examine las medidas que sea preciso adoptar. En caso de que el Tribunal concluya que no se ha producido violación alguna del párrafo 1, reenviará el asunto al Comité de Ministros, que pondrá fin a su examen del asunto.

²¹⁶ NIÑO ESTÉBANEZ, op. cit., p. 19.

²¹⁷ Cfr. Sentencia TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. N° 4451/70, Case of Golder vs. The United Kingdom, 1975, párr. 34

construyendo una base sólida y nutrida sobre la cual ha sido posible, por intermedio de la aprobación sucesiva de protocolos adicionales, sumar otros derechos y libertades objeto de protección, así como también a instancias del Consejo de Europa, para robustecer el catálogo de derechos²¹⁸.

En la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el principio de subsidiariedad es distinguido como aquel conforme el cual se:

Reconoce la función complementaria del derecho y de las instituciones internacionales para supervisar y asistir a los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, en materia de derechos humanos. Pero que al mismo tiempo reconoce la existencia de amplios espacios de libertad a los ordenamientos jurídicos nacionales para definir el alcance y los mecanismos institucionales de cumplimiento de dichas obligaciones.²¹⁹

En este contexto, según lo concibe la Corte Europea, dicho principio presupone que corresponde en primera instancia a los Estados respetar y garantizar tales derechos en el ámbito de su jurisdicción. Y solo cuando no sea así, los órganos internacionales podrán intervenir de forma subsidiaria, en el marco de su competencia, para asegurar y supervisar el cumplimiento de dichas obligaciones²²⁰.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, complementa lo dispuesto por su par Europea, al precisar que el principio de subsidiariedad determina el ámbito y los límites de la intervención de los órganos regionales cuando los Estados no han cumplido adecuadamente con los deberes de respeto y garantía reconocidos en los referidos pactos. De este modo, en el caso de los órganos regionales, estos pueden intervenir en los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Miembros en razón de la propia convención, únicamente cuando estos no hayan cumplido dichas obligaciones de forma voluntaria, o no lo hayan hecho adecuadamente. A contrario

²¹⁸ A instancias del Consejo de Europa ha sido posible defender los Derechos Humanos y los ideales comunes de Democracia por medio de la producción de Convenciones Internacionales. Estas, al igual que el CEDH, son tratados internacionales que resultan obligatorios para todos los Estados Miembros del Consejo desde que lo han suscrito y posteriormente ratificado. De esta forma entre los más relevantes destacan: La Carta Social Europea 1961; Convención sobre el Ciber-crimen 2004; La Carta Europea de Autogobierno Local; La Convención Europea de Cultura 1954; La Convención sobre Protección de niños en contra de la explotación y abuso sexual (Convención de Lanzarote); la Convención sobre prevención y el combate en contra de la violencia hacia la mujer y doméstica (Convención de Estambul); la Convención Europea de Derechos Humanos y Biomedicina; Convención sobre la falsificación de productos médicos y crímenes similares que envuelvan amenazas contra la salud pública (Convención del Medi-crimen).

²¹⁹ GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, Pablo. "La doctrina del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad". *Estudios constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca [online]*, 2017, vol. 15, núm. 1, p. 83.

²²⁰ Sentencias del TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS - TEDH. *Kudła vs. Poland*, Application No. 30210/96, Judgment of 26 October 2000, para. 152; *TEDH, Handyside vs. the United Kingdom*, Application No. 5493/72, Judgment of 7 December 1976, para. 48; *TEDH, Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" vs. Belgium (merits)*, Application No. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, Judgment of 23 July 1968, para. 10; y Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Preámbulo y artículo 51.1.

sensu, corresponderá al propio Tribunal abstenerse de intervenir en dichos asuntos cuando los Estados actúen conforme sus obligaciones de respeto y garantía de derechos humanos²²¹.

Ahora bien, dentro de los presupuestos de actuación de la CoIDH, es posible advertir determinados fundamentos para su intervención jurisdiccional. En ese sentido el jurista Remotti²²², advierte que la necesaria relevancia de recurrir a la Corte “no puede ser tomado con una deslealtad al país ni puede originar ninguna sanción, perjuicio o consecuencia negativa a quien lo haga”, es decir, no puede existir coacción en contra de las eventuales víctimas de una violación de derechos para que estos recurran a la instancia regional de protección, siendo el estado quien contraviene el Convenio el responsable de los daños y recibir sanciones. Por otro lado, el mismo autor destaca que “la defensa de los derechos humanos no puede ser entendida como una indefensión del Estado”²²³, según señala para la Corte los Estados son quienes deben garantizar el pleno ejercicio y eficacia de los derechos reconocidos en la CADH, de este modo debe disponer de medios efectivos y eficaces de defensa accesibles a sus ciudadanos y para consigo mismo para hacer frente a otros Estados. También advierte que la gravedad de los delitos no puede fundamentar la violación de derechos del Convenio, es decir no exime al estado del cumplimiento de su deber de respetar los derechos y garantías²²⁴.

Ahora bien, el Convenio Europeo se instala como un mecanismo regional pionero de carácter internacional, y por cierto subsidiario, el cual en esencia actúa bajo el propósito de adecuar la actividad estatal a ciertos estándares mínimos y comunes de protección, mediante la imposición y adecuación de obligaciones convencionales al poder público de los Estados adherentes al Convenio. Instaurándose así un sistema europeo de protección jurisdiccional al que los Estados Miembros y sus ciudadanos de forma individual puedan acceder de igual forma. En efecto resulta preciso tener en cuenta que el sistema de protección de derechos que garantiza el Convenio es subsidiario con respecto a los sistemas nacionales y, precisamente por ello, el tribunal solo puede entrar en el fondo de los asuntos cuando se han agotado todas las vías de reclamación establecidas en el derecho interno. Dentro de este sistema de protección jurisdiccional, la relación entre el Tribunal y la jurisdicción estatal está primordialmente basada en el principio de subsidiariedad. Y es así porque se asienta, esencialmente en tres argumentos: “la inmediatez y la proximidad de las autoridades nacionales; la reparación menos satisfactoria dada por el Derecho internacional

²²¹ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CIDH. Asunto Comunidades del Jiguamiandó y del Curvaradó respecto de Colombia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 22 de mayo de 2013, párr. 52.

²²² REMOTTI CARBONELL, op. cit., pp. 29-30.

²²³ *Ibíd.*, pp. 30-31

²²⁴ *Ibíd.*, pp. 33-34.

ante las violaciones de derechos; y la insuficiente institucionalización de la comunidad internacional”²²⁵.

Ahora bien, podríamos deducir que el principio de subsidiariedad, reforzado por el Protocolo Adicional N° 15²²⁶, se concreta particularmente en tres aspectos: i.- concibe a los Estados Miembros como principales responsables de la protección de los derechos y libertades contenidos en la Convención (artículo 1°); ii.- imponiéndoles a su vez el deber de crear mecanismos internos efectivos para la salvaguarda de los derechos y reparación de las violaciones cometidas, (artículo 13); y iii.- en la exigencia del previo agotamiento de los recursos internos (Artículo 35.1). En efecto, en opinión del jurista Josep Casadevall tal atributo se encuentra “íntimamente vinculado con la circunstancia de que los destinatarios directos y naturales del Convenio sean los jueces y tribunales del orden interno y que el sistema de control internacional solo actúa por defecto o en subsidio”²²⁷.

Asimismo, con el Protocolo Adicional N° 15, se refuerza la subsidiariedad del sistema regional, al introducir menciones directas de dicho concepto en el preámbulo del Convenio como cuando se infiere de sus disposiciones que regulan el margen de discrecionalidad de que gozan los Estados para elegir los medios conforme los cuales deberán dar cumplimiento al Convenio, la reducción del plazo para presentar demandas (que pasó de 6 a 4 meses desde la última actuación), dando cabida a la reparación de los perjuicios, como forma de morigerar la excesiva carga que tiene dicho Tribunal, otorgándole cierta libertad para escoger que asuntos deberá conocer y cómo (según opera la distribución y funcionamiento de los Jueces, Salas y Gran Sala dispuesta por el protocolo en cuestión).

Sobre el particular, Fernando Mariño sostiene que la “jurisprudencia y doctrina tienen una función subsidiaria que se cumple después de que se hayan considerado las normas del Derecho Internacional positivo y únicamente con la finalidad de perfilar su sentido o de construirlo”. Agrega que el ámbito de su aplicación es restringido, pues

Debe señalarse ante todo que una sentencia válida de un tribunal internacional (arbitral o judicial) es un hecho jurídico normativo que soluciona una controversia internacional por medio de la creación de normas obligatorias, pero únicamente para los sujetos de Derecho Internacional, partes en un litigio contencioso y con relación al caso objeto de la decisión (...).

²²⁵ NIÑO ESTÉBANEZ, op. cit., pp. 22-24.

²²⁶ El Protocolo adicional N° 15, por el cual se enmienda el Preámbulo del Convenio Europeo de Derechos Humanos, consta en el documento denominado “Treaty No.213”, el cual fue abierto a la firma y suscripción de las Altas Partes Contratantes, a excepción de Bosnia y Herzegovina, con fecha 24 de junio de 2013. Pendiente aún de entrar en vigor sino hasta que haya sido ratificado por todos los Estados Parte firmantes. A la fecha de consulta consta haber sido ratificado por 43 Estados, restando la ratificación de 3 países: España, Grecia e Italia.

²²⁷ CASADEVALL, op. cit., p. 90; WHITE y OVEY, op. cit.; PETTITI, DECAUX y IMBERT, op. cit.

Ello no obsta, a que algunas sentencias por la materia que traten, por la calidad de sus razonamientos y por la autoridad de los juristas que integran el tribunal, puedan influir significativamente en el Derecho Internacional; sin embargo “juzgar no es crear derecho de aplicación general, la práctica consistente en la repetición de sentencias internacionales aplicadores de idéntica norma, de modo ininterrumpido, general y constante, es por sí sola suficiente para originar una costumbre internacional”. Se requeriría para esto último “la práctica de los Estados u otros sujetos”²²⁸.

En consecuencia, la aplicación de la protección regional europea y la relación entre la Corte Europea y la jurisdicción estatal están primordialmente basadas en este principio de subsidiariedad, pilar estructural del Derecho Internacional de Derechos Humanos, y que superpone a los Estados como los principales responsables de la tutela de los derechos fundamentales y de las libertades públicas reconocidas en el Convenio Europeo. Este principio se asienta esencialmente en tres argumentos: la inmediatez y la proximidad de las autoridades nacionales; la reparación menos satisfactoria dada por el Derecho internacional ante las violaciones de derechos; y la insuficiente institucionalización de la comunidad internacional²²⁹.

Por otro lado, existen dudas sobre cuál es la influencia que ejerce el principio de subsidiariedad en la protección internacional de los derechos humanos, y en consecuencia, cuál es el campo de aplicación de los sistemas regionales en la toma de decisiones internas, para cuando por intermedio de la actuación del órgano de control supranacional, se resuelve sobre la aplicación e interpretación final de las leyes nacionales contrarias a la respectiva convención. Suponiendo en definitiva que competencia internacional de los tribunales supranacionales, haga suponer un amplio margen de actuación a la inversa, esta vez en desmedro de un casi nulo espacio de actuación (alegado) por las autoridades nacionales, sobre todo cuando toca justificar la no aplicación del control de convencionalidad en el plano interno. Así surgen también cuestionamientos hacia la labor de los órganos internacionales, aduciendo crisis y déficit democrático de las instituciones internacionales, generándose por los Estados interrogantes sobre quién es el que debe decidir o más bien, quién tiene la última palabra para decidir sobre cuál es la ley aplicable frente a una violación convencional, o cuál es la real autoridad que ejercen los tribunales supranacionales, y hasta dónde puede llegar su grado de autoridad en la imposición de las obligaciones convencionales por sobre las normas internas.

La realidad de los sistemas ha cambiado conforme las circunstancias y el contexto histórico político de las naciones que propiciaron su origen. Si bien, siguen existiendo latentes violaciones de derechos humanos, el tipo de violaciones que se comenten van concentrándose cada vez más en temas de índole social, igualdad de género, matrimonio

²²⁸ MARIÑO, op. cit., pp. 379-380.

²²⁹ NIÑO ESTÉBANEZ, op. cit., pp. 22-24.

homoparental, discriminación racial y orientación sexual, de seguridad social económica de los Estados, o al reconocimiento de nuevos derechos emergentes, entre tantos otros. Decantándose las violaciones masivas y atentados contra la vida, torturas, desapariciones forzadas, que motivaron el origen e intervención más que directa de los órganos internacionales en sus comienzos²³⁰.

Si la autoridad internacional debe respetar los principios de autodeterminación democrática de cada uno de los Estados Miembros, ¿cómo deberían entonces los tribunales internacionales abordar las complejas situaciones internas que afectan los derechos convencionales de las personas? Para ello es que existe el principio de subsidiariedad, en un contexto donde estos sistemas son realizados para combatir los autoritarismos y apariencias de democracias internas, es dable construirlos en base este, ya que conforme su naturaleza es posible resolver sobre la autoridad del sistema regional y reconocer las posiciones de los Estados Miembros como actores fundamentales para la aplicación de las normas internacionales de derechos humanos, en señal de deferencia hacia el plano estatal, dejando la actuación internacional cuando los primeros hayan fallado en su construcción. La actuación de la subsidiariedad ha sido clave también para legitimar los sistemas regionales y para reivindicar, entre otros principios, el democrático y la toma de decisiones internas, como necesario para asegurar el crecimiento de los sistemas internacionales de la mano con los gobiernos locales, quienes en primera instancia los instituyeron y sostienen²³¹.

El Tribunal Europeo, ha expresado sobre la aplicación subsidiaria del control jurisdiccional, como corolario de la doctrina del margen de discrecionalidad nacional: que

El mecanismo de salvaguarda instaurado por el Convenio reviste un carácter subsidiario en relación con los sistemas nacionales de garantía de los derechos del hombre. El Convenio confía, en primer lugar, a cada uno de los Estados contratantes el cuidado de asegurar el goce de los derechos y libertades que consagra. Las instituciones creadas por él contribuyen a esa finalidad, pero no entran en juego sino por la vía contenciosa y después de haberse agotado las vías de recursos internos (artículo 26). [Luego agrega con motivo del artículo 10.2 del Convenio] (...) las autoridades del Estado se encuentran en principio mejor situadas que el juez internacional para pronunciarse sobre el contenido preciso de estas exigencias, así como sobre la «necesidad (...) de una restricción o sanción destinada a dar una respuesta a ello (...) En consecuencia, el artículo 10.2 reserva a los Estados contratantes un margen de apreciación. Al tiempo se concede este margen al legislador nacional (previstas por la ley) y a los órganos, especialmente a los judiciales, llamados a interpretar y aplicar las leyes en vigor.²³²

²³⁰ CONTESSE, Jorge. “Contestation and Deference in the Inter-American Human Rights System”. *79 Law & Contemporary Problems*, 2016, pp. 123-145; HEFFERNAN, Liz y KINGSTON, James (eds.). *Human Rights. A European Perspective*. Portland: The Round Hall Press, 1994.

²³¹ *Ibíd.*, p. 145.

²³² *Case of Handyside vs. United Kingdom*, op. cit., párr. 48.

Una de las manifestaciones consecuenciales de la subsidiariedad viene a ser el margen de apreciación nacional que instalan los Estados para adoptar las disposiciones y dar cumplimiento de las obligaciones que impone la CEDH a los Estados Miembros, y que en consecuencia repercute asimismo en la forma de dar observancia a las sentencias dictadas por la Corte Europea frente a la violación de derechos. Aquel margen, que antes de la llegada de la enmienda sugerida por el Protocolo adicional nº 15 no tenía consideración expresa en el texto del Convenio Europeo, ha sido unida al principio de subsidiariedad, como consecuencia de la protección regional europea, el actuar del Tribunal Europeo, queda supeditado al agotamiento de las vías internas de protección para ejercer su defensa únicamente en defecto de aquellas.

El margen de apreciación nacional no se encuentra en ninguna disposición del Convenio Europeo, más bien es considerado como una construcción jurisprudencial de carácter del propio TEDH²³³ en la revisión judicial de asuntos. 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 estatal²³⁴.

En opinión de Javier García Roca, existe una especie de deferencia hacia la actuación de las autoridades nacionales, en cuyo caso el TEDH queda imposibilitado de poder realizar cualquier actuación que implique la modificación y/o revocación de las decisiones internas, en la medida a que obedece o se satisface el interés local. Así, el instrumento de adecuación que supone el margen de apreciación implica la deferencia hacia la garantía nacional²³⁵. Al efecto se deriva una especie de reserva interna en cuanto a las decisiones que se toman en el plano local para la regulación y restricción de los derechos y libertades, así como también para la ejecución de sentencias del Tribunal Europeo, en gran medida como contrapeso o respuesta de los Estados que emerge por haberse reconocido

²³³ 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?* Cambridge: Center for European Legal Studies, University of Cambridge, 2012, pp. 1-30; JUSTUS VASEL, Johann. “El ‘Margin of Appreciation’ como elemento clave en el Derecho Constitucional Europeo”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2009, núm. 11, pp. 189-208.

²³⁴ SPEALMANN, op. cit., p. 3

²³⁵ GARCÍA ROCA, op. cit., p. 95. También ver HEFFERNAN y KINGSTON, op. cit.; ARAI-TAKAHASHI, Yutaka. *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*. Antwerp-Oxford-Nueva York: Intersentia, 2002; PICHERAL, Carolina y DIDIER OLONGA, Alain. “La théorie de la marge d’appréciation dans la jurisprudence récente de la Cour Européenne des Droits de l’Homme”. *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, 1995, núm. 24, pp. 566-614.

internacionalmente el CEDH y en consecuencia admitir la garantía jurisdiccional europea y someterse a la obligatoriedad de sus sentencias²³⁶.

De esta forma invocando a la subsidiariedad, como consecuencia del acuerdo voluntario de los Estados Miembros que se obligan en virtud del Convenio Europeo, estos junto al Tribunal de Estrasburgo, se aseguran la conjunción entre los diversos niveles de protección nacional e internacional, gestando en cierta medida una especie de división de poderes en los distintos niveles de protección jurisdiccional: inspirado primeramente por la actuación interna de los tribunales nacionales y constitucionales, para luego y solo en subsidio o en defecto, si las circunstancias así lo ameritan, podrán elevar y dirimir el asunto en la jurisdicción internacional²³⁷.

En la actuación del Tribunal Europeo es posible localizar el principio de subsidiariedad, manifestado en algunas de sus principales actuaciones, así como cuando se destaca el carácter final y definitivo de las sentencias condenatorias, las cuales no admiten recurso en contrario, provocando el efecto directo de cosa juzgada. Sin embargo, en su contracara, no disponen de elementos directos de compulsión para imponer modificaciones o derogaciones de las actuaciones nacionales, por cuanto resultan de la aplicación de la protección internacional subsidiaria basada en el consentimiento voluntario de los Estados Miembros.

Entre sus manifestaciones más directas contenidas dentro del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, se encuentra la obligación establecida en el artículo 35.1, en que se dispone que “al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internas”. Traduciéndose esta en una obligación positiva para los Estados que importa proveer de las garantías mínimas para la defensa de los derechos de los individuos, y disponer un sistema de recursos efectivos con los que se garantice que todos los sistemas europeos, independiente su naturaleza Legal o *Common Law*, dispongan de un mínimo de amparo o garantía nacional que opere de forma autónoma, la que en su defecto queda posteriormente cubierta por la garantía internacional.

En este sentido destaca el caso de la Constitución Política Española, la cual contempla la acción constitucional de amparo, a su vez subsidiaria del mecanismo interno de garantía jurisdiccional ordinaria, como un recurso extraordinario y subsidiario, mediante

²³⁶ POLAKIEWICZ, Jörg. “The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights”. En: *Fundamental Rights in Europe, The European Convention on Human Rights and its Member States*, 1950-2000, Robert Blackburn, y Jörg Polackiewicz (eds.). Oxford: Oxford University Press, 2001; TORRES PÉREZ, Aida. “Fuentes Bobo y la infraejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en España”. *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 21, 2007.

²³⁷ GARCÍA ROCA, op. cit., p. 99; véase también GALETTA, Diana. “Il principio di proporzionalità nella Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio”. *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1999, núm. 3-4, pp. 743-771.

el cual el Tribunal Constitucional tutela únicamente algunos de los derechos fundamentales de la Carta Fundamental, contemplados en la sección 1ª del capítulo II, a los que se refiere el artículo 53.2 de la Constitución Española, y que incluye aquellos derechos y libertades que van de los artículos 15 al 29 de la CPE. Dejando fuera, por ejemplo, el Derecho a la Propiedad, contemplado en el artículo 33 de la CPE, que en cambio en la instancia de amparo internacional si encuentran protección (recogido por el Protocolo Adicional N°1, Artículo 1 bajo el título de “Protección de la Propiedad”) y que por tanto respecto de aquellas intervenciones del Tribunal Europeo, se trata de situaciones que quedan desprovista de todo tipo de protección constitucional al no incluirla, por motivos de índole histórico y dificultad económica de poder garantizar.

Otra clara manifestación de este principio, se encuentra establecida en la posibilidad para los Estados de realizar ciertas reservas y/o declaraciones interpretativas sobre el sentido de alguna disposición al Convenio, conforme lo establece el artículo 57 del mismo cuerpo, el cual dispone en su numeral 1:

Todo Estado podrá formular, en el momento de la firma del presente Convenio o del depósito de su instrumento de ratificación, una reserva a propósito de una disposición particular del Convenio en la medida en que una ley en vigor en su territorio esté en desacuerdo con esta disposición. Este artículo no autoriza las reservas de carácter general.

Efectivamente con esta norma existe una clara intención de darle prioridad a la realidad nacional y a las instituciones que legislan de regular, conforme las necesidades propias del país, de la forma que mejor sea acorde a la realidad interna, sin perjuicio de no afecta los derechos en su esencia.

Unido a lo anterior también destaca la posibilidad que disponen los Estados Miembros para restringir el ejercicio de ciertos derechos reconocido en el Convenio, concurriendo algunas circunstancias especiales, con el objeto de resguardar intereses nacionales superiores, en la medida que estos límites no afecten el contenido esencial de los derechos. Así, el artículo 15 del CEDH configura el derecho de derogación, por medio del cual los Estados Miembros quedan facultados, cumpliéndose ciertos requisitos expresados en dicha norma, para suspender determinados derechos del Convenio. De esta forma se configura una especie de suspensión de derechos para cuando sea necesario en caso de guerra u otro peligro público que amenace la vida de la nación, considerando la necesidad de las medidas, y no afectación del derecho a la vida, a excepción de las muertes derivadas de actos lícitos de guerra, prohibición de torturas, tratos inhumanos y degradantes, interdicción de la esclavitud, trabajos no forzados y el principio de legalidad penal, existiendo previo aviso a los órganos competentes del Consejo de Europa²³⁸.

²³⁸ FREIXAS SANJUÁN, Teresa. “Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el estándar mínimo exigible a los Estados de Europa”. *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 1995, núm. 11-12, pp. 97-115.

El artículo 18 del CEDH titulado “Limitación de la aplicación de las restricciones de derechos”, establece también que “las restricciones que se impongan, en los términos del presente Convenio, a los citados derechos y libertades no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual hayan sido previstas”. En aquel sentido las limitaciones pueden obedecer a los intereses generales de la nación, Estados de excepción constitucional, peligro de seguridad pública o amenaza a la seguridad interior del estado, entre otros motivos y queda en manos de las autoridades nacionales, ya sea poder legislativo, ejecutivo y judicial fijar su alcance. Aun cuando la revisión de aquellos límites en conformidad con los parámetros de protección convencionales, es decir delimitar su alcance, quedarán en última instancia en manos del control regional y del TEDH, quien dirime si una norma o no haya violado algún derecho o libertad convencional²³⁹.

i. Deberes de los Estados Parte

En virtud del artículo 1° del Convenio Europeo, se configura la base del sistema de protección, el cual impone como primera cuestión la obligación de los Estados de respetar los derechos humanos contenidos en el respectivo instrumento, de la forma que sigue: “Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el título I del presente Convenio”. Y con ello no se busca sino dejar en claro que son los Estados Miembros los principales responsables de dar protección a los derechos contenidos en la Convención Europea. Bajo tal enunciado, queda de manifiesto que la obligación de respetar los derechos humanos determina no solo el campo de aplicación y reconocimiento de todos los derechos y libertades del Convenio, sino que por medio de aquel además cabría fijar la jurisdicción del Tribunal de Estrasburgo y, como resultado, la responsabilidad internacional de los Estado Parte al cometer infracción convencional.

Como el TEDH ha enfatizado, el objeto y propósito que subyace en la Convención Europea (derivada del artículo 1 CEDH) en primer lugar, es que los derechos y libertades deben estar garantizados por el Estado contratante dentro de su jurisdicción. Sobre aquella referencia Josep Casadevall²⁴⁰, propone que el Tribunal de Estrasburgo contemplaría tres campos de aplicación respecto de quienes quedan sujetos a su jurisdicción. Considerando i) a todas las personas que se encuentran en cualquier parte de su territorio donde ejerce su

²³⁹ *Ibíd.*, pp. 105-106.

²⁴⁰ CASADEVALL, *op. cit.*, pp. 181-183. Para el primer caso: STEDH *Matthews vs. Reino Unido*, 18 febrero de 1999; STEDH *Assanidze vs Georgia*, 8 de abril de 2004, párrs. 137-140, STEDH *Ilascu y otros vs. Moldavia y Rusia*, 8 julio de 2004, párr. 333; segundo caso: STEDH *Pellegrini vs. Italia*, 20 julio de 2001, STEDH *Bosphorus vs. Irlanda*, 30 de junio de 2005; tercer caso: STEDH *Chipre vs. Turquía*, 10 de mayo de 2001, párrafo 77 a 80, STEDH *Issa vs. Turquía*, 16 de noviembre de 2004, párr. 74; *Vid. LAMBERT-ABDELGAWAD, Elisabeth. The execution of judgments of the European Court of Human Rights. Council of Europe, 2002, p. 46.*

competencia y, sea cual fuere el órgano autor del acto o de la omisión objeto de incriminación; ii) todas las víctimas de actos y omisiones del Estado el cual puede ser considerado responsable, aun cuando la causa provenga del comportamiento de un tercer Estado o de una organización Internacional; y por excepción bajo ciertas circunstancias especiales, se pueden considerar bajo la jurisdicción de un Estado; iii) a las personas que se encuentran fuera de su territorio nacional, en este último caso cuando se anexan territorios por los Estados o respecto de aquellos lugares donde los países miembros del COE siguen ejerciendo un control soberano, militar y/o político, aun cuando fuera de sus fronteras (aplicable al caso de nacionales al servicio del país en cargos diplomáticos, en ejercicio de fuerzas armadas en misiones de control y autoridad sobre otros territorios) pero dentro de su jurisdicción si así es reconocido al momento de firmar y ratificar el Convenio o declaración posterior. En segundo lugar, el Convenio Europeo, reconoce como destinatarios de los derechos y libertades a todas las personas que sin distinción de nacionales o extranjeros se encuentren bajo su jurisdicción. Lo que entendido a *contrario sensu*, plasma la idea de prohibir que nadie sea objeto de ningún tipo de violación. Dando a entender que el referido artículo 1 del CEDH reconoce a todas las personas los derechos en él contenidos, hallándose dentro de la jurisdicción de cualquiera de sus Estados Miembros, independiente de si tenga o no la nacionalidad del país donde se encuentre.

La obligación básica que recae sobre los Estados Miembros consiste en asegurar a todos quienes se encuentren bajo su jurisdicción, los derechos y libertades definidos en el CEDH, incluyendo también aquellos derechos y libertades anexados en los protocolos adicionales, respecto de aquellos quienes los hayan ratificado. La protección incluye tanto nacionales como todos quienes no lo sean estén dentro del territorio donde ejerce jurisdicción, además de personas jurídicas: compañías, corporaciones y organizaciones no gubernamentales; y personas naturales individuales como agrupaciones y colectivos de personas.

De esta forma se respeta la soberanía de los Estados y se les concede la posibilidad de subsanar, por sí solos, cualquier violación del Convenio que hayan podido provocar. Además de entenderse que los jueces nacionales son los principales llamados a velar por la tutela de los derechos, pues se encuentran en posición más cercana a las circunstancias que motivan su revisión y por ende pueden detectar las violaciones y repararlas de manera más efectiva y cercana que en la instancia regional. En palabras de Ruiz Miguel:

Desde el punto de vista internacional, se considera que las obligaciones internacionales de los Estados son obligaciones de resultado y, por ende, dejan una considerable autonomía a los Estados en cuanto a los medios utilizables para alcanzar los fines impuestos. De ahí que normalmente haya que dejar un poder discrecional a los Estados para elegir los instrumentos de ejecución de las sentencias internacionales. No se puede reconocer ningún efecto directo a la sentencia internacional en el orden estatal. Por ello la inejecución de una sentencia internacional supone la violación, por parte del Estado que debe ejecutarla, no de aquella

sentencia, sino de una obligación internacional suplementaria, a saber, la de dar aplicación de buena fe a ese sistema.²⁴¹

Conforme tal, son los Estados Miembros quienes finalmente se encuentran mandatados a velar por el resguardo y protección efectiva de los derechos humanos en su contexto interno. Ello implica, como se dispuso anteriormente, generar todos los mecanismos institucionales y judiciales, a fin de dar garantía efectiva a la tutela de los derechos, la que adquiere en virtud de la subsidiariedad, una dimensión multinivel de protección (después de agotada la protección interna y en su defecto) gracias a la actuación del TEDH. En opinión de García Roca:

Con el mecanismo de la subsidiariedad, el Tribunal Europeo y los Estados Miembros se aseguran la conjunción entre los niveles nacional e internacional y se crea una cierta división de poderes entre las jurisdicciones internas y la internacional. Una de sus consecuencias es que la víctima debe intentar siempre agotar los recursos internos. Pero asimismo en estricta aplicación del Convenio, el TEDH debe conceder el lugar central a los Estados Miembros en la garantía e interpretación de los derechos internos, por su proximidad o cercanía a los ciudadanos y a los hechos y a la aplicación e interpretación de las normas nacionales.²⁴²

En segundo lugar resulta necesario, para el ejercicio de la protección jurisdiccional establecida en Convención, que los sistemas nacionales proporcionen una reparación por la violación de sus disposiciones, y que el Tribunal Europeo supervise según el principio de subsidiariedad. Por ello, los Estados Parte tienen el deber de crear mecanismos internos efectivos para la salvaguarda de tales derechos y para la reparación de las violaciones cometidas. El artículo 13º del Convenio Europeo establece: “Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante la instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”. Se proporciona un medio eficaz nacional a fin de garantizar el derecho de las personas de recurrir primero ante la instancia jurisdiccional interna, antes de activar el aparato internacional, que actuara solo a falta o en desmedro del primero.

En tercer lugar, cuando el Convenio hace referencia a que el acceso a la jurisdicción europea exige previamente el agotamiento de todos los recursos internos. Así conforme el artículo 35.1 del mismo se precisa que:

Al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la decisión interna definitiva.

²⁴¹ RODRÍGUEZ BOENTE, op. cit., p. 102

²⁴² GARCÍA ROCA, op. cit., pp. 98-99.

Esto se encuentra directamente vinculado al hecho de que los destinatarios directos y naturales del Convenio sean los jueces y tribunales del orden interno y que el sistema de control internacional, por aplicación del principio de subsidiariedad, solo actúa por defecto o en subsidio²⁴³.

El artículo 1º del CEDH que configura la obligación de los Estados Parte de asegurar protección de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo constituye, en palabras de Juan Antonio Carrillo, el “fundamento de la universalidad del Convenio, en el sentido de que no protege exclusivamente a los europeos sino a toda persona que se encuentre bajo la jurisdicción de los Estados Parte”. Luego agrega que ha sido de gran importancia para el TEDH ya que por medio de él ha podido justificar una “(...) interpretación teleológica y extensiva del CEDH en virtud de la cual ha sostenido resueltamente que los Estados Parte tienen obligaciones positivas, de hacer, para asegurar el goce de los derechos reconocidos, y no solo obligaciones negativas de no hacer”²⁴⁴.

Por cuanto, además de ser una de las bases por sobre las cuales se eleva el sistema jurisdiccional multinivel de protección, subsana la actuación subsidiaria del Tribunal Europeo, en la obligación primaria de los Estados de proveer de protección interna necesaria y de todos aquellos mecanismos que pueda disponer, para cumplir con los estándares mínimos de protección, en directo uso de su margen de apreciación para la adecuación interna de las obligaciones que emanan del mismo Convenio y en consecuencia de las actuaciones (sentencias vinculantes) del Tribunal Europeo.

Luego cabe revisar el análisis que la propia Corte Europea realiza, sobre el ejercicio de su jurisdicción, según lo expresado bajo el artículo 1 del CEDH se ejerce sobre todas las personas sin distinción (nacionales y extranjeros) y no únicamente dentro del territorio nacional de cualquier Estado parte, sino que aquella se extiende fuera de los límites territoriales del Estado, de forma excepcional tratándose de determinadas circunstancias que lo ameritan, pues se trata de un concepto más amplio que el meramente fronterizo de cada país miembro. Así en comentada jurisprudencia el TEDH ha sostenido “que, si bien es cierto, el artículo 1 establece límites al alcance del Convenio, el concepto de “jurisdicción”, en virtud de esta disposición, no se limita únicamente al territorio nacional de las Altas Partes Contratantes”. Según su jurisprudencia, reiterada, por ejemplo, la Corte ha sostenido que:

²⁴³CASADEVALL, op. cit., p. 90.

²⁴⁴ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *IV. Vínculos entre la Declaración Universal de Derechos Humanos y el sistema europeo de protección. Asociación para las Naciones Unidas en España. La declaración Universal de los Derechos Humanos. Comentarios de artículo por artículo.* Barcelona: Icaria, 1998, pp. 70-71.

La extradición o expulsión de una persona por un Estado contratante puede dar lugar a una cuestión en virtud del artículo 3 (prohibición de tortura) y, por lo tanto, comprometer la responsabilidad de ese Estado en virtud de la Convención. Además, la responsabilidad de las Partes Contratantes puede estar involucrada debido a los actos de sus autoridades, realizados dentro o fuera de las fronteras nacionales, los que producen efectos también fuera de su propio territorio.

Por último, agrega que teniendo en cuenta el objeto y el propósito del Convenio:

La responsabilidad de una Parte Contratante también puede surgir cuando, como consecuencia de una acción militar, ya sea lícita o ilegal, se ejerce un control efectivo de un área fuera de su territorio nacional. La obligación de garantizar, en tal área, los derechos y libertades establecidos en la Convención se deriva del hecho de tal control ya sea que se ejerza directamente, a través de sus fuerzas armadas, o a través de una administración local subordinada.²⁴⁵

Es la doctrina²⁴⁶ del TEDH la cual, en base a dos argumentos, la que justifica la idea del margen de apreciación nacional. De una parte, sostiene que las instituciones nacionales están dotadas de una legitimidad democrática directa, que el primero no posee. Luego advierte que las autoridades nacionales son quienes mejor conocen el contexto y realidad interna en la que actúan y se desenvuelven los derechos. Justificando de este modo la subsidiariedad en la intervención del sistema regional.

ii. El principio de ejecución y la efectividad de los derechos

La efectiva aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como la interpretación y aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo (fuente doctrinal del contenido de los derechos convencionales) tiene como principal dificultad la falta de una disposición general y común que determine el lugar que ocupa la normativa convencional dentro del derecho nacional de cada uno de los Estados que forman parte del Consejo de Europa, y que en definitiva se traduce en la indeterminación de cuál es la capacidad que disponen los Tribunales nacionales para servirse del Convenio como una norma aplicable no tan solo al caso en concreto, sino que en general, frente a cualquier interpretación o aplicación del contenido de los derechos fundamentales recogidos por el sistema europeo de protección.

Existe un rol fundamental en el reconocimiento de los derechos humanos e implementación de su efectividad, principalmente ejercido por los distintos órganos del

²⁴⁵ Cfr. Sentencia TEDH, Case of Loizidou vs. Turkey (preliminary objections) (Application no. 15318/89) 23 March 1995, párr. 62.

²⁴⁶ SÁIZ ARNAIZ, Alejandro. “Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Procesos Políticos Nacionales: Democracia Convencional y Margen de Apreciación”. *Teoría y Realidad Constitucional*, 2018, núm. 42, p. 231.

sistema europeo regional de protección, formados en el seno del Consejo de Europa, supervigilando el cumplimiento de los deberes y derechos a que da lugar el Convenio, así como su efectividad (protección) y aplicación práctica. También motores de este sistema son los nuevos actores de la sociedad civil y organizaciones no gubernamentales en general, cuya cara más visible la representan hoy los grupos vulnerables o minoritarios, quienes observan, se movilizan y reportan, al objeto de visibilizar y denunciar las problemáticas y dificultades que presenta un país, sobre todo en cuanto a la falta de desarrollo efectivo de los derechos.

Por otro lado, la protección común de los derechos colectivos encumbrados en el Convenio y la existencia de órganos regionales investidos de potestades para su resguardo ha logrado por los Estados que adhieren a él, ciertos avances soberanos para su reconocimiento y aplicación, bajo el establecimiento de parámetros o estándares mínimos, aplicables a todos los órganos de la administración interna y judicatura local. Como resultado de una especie de “sesión de soberanía” que da lugar la adhesión internacional que genera el compromiso de los Estados hacia la internacionalidad de los derechos humanos. No obstante, queda pendiente definir el modo en que estos parámetros comunes deben ser implementados, y en consecuencia aplicados, a las obligaciones del CEDH y a la actuación del TEDH en la interpretación y ejecución de toda sentencia que condena y compele al Estado responsable resarcir los daños y retrotraer la situación de indefensión al estado anterior a su acaecimiento.

Los instrumentos internacionales del derecho internacional de los derechos humanos han ido progresando, extendiéndose y perfeccionándose técnicamente, combinando la universalidad de sus declaraciones con la especificidad de los medios utilizados, sobre todo para ir adaptándose a las demandas sociales del mundo contemporáneo, en que también surgen nuevas agrupaciones y organizaciones civiles en búsqueda de mayores reconocimientos y salvaguardia de sus garantías. Asimismo, las Altas Partes Contratantes, sus constituciones nacionales y legislaciones locales han evolucionado en reconocer y garantizar cada vez más derechos, instruyendo con ello la creación de instituciones y procedimientos jurisdiccionales internos encargados del control directo de los derechos humanos. Sin embargo, los avances a nivel teórico no siempre van de la mano con la práctica, ya que sigue habiendo vulneraciones y afectaciones a los derechos por parte de los mismos Estados que adhieren a los instrumentos internacionales que dicen respetar. Sigue resultando necesario avanzar en la eficacia de los derechos y en el estudio práctico de su efectividad a fin de asegurar su realización material, objetivo clave de todo sistema de protección.

En la génesis del Consejo de Europa, plasmado en su instrumento de adhesión, ha quedado de manifiesto, como fiel reflejo de la finalidad perseguida, el objetivo a seguir cual es sino otro que “realizar una unión más estrecha entre sus miembros para salvaguardar y

promover los ideales y los principios que constituyen su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social”. Perseguida:

A través de todos los órganos del Consejo, mediante el examen de los asuntos de interés común, la conclusión de acuerdos y la adopción de una acción conjunta en los campos económicos, social, cultural, científico, jurídico y administrativo, así como la salvaguardia y la mayor efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales.²⁴⁷

En este contexto los poderes públicos de los Estados son los encargados de garantizar y asegurar realización del contenido de los derechos. Tanto las administraciones públicas como los legisladores y toda la estructura interna del poder judicial encargados de ejecutar los mecanismos de garantía jurisdiccional son los emplazados a atender este punto mediante el ejercicio del control del Convenio Europeo. Aun cuando, la protección internacional, en su rol subsidiario, asiste a los Estados cuando estos fallan en su aplicación directa. De esta forma se garantiza y progresa en la eficaz protección multinivel (local, regional y universal) de los derechos humanos.

Asegurar la creación de órganos internacionales independientes, encargados de la supervisión y control del Convenio, como asimismo la posibilidad de abrir y extender la protección individual a la instancia regional, cuando los derechos de las personas no encuentren cobijo interno, se transforma en tarea ya no solo de los órganos del Consejo de Europa, a la luz del CEDH, sino que también de los Estados partes, como consecuencia de haber adherido a los fines comunes del sistemas regional (defensa de la Democracia, Estado de Derecho y Derechos Humanos). Resulta esencial entonces para garantizar la efectividad de ellos, la existencia de recursos y acciones judiciales efectivas, y garantizar, entre tantos otros derechos, el acceso a la justicia y a un proceso justo y equitativo, donde todos quienes vean sus derechos conculcados puedan tener acceso a una protección por la vía judicial, ya no solo a nivel local, sino más bien desde una perspectiva multinivel.

Por ende, no hay derecho sin efectividad y su reconocimiento formal no es garantía de su realización ni protección multinivel sino hasta que se concrete de manera cierta. Al respecto uno de los “talones de Aquiles” del sistema, en constante evolución y perfeccionamiento, revela las presentes falencias del sistema regional reflejadas en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuando este último no dispone de poderes coercitivos propios para supervisar el cumplimiento de sus propias sentencias definitivas, ni tampoco se prevé un sistema o mecanismo homogéneo y común para que los países procedan a su ejecución²⁴⁸. La ejecución de sentencias supone, además de la existencia de un órgano jurisdiccional con competencia suficiente para conocer y juzgar los asuntos que

²⁴⁷ Los incisos a) y b) del Artículo N° 1 del Estatuto del Consejo de Europa reúnen en sí las finalidades propuestas para el Consejo de Europa por los Estados europeos reunidos en Londres el 5 de mayo de 1949. GANTIER PÉREZ, Ronald Joaquín. *La Efectiva Aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Salamanca: Universidad de Valladolid, 2016, pp. 2-4.

²⁴⁸ NIÑO ESTÉBANEZ, op. cit., p. 63.

sean sometidos a su conocimiento, disponer de capacidad necesaria para poder hacer exigible lo dictado y en definitiva velar por el cumplimiento de los fallos.

Los Estados Miembros se han comprometido a cumplir las sentencias definitivas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que constatan violaciones del Convenio Europeo, así como con decisiones judiciales que toman nota de acuerdos amistosos (artículos 46 y 39.4 de la Convención). La adopción de las medidas de ejecución necesarias es supervisada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa. En este contexto los Estados tienen la obligación legal de remediar las violaciones encontradas, aun cuando disponen de un margen de apreciación con respecto a los medios que se utilizarán²⁴⁹.

Lamentablemente, en el funcionamiento de los sistemas regionales de protección, su puesta en práctica no funciona como tal, debido a la alta demanda y excesivo número de peticiones pendientes de resolver. Al ser la voluntad de los Estados la imperante (conforme lo declara la subsidiariedad del sistema) se ve mermado o limitado su control, bajo el pretexto de no afectar la soberanía nacional ni las autoridades internas quienes tienen el deber y a la vez la libertad de ajustar su actuación y decisiones al mínimo común denominador europeo. Ello desvirtúa la naturaleza de la creación de estos organismos, garantizar la efectividad de los derechos humanos reconocidos en los respectivos convenios.

En el sistema regional europeo, la vigilancia de la actividad estatal en la protección de los derechos y en el cumplimiento de las sentencias del Tribunal Europeo, como se verá más adelante, queda administrada al órgano político supervisor del Comité de Ministros (artículo 46.2 del CEDH). En opinión de Raúl Canosa, la fuerza obligatoria de las sentencias del tribunal europeo y en definitiva “la obligación de adoptar en el ordenamiento interno las medidas generales e individuales que resulten apropiadas para poner fin a la violación señalada por el tribunal y reparar sus efectos tanto como sea posible deriva de tal artículo (...)” pero luego añade “queda a la discrecionalidad de los Estados disponer la real manera de su ejecución”²⁵⁰. Al parecer entonces el principal problema en torno a la efectividad de los derechos tiene que ver más bien con una cuestión de protección que de fundamentación.

En opinión de Karlos Castilla “para entender la eficacia y los alcances reales de cada sistema de protección es importante conocer cuántos Estados de cada región están comprometidos al menos con las bases fundamentales de cada uno”²⁵¹. Así, por ejemplo, en el caso de los 55 Estados que integran el sistema de protección africano, 53 han ratificado

²⁴⁹ Departamento de Ejecución de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la labor de supervisión.

²⁵⁰ CANOSA USERA, op. cit., p. 59.

²⁵¹ CASTILLA, Karlos. “Sistemas regionales de Derechos Humanos: Algunos datos para su análisis y estudio”. *Red tiempo de los derechos*, 2017, núm. 2, p. 5.

su documento base de derechos humanos ²⁵². De los 34 Estados que integran la Organización de Estados Americanos, solo 23 han ratificado la Convención²⁵³. En el caso del Consejo de Europa, los 47 Estados que lo integran han ratificado el Convenio base del sistema. Con lo que parece que el único sistema regional universal es el europeo, mientras que el Interamericano es el que menos ratificaciones ha alcanzado y del que más se han ido.

En cuanto a sus manifestaciones instrumentales, el principio de efectividad de los derechos humanos se encuentra fielmente consagrado en algunos de los instrumentos de protección más relevantes del sistema internacional. Así por ejemplo destaca su presencia en los artículos 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, al indicarse que “toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”; como también en lo expresado en el preámbulo y artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al sostener que la Carta de las Naciones Unidas “impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos” y luego al indicar que:

Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

Luego en el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales el Preámbulo repite la misma idea en el Preámbulo y posterior artículo 2.1.

A nivel regional, y por excelencia en el Convenio Europeo para la Protección de Derechos y Libertades Fundamentales, se encuentra presente la efectividad en su Preámbulo al hablar de una de las finalidades del Convenio, cual es que “tiende a asegurar el reconocimiento y la aplicación universales y efectivos de los derechos en ella enunciados”; así como cuando sostiene en su artículo 13 que “toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional(...) un elemento central del principio de subsidiariedad, según el cual las autoridades nacionales son las primeras garantes de la Convención, es el derecho a un recurso efectivo en virtud del presente

²⁵² El sistema africano de protección de los derechos humanos es el más reciente y el menos evolucionado de los sistemas regionales actualmente en funcionamiento. El principal instrumento convencional con el que cuenta es la *Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos*, aprobada el 27 de junio de 1981 en el marco de la XVIII Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno de la Organización para la Unidad Africana (OUA), Organización que a partir de 2001 se ha transformado en la Unión Africana (UA). La Carta Africana entró posteriormente en vigor en octubre de 1986.

²⁵³ Para el caso del Sistema Americano de Protección, originariamente constaba de 25 países adheridos a la Convención Americana, constando con posterioridad la denuncia de los Países de Trinidad y Tobago con fecha 26 de mayo de 1998 y la de la República de Venezuela con fecha 10 de septiembre de 2012.

artículo; así como lo expuesto en el artículo 52 sobre el deber de “toda Alta Parte Contratante suministrará las explicaciones pertinentes sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de las disposiciones de este Convenio” a requerimiento del Secretario General del Consejo de Europa.

También en la configuración del Sistema Interamericano, queda de manifiesto en el Pacto san José de Costa Rica, en sus artículos 1, 2 y 26, último el cual lo deja de manifiesto cuando señala que en el:

Desarrollo Progresivo Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

a) El margen de apreciación nacional de los Estados Miembros

Muchas de las actuaciones de los principales órganos de protección del Consejo de Europa, a saber, Tribunal de Estrasburgo, Comité de Ministros, Departamento de Ejecución de Sentencias del Tribunal Europeo, Asamblea Parlamentaria, y en general, todos los departamentos asociados a la labor de ejecución y cumplimiento de las sentencias, han organizado su actuación y colocado sus esfuerzos en concientizar la labor que ejerce la Corte Europea en la salvaguardia de las garantías y en enfatizar la importancia del principio de subsidiariedad dentro del sistema europeo de protección. De acuerdo con este principio, como ya se hizo mención anteriormente, las demandas llegan al Tribunal Europeo únicamente cuando los derechos fundamentales (acogidos al CEDH) no han sido respetados por parte de los Estados y sus órganos públicos dentro de la esfera nacional, agotadas todas las instancias previas. Aun cuando el esfuerzo de los órganos europeos por adecuar el CEDH y complementar su contenido conforme las necesidades y nuevas demandas de la sociedad contemporánea, resulta tarea primordial de todos los Estados Parte aplicar y cumplir satisfactoriamente las obligaciones convencionales, como fiel reflejo del respeto de los derechos conforme su artículo 1. Mientras que la Corte figura como el bastión y último recurso para que muchos de los individuos puedan recibir protección frente a las violaciones de derechos humanos sufridas a nivel interno.

Al respecto en la pasada conferencia sostenida en abril de 2018 en la ciudad de Copenhague²⁵⁴, a iniciativa de la Presidencia del Alto Comisionado Danés del Comité de Ministros del Consejo de Europa para 2018, fue declarado que el proceso de reforma (en la

²⁵⁴ COPENHAGEN DECLARATION. The High-Level Conference meeting in Copenhagen on 12 and 13 April 2018 at the initiative of the Danish Chairmanship of the Committee of Ministers of the Council of Europe, párrs. 4, 7, 10.

que se acuerda el Protocolo Adicional nº 15) ha sido un ejercicio positivo que ha permitido obtener logros significativos para el sistema convencional europeo. Se han obtenido grandes resultados, en específico incorporando la necesidad de una implementación nacional más efectiva, mejorando la eficiencia de la Corte Europea sobre la base del fortalecimiento de la subsidiariedad. Luego se precisa que gracias a que fue adherido un pequeño párrafo en el preámbulo del Convenio Europeo, relativo al principio de subsidiariedad, queda de manifiesto que los Estados Parte tienen la principal responsabilidad de garantizar los derechos y libertades definidos en el Convenio y sus Protocolos, y que, al hacerlo, disfrutan de un margen de apreciación²⁵⁵, el cual queda sujeto a la supervisión de la Corte Europea. Asimismo, reiteran en la idea de que el refuerzo del principio de subsidiariedad no tiene como finalidad limitar o debilitar la protección de los derechos, sino subrayar la responsabilidad de las autoridades nacionales para garantizar los derechos y libertades establecidas en la Convención.

Así esta obligación de los Estados Parte, cuando se alude al deber de las autoridades de asegurar (internamente) la protección de los derechos fundamentales de todos los habitantes que se encuentren bajo su jurisdicción sin distinción alguna, y para el caso de infracción proveer de remedios y recursos judiciales efectivos (artículos 1 y 13 CEDH). Es reforzada por los artículos 34 y 35 del CEDH, de los cuales se desprende y enfatiza en la tarea primaria del afectado en consentir al Estado infractor poder encontrar una solución a nivel interno y solo una vez agotadas las vías internas sin satisfacción, en última medida recurrir ante el Tribunal Europeo²⁵⁶.

La aplicación del Convenio significa entonces de una parte que, bajo el principio de subsidiariedad, y su corolario el margen de apreciación interno, se determina la relación jurisdiccional entre las autoridades locales y el TEDH, así como un límite de actuación para el propio TEDH en ejercicio de su labor suplementaria de control. Aquello sumado a una práctica constante, acorde al artículo 53 (sobre el alcance de la protección multinivel) permite aseverar que su contenido no se agota en sí mismo sino más bien provee de un estándar mínimo y común de protección de los derechos, respecto de los cuales los Estados Parte figuran en libertad y en mejor posición para administrar un mayor nivel de protección. Considerando por lo mismo que las autoridades nacionales están en mejor posición para encontrar un equilibrio entre los intereses de la comunidad y la protección de intereses particulares.

En este sentido otra observación a este principio indica que de forma excepcional y marginalmente el TEDH puede revisar los actos de autoridades nacionales, pues este no

²⁵⁵ Vid. YOUROW, Howard. "The Margin of Appreciation Doctrine in the dynamics of European Human Rights Jurisprudence". *Connecticut Journal of Int'l Law*, 1987, vol. 3, pp. 111-159.

²⁵⁶ SENDEN, op. cit., pp. 20-22.

puede reemplazar la labor soberana de las mismas. Josep Casadevall advierte al respecto que:

El mecanismo de salvaguarda instaurado por el Convenio reviste un carácter subsidiario respecto de los sistemas nacionales, en cuanto aquel confía e impone en primer lugar a cada uno de los Estados contratantes el deber de asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos y libertades que contiene.²⁵⁷

Debiendo proceder únicamente una vez agotadas las vías internas y, en subsidio, de la jurisdicción interna.

Aun cuando se reconocen ciertas excepciones a la subsidiariedad, respecto de ciertas situaciones en que el TEDH debe revisar la decisión nacional y sustituirla por otra más adecuada al sistema europeo de protección. Esto ocurre en dos eventos: primero en el caso en que la satisfacción o reparación derechamente no tuviere lugar por parte de las autoridades nacionales; y segundo cuando la reparación obtenida no resultare idónea sino más bien deficiente o inadecuada al estándar de protección regional. Aun cuando, es de opinión de Casadevall respecto del Convenio Europeo que:

La protección española de los derechos resulta más elevada que la común que dispensa el Consejo de Europa, aunque, ciertamente, no hubiera podido crearse sin ella, y, por consiguiente, cuando así sea, no debe ser desplazada. Suele decirse que el Convenio garantiza una protección de mínimos.²⁵⁸

A su vez, el principio de subsidiariedad o complementariedad, como es aludido en el Sistema Interamericano de Protección, y que será analizado más adelante (a propósito de su justificación para la aplicación del control de convencionalidad) actúa al amparo y asistencia de los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones de respeto y protección de derechos humanos. Al efecto el jurista Barrios sostiene que:

La invocación al sistema interamericano de protección de los derechos humanos debe entenderse y aplicarse como un recurso subsidiario del derecho interno, bajo los supuestos que el derecho interno no contemple los recursos necesarios para la protección de los derechos humanos en el ámbito nacional, o que los existentes no sean adecuados o eficaces o que la decisión de la jurisdicción nacional se haya dictado en menoscabo de la dignidad de la persona humana en violación a los principios y normas de la convención.²⁵⁹

La Corte Interamericana también se ha pronunciado, sosteniendo al efecto:

Que es obligación de cada Estado garantizar los derechos y libertades previstos en la Convención y de sancionar las infracciones que se cometieren, y que, si un caso concreto

²⁵⁷ CASADEVALL, op. cit., p. 90.

²⁵⁸ *Ibíd.*, pp. 100-101.

²⁵⁹ BARRIOS GONZÁLEZ, Boris. “La cosa juzgada nacional y el cumplimiento y ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos por los Estados parte”. *Estudios Constitucionales*, 2006, vol. 4, núm. 2, pp. 369 y 390.

no es solucionado en la etapa interna o nacional, la Convención prevé un nivel internacional en el que los órganos principales son la Comisión y la Corte.

Sosteniendo también que, “cuando una cuestión ha sido resuelta en el orden interno, según las cláusulas de la Convención, no es necesario traerla ante este Tribunal para su aprobación o confirmación”. Lo anterior se asienta en el principio de complementariedad, que informa transversalmente el sistema interamericano de derechos humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la Convención Americana, “coadyuvante o complementario de la protección que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”²⁶⁰.

Siguiendo la idea, luego también ha expresado que “de conformidad con el principio de complementariedad, al cual obedece la jurisdicción interamericana, de existir mecanismos nacionales para determinar formas de reparación, esos procedimientos y resultados deben ser tomados en cuenta”²⁶¹. Por cuanto la necesidad de imponer cargas o indemnizaciones adicionales siempre deberá sujetarse antes a la actuación del Estado, el cual dispone de margen de apreciación, a la hora de satisfacer los medios para la reparación del daño.

Ahora luego, el corolario de la subsidiariedad se ve reflejada en el cumplimiento de las obligaciones del Convenio Europeo por parte de los Estados Miembros, y en consecuencia en la forma en que terminan siendo ejecutadas las sentencias declaratorias de violación del Tribunal de Estrasburgo. Esto da lugar al margen de apreciación nacional, o doctrina de discrecionalidad del Sistema Europeo, conforme el cual los Estados, al ser los primeros obligados, gozan de un extenso margen de actuación a fin de determinar cómo debe ser implementado el derecho interno de cada país acorde al Convenio, dando cumplimiento a los deberes contraídos conforme aquel y en definitiva, como consecuencia, la manera de dar cumplimiento a las sentencias de la Corte Europea.

Por lo que ni el Tribunal Europeo ni el Comité de Ministros pueden ordenar, con motivo de la ejecución de una sentencia o por la supervisión de esta, la revisión de una sentencia nacional cuando ha sido contraria a la condena impuesta por TEDH mediante la reapertura de un procedimiento, ya que no existen facultades ni competencias especial otorgadas en el Convenio para ello (como reflejo de la fragilidad presente en el actual sistema). Esto ocurre básicamente por el amplio margen de apreciación nacional que disponen los Estados.

Debido a tan amplio margen de discrecionalidad, el Tribunal Europeo no tiene competencias directas para anular, reemplazar, ni menos dejar sin efecto las leyes

²⁶⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH. Caso Vereda La Esperanza vs. Colombia. Sentencia de 31 de agosto 2017. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 259.

²⁶¹ *Ibíd.*, párr. 303

nacionales ni actuaciones internas de los órganos y funcionarios públicos que sean contrarias al Convenio. Tampoco detenta de facultades delegadas, así como ocurre con otras instituciones europeas como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea²⁶², para revisar las sentencias firmes de la judicatura local. Pues no se encuentra en posición alguna para inferir ordenes al Estado responsable de la violación, menos es competente para realizar recomendaciones, sino que meras guías interpretativas, a los Estados responsables por los actos contrarios al Convenio Europeo²⁶³. En este sentido, conforme el artículo 53 de la CEDH, queda claramente establecido que el Estado dispone de plena libertad para escoger las medidas que estime pertinente a fin de dar cumplimiento a las sentencias del Tribunal Europeo.

La problemática de la integración del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en el derecho interno de las Altas Partes Contratantes, y más precisamente la ejecutoriedad de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tiene directa relación con la doctrina del margen de apreciación nacional que dispone el poder estatal para adoptar las decisiones y aplicar las medidas necesarias a fin de restablecer los derechos conculcados. Ya que, conforme a aquel, al existir deferencia hacia la implementación estatal de las obligaciones que impone el Convenio, el Estado es libre para determinar las medidas necesarias a fin de dar cumplimiento con sus compromisos internacionales y en efecto ejecutar bajo su criterio las sentencias que le correspondan.

Como fue vislumbrado en los párrafos anteriores, una de las fragilidades que denota el Convenio Europeo en el escenario actual, es la carencia de un procedimiento de adecuación interna de los compromisos. En materia del presente estudio, se observa que las sentencias dictadas por el Tribunal de Estrasburgo entran en pugna con el poder público, ya

²⁶² El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, desde el caso denominado “Simmenthal” de fecha 9 de marzo de 1978, ha impuesto la obligación a los Estados de aplicar el Derecho Comunitario en detrimento del derecho nacional, toda vez que el primero gozara de primacía para su aplicación, desplazando a la norma nacional en caso de contrariedad. No se trata de un juicio de validez, sino que de aplicación o vigencia de la norma comunitaria por sobre la nacional (se trata de la aplicación del principio del efecto directo del derecho comunitario). En el caso español, a su vez el artículo 93 de la Constitución Española atribuye a una organización o institución internacionales el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, siendo entendido como un artículo que actúa como reserva únicamente para la aprobación de tratados comunitarios en el contexto de los órganos de la Unión Europea, en particular para la concesión de potestades jurisdiccionales hacia el TJUE. En CANOSA USERA, op. cit., pp. 49-53, 85. Vid. REMIRO BROTONS, Antonio. *Derecho Internacional Público. 2. Derecho de los Tratados*. Madrid: Tecnos, 1987; REMIRO BROTONS, Antonio. “De los Tratados Internacionales (arts. 93-96 de la Constitución)”. En *Comentarios a la Constitución española de 1978*, vol. VII, Óscar Alzaga Villaamil (ed.). Madrid: Cortes Generales/EDERSA, 1998, pp. 491-651; CARDONA LLORENS, Jorge. “Los tratados internacionales como fuente directa del ordenamiento jurídico en el artículo 96 de la Constitución Española”. *Estudios en Homenaje al Profesor Diego Sevilla Andrés. Historia, Política y Derecho*, tomo I. Valencia: Universidad de Valencia, 1984, pp. 207-220.

²⁶³ BARKHUYSEN, Tom, VAN EMMERIK, Michiel y VAN KEMPEN, Piet Hein (editors). *The Execution of Strasbourg and Geneva Human Rights Decisions in the national Legal Order: Dutch Experience*. Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1999, pp. 4-8.

que a la hora de tener que darles un efectivo cumplimiento, el Estado responsable goza de un amplio margen de discrecionalidad, para adoptar e imponer las medidas necesarias (generales y específicas) al objeto de restablecer los derechos conculcado y resarcir satisfactoriamente a las víctimas (*restitutio in integrum*).

De esta manera el correlativo de la subsidiaridad en el sistema regional, está dado por el margen de apreciación nacional que aparece como doctrina engendrada por la actividad jurisprudencial del Tribunal Europeo, conforme el cual se reconoce y concede a los órganos públicos un espacio de maniobra o “poder de discrecionalidad” para determinar la forma de cumplimiento de sus obligaciones convencionales. En torno a su gestación, originalmente esta doctrina fue desarrollada por la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos²⁶⁴ para dar respuesta a ciertos asuntos en que se abordaba la discrecionalidad de los Estados para suspender sus obligaciones del Convenio, tratándose de situaciones de emergencia, limitando la intensidad de la supervisión de la Comisión respecto de las medidas adoptadas, abocando una deferencia sobre los poderes derogación o suspensión al Convenio y los derechos conforme lo establecido en su Artículo 15º (sobre la derogación del Convenio en casos de excepción)²⁶⁵.

El desarrollo del planteamiento doctrinal se centra básicamente en aceptar que los Estados disponen de un margen de discrecionalidad en la aplicación y cumplimiento de las obligaciones impuestas por el Convenio cuando se trate de la ponderación de intereses nacionales complejos. Aun cuando admitiendo ciertos límites a su uso, precisamente para evitar excesos por parte de los Estados, se postula a la necesaria intervención y supervisión por parte del Tribunal Europeo como justificación legítima de su establecimiento²⁶⁶.

Respecto a la ejecución de las sentencias del TEDH cabe plantearse la problemática de determinar ¿cuán amplio sería el margen de apreciación nacional? Si en el evento de la decisión del Tribunal Europeo, para subsanar la infracción a los derechos del Convenio, tendría que reabrirse un proceso judicial interno cerrado por sentencia firme. Por lo mismo cabe la segunda interrogante: ¿bajo qué supuesto sería posible entonces modificar la

²⁶⁴ Antes de la modificación al Convenio Europeo de Derechos Humanos en 1998, el Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos, confería únicamente a la Comisión Europea de Derechos Humanos (órgano extinto) en conjunto a los Estados parte, legitimación activa directa para llevar a cabo las denuncias de infracción ante el Tribunal de Estrasburgo (tal cual funciona su símil en el Sistema Interamericano de Protección). Pero, aún con esta limitación, posteriormente el reconocimiento de la iniciativa individual quedó firmemente establecido, y se tradujo, a partir de las reformas introducidas en 1998 por el Protocolo 11, en el reconocimiento de la legitimación activa directa de todos quienes se consideren víctimas de una violación de sus derechos.

²⁶⁵ GARCÍA ROCA, op. cit., pp. 110-112. Vid. NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. “Margen de apreciación estatal, libertad religiosa y de crucifijos (o las consecuencias de un deficiente diálogo entre jurisdicciones)”. *Revista de Derecho Político*, 2013, núm. 86, pp. 81-128. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.86.2013.12131>; RODRÍGUEZ, Ángel. *Integración europea y derechos fundamentales*. Madrid: Civitas, 2001.

²⁶⁶ *Ibíd.*, p. 113.

eficacia de la cosa juzgada en las sentencias judiciales internas en virtud del cumplimiento de una obligación internacional?

Al respecto corresponde abordar la respuesta de ambas interrogantes, en principio, conforme lo establecido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En esencia al ser decisiones que emanan de órganos internacionales, las sentencias del TEDH, cuya obligatoriedad no se discute, adolecen de falta de ejecutividad, o de la facultad inherente para exigir por sí misma su cumplimiento, al tener esta naturaleza esencialmente declarativa. Lamentablemente no existe en el Convenio ninguna exigencia internacional directa tendiente a establecer cauces internos para la reapertura de procesos fenecidos por sentencia firme, dejando a los Estados a su discreción la decisión de los medios a emplear para su adecuada adaptación. Además, el TEDH carece de facultades expresamente reconocidas en el Convenio para anular o revocar las decisiones judiciales internas, quedando la cuestión en manos de la legislación interna la cual posee amplio margen de configuración normativa, de discrecionalidad nacional²⁶⁷.

Para algunos la utilización de esta doctrina del margen de discrecionalidad muchas veces puede llevar a plantear un problema práctico o de aplicación, traduciendo una excesiva justificación negativa a la estandarización y adecuación nacional de los parámetros mínimos de protección establecidos en los sistemas regionales. Al efecto como indica el jurista Jorge Nash “la jurisprudencia nacional ha recurrido a la doctrina del “margen de apreciación nacional”, aludiendo a que ciertas normas pueden ser flexibilizadas atendiendo a las dificultades técnicas de la implementación de ciertos estándares”. Luego continúa “la peligrosidad en la utilización de esta doctrina radica en que su utilización puede conllevar la desnaturalización de las obligaciones de los Estados y, por consiguiente, podría incrementar el riesgo de incurrir en responsabilidad internacional”²⁶⁸. Siendo más allá que un remedio una verdadera herida para los sistemas regionales de protección internacional. Sin embargo, quienes la defienden la postulan como aquel margen natural de maniobra que detentan los Estados, producto del lato conocimiento de la realidad nacional que disponen. Y que es de toda lógica que las instituciones de Estrasburgo les reconozcan y concedan, en consecuencia, a las autoridades locales para efectos de determinar el cumplimiento de las obligaciones a que da lugar el Convenio Europeo²⁶⁹.

Sin perjuicio de ello, en su paralela realidad latinoamericana, y debido a la creciente doctrina del control convencional de las normas internas en el Sistema Interamericano de control, el margen de apreciación nacional ha tenido una aplicación dispar en cada uno de los países que adhieren a él, y por lo mismo manifiesta reticencia en su aplicación por parte

²⁶⁷ *Ibíd.*, p. 338.

²⁶⁸ NASH ROJAS, Claudio. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*. Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, versión digital, 2012, p. 62.

²⁶⁹ Cfr. GARCÍA ROCA, *op. cit.*, pp. 107-111.

de los órganos regionales. Como postula Sergio Fuenzalida “para que el control de convencionalidad pueda afianzarse en un sistema interamericano de derechos humanos se precisaría una autorización constitucional explícita en los países miembros, e incorporar de un modo diferenciado (según el grado de desarrollo institucional y el tipo de violación de que se trate) la doctrina del margen de apreciación nacional por parte de la Corte IDH”²⁷⁰.

Aun cuando resulta procedente reconocer un margen de ponderación local. Ello atendida la necesidad de reconocimiento de un mayor respeto hacia las realidades locales y sus formas de autogobierno democrático. Compatibilizando por cierto un sistema de protección internacional con “las legítimas aspiraciones de diversidad por parte de aquellas comunidades nacionales a la luz de los gobiernos democráticos imperantes en la actualidad”.

En palabras de Luis López Guerra:

(...) el Tribunal ha reconocido la existencia, respecto de los derechos contenidos en el Convenio, de un margen de apreciación de las autoridades nacionales (sobre todo, aunque no solo, de las autoridades judiciales) en cuanto a la extensión de esos derechos y su significado en el caso concreto. Este concepto (aún sometido a evolución y matización en la jurisprudencia del Tribunal) supone el reconocimiento de que las autoridades nacionales, por su cercanía al conocimiento de los hechos del caso, y por ser las más capacitadas para la interpretación de la legislación nacional, y para apreciar las necesidades derivadas de la realidad doméstica, disponen de un cierto ámbito de actuación en la aplicación de los mandatos del Convenio, sometido en último término al control del Tribunal.²⁷¹

Dejando en claro, que dada la realidad dispar de los distintos Estados parte, el mecanismo regional en su actuación subsidiaria, únicamente ejercerá el control para verificar, mas no reponer, el incumplimiento de los deberes cuando estos resulten violentados.

Una de las primeras referencias expresas a este principio, fue considerada por el Tribunal Europeo en el caso “Irlanda vs. Reino Unido” de fecha 18 de enero de 1978, cuando al justificar la adopción de ciertas medidas que permiten, en circunstancias excepcionales en el artículo 15 del CEDH, suspender los derechos y obligaciones convencionales, habiéndose verificado la necesidad de tales medidas para el caso de peligro público o guerra. Así en este contexto el tribunal esgrimió lo siguiente: “las medidas adoptadas pueden ser razonablemente consideradas, en la situación que describe, como estrictamente exigidas para la protección de la seguridad pública, y que, en el ámbito del artículo 15, su intrínseca necesidad, una vez reconocida, no podría depender de la limitación

²⁷⁰ FUENZALIDA BASCUÑÁN, op. cit.

²⁷¹ LÓPEZ GUERRA, Luis. “El Sistema Europeo De Protección de Derechos Humanos”. En: *Protección Multinivel de Derechos Humanos*, George Rodrigo Bandeira Galindo, René Urueña y Aida Torres Pérez (Coord.) edición digital. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 2013, pp. 180-181.

de su campo de aplicación. El Tribunal reconoce que el Reino Unido no sobrepasó los límites del margen de apreciación que el artículo 15 deja a los Estados Contratantes”²⁷². Justificando de esta forma el actuar estatal, valorando las exigencias que amerita una situación de emergencia, en el entendiendo que se actúa dentro de espacio de valoración que dispone el Estado para suspender la aplicación del Convenio, en aquellas circunstancias que justifican su actuar, considerando su mejor posición para valorar en la realidad todo aquel riesgo que signifique una amenaza para la nación.

En cuanto a su contenido o definición, la Corte Europea analizó el funcionamiento del sistema (sobre la base de la subsidiariedad) dando a entender, ya fuera del contexto inicial de aplicación para las situaciones de emergencia que advierte el artículo 15 del CEDH, que el margen de apreciación nacional no viene ser sino la esfera de autonomía en que el Estado detenta para efectos de tomar las decisiones necesarias que impliquen la restricción de determinadas libertades con el fin de mantener y preservar la seguridad de la nación (en el contexto de la aplicación de restricciones necesarias a la libertad de expresión recogida en el artículo 10.2 del CEDH)²⁷³.

En ese escenario, el pronunciamiento ha sido el siguiente: “El Tribunal destaca que el mecanismo de salvaguarda instaurado por el Convenio reviste un carácter subsidiario en relación a los sistemas nacionales de garantía de los derechos del hombre. El Convenio confía, en primer lugar, a cada uno de los Estados contratantes el cuidado de asegurar el goce de los derechos y libertades que consagra. Las instituciones creadas por él contribuyen a esa finalidad, pero no entran en juego sino por la vía contenciosa y después de haberse agotado las vías de recursos internos (artículo 26)”. Ahora bien “en consecuencia, el artículo 10.2 reserva a los Estados contratantes un margen de apreciación. Al tiempo se concede este margen de apreciación al legislador nacional («previstas por la ley») y a los órganos, especialmente a los judiciales, llamados a interpretar y aplicar las leyes en vigor”²⁷⁴.

En cuanto a sus límites, cabe advertir lo expresado por el propio Tribunal, al indicar, a propósito de un asunto relativo a la libertad de expresión, que “el artículo 10.2 no atribuye, sin embargo, a los Estados contratantes un poder ilimitado de apreciación. Encargado, junto con la Comisión, de asegurar el respeto de sus compromisos (artículo 19), el Tribunal tiene competencia para decidir por una sentencia definitiva sobre el hecho de si una restricción o sanción se concilia con la libertad de expresión tal como la protege el artículo 10. El margen de apreciación nacional va íntimamente ligado a una supervisión europea. Esta afecta a la

²⁷² TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Sentencia de 18 de enero de 1978 n° 5310/71, Cuestiones de fondo, II. 2. C), párr. 3.

²⁷³ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Sentencia de 7 de diciembre de 1976 n° 5493/72. El caso Handyside, más conocido como el caso del «libro rojo del colegio», trata de la aplicación que el Tribunal de Estrasburgo hace de las excepciones que el Convenio reconoce al principio de libertad de expresión.

²⁷⁴ Sentencia TEDH de 7 de diciembre de 1976 n° 5493/72, párr. 48.

vez a la finalidad de la medida litigiosa y a su necesidad. Afecta tanto a la ley en que se basa como a la decisión que la aplica, incluso cuando emane de una jurisdicción independiente.”²⁷⁵ Como expresara Javier García Roca “el Convenio no es una declaración constitucional de derechos en sí misma, sino una garantía de mínimos recogida en un tratado internacional”²⁷⁶, basada en un régimen de aplicación internacional que, por esencia, es subsidiario. De esta manera el margen de discrecionalidad interna quedara constantemente supeditado a supervisión y variará en función de lo sensible que sea la cuestión para decidir, el derecho que esté en juego y el carácter del interés alegado por el Estado y la evolución del consenso europeo en la materia.²⁷⁷

b) Ampliación del margen de discrecionalidad

Con el objetivo de fortalecer el sistema de protección europeo, se adoptó el Protocolo Adicional Nº 15 al Convenio²⁷⁸ (cuya entrada en vigor aún pende de que los 47 Estados Miembros del Consejo de Europa lo hayan ratificado)²⁷⁹. Con él se busca solucionar la actual saturación que enfrenta el sistema, mediante el argumento de fortalecer el principio de subsidiariedad sobre el cual descansa el sistema internacional de control.

En aquello que respecta la inclusión directa del principio de responsabilidad y su refuerzo con la inclusión expresa del margen de apreciación nacional que disponen los Estados Parte para dar cumplimiento efectivo de las obligaciones convencionales. Se ha añadido en la parte final del texto del Preámbulo lo siguiente:

Afirmando que las Altas Partes Contratantes, de conformidad con el principio de subsidiariedad, tienen la primordial responsabilidad de garantizar los derechos y libertades definidos en la Convención y sus Protocolos. Al efectuarlo los Estados gozan de un margen de apreciación, el cual queda sujeto a la supervisión jurisdiccional del Tribunal Europeo de Derechos Humanos establecido por el Convenio.

Sobre el sentido de aquella nueva indicación incorporada, la opinión del Tribunal Europeo, adoptada el 6 de febrero de 2013, a instancias de la solicitud indicativa realizada por parte del Comité de Ministros del Consejo de Europa el 17 de enero de 2013²⁸⁰, no es sino la de reafirmar su rol preeminente en la protección de los derechos y libertades

²⁷⁵ *Ibíd.*, párr. 49.

²⁷⁶ GARCÍA ROCA, op. cit., p. 133.

²⁷⁷ IGLESIAS, Marisa. “Subsidiarity and International Human Rights Tribunals: Deference to States or Cooperative Division of Labor”. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, 2017, núm. 79, p. 208.

²⁷⁸ El Protocolo Adicional nº 15 fue adoptado el 24 de junio de 2013 en Estrasburgo, Francia, en respuesta a la Declaración de Brighton de 20 de abril de 2012, y las declaraciones adoptadas en las conferencias en Interlaken el 18 y 19 de febrero de 2010 y en Izmir el 26 y 27 de abril de 2011. Resta para su entrada vigencia de la ratificación de 3 países.

²⁷⁹ El Protocolo Adicional Nº 15 fue firmado por España el 24 de junio de 2013, encontrándose aún pendiente de ratificación estatal.

²⁸⁰ Opinion of the Court on Draft Protocol No. 15 to the European Convention on Human Rights.

Convencionales. La idea de su introducción al texto del Preámbulo viene a confirmar la consistencia del margen en el desarrollo de esta doctrina por parte de la jurisprudencia del Tribunal Europeo, en directa consonancia con lo expresado en la declaración Brighton²⁸¹ la cual supuso, por motivos de mejorar la transparencia y accesibilidad al sistema regional, la necesidad de incluir tanto el principio de subsidiariedad como la doctrina del margen de apreciación nacional como resultado de la actividad jurisdiccional de la Corte Europea, a fin de fortalecer su aplicación.

A su vez el reporte explicativo del Protocolo adicional N° 15 que realizan las Altas Partes Contratantes, con motivo de la Conferencia de Alto Nivel sostenida a instancia de la Presidencia anual Suiza del Comité de ministros del Consejo de Europa en 2012²⁸². Reitera que el propósito de su inclusión no es otro más que mejorar la transparencia y la accesibilidad del sistema de la Convención y su coherencia con la doctrina del margen de apreciación desarrollada por la Corte en su jurisprudencia. Y fortalecer el compromiso de las Altas Partes Contratantes de dar pleno efecto a su obligación de garantizar los derechos y las libertades definidos en la Convención.

Asimismo, destaca dos principales razonamientos al respecto. Primeramente, aludiendo a que los Estados parte están obligados a garantizar a todos los que se encuentren dentro de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en la Convención, y a proporcionar recursos efectivos ante la autoridad nacional para todos aquellos cuyos derechos y libertades sean violados. La Corte interpreta con autoridad la Convención. También actúa como una salvaguarda para las personas cuyos derechos y libertades no están garantizados a nivel nacional.

En segundo lugar, afirmando que la jurisprudencia de la Corte deja en claro que los Estados parte disfrutan de un margen de apreciación en la forma en que aplican e implementan el CEDH, dependiendo las circunstancias particulares del caso y los derechos y libertades involucrados. De esta manera se refleja que el sistema regional es subsidiario en la salvaguardia nacional de los derechos humanos y que las autoridades locales se encuentran, en principio, en mejores condiciones que el propio Tribunal Europeo para evaluar las necesidades y condiciones locales que le son propias.

El margen de apreciación nacional va de la mano con la supervisión en el marco de la aplicación del sistema regional europeo. A este respecto, la función de la Corte es examinar si las decisiones adoptadas por las autoridades nacionales son compatibles con la Convención, teniendo debidamente en cuenta el margen de apreciación del Estado. A través de la inclusión directa de la doctrina del margen de apreciación nacional en el preámbulo

²⁸¹ Brighton Declaration adoptada los días 19 y 20 de abril de 2012 sobre el futuro y desafíos del TEDH.

²⁸² Explanatory Report to Protocol No. 15 *amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*.

del Convenio. Tal como expresare Marisa Iglesias “una de las razones de la nueva redacción del preámbulo es el excesivo número de asuntos sometidos al Tribunal Europeo. Aplicado a este problema, el enfoque en la subsidiariedad representa una llamada a los Estados a cumplir mejor sus obligaciones de respetar y proteger los derechos del Convenio para disminuir la cantidad de denuncias”²⁸³.

De este modo, los Estados Parte, una vez entre en vigencia, se verán respaldados adicionalmente desde un punto de vista normativo para justificar la aplicación y prevalencia de criterios domésticos para resolver ciertos asuntos internos en que ha sido necesario apartar el juicio internacional a pretexto de limitar ciertos derechos y/o libertades, atendidas las circunstancias particulares del caso. Si bien en su redacción no se prevé un debilitamiento de las facultades jurisdiccionales del TEDH, se estima que si pudiera reforzar la práctica del Tribunal Europeo de autocontención judicial en asuntos en los que podría tener mayor incidencia sobre los ordenamientos jurídicos internos, así como potenciar desde el Convenio la tutela interna de derechos como un espacio ideal para resolver dichos conflictos²⁸⁴.

El problema de aquello sería restringir el estándar de protección a tales condiciones y con ello contradecir la universalidad de los derechos protegidos y su evolución doctrinaria por parte del TEDH. Además, los Estados estarían amparados para actual y legislar sobre materias que quedarían ausentes de un control jurisdiccional más estricto. En tal caso el control jurisdiccional de las normas se ve condicionado por circunstancias locales privativas y las obligaciones positivas exceptuadas del contenido material que imponen en la expresión “respetar” (artículo 1º del CEDH).

El Protocolo Adicional Nº 15 en opinión de Marisa Iglesias Vila:

Estaría afirmando dos cosas respecto a cómo Estrasburgo debe orientar sus respuestas a las denuncias de violación del Convenio: la primera, que corresponde a las autoridades nacionales actuar en primer lugar; la segunda, que las decisiones del Tribunal deben reflejar el ejercicio de una responsabilidad compartida en la protección de derechos humanos en la región. En virtud de ello, el principio de subsidiariedad, cuya función primaria sería garantizar la efectividad del sistema en su conjunto, abre paso a deberes tanto de no interferencia como de intervención.²⁸⁵

Luego resulta también tener otros detractores, cuando en constatación de Iglesias:

Ha sido muy criticado por algunas de las principales organizaciones no gubernamentales del panorama internacional, que han mostrado su preocupación con que el preámbulo vaya

²⁸³ IGLESIAS, op. cit., p. 196.

²⁸⁴ CÁRDENAS VELÁSQUEZ, Byron. *El Control de las normas internas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos [tesis]*. Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona, 2015, pp. 106-112.

²⁸⁵ IGLESIAS, op. cit., p. 203.

a mencionar solo estos estándares y no otros principios básicos en la aplicación del Convenio como el de protección efectiva, el principio de proporcionalidad o la interpretación evolutiva (...) Su recelo es que este paso acabe debilitando el sistema europeo de protección de derechos humanos y que ello comporte un retroceso de estos derechos en la región.²⁸⁶

Como sistema internacional subsidiario, el CEDH busca velar por el respeto y protección de los derechos y libertades y como tal, la función del Tribunal es la de controlar y precisamente actuar cuando los primeros fallan en su cometido.

En opinión de Raúl Canosa:

Con la noción del margen de apreciación nacional se refuerza la presunción de convencionalidad de las normas nacionales (Estado-Legislator) y con la subsidiariedad, el margen de los jueces nacionales para hacer valer los derechos convencionales (Estado-Juez), [a su vez, concluye que el Tribunal de Estrasburgo] debería depurar el puro casuismo con el que ha empleado la noción de margen de apreciación nacional para convertirlo en un verdadero criterio interpretativo que, respetando las peculiaridades nacionales, contribuya a la previsibilidad de sus decisiones.²⁸⁷

Por otro lado, se añadió el Protocolo 16 N° 1.1, el cual expone que los tribunales superiores de justicia de las Altas Partes Contratantes, según lo especificado de conformidad con el Artículo 10 del CEDH, estarán facultados para solicitar al Tribunal de Estrasburgo que se pronuncie y emita opiniones consultivas sobre cuestiones y dudas que les surjan, al estar conociendo en un determinado caso, relativas a la interpretación y/o aplicación de los derechos y libertades del Convenio o sus protocolos. Por cuanto se deja en claro que su objeto es resolver, mediante opinión consultiva, todas las cuestiones de principios relativas a la interpretación o aplicación de los derechos y libertades definidas por el CEDH y sus protocolos.

El propósito práctico consiste entonces que los tribunales superiores de justicia planteen al Tribunal de Estrasburgo, precisamente las dudas que tengan sobre la compatibilidad de las normas nacionales con los derechos y libertades del Convenio Europeo, aplicables para la solución del caso en concreto²⁸⁸. Ahora está claro que la actuación del Tribunal Europeo esta únicamente supeditada a la labor de clarificar el sentido y alcance respecto de la interpretación y/o aplicación de los derechos y libertades del Convenio, sin tener que pronunciarse sobre el fondo mismo del asunto, sino más bien únicamente determinando su campo de aplicación por la vía consultiva. El TEDH no dispone de facultades de imperio para resolver el caso específico, correspondiéndole al juez

²⁸⁶ *Ibíd.*, p. 195.

²⁸⁷ CANOSA USERA, *op. cit.*, p. 75.

²⁸⁸ *Ibíd.*, p. 78.

nacional determinar si, recibida la opinión consultiva, la aplicación de la norma interna se ajusta o no a la interpretación hecha por la Corte Europea.

Ahora bien, en la interpretación que realice el juez nacional respecto de la consulta, y en consecuencia, sobre la aplicación y compatibilidad de la normativa interna en cuestión con el Convenio Europeo (derechos y libertades). Al no ser el TEDH el encargado de resolver el asunto, cuando la decisión tomada por la judicatura nacional termina siendo contraria al Convenio, aquella podrá ser susceptible de ser impugnada posteriormente por la vía del amparo internacional ante el ente regional. Aun cuando el problema que suscitaría esta instancia tendría que ver con la no aplicación de la norma nacional para resolver el caso en concreto por ser disconforme con el Convenio. El Tribunal Europeo estará siempre dispuesto a buscar una interpretación armónica entre la normativa local y el CEDH, y en su defecto indicará a la autoridad nacional su disconformidad. Si bien es cierto son los jueces nacionales los encargados de resolver el caso concreto aplicando o no una norma, pues en ellos recae el “poder deber de conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”. Para el caso hipotético de adherir a la opinión consultiva del TEDH si determinare la contrariedad del Convenio. Este último indirectamente podría llegar a inaplicar una norma. Oponiéndose constitucionalmente tal circunstancia con dicha potestad, que, por regla general, queda confinada a los órganos nacionales superiores, como ejemplo, comúnmente a instancias de un Tribunal Constitucional (cuestión de inconstitucionalidad) u otro Tribunal Supremo que detente potestades de control relativas a la inaplicabilidad de una norma por ser inconstitucional.

En cuanto a la opinión que expresa sobre el tema, el TEDH ha manifestado que el objetivo del nuevo Protocolo Adicional N° 16 es permitir un diálogo entre los más altos tribunales nacionales, con motivo de promover una mayor interacción entre el propio Tribunal y las autoridades locales. Lo que ocasiona una aplicación reforzada del Convenio, a la luz del principio de subsidiariedad²⁸⁹. El propósito de limitar la interacción solo a instancias de los altos tribunales nacionales tiene que ver con la idea de brindar a los Estados Parte mayor un grado de flexibilidad para acomodar las características especiales de su sistema judicial, mediante el ejercicio de un control en concreto de un determinado asunto.

Sobre la naturaleza del pronunciamiento consultivo de la Corte Europea, este ha manifestado al respecto que no se trata pedirle que revise los hechos o la legislación nacional, sino más bien de un control convencional respecto de los derechos y libertades que se tiene duda para resolver un caso. Menos aún correspondería al Tribunal Europeo decidir sobre el caso pendiente por encima del tribunal nacional. El hecho de motivar y justificar las razones de la opinión obedece a que tal enfoque mejoraría el objetivo de crear un diálogo constructivo con los tribunales nacionales.

²⁸⁹ Opinion of the Court on Draft Protocol No. 16 to the Convention extending its competence to give advisory opinions on the interpretation of the Convention. (Adopted by the Plenary Court on 6 May 2013).

A pesar de que las opiniones consultivas del Tribunal no sean vinculantes, se pretende establecer un vínculo directo y comunicación entre las autoridades nacionales de la judicatura y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ya que la idea de elevar a la instancia internacional cuestiones de interpretación y aplicación del CEDH por parte de los altos tribunales nacionales, tiene el preciso objeto de que el TEDH intervenga en un proceso determinado a fin de resolver sobre el verdadero sentido y alcance de las disposiciones convencionales. Se trata de una cuestión prejudicial u opinión convencional consultiva que resulta del conocimiento de un caso en concreto que realiza la alta judicatura nacional. Así se pretende evitar una posterior condena, dándole una perspectiva adicional y previa a los tribunales superiores de justicia nacional, a fin de evitar cometer el yerro de resolver un asunto de forma contraria a Tribunal de Estrasburgo, que en su defecto motivaría su posterior revisión por la vía del amparo internacional²⁹⁰.

Sin desatender por cierto que el propósito de su establecimiento obedece a colaborar con la alta demanda de casos que recibe el Tribunal Europeo y alivianar su carga y congestión, previniendo situaciones futuras de violaciones de derechos y libertades contrarias al Convenio Europeo. Ello no evita hacer referencia al aspecto limitativo que tendría su implementación. Primeramente, porque su aplicación se reduce únicamente a cuestiones interpretativas relativas al Convenio Europeo, sin poder tener injerencia alguna en aspectos normativos nacionales ni de aquellos derivados de la propia implementación del Convenio, por tanto, es bastante reducido su parámetro aplicación, al no poder pronunciarse sobre el sentido, alcance y validez de otras normas internas. Segundo el mecanicismo contemplado por el Protocolo n° 16 no se encuentra disponible para todos los jueces y tribunales que conforman el poder judicial interno, ya que únicamente puede ser utilizado por los altos tribunales que los gobiernos designen, y ni siquiera la opinión que diera el Tribunal Europeo para ellos resultaría vinculante u obligatoria, sino meramente consultiva. Esto evidentemente reduce el dialogo jurisprudencial entre los diversos niveles de control, además de solo reducirlo a la alta judicatura nacional²⁹¹.

Ahora bien, sin perjuicio de las dificultades que pudiera significar, el propósito constructivo de la incorporación de este nuevo Protocolo, obedece a la necesidad de descongestionar al TEDH de la gran cantidad de demandas que ingresan continuamente, al existir una instancia previa de revisión consultiva, disponiendo ello un necesario dialogo entre las autoridades jurisdiccionales nacionales y el Tribunal Europeo, motivando con ello una interpretación armónica de las disposiciones nacionales a la luz del Convenio Europeo,

²⁹⁰ Cfr. CANOSA USERA, op. cit., p. 75.

²⁹¹ *Ibíd.*, pp. 76-78.

objetivando de esa forma el Sistema Europeo de protección de Derechos Humanos y aliviando la sobrecarga del TEDH²⁹².

**c) Instauración y funcionamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:
Atribuciones y potestades jurisdiccionales**

Dentro del funcionamiento y estructura del Sistema Europeo de protección, de corte eminentemente jurisdiccional, el Tribunal de Estrasburgo se sitúa como el órgano garante por excelencia del respeto de los derechos y libertades fundamentales consagrados en el Convenio Europeo y en cada uno de sus Protocolos Adicionales. Así en ejercicio de su jurisdicción, se le encarga velar por el cumplimiento de las obligaciones convencionales asumidas por las Altas Partes Contratantes, basando su labor fundamental en verificar la existencia de violaciones a los derechos y libertades convencionales y declarar la consecutiva responsabilidad internacional de los Estados, derivada de la constatación de infracción convencional ya sea de sus órganos como autoridades públicas²⁹³. Y es gracias a esta labor jurisdiccional donde, en palabras de Sonia Rodríguez, “la efectividad real de los derechos humanos se pone de manifiesto, fundamentalmente, en las sentencias de los tribunales que son los que, al final y a la postre, declaran si se tiene o no derecho. El derecho jurisprudencial es derecho vivo, derecho en acción. En definitiva derecho efectivo”²⁹⁴.

El TEDH es concebido como un órgano jurisdiccional internacional, permanente, regulado principalmente por el título II del Convenio Europeo (artículos 19 al 51) sumado a su reglamento interno que inicialmente data de 1958²⁹⁵. Fue implantado a instancias del Convenio Europeo de Derechos Humanos (adoptado en 1950, y posteriormente vigente a partir del 3 de septiembre de 1953) con el objetivo de detectar las violaciones y condenar a los Estados que hubieran ratificado el Convenio, por vulnerar alguno de los derechos allí reconocidos. Su funcionamiento como tal, con sede en Estrasburgo, data de 1959, cuya nómina de integrantes inicialmente constaba de la representación de 12 países elegidos por la Asamblea Consultiva del COE, hoy integrado por la totalidad de los Estados miembros del COE, es decir compuesto por 47 jueces, cada uno de los cuales representa a los Estados miembros del Consejo de Europa, elegidos por Asamblea Parlamentaria, para actuar todos ellos al servicio del Tribunal, de forma independiente, al Estado miembro que propició a su investidura.

Entre sus principales labores destacan el velar por el cumplimiento, por parte de los Estados Miembros, de las obligaciones que se hayan ratificado. El artículo 19 del CEDH dispone al efecto “con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para

²⁹² CANOSA USERA, op. cit., p. 82.

²⁹³ RODRÍGUEZ BOENTE, op. cit., p. 13.

²⁹⁴ *Ibíd.*, p. 11.

²⁹⁵ *Rules of Courts*, última modificación entrada en vigor el 16 de abril de 2018.

las Altas Partes Contratantes del presente Convenio y sus Protocolos, se crea un Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El que funcionará de manera permanente”. En uno de sus primeros fallos sobre el presente asunto, el Tribunal Europeo sostuvo que, a efectos de determinar su propia jurisdicción, resulta ser “responsable, a la luz del artículo 19, de asegurar el cumplimiento de los compromisos asumidos por las partes contratantes en el Convenio”²⁹⁶ complementa esta idea sosteniendo también que “con arreglo al artículo 19 del Convenio su misión es garantizar el respeto de los compromisos dimanantes del Convenio para las Altas Partes contratantes. En especial, no le incumbe conocer de los errores de hecho o de Derecho supuestamente cometidos por un Tribunal interno, salvo en la medida en que puedan haber vulnerado los derechos y libertades protegidos por el Convenio”²⁹⁷.

En la esfera competencial de atribuciones, el artículo 32 del CEDH dispone que “la competencia del Tribunal se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio y de sus Protocolos que le sean sometidos en las condiciones previstas por los artículos 33, 34, 46 y 47”. La referencia a los dos primeros artículos, toca lo relativo a la interposición de demandas: ya sea de Estado contra Estado o interestatales y por otro lado de forma directa mediante la acción de individual de personas afectadas.

El proceso de cristalización de los derechos a nivel europeo, en específico con la aparición del CEDH e instalación de su órgano garante, ha permitido establecer una especie de límite al poder soberano de los Estados a favor de los derechos fundamentales, por intermedio del establecimiento de estándares mínimos y comunes de protección principiado por la labor interpretativa del TEDH, en cuyo caso el deber de respeto de los derechos y libertades gravita en aplicar, de forma armónica, las disposiciones convencionales en los ordenamientos internos, conciliando las normas internas al margen de este parámetro regional común de protección. Precisamente en ese rol, más controlador, destaca labor del Tribunal Europeo como un “auténtico órgano jurisdiccional al que le compete la interpretación y aplicación del Convenio y de sus Protocolos, en orden a garantizar su finalidad última, cual es sino otra que el establecimiento de un estándar mínimo de garantía de los derechos humanos, común a los Estados Miembros”²⁹⁸.

El artículo 41 del CEDH alude a la potestad conferida a este para declarar la violación del Convenio, y en consecuencia dotar de fuerza obligatoria a sus sentencias (del artículo 46 sobreviene la obligación de acatar las sentencias como una obligación de

²⁹⁶ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Sentencia n° 1474/62 de 9 de febrero de 1967, caso relativo a algunos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica, fundamento n° 3.

²⁹⁷ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Sentencia n° 30544/96, 21 de enero de 1999, caso García Ruiz vs España. Artículo 6.1 (Derecho a un proceso equitativo) párr. 28.

²⁹⁸ NIÑO ESTÉBANEZ, op. cit., p. 20.

resultado); sumado al artículo 47 del mismo CEDH, sobre el papel consultivo del TEDH en la interpretación del sentido y alcance de este último.

El Tribunal pasa a ser el actor regional decisivo en la implementación efectiva del estándar básico de los derechos humanos fijado por el CEDH, y ha dado lugar a que el Convenio supere incluso su carácter de tratado internacional y alcance trascendencia constitucional en la integración de Europa²⁹⁹. Dada la inédita figura jurisdiccional internacional del Tribunal Europeo cuando fue instaurado, se enaltece en respuesta a la necesidad de generar mecanismos de asistencia y control de los derechos fundamentales (en el plano local e internacional) para cuando los mecanismos nacionales no encontraren acierto. El dinamismo con el que este ha instituido su propio trabajo ha ido mucho más allá del mero reconocimiento estático y fijo de los derechos y libertades convencionales pretendido, dando paso a una protección más dinámica y mucho más efectiva, precisamente por su éxito en favor de la vigorización de los derechos y el reconocimiento de las responsabilidades internacionales de los países que hubieren ratificado el pacto. Pero por otro lado precisamente es, según alguna corriente, por su fecundo éxito el temor que su propia actividad termine por devastarla. La búsqueda de la universalidad y efectividad de los derechos humanos va de la mano con la labor práctica del TEDH por medio de la jurisprudencia que emana de sus sentencias más allá del caso en concreto, sirviendo en otras realidades nacionales como parámetro de integración y armonización del derecho internacional de los derechos humanos.

Las cifras por sí solas develan cientos de miles de casos que anualmente aún se encuentran pendientes de resolución, esto sin obviar la gran cantidad de nuevos casos que año tras año que promedian las cincuenta mil nuevas demandas al sistema europeo, números que hacen creer que, sin los debidos recursos y facultades, podrían llevar a la saturación y posible ruina del sistema por sobredemanda de sus recursos. Paliativos los ha habido, por ejemplo con instauración del Protocolos Adicionales nº 11 y nº14, el primero de ellos para vigorizar la actividad jurisdiccional del Tribunal y evacuar un sistema con alcance directo de los afectados, mediante la presentación de demandas de particulares ante al Tribunal evitando la extensa dilación y acumulación de los casos que significaba la calificación previa por la Comisión Europeo de Derechos Humanos, abriendo la instancia europea directamente a las personas naturales para acudir a la instancia internacional, en teoría, en igualdad de condiciones.

El segundo de ellos establece cambios en la estructura y funcionamiento del tribunal, con el Protocolo Adicional Nº 14 se busca, como objetivo, garantizar la eficacia a largo plazo de del Tribunal, optimizando el filtro y procesamiento de las nuevas demandas; proporcionando nuevas organizaciones y formaciones de jueces para conocer y resolver de

²⁹⁹ KOTZUR, Markus. “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Un Actor Regional al Servicio de los Derechos Humanos Universales”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2012, núm. 16, p. 229.

los casos más sencillos; estableciendo un nuevo criterio de admisibilidad (del perjuicio importante) determinante para su revisión; y encomendándole a un órgano mucho más político, el Comité de Ministros, la labor de velar por el cumplimiento y ejecución de las sentencias del propio TEDH.

En la práctica, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyo abanico de protección cubre más de ochocientos millones de personas bajo su jurisdicción, abre la puerta cada año a que decenas de miles de individuos quienes consideren sus derechos vulnerados, puedan accionar y dirigirse ante el TEDH a hacer valer sus denuncias. Desde su establecimiento en 1959, ha emitido 20.637 sentencias condenatorias, de las cuales más de un tercio de ellas corresponden a tres países: Turquía (3.386) Italia (2.382) y Rusia (2253). En cifras actualizadas a diciembre de 2017³⁰⁰ es posible advertir 56.250 causas pendientes de asignación a un juez o comité de tres jueces para su conocimiento, más de la mitad de ellas proviene de 4 países miembros del COE a saber, Rumania, Rusia, Turquía y Ucrania.

Con misma data, el número de demandas radicadas en un juez o comité (post admisibilidad) asciende a 63.350, lo que equivale a un 19% más respecto del año anterior (50.400). En cuanto a las sentencias dictadas en 2017, se advierte que casi la mitad de ellas son pronunciadas en contra de 3 de los 47 Estados Miembros: Rusia (305), Turquía (116) y Ucrania (87). Del total de las sentencias pronunciadas por el TEDH, ha encontrado en un 85% de los casos violación del menos un derecho convencional por parte de un Estado responsable. En dichas sentencias más de un cuarto de las emitidas en 2017 dicen relación con la declaración de la violación del artículo 6 del CEDH (derecho a un proceso equitativo) 28,05% y un 20% de ellas emitida por violaciones de los artículos 1 y 2 del CEDH en su conjunto, derecho a la vida (4,20%) y prohibición de la tortura y tratos inhumanos o degradantes (17,74%).

En consideración a las cifras anteriores, en sus casi 60 años de labor jurisdiccional, no solo ha realizado su labor gracias a la condena de los Estados, sino que además por la adopción de importantes decisiones que impactan tanto en la esfera europea como nacional (principalmente por las modificaciones legislativas y de orden administrativo a que ha dado lugar luego de sus pronunciamientos judiciales). Muestra de ello es que se ha consolidado el mecanismo de control vinculante, y el establecimiento de parámetros comunes para la interpretación y aplicación del contenido de los derechos.

Empero la sociedad contemporánea va cambiando, los derechos y actuaciones van mutando y con ello constantemente el sistema necesita de nuevos esfuerzos, recursos y acuerdos regionales, para ser más ágil y eficiente a la hora de dar solución efectiva a las vulneraciones, no solo por la reparación, sino más bien enfocada a la prevención de más

³⁰⁰ The European Court of Human Rights in Facts & Figures, March 2018.

violaciones con la ejecución directa de sus sentencias (que sigue siendo la tarea pendiente). Por ello justamente la piedra de tope del sistema regional es que se configura como una instancia de protección auxiliar, complementaria, que adolece de fuerza directa para revisar y dejar sin efecto cualquier actuación, inacción o resolución interna de los órganos públicos (y judiciales) cuando se es violentada la Convención.

iii. Competencia jurisdiccional

El Tribunal de Estrasburgo determina sobre su propia competencia para decidir sobre un determinado asunto que le es sometido a su decisión sobre la base de lo dispuesto por el artículo 32 del CEDH, cuando dispone en su numeral 2, que, para caso de impugnación de la competencia del Tribunal, este decidirá sobre la misma. Por cuanto dispone de plenas facultades para decidir de manera independiente si un determinado asunto forma parte de la esfera de su concomitamiento y decisión.

Ahora luego la primera parte del referido artículo dispone que la competencia del Tribunal se extiende a todos los asuntos relativos a la “interpretación y la aplicación” del Convenio y de sus protocolos que le sean sometidos en las condiciones previstas por los artículos 33, 34, 46 y 47.

De esta forma en razón del titular o de los sujetos que promueven la función jurisdiccional de la Corte Europea, es competente para conocer de todas aquellas demandas presentadas por un Estado parte en contra de cualquier otro, referidas exclusivamente al incumplimiento de cualquier disposición del Convenio y sus protocolos que, a su juicio, pueda ser imputado a otra Alta Parte Contratante según lo dispone su artículo 33. A su vez, y como gran novedad añadida por el Protocolo adicional N° 11³⁰¹, se le confiere competencia para conocer de las demandas de particulares. De esta forma el Tribunal Europeo, de acuerdo al artículo 34 del CEDH, es competente para conocer una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus protocolos. “Entraña un verdadero derecho de acción del individuo a nivel internacional, constituye, además, uno

³⁰¹ El Convenio añade la posibilidad de que, frente a vulneraciones de los derechos por los Estados, el sistema regional se ponga en marcha a iniciativa de los sujetos individuales. En sus inicios, al entrar en vigor el Convenio, tal posibilidad se veía disminuida por la ausencia de legitimación individual para acudir al Tribunal: la iniciativa individual debía pasar por el filtro de otro órgano, la Comisión Europea de Derechos Humanos, que (junto a los Estados firmantes) estaba legitimada para llevar los asuntos al Tribunal. Pero, aún con esta limitación, el reconocimiento de la iniciativa individual quedó firmemente establecido, y se tradujo, a partir de las reformas introducidas en 1998 por el Protocolo 11, en el reconocimiento de la legitimación activa directa de quienes se considerarán víctimas de una violación de sus derechos. En LÓPEZ GUERRA, op. cit., p. 167.

de los pilares esenciales de la eficacia del sistema del Convenio; forma parte «de las claves del mecanismo» de salvaguarda de los derechos humanos”³⁰².

Los sujetos individuales incluyen a toda persona física o jurídica puede ejercer su derecho de demanda individual sin que la nacionalidad, el lugar de residencia, el estado civil, la situación o la capacidad jurídica sean tenidos en cuenta; a cualquier organización no gubernamental, en sentido amplio, es decir, excluyendo las organizaciones que ejerzan poderes públicos, puede ejercer su derecho de demanda; y cualquier grupo de particulares: una asociación informal, que, la mayoría de las veces, reagrupa temporalmente a varias personas. La noción de víctima ha sido objeto de una interpretación evolutiva a la luz de las condiciones de vida actuales y su aplicación debe hacerse sin excesivo formalismo³⁰³.

Para determinar entonces la competencia del Tribunal *ratione personae*, procederá realizar un examen de ellas, a contrario sensu, es decir a la luz del análisis de las condiciones de inadmisibilidad conforme lo dispone el artículo 35.3 del CEDH. De esta forma atendiendo el factor personal, el Tribunal declarará inadmisibles cualquier demanda individual presentada en virtud del artículo 34 si considera que: a) la demanda es incompatible con las disposiciones del Convenio o de sus Protocolos, manifiestamente mal fundada o abusiva; o b) el demandante no ha sufrido un perjuicio importante, a menos que el respeto de los derechos humanos garantizados por el Convenio y por sus Protocolos exija un examen del fondo de la demanda, y con la condición de que no podrá rechazarse por este motivo ningún asunto que no haya sido debidamente examinado por un Tribunal nacional. Además requiere que la violación alegada sea imputable a un Estado parte.

Primero la competencia *ratione personae* requiere que la violación alegada del Convenio haya sido cometida por un Estado Contratante o que le sea imputable de una u otra manera. Por lo tanto las demandas podrán ser declaradas incompatibles *ratione personae* por los siguientes motivos: si el demandante no tiene la cualidad para actuar según el artículo 34 del Convenio; si no se halla en situación de demostrar que es víctima de la violación alegada; si la demanda está dirigida contra un particular; si la demanda está dirigida contra un Estado que no ha ratificado el Convenio; o directamente contra una organización internacional que no se ha adherido al Convenio; o si la demanda se refiere a un Protocolo del Convenio que el Estado demandado no ha ratificado³⁰⁴.

En el plano del ejercicio de la jurisdicción *ratione loci*, lleva al Tribunal a ejercer su potestad dentro de los territorios de los Estados contratantes en donde estos ejerzan jurisdicción. La competencia *ratione loci* requiere que la violación alegada del Convenio

³⁰² CONSEJO DE EUROPA. *Guía práctica sobre la admisibilidad. División de Investigación de la Secretaría del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2010.

³⁰³ *Ibíd.*, p. 13.

³⁰⁴ *Ibíd.*, p. 34.

haya tenido lugar en la jurisdicción del Estado demandado o en territorio controlado efectivamente por este Estado

De conformidad a lo dispuesto por el artículo 1 del CEDH, ejerce su actividad jurisdiccional tanto dentro como fuera del territorio nacional del Estados Parte, y en este último caso, cuando se trata de zonas donde los países miembros del Consejo de Europa siguen ejerciendo un control soberano, militar y/o político fuera de sus fronteras territoriales. Ahora bien, la declaración de incompetencia *ratione loci* no exceptiona al Tribunal de investigar si los demandantes están bajo la jurisdicción de uno o varios Estados contratantes en el sentido del artículo 1 del Convenio. Por consiguiente, la excepción de no hallarse los demandantes bajo la jurisdicción del Estado demandado será normalmente planteada invocando la incompatibilidad *ratione personae*.

Tal como se infirió anteriormente, cabe recordar que el propio Tribunal sostiene que, si bien es cierto, el artículo 1º establece límites al alcance del Convenio, el concepto de "jurisdicción", en virtud de esta disposición, no se limita únicamente al territorio nacional de las Altas Partes Contratantes. Aludiendo a circunstancias excepcionales donde cabe hacer extensible su competencia y extender la responsabilidad por la infracción del CEDH. Por ejemplo, en casos de extradición o expulsión de una persona por un Estado; en los actos de las autoridades, realizados fuera de las fronteras nacionales; o como consecuencia de una acción militar, al ejercer un control soberano sobre un área fuera del territorio nacional.

De conformidad con los principios generales del derecho internacional (principio de irretroactividad de los tratados), las disposiciones del Convenio no vinculan a una Parte contratante en relación con cualquier acto o hecho anterior a la fecha de entrada en vigor del Convenio respecto a dicha parte, tampoco respecto a una situación que había dejado de existir antes de esta fecha. La competencia *ratione temporis* solo cubre el periodo posterior a la ratificación del Convenio o de sus Protocolos por el Estado demandado. Sin embargo, el Convenio no impone a los Estados contratantes ninguna obligación específica de remediar una injusticia o un perjuicio causado antes de esta³⁰⁵.

El Tribunal Europeo se encuentra obligado a verificar de oficio y en todas las fases del procedimiento, su competencia *ratione temporis*, ya que se trata de una cuestión de competencia del Tribunal más que de un requisito de admisibilidad, a excepción que se trate de una violación con carácter continuado, donde órganos del Convenio admiten la extensión de su competencia *ratione temporis* en situaciones de violación continuada iniciadas antes de la entrada en vigor del Convenio, que persisten después de esta fecha.

Por último, la competencia debido al objeto, o *ratione materiae*, obedece a todos los asuntos que son promovidos al Tribunal exclusivamente tiene que ser motivados por la

³⁰⁵ *Ibíd.*, pp. 39-42.

violación de alguno de los derechos y libertades garantizados por el Convenio y sus protocolos. Por lo tanto, para que la demanda sea compatible es necesario que el derecho invocado por el demandante esté protegido por el CEDH y sus protocolos vigentes. Se declaran incompatibles *ratione materiae* por lo tanto las demandas relativas a una disposición del Convenio que hayan sido objeto de reserva del Estado demandado, a condición de que dicha reserva sea considerada válida por el Tribunal, en virtud del artículo 57 del Convenio. Por otro lado, el Tribunal no tiene competencia *ratione materiae* para examinar si una Parte contratante ha cumplido con las obligaciones que le impone una de sus sentencias. Y no puede examinar este tipo de quejas sin interferir en las competencias del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que supervisa la ejecución de las sentencias en virtud del artículo 46.2 del Convenio³⁰⁶. Sin embargo, la gran mayoría de las decisiones de inadmisibilidad con fundamento en la incompatibilidad por la materia se refieren a los límites del ámbito de aplicación de los artículos del Convenio o de sus Protocolos, en particular, el artículo 6 (*derecho a un proceso equitativo*), el artículo 8 (*derecho al respeto de la vida privada y familiar del domicilio y de la correspondencia*), y el artículo 1 del Protocolo no 1 (*protección de la propiedad*).

iv. La interpretación de los derechos

En el ejercicio de su función como garante de la protección de los derechos y libertades del CEDH, el Tribunal regional actúa como intérprete de este, determinando en cada caso, y no tan solo para su aplicación práctica, el verdadero sentido y alcance de aquel, replicándolo a su nutrida jurisprudencia, para luego convertirse en fuente doctrinaria tonificadora del contenido esencial de los derechos delineados originariamente en la carta regional.

De este modo actúa fijando su contenido, el que con el pasar del tiempo y devenir de las nuevas necesidades, va mutando según se construye un ordenamiento común europeo, dando paso al surgimiento de nuevas demandas de derechos para satisfacer pretensiones particulares y favorecer con ello las interacciones y el diálogo multinivel entre sus diversos actores intervinientes. Empero, aun cuando en su labor meramente hermenéutica, el tribunal de Estrasburgo bajo ningún pretexto constituye una tercera o cuarta instancia, ni configura una modalidad de Tribunal de casación, al cual se pueda recurrir por defectos de hecho o derecho interno, menos anular y dejar sin efecto sentencias ni procedimientos internos. En efecto, reiteramos la circunstancia que el Convenio Europeo, ni ninguno de sus Estados Parte, le entregan atribuciones directas que le permitan directamente anular una decisión sea esta judicial o administrativa, de autoridades

³⁰⁶ *Ibíd.*, pp. 45-46.

nacionales y aún menos derogar una disposición legislativa o reglamentaria del derecho interno”³⁰⁷.

En esta labor práctica la Corte Europea se ha hecho cargo de confeccionar una doctrina basada en la conjunción de ciertos principios de aplicación general. Tal es el caso del principio de la aplicación práctica y efectiva de los derechos. Instituido en su jurisprudencia aplicada, con el objeto de asegurarles la relevancia debida de los derechos contenidos en el Convenio y prevenir que el texto en el que constan pase a convertirse en letra muerta³⁰⁸. En aquel sentido muchos pronunciamientos han sido establecidos en el sentido de aclarar que el CEDH no solo se encarga de recoger y proteger derechos teóricos e ilusorios, sino más bien proteger derechos que existen en la realidad y son efectivos³⁰⁹. Se trata pues del uso de un principio como parámetro interpretativo de los derechos, bajo el supuesto de poder hacer uso de él no solo para un derecho en específico, sino más bien respecto todos aquellos que se encuentran reconocidos por el Convenio y Protocolos.

Inclusive este principio ha sentado las bases para el uso de una peculiar doctrina del Tribunal Europeo, replicable en un sinnúmero de casos, conforme la cual infiere que en el deber de respetar los derechos, los Estados no solo tienen que abstenerse de actuar de realizar actuaciones negativas sino que también a realizar obligaciones positivas a fin de garantizar efectivamente la protección de los derechos contenidos en el CEDH³¹⁰. Este principio automáticamente lleva a la idea de interpretar de forma extensiva los derechos establecidos en la CEDH. Y ello precisamente se debe al hecho de que el énfasis este puesto en responder a la interrogante que se plantea en torno a qué, efectivamente, puede obtenerse de estos derechos y de qué forma es posible asegurar su máxima efectividad en pro de la protección de los seres humanos³¹¹.

Por otro lado, el principio de la interpretación autónoma³¹², también ha sido acuñado por la práctica interpretativa del TEDH, el cual conociendo de un caso particular, impone el establecimiento de una conducta estándar, como parámetro común de aplicación exigido en adelante para todos los Estados parte del Convenio, para cuando no exista certeza relativa a su correcta aplicación por parte de un Estado responsable, dejando sin efecto al respecto la aplicación que de ella se hubiere efectuado en el plano interno, importando en cambio la

³⁰⁷ CASADEVALL, op. cit., p. 89.

³⁰⁸ SENDEN, op. cit., p. 73.

³⁰⁹ Sentencias del TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Caso Khamtokhu y Aksenchik vs. Rusia. Gran Sala, 24 de enero de 2017. Apartado 30; caso Tabor vs. Polonia, 27 de junio de 2006, párrafo 39; caso Steel y Morris versus Reino Unido, de fecha 15 de febrero de 2005, párrafo 59;

³¹⁰ Sentencia TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Marckx versus Bélgica, 13 de junio de 1979. Apartado 31, párr. 3.

³¹¹ SENDEN, op. cit., p. 76

³¹² Por ejemplo, en aquel sentido se ha pronunciado el Tribunal de Estrasburgo a la hora de clarificar el sentido y alcance del término “servicio civil” en Sentencia TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Caso Pellegrin vs. Francia, de fecha 8 de diciembre de 1999, párrafo 63; caso Vilho Eskelinen y otros versus Finlandia, de fecha 19 de abril de 2007, párr. 46.

conducta común adaptada a la realidad europea, haciéndola exigible a todos los demás Estados quienes adhieren al CEDH.

Del principio anterior se sugiere el efecto de cosa interpretada³¹³ de las sentencias que emanan del TEDH, y que ha sido fruto de su propia construcción en la interpretación que este ha hecho del Convenio. Es definido por Roberto Niño:

Como aquel atributo de las Sentencias del Tribunal Europeo, consistente, dentro de su peculiar sistema de *case-law*, en su carácter vinculante en cuanto a la interpretación del CEDH que las sustenta. Por esta razón, las consecuencias de las sentencias del TEDH no se limitan al caso concreto que se enjuicia, sino que sobrepasan el efecto reparador de la específica vulneración enjuiciada y adquiere proyección independiente y autónoma respecto de la solución dada al caso en concreto.³¹⁴

Este principio se encuentra íntimamente ligado a la doctrina del margen de apreciación. Regularmente estos dos conceptos actúan en la práctica de forma opuesta, toda vez que la interpretación autónoma tiende a inspirar una dirección que va en pro de uniformar las decisiones, mientras que el segundo expresamente prevé que el TEDH respete las diferencias nacionales y permita la divergencia y variedad en la protección nacional de derechos fundamentales³¹⁵. Sin perjuicio de ello ambos tienen diferentes funciones. Por un lado, la interpretación autónoma actúa en el ámbito del sentido y alcance de la Convención para efectos de su aplicación a un caso concreto. Por otro, el margen de apreciación nacional juega un rol activo en el proceso de identificar el momento en que un derecho ha sido transgredido, evaluando la necesidad de la justificación esgrimida por las autoridades nacionales.

Al parecer se trata de concepciones que van por cuerdas separadas, pero que, respecto del análisis de los casos en la Corte Europea, a veces resultan superponerse y conjugarse para determinar si, ante el examen de un caso específico, se justifica una interpretación autónoma o en cambio corresponde dar mayor margen de apreciación a las autoridades locales en orden de evitar la aplicación de la respectiva regla de interpretación. Al final la búsqueda de una armonización o uniformidad en la interpretación y correcta aplicación del Convenio Europeo busca que la protección de los derechos fundamentales (en el plano internacional) puedan ser garantizados de forma efectiva, puesto que la calificación mínima del estándar, conforme este canon interpretativo, no dependen de la apreciación interna del respectivo derecho en cuestión que puedan realizar los Estados Parte. Sin perjuicio de reconocer ciertos límites que van de la mano con las diversas

³¹³ Sentencia TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Caso Pentelis y otros vs. Grecia, de fecha 9 de junio de 1997.

³¹⁴ NIÑO ESTÉBANEZ, op. cit., p. 48.

³¹⁵ SENDEN, op. cit., p. 176

realidades socioculturales, valóricas y éticas que diferencian a cada uno de las Altas Partes Contratantes a la hora de determinar la suficiencia de la protección interna.

Con el asentamiento del nuevo Protocolo Adicional nº 16, se formaliza un procedimiento consultivo que permite a los tribunales nacionales solicitar del Tribunal Europeo opiniones consultivas relativas a la aplicación e interpretación del Convenio. Y en virtud de ello lo que se busca es reforzar la interacción entre el TEDH y la alta judicatura nacional. Se prevé por tanto un alto diálogo promovido a instancia de los órganos judiciales superiores a efectos de prevenir al Tribunal Europeo aclare el sentido y alcance de las disposiciones convencionales en juego en un caso determinado que esté conociendo y con ello evitarse una posterior condena basada en el error u omisión del órgano jurisdiccional interno en la aplicación de la doctrina jurisprudencial de la Corte Europea.

v. La actividad contenciosa del Tribunal

El cumplimiento de las sentencias condenatorias del TEDH no viene sino a reflejar, en la práctica, el deber que existe por parte de los Estados Parte de respetar todos y cada uno de los derechos y libertades contenidos en el Convenio y sus protocolos. Esto representa que la labor contenciosa de la Corte Europea sirve de pilar fundamental del sistema de protección internacional subsidiario, a la luz de los principios inspiradores de su establecimiento: imperio del Derecho, democracia y amparo de los derechos humanos. En palabras de Josep Casadevall:

El Tribunal efectúa una supervisión de las actuaciones, por acción o por omisión, de las autoridades y de los funcionarios del Estado demandado, sea dentro del campo legislativo, judicial o de la práctica administrativa, y seguidamente declara su conformidad, o no conformidad, con los derechos y libertades protegidos en el Convenio.³¹⁶

Del artículo 46 del CEDH deviene la fuerza obligatoria que disponen las sentencias del Tribunal, cuando en su numeral 1 dispone que “las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes”. Esta obligación se concreta en el deber de adoptar, dentro del ordenamiento jurídico interno del Estado responsable, la concreción de medidas que resulten necesarias a fin de poner término a la violación declarada por el TEDH y reparar el daño causado, aun cuando bajo el margen de apreciación nacional que disponen los países para escoger el modo en que estas serán ejecutadas.

Desde una perspectiva funcional, el Tribunal de Estrasburgo ha sido investido con el poder de conocer y juzgar las demandas particulares de individuos que alegan la violación de alguno o varios de los derechos y libertades fundamentales reconocidos por el CEDH. Así la labor del TEDH ha permitido, además de visibilizar la responsabilidad internacional

³¹⁶ CASADEVALL, op. cit., p. 90

de los Estados Parte y resarcir a las víctimas, desarrollar y revelar el contenido convencional de sus disposiciones. Por medio de su lata jurisprudencia se ha podido dotar de contenido cada uno de los pasajes del CEDH.

A diferencia de lo que ocurre con otros tipos de tribunales, por ejemplo, su pariente más cercano: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Tribunal de Estrasburgo y sus sentencias no han sido producto de ningún tipo de influencia o modelo judicial nacional. Aun cuando el TEDH destine gran parte de su esfuerzo en verificar la admisibilidad de las demandas que ingresan, existe una tendencia en poner un mayor tiempo y esfuerzo en los casos sobre asuntos relevantes que contribuyan al desarrollo de la jurisprudencia del CEDH, como herramienta de construcción judicial del derecho convencional. Este particular estilo de producción jurisprudencial nace bajo el ansiado deseo de convencer y seducir tanto a autoridades como tribunales nacionales, como la vía a seguir a pretexto de brindar una efectiva implementación de la Convención (página 21 es una idea por eso no lleva comilla, lo mismo para el resto).

La fuerza obligatoria de las decisiones del Tribunal de Estrasburgo, además de nutrir el contenido del catálogo de los derechos convencionales, ha posibilitado gracias a su labor jurisprudencial ir más allá de la solución de un caso concreto, y detectar problemas estructurales y sistémicos que existen dentro del ordenamiento nacional de un Estado, lo que ha permitido, al menos indirectamente, dar cabida a la sugerencia de adopción de algunas medidas tendientes a evitar futuras demandas por mismos razones y sugerir la toma de medidas legislativas y administrativas con objeto de poner término a la violación que motivó su intervención y además prevenir futuras violaciones que podrían afectar a un mayor número de personas.

Esto ha sucedido con la implementación excepcional de los casos pilotos, con los que el Tribunal busca facilitar la ejecución de sentencias mediante sugerencias de medidas legislativas específicas a adoptar por parte del Estado infractor a fin de evitar nuevos casos, ampliando con ello los alcances atribuibles al artículo 46 del CEDH. En efecto el procedimiento de las sentencias piloto fue una creación jurisprudencial del propio Tribunal de Estrasburgo, sin base en el Convenio Europeo ni en el reglamento.

Comenzó en 2004, con la sentencia Broniowsky dictada contra Polonia (por incumplimiento sistemático por parte de las autoridades polacas de indemnizar a alrededor de 80.000 ciudadanos que se habían visto obligados a ceder sus bienes tras la Segunda Guerra Mundial), con el propósito de descongestionar el sistema europeo, por la vía de la proposición de ciertas medidas generales aplicables para resolver un sinnúmero de casos en similares condiciones (cuya problemática tiene una raíz común), tras detectar problemas sistémicos y/o estructurales que afectan el normal funcionamiento de los ordenamientos jurídicos internos, ya sea por una disposición normativa o criterio jurisprudencial contrario al Convenio, que pueda beneficiar a todos quienes, eventualmente, puedan verse afectados en el futuro.

vi. El valor jurídico y efectos de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo (cosa interpretada y cosa juzgada)

Aun cuando su jurisdicción es obligatoria y vinculante para el Estado responsable, existen ciertas limitaciones de actuación como las que a continuación se enuncian: : i.- El Tribunal no es competente para anular las decisiones o las leyes nacionales; ii.- La ejecución de las sentencias no depende del Tribunal: a partir del momento en el que este último ha dictado sentencia, su ejecución pasa a ser responsabilidad del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que es el encargado de controlar su aplicación y de velar por el pago de las eventuales reparaciones económicas; iii.- El Tribunal no es una instancia de apelación respecto a los tribunales nacionales: no juzga nuevamente los asuntos ni es competente para anular, modificar o revisar sus sentencias; iv.- El Tribunal no interviene directamente en su favor ante la autoridad de la que usted se queja. En circunstancias excepcionales, el Tribunal puede, no obstante, acordar la aplicación de medidas provisionales. En la práctica, esto se produce únicamente en aquellas situaciones en las que existe un riesgo serio de daño físico para el demandante; v.- El Tribunal no le puede ayudar a encontrar ni a pagar a un abogado para la redacción de su demanda; y vi.- El Tribunal no le puede informar ni asesorar sobre las disposiciones legales vigentes en el Estado demandado.

vii. La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Conforme la conjugación de los artículos 41 y 46 del respectivo CEDH, es posible determinar que las resoluciones del TEDH son declarativas, en el sentido que ellas solo expresan la violación un derecho del Convenio y/ de sus Protocolos, no disponiendo en cambio de fuerza autónoma para poder modificar ni menos anular o reemplazar por sí los actos ni dictámenes internos declarados contrarios al Convenio. En efecto el Tribunal Europeo no está autorizado para ejercer directamente la ejecución de las sentencias que dicta, ya que este control es atribuido, por mandato de la propia carta regional, al Comité de Ministros, quienes en ultimo termino les corresponde la labor de hacer ejecutar lo juzgado. DE esta forma, el órgano jurisdiccional no dispone de poderes coercitivos para supervisar el cumplimiento de sus propias sentencias, ni es dotado de un mecanismo de aplicación general y común para ejercer la ejecución de las sentencias dictadas contra los Estados responsables de violación.

En tal sentido, el artículo 41 consagra la entidad de “satisfacción equitativa” a que da lugar la violación a favor de la víctima. En efecto, tal preceptiva dispone:

Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante solo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa.

Sumado a ello, podría suponerse que este instituto de reparación sería un tipo de control indirecto de ejecución de sentencias³¹⁷, conforme el cual el tribunal resolviendo previamente de un asunto mediante la declaratoria de violación, impone a los Estados la obligación de resarcir patrimonialmente a las víctimas de daño. Luego conforme prescribe el artículo 46 del CEDH, de la fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias, cuando se pronuncia una sentencia de violación del Convenio, el Tribunal Europeo debe transmitir la causa al Comité de Ministros, quien establece en conjunto con el país condenado y el Departamento de ejecución de sentencias del TEDH la manera de ejecutar dicha sentencia y prevenir cualquier otra posible vulneración semejante. Esto se traduce en la adopción de medidas generales, las que suelen consistir en reformas legislativas y, si es el caso, en medidas individuales reparatorias pecuniariamente.

Dado lo anterior, es posible concluir que la potestad del Tribunal Europeo es eminentemente declarativa. En tales casos el Estado condenado debe tomar medidas a fin de asegurar que tales violaciones no ocurran de nuevo en el futuro, ya que, de otra forma, el TEDH podría dictar nuevas sentencias condenatorias contra él. En algunos casos, el Estado tendrá que modificar sus leyes con la finalidad de adecuarlas al Convenio.

El TEDH, de forma excepcional en ciertas ocasiones, ha procedido a dictar medidas generales y particulares, que ha considerado apropiadas, en algunos casos relevantes³¹⁸ dada su complejidad o la magnitud de la violación del derecho comprometido. Por cierto, ha ocurrido también que el propio Tribunal, dando cuenta de ciertos problemas sistemáticos, ha dictado sugerencias en cuanto a las medidas legislativas que debieran implementarse a fin de poner término a las violaciones de los derechos humanos contenidos en el Convenio, inclusive suspendiendo la revisión de similares casos presentados hasta que no se hayan hecho efectivas las medidas tendientes a solucionar las afectaciones de los denunciantes³¹⁹.

El contenido de la obligación de ejecutar las sentencias del TEDH surge de la responsabilidad asumida por el Estado como consecuencia de haber fallado a su deber primario, bajo el artículo 1º de la CEDH, de asegurar a todos, por medio de su jurisdicción interna, los derechos reconocidos en la CEDH. Claramente el no cumplimiento a los deberes que impone el Convenio Europeo y la consecutiva infracción a los derechos y libertades lleva a la consecuencia de responsabilidad. Así del todo, esta responsabilidad internacional, cuando es constatada por el órgano jurisdiccional regional, impone tres obligaciones, cuales

³¹⁷ Cfr. NIÑO ESTÉBANEZ, op. cit., p. 60.

³¹⁸ Cfr. Sentencia TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Assanidze vs. Georgia de fecha 8 de abril de 2004; Ilascu vs. Rusia de fecha 13 de mayo de 2005.

³¹⁹ Sentencias TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Broniowsky vs Polonia, sentencia Gran Sala de fecha 22 de junio de 2004, procedimiento sentencia piloto finalizado 6 octubre de 2008; Hutten-Czapska vs Polonia, sentencia Gran Sala de fecha 19 de junio de 2006 y arreglo amistoso de Gran sala 28 de abril de 2008.

son: poner término a la violación si no ha cesado; reparar el daño causado y, además, la idea de evitar y prevenir futuras infracciones o llamada obligación de no repetición.

Para la satisfacción equitativa, se sigue la suerte de uno de los principios internacionales por excelencia en la materia de restitución cual es la *restitutio in integrum*, que supone la toma de medidas individuales para resolver el caso concreto que requiere de reparación. Ahora bien, cuando sea física o jurídicamente imposible retrotraer la situación al estado anterior al daño, el CEDH prevé la posibilidad de retribuir los daños mediante una compensación pecuniaria de carácter económica. Esta posibilidad se encuentra establecida en artículo 41 del CEDH, como la única medida que el Tribunal Europeo puede sugerir a un Estado conforme los términos del Convenio. Ya que como se ha expuesto, “en cuanto a su efectividad, este tipo de pronunciamientos son obligatorios, pero no ejecutivos, es decir, no es posible exigir a los Estados, la ejecución forzosa de su satisfacción”³²⁰. Por lo que corresponderá a los Estados la aplicación de las medidas y remedios afines.

Aquello evidentemente constituye una excepción a la naturaleza declarativa de la sentencia. Así también el Tribunal Europeo se ha tomado la atribución de ordenar los pagos en la divisa o moneda que estime pertinente, a fin de evitar una devaluación, la que normalmente se establece en euros y puede devengar intereses si excede del plazo establecido por el tribunal para dar cumplimiento, el que generalmente se fija por tres meses desde notificada la sentencia declaratoria de violación a que dé lugar.

Luego, las medidas particulares no pecuniarias, importan, por ejemplo, la reapertura de procedimientos judiciales internos y otras medidas que busquen poner fin a una violación presente. La reapertura o revisión de un procedimiento judicial interno, cuando proceda, pone de manifiesto los límites a los que puede verse sometido el principio procesal de la “cosa juzgada” en el ámbito interno del Estado que es parte en el juicio. Ello no deja de ser novedoso ya que emana precisamente de una sentencia regional y no de las Altas Judicaturas nacionales. En tal sentido, el Comité de Ministros ha establecido directrices plasmadas en la Recomendación n° 2000³²¹, para regular su procedencia. Muchas de las justificaciones para adoptar, de forma excepcional, esta medida encuentra justificación cuando resulta ser la única vía efectiva para la *restitutio in integrum*.

Por su parte, las medidas generales surgen bajo la obligación impuesta, conforme de lo establecido por el artículo 46 CEDH, a los Estados para adoptar todos aquellos remedios necesarios a fin de prevenir futuras violaciones y que entren nuevos casos repetitivos a conocimiento del Tribunal Europeo. Tales como reformas legislativas en diversas áreas del derecho, son necesarias efectos de prevenir y evitar futuras violaciones por análogas razones a las detectadas en un determinado caso de violación. En algunos

³²⁰ RODRÍGUEZ BOENTE, op. cit., p. 111

³²¹ Recommendation No. 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.

casos independiente de la adopción de estas medidas, que por lo general no son inmediatas, el Estado, habiéndose encontrado la causa de infracción en la aplicación de una ley, deberá dejarla de aplicar para el caso en concreto, para no seguir afectando a la víctima desde el momento de la dictación de la sentencia, mientras queda a la espera concreción de la modificación o derogación legislativa, como medida general. También pueden adoptarse, a instancias del CM, recomendaciones, instrucciones disciplinarias y reglamentaciones para evitar prácticas contrarias al derecho y sus Constituciones internas.

a) El Comité de Ministros en la supervisión de la ejecución de sentencias

Una característica esencial de la función jurisdiccional es el carácter definitivo de los pronunciamientos finales de los órganos que la ejercen, pronunciamientos que una vez firmes tienen fuerza vinculante y no pueden ser revocados ni alterados por ninguna otra instancia³²². En esto radica precisamente la fuerza obligatoria y carácter vinculante de las Sentencias del TEDH. La reforma al CEDH promovida por el Protocolo Adicional N°14, ha sido de suma relevancia para redefinir el papel tanto del Comité de Ministros como del propio Tribunal en relación con la ejecución de sentencias.

El Comité tiene un rol decisivo, por cuanto asegura la efectividad de las sentencias del Tribunal³²³. En efecto, con la vigencia del Protocolo n° 14 el Comité podrá, caso de dudas en la interpretación de la sentencia a ejecutar, pedir al Tribunal que se pronuncie sobre esa interpretación (artículo 46.3 del Convenio); igualmente, caso de negativa, por parte de un Estado firmante del Convenio, a acatar una sentencia del Tribunal, el Comité de Ministros podrá plantear al Tribunal la cuestión de si ese Estado ha incumplido su obligación derivada del Art. 1 del Convenio, de respetar los derechos reconocidos en el mismo (art. 46.4)³²⁴.

En muchos de los casos en que el Tribunal de Estrasburgo ha encontrado violaciones de derechos y libertades, a fin de visibilizar los daños y controlar a los países. Las repercusiones que conlleva son de más largo alcance, ya que los Estados responsables son obligados a cumplir y ejecutar las sentencias que les concierne. En este sentido para asegurar que las decisiones y sentencias de la Corte Europea sean respetadas y que las necesarias medidas o remedios sean adoptados para así prevenir similares violaciones al Convenio en el futuro, es tarea del brazo ejecutivo del Consejo de Europa, a saber el Comité de Ministros, velar y supervisar la ejecución de las sentencias de la Corte y que las causas sigan aún pendientes de supervisión hasta que todas las medidas internas hayan sido adoptadas por los países cuya violación ha sido declarada. Aportes: cambios legislativos,

³²² LÓPEZ GUERRA, op. cit., p. 174.

³²³ Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements. Adopted by the Committee of Ministers on 10 May 2006 at the 964th meeting of the Ministers' Deputies.

³²⁴ LÓPEZ GUERRA, op. cit., p. 175.

reabrir procesos fenecidos, por haber sido condenados individuos de manera incorrecta es decir sin las garantías de un proceso racional y justo, garantizando el pago de compensaciones económicas, y/o liberando a aquellos detenidos de forma ilegal o arbitraria, entre otros asuntos de relevancia.

Como se ha dicho anteriormente, en el literal c), del capítulo II del presente instrumento, conviene recordar que la preceptiva básica que regula la labor de supervisión de ejecución de sentencias del TEDH por parte del Comité de Ministros del Consejo de Europa es el artículo 46 del CEDH y que la obligación de los Estados Parte de cumplir con las sentencias dictadas por el TEDH, en los casos en que son parte, se encuentra expresada en detalle en el número 6.2 de las Reglas de Procedimiento del Comité de Ministros para la supervisión de la ejecución de las sentencias y acuerdos amistosos³²⁵. Conforme ella el Comité de Ministros debe examinar si el Estado responsable ha dado cumplimiento otorgando a la víctima una satisfacción equitativa que permita resarcir el daño causado, previendo para tal efecto que el Estado disponga del margen de discrecionalidad suficiente para la adopción de medidas particulares que pongan cese a la violación, dispongan de una reparación patrimonial y retrotraigan, en lo posible, a las víctimas a la situación anterior al perjuicio casado, previniendo por cierto que similares afectaciones n misma causa o motivo. Las medidas particulares buscan primeramente dar una satisfacción económica a la víctima, sin perjuicio de perseguir por cierto la *restitutio in integrum*.

En cuanto al procedimiento el referido Comité garantiza la supervisión de la ejecución de las sentencias hasta que las medidas necesarias hayan sido adoptadas, por lo que cuando ello ocurra, se pondrá término al asunto mediante la dictación de una resolución final. De esta manera, una vez que las sentencias regionales se encuentren firmes, el Estado responsable comunicará al Comité sobre las medidas adoptadas o pretendidas, en lo que se denomina “plan de acción”. El proceso de vigilancia dará cuenta del avance del cumplimiento de las medidas y permitirá que las partes e intervinientes interesados hagan llegar sus observaciones, comentarios, sugerencias e indicaciones. Eventualmente dicho Comité de Ministros podrá asistir en la ejecución de las sentencias mediante la dictación de eventuales recomendaciones en la medida que todavía el proceso esté bajo su supervisión, mediante la dictación de resoluciones provisionales.

³²⁵ Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements. Adoptada por el Comité de Ministros con fecha 10 de mayo de 2006, últimamente modificada con fecha 18 de enero de 2017 con ocasión de la Reunión de Ministros n° 1275.

b) Recomendaciones y resoluciones del Comité de Ministros relativas a la ejecución de sentencias

Como órgano ejecutivo del Consejo de Europa, a cargo del control del cumplimiento de las sentencias de la Corte Europea, y entre ellas, y velar por la instauración de medidas (generales y específicas) necesarias a fin de evitar futuras condenas y resarcir el daño causado. El Comité de Ministros ha dispuesto que la *restitutio in integrum*, va más allá de la reparación económica, ya que persigue satisfacer a la víctima y concluir la violación, por ejemplo, mediante de la revisión o reapertura de un caso criminal injusto, la destrucción de información obtenida en contravención al derecho de privacidad, propiciando la ejecución de un procedimiento interno inconcluso y/o la revocación de una orden de deportación por haberse dictado aquella con omisión de un riesgo real de eventuales torturas o de otras formas de agresiones en el lugar de destino, así es como lo indica en la Recomendación 2000/2.

Por otro lado, la adopción de medidas generales va a depender de las circunstancias del caso y puede llegar a implicar, por ejemplo, la revisión de la legislación nacional, regulación y actuaciones judiciales con el objeto de prevenir violaciones similares. También puede tener relación con el mejoramiento de los sistemas carcelarios, el aumento de personal de prisión, incremento en el número de jueces o mejoras en los procedimientos administrativos internos.

El Comité de Ministros en este ámbito pone especial énfasis también en la real efectividad de los remedios internos que proporcionan los Estados responsables, sobre todo cuando por motivo de una sentencia condenatoria, el TEDH revela graves problemas sistémicos o estructurales. Luego más allá del establecimiento de medidas particulares y generales por parte del Estado, tocan otras medidas adicionales que los países deben tomar, como consecuencia de los pronunciamientos del TEDH, para efectos de dar cumplimiento a las sentencias y con ello dar cumplimiento a su deber primordial de otorgar protección a los derechos libertades reconocidos en la CEDH. Para tales efectos, y conforme el principio de subsidiariedad, los Estados disponen de discrecionalidad en cuanto a la adopción de métodos eficaces para dar solución a los problemas, basándose para ello en la experiencia positiva de otros Estados en la reformas internas e institucionales y en las guías que otorga el propio Comité por medio de sus recomendaciones (expresado en Recomendación 2004/6).

Muchas de las condiciones exigidas para dar lugar al pago de una compensación pecuniaria en caso de daño, y la toma de otras medidas, han sido establecidas con bastante detalle por el propio Tribunal, sirviendo aquello de referencia también para que los Estados fortalezcan y propendan a la ejecución a las sentencias dictadas en su contra. Para tales efectos las autoridades nacionales disponen de estas guías y recomendaciones elaboradas

por el Comité de Ministros por ejemplo para tratar la reapertura de procedimientos internos si las circunstancias lo ameritaren o relativas al mejoramiento de los mecanismos internos.

También se promueve, por medio de Recomendación 2/2008, mejorar la eficiencia interna de los Estados para una rápida ejecución de las decisiones del Tribunal Europeo. Lo que en suma se traduce en poder potenciar su rol sobre el control efectivo de las sentencias, y en la toma de medidas generales y específicas, según sea el grado de apreciación nacional que las administraciones dispongan para la definitiva reparación de las víctimas y el subsano de los actos contrarios al Convenio para una reparación integral.

c) Nuevos métodos de trabajo

Las sentencias del TEDH tienen un efecto directo respecto de autoridades y tribunales nacionales, toda vez que recae sobre ellos el deber de controlar y evitar nuevas violaciones mientras se esté a la espera de una medida de modificación legal para corregir un vicio. El problema de esto es que a veces los tribunales (cuando el vicio viene precisamente de una resolución judicial) resultan ser un tanto reticentes a la hora de realizar cambios en su jurisprudencia local y práctica, de forma provisional para solucionar un caso en concreto en que se ha dado cuenta de violación de derechos, a la espera del pronunciamiento del legislador para una normativa que dé solución al caso y ponga fin a la violación causada.

Muchas de las veces existen determinados factores que influyen en la vulneración de derechos, principalmente aquellos relativos a las garantías procesales preceptuadas por el artículo 6° del CEDH y 8° de la CADH, tales como dar celeridad a la revisión de los procedimientos internos que causan retardos excesivos, implementar nuevas medidas de salvaguarda procesales, reforma de leyes penales (por ejemplo en temas de amnistías, justicia castrense) condiciones de encarcelados y en general de quienes se encuentran privados de libertad, mejorar la situación de derechos sustantivos que dan cuenta de la vulneración de ciertas minorías (las personas homosexuales y transgénero, derechos sexuales y reproductivos, igualdad de género, protección de inmigrantes y demandantes de asilo, refugiados y prisioneros, la salud mental, los pueblos indígenas, mujeres y menores) y en general todos aquellos que sufren alguna especie de trato discriminatorio.

Estos factores han dado cuenta de la necesidad de ir estableciendo ciertas instrucciones internas, reglamentos y reformas legales, toda vez que la necesidad de dar protección a los derechos tiene directa relación con seguir los parámetros dispuestos por la CEDH. Aún más sobre este punto la Recomendación (2004)/5 del Comité de Ministros sobre la verificación de la compatibilidad de los proyectos de ley, las leyes vigentes y la práctica administrativa con las normas establecidas en la Convención pide a los Estados que:

Garanticen que existan mecanismos apropiados y efectivos para verificar la compatibilidad de los proyectos de ley con la Convención a la luz de la jurisprudencia de la Corte y garantizar la adaptación, lo más rápidamente posible, de las leyes y prácticas administrativas a fin de prevenir las violaciones de la Convención.³²⁶

En términos prácticos el trabajo del Comité de Ministros se concretiza mediante cuatro reuniones anuales, en las cuales se discuten los casos, se evalúan las medidas, se adoptan decisiones y en definitiva se resuelve si procede o no conformidad con los planes de acción impulsados por los Estados responsables. Luego de ello se adoptan decisiones, las que se hacen públicas para todos los miembros. En este escenario se la función esencial del Comité de Ministros es garantizar que los Estados Miembros cumplan con las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El Comité completa cada caso adoptando una resolución final. En algunos casos, las resoluciones provisionales pueden resultar apropiadas. Ambos tipos de Resoluciones son públicas.

d) Consecuencias derivadas de la inejecución

Frente al no cumplimiento de las sentencias condenatorias de la Corte Europea, el Comité de Ministros dispone de una doble facultad para efectuar de promover la intervención del órgano jurisdiccional. A la luz de los números 4 y 5 del artículo 46 del CEDH si el Comité de Ministros considera que una Alta Parte Contratante se niega a acatar una sentencia definitiva sobre un asunto en que es parte, podrá, tras notificarlo formalmente y por decisión adoptada por mayoría de dos tercios de los votos de los representantes que tengan derecho a formar parte del Comité, plantear al Tribunal la cuestión de si esa Parte ha incumplido su obligación de acatar las sentencias dictadas en su contra. Luego si el Tribunal Europeo concluye que se ha producido una violación del referido deber de acatamiento, remitirá el asunto al Comité de Ministros para que examine las medidas que sea preciso adoptar.

De esta manera se erige una nueva modalidad de acción para efectos de controlar la acción de los Estados y el cumplimiento consecutivo de los fallos del Tribunal de Estrasburgo, como respuesta a la carencia de facultades jurisdiccionales directas del propio órgano para pronunciarse sobre las eventuales infracciones e incumplimiento de ejecución de sus sentencias por los Estados responsables, y compeler, si ello fuere acreditado, al Comité de Ministros a que realice recomendaciones específicas y ordene medidas que pongan freno a dicho incumplimiento o a cerrar sin más trámite el asunto, habiéndose constatado el efecto contrario.

³²⁶ LAMBERT, op. cit., p. 30.

Esta faceta del Tribunal complementa su actividad jurisdiccional, y necesaria actitud de intervención en la ejecución de sus propias sentencias, posicionándose como una alternativa de apoyo al órgano político para la supervisión de la efectividad y ejecutividad de sus fallos. Por lo que su propósito no es otro sino apoyar al Comité de Ministros en el evento de que exista una constante y persistente oposición y/o negativa a ejecutar un fallo por parte de un Estado. Con esta medida no se busca reabrir un caso y con ello entrar a debatir nuevamente una violación que ya había sido declarada anteriormente por el mismo, sino más bien dirigir al Estado infractor sobre las medidas a que debe tomar en base a la sentencia que declaró la violación.

Con la incorporación del Protocolo Adicional nº 14 se introdujeron nuevas potestades vigorizantes en favor del Comité de Ministros, dentro de las cuales considera la posibilidad de elevar el asunto ante el TEDH en caso de constatar la negativa de ejecución de sentencia por parte del Estado infractor. Conforme ella, y de acuerdo al artículo 8 del estatuto del CoE, sería posible sancionar así a un Estado infractor mediante la suspensión de su derecho de representación ante el CoE e inclusive si hecho fuere de tal relevancia proponer su expulsión del órgano europeo y del sistema europeo de protección. En efecto, dicha disposición señala: “el Comité de Ministros del Consejo de Europa podrá dejar en suspenso el derecho de representación del Miembro del Consejo de Europa que infrinja gravemente lo dispuesto en el artículo 3 (violación de los derechos y libertades del Convenio), e invitarle a retirarse en las condiciones previstas en el artículo 7 (sobre el retiro del Estado). Si no atiende a dicha invitación, el Comité puede decidir que el Miembro de que se trata ha cesado de pertenecer al Consejo a partir de una fecha que determinará el propio Comité”.

e) Nuevas reglas para la tarea de supervisión

A pesar de la naturaleza eminentemente declarativa de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo, en un intento por aclarar el sentido y alcance de sus decisiones, y con ello especificar también ciertos puntos de su razonamiento y doctrina, la labor del TEDH en esta materia va de la mano con el hecho de no solo denunciar las falencias o deficiencias de los sistemas nacionales, sino que también muchas veces a elevar ciertas aprehensiones y conferir indicaciones sobre cómo deben ser corregidos los problemas internos que han dado pie a la violación de derechos y libertades reconocidos en el Convenio por parte de un Estado parte. En muchos de los casos³²⁷ en que se ha dado lugar a esta especial indicación,

³²⁷ Cfr. Sentencia TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Abdullah Altun vs. Turkey, judgment of 19 October 2006, §38 (concerning a violation of Article 6 §1); STEDH, Majadallah vs. Italy, judgment of 19 October 2006 (violation of Article 6, §§1 and 3.d); ECtHR, Zentar v. France, judgment of 13 April 2006, §35 (violation of Article 6, §§1 and 3.d). See, ECtHR, Sejdovic v. Italy [GC], judgment of 1 March 2006, §126 (right of due process). For administrative cases, see ECtHR, Second Section, Mehmet and Suna Yigit vs. Turkey, 17 July 2007.

por ejemplo, el TEDH ha recomendado la reapertura de procedimientos judiciales internos cuando esta forma resultare la solución más adecuada a seguir para dar fin a la vulneración. Sobre todo, cuando el ordenamiento interno otorga esta posibilidad, a fin de poner mayor presión al Estado a satisfacer el fallo internacional y dar corrección a la situación.

De esta manera el procedimiento de los casos pilotos, surge como corolario o extensión de las recomendaciones e indicaciones sobre medidas generales, que en algunos casos, el TEDH ha dado lugar, cuando el problema va más allá que el caso concreto, pues se da una vez identificados problemas estructurales complejos en el orden jurídico interno, que afectan a un conjunto mayor de personas y que val de la mano con la saturación del TEDH, toda vez que dan origen a más presentaciones de demandas ante el TEDH por la misma razón o motivo. La sentencia STEDH Broniowski vs Polonia, de fecha 22 de junio de 2004, fue el primer ejemplo de su aplicación por parte del Tribunal; el cual habiendo especificado las medidas generales que debían adoptarse para solucionar el caso específico, decidió también suspender el examen de otros casos similares presentados ante dicho órgano, a la espera de la adopción de medidas generales internas para la reparación de todos los casos asociados a dicha afectación.

En estas sentencias, el Tribunal, tras constatar la existencia de ese fallo sistémico, y declarar la vulneración por el Estado de un derecho del Convenio, dicta instrucciones al Estado responsable de la vulneración, con respecto a los cambios que debe efectuar en su ordenamiento para ponerlo en concordancia con los mandatos del Convenio. En este contexto, la adopción del mecanismo de las sentencias piloto no representa un evento extraordinario en la jurisprudencia del Tribunal, sino más bien el empleo de un medio adecuado para dar efectos generales a sus sentencias cuando el número de casos repetitivos con que se enfrenta el Tribunal muestra que existe un defecto sistémico en el ordenamiento jurídico del Estado condenado³²⁸.

Estas instrucciones se incluyen en el fallo de las sentencias, en donde también suele precisarse un plazo para el cumplimiento de las propuestas del Tribunal. A la vista de lo expuesto anteriormente, cabe concluir que la aplicación de la técnica de las sentencias piloto no constituye un evento atípico en la jurisprudencia del Tribunal, sino que representa un grado más en el proceso de intervención del Tribunal en la ejecución de sus sentencias, apartándose del concepto clásico de sentencias puramente declarativas³²⁹.

³²⁸ LÓPEZ GUERRA, op. cit., pp. 111-130.

³²⁹ El artículo 61 del Reglamento del Tribunal precisa la tramitación de estas sentencias. Ver sobre este tema ABRISKETA URIARTE, Joana. “Las sentencias piloto: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de juez a legislador”. *Revista Española de Derecho Internacional*, 2013, vol. 65, pp. 73-99; LAMBERT ABDELGAWAD, Elisabeth. “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la técnica de las sentencias piloto: una pequeña revolución en marcha en Estrasburgo”. *Revista de Derecho Político*, 2007, núm. 69, pp. 355-383.

f) Otros intervinientes del proceso de ejecución de sentencias

- **Departamento de ejecución de sentencias**

En el contexto del cumplimiento de las sentencias, se erigen dos organismos de apoyo que contribuyen en la supervisión de las sentencias: El Departamento para la Ejecución de Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos³³⁰ es un órgano creado a instancias del Consejo de Europa, con el objeto de asesorar y asistir al Comité de Ministros en sus funciones de supervisión de ejecución de las sentencias del TEDH, de conformidad con el artículo 46, párrafo 2, del Convenio. A su vez brinda apoyo a los Estados Miembros en sus esfuerzos por lograr la ejecución plena, efectiva y rápida de las sentencias del TEDH, en los casos en que son partes.

Destaca entre sus principales actividades la de asegura un seguimiento cercano y continuo del progreso de la ejecución de todos los casos. Sus principales objetivos en la labor de supervisión de ejecución de sentencias se resumen en: a) asistir, de manera independiente e imparcial, al Comité de Ministros en su evaluación sobre las medidas previstas o realizadas por los Estados responsables para implementar las sentencias del Tribunal Europeo; b) asistir al Comité de Ministros en sus esfuerzos por reforzar su acción de supervisión, en particular mediante la mejora de sus métodos de trabajo y el fortalecimiento de las herramientas que tiene a su disposición; c) promover el fortalecimiento de diálogo con otros actores del Consejo de Europa en sus áreas de competencia, especialmente con la Corte Europea, la Asamblea Parlamentaria y el Comisionado para los Derechos Humanos; y d) la de apoyar a los Estados demandados en la identificación y la implementación de las medidas de ejecución individuales y / o generales requeridas, a fin de garantizar la transparencia y la visibilidad de los resultados del proceso de supervisión.

- **Asamblea consultiva del Consejo de Europa**

Además de los mecanismos de supervisión de la ejecución de sentencias contemplados conforme el Convenio Europeo, el Estatuto del Consejo de Europa dispone de otro dispositivo complementario, cual es la formación de una Asamblea consultiva, a instancias de una Comisión específica sobre cuestiones jurídicas y derechos humanos, con el propósito de hacer un seguimiento a las sentencias, adoptar recomendaciones sobre la ejecución de sentencias y dirigirlas al Comité de Ministros para su evaluación, inclusive sugiriendo, cuando el grado de incumplimiento sea reiterativo y grave la suspensión y/o eliminación del Estado miembro del Consejo de Europa.

³³⁰ Department for the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights.

Al efecto el artículo 23 a) del Estatuto del Consejo de Europa dispone: “la Asamblea consultiva podrá deliberar y formular recomendaciones acerca de cualquier cuestión que responda a la finalidad y sea de la competencia del Consejo de Europa tal como estas quedan definidas en el capítulo primero deliberará y podrá formular recomendaciones acerca de cualquier cuestión que le someta para dictamen el Comité de Ministros.

Asimismo, se contempla la instancia de que, a requerimiento del Secretario General del Consejo de Europa, toda Alta Parte Contratante deba suministrar las explicaciones pertinentes sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de las disposiciones de este Convenio. Siendo esta vía también adicional, a instancias de un órgano del CoE, para supervisar la labor de ejecución de sentencias dispuesta por el artículo 52 del CEDH.

Punto comparativo

Ahora bien, desde la realidad Americana, según se verá en el punto siguiente, es posible advertir según advierte Henry Steiner³³¹:

El desarrollo del sistema interamericano siguió un camino distinto del de su contraparte europea. Aunque la estructura institucional superficialmente similar y las disposiciones normativas son en muchos aspectos semejantes, las condiciones en las que ambos sistemas evolucionaron fueron radicalmente diferentes. En el Consejo de Europa, los gobiernos militares y otros tipos de autoritarismos han sido escasos y breves; mientras que en América Latina casi fueron la norma, hasta los cambios que se iniciaron en los ochenta.

Los retos que enfrenta el sistema europeo se pueden sintetizar en asuntos tales como la duración de una detención antes del juicio o qué implicancias tiene el derecho a la privacidad. En cambio, casos que impliquen Estados de emergencia han sido relativamente pocos. La Comisión y la Corte europeas rara vez han tenido que tratar con gobiernos que sean indiferentes o del todo antagónicos y que presenten problemas estructurales muy profundos que den lugar a violaciones sistemáticas y graves de los derechos humanos (...). Por el contrario, los estados de emergencia han sido comunes en América Latina, el Poder Judicial de las naciones a menudo ha sido sumamente débil (...) en el mejor de los casos, la postura de los gobiernos ha sido ambivalente, y en el peor, son francamente hostiles a ellas.

En otro orden de ideas, cuando la Convención Americana estaba em proceso de negociación, a mediados de los sesenta, la mayoría de los Estados era democráticos. En

³³¹ STEINER, Henry y AUSTIN, Phillip, *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*, Oxford: Oxford University Press, 2000, pp. 768-801.

cambio, en 1978 cuando la CADH entró en vigor varios de esos países estaban regidos por gobiernos militares.

En líneas generales, el origen común -tanto del sistema europeo como del sistema interamericano - lo podemos encontrar en la Organización de las Naciones Unidas (ONU), con la DUDH en 1948, tratándose del sistema europeo (conformado por países miembros de la Unión Europea) este último tuvo su punto de partida en el Consejo de Europa y la Convención Europea, la cual fue adoptada en 1950, y entró en vigor en 1953.

Por su parte, el Sistema Americano -integrado por países miembros de la OEA-, tuvo como punto de inicio la Organización de los Estados Americano (OEA) y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948), texto que, curiosamente fue adoptado incluso poco antes que la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Años más tarde, en 1969, se adoptó la **Convención Americana de Derechos Humanos**, la cual tiene por finalidad, como dice el Preámbulo, el “consolidar en este continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”. No obstante, la consolidación democrática en gran parte de los Estados Americanos es un trabajo aun en consolidación. Con una gran diversidad y matices, por supuesto, encontramos que tales Estados, por lo general, han potenciado, con mayor o menor éxito, la vertiente formal de la democracia, conformándose en gran medida con la existencia, desarrollo y limpieza de los procesos electorales y de producción normativas, pero no han tenido el mismo impulso, respecto de la otra vertiente material de la democracia, referida a los contenidos democráticos y en especial el respeto y garantía de los Derechos Humanos.

Las técnicas y, en especial, los órganos de control encuentran su fundamento en el carácter declarativo que poseían inicialmente los documentos internacionales, y por ende, el cumplimiento de su contenido estaba sujeto a la voluntad de los Estados. Esto conllevó a que surjan órganos de control como la otrora Corte Europea y la actual Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cabe precisar, que si bien es cierto la Convención Americana al igual que la Convención Europea prevén una Comisión y una Corte. Aun cuando, a diferencia de la Convención Europea, la Convención Americana incorporó en un solo instrumento tanto los derechos garantizados como los medios para protegerlos.

Enseguida, entre la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo, consideramos conveniente, hacer presente ciertas diferencias sobre determinados temas. Así, por ejemplo, en comparación con el Tribunal Europeo, la Comisión Interamericana parece ser especialmente consciente de su función impulsora de los derechos de las mujeres a escala internacional. Esto es más evidente si consultamos la página web de la Comisión, que contiene un sitio dedicado a promover los derechos de las mujeres en el ámbito del sistema interamericano. En contraste, el sitio web del Tribunal Europeo sigue siendo neutral en términos de género. Su base de datos solo proporciona un término de búsqueda para consultar casos desde una perspectiva de género: sexo, que, además de presentar casos de

discriminación sexual, también identifica casos relativos a transexuales. Cualquier otro asunto de especial incidencia para la mujer, como por ejemplo la violencia doméstica o sexual, requiere un registro minucioso de la jurisprudencia englobada en términos genéricos como trato degradante o respeto a la vida familiar.

Por su parte, la Comisión Interamericana también ha empezado a fijar el tono para una nueva fase en el discurso de los derechos humanos internacionales en lo que respecta a la mujer. En contraste con el Tribunal Europeo, la Comisión, a través de sus decisiones, se ha implicado en un diálogo que está teniendo lugar entre múltiples agentes en este campo con lo que participa activamente en la creación de un volumen creciente de jurisprudencia internacional sobre derechos de las mujeres.

Según la originaria Convención Europea, dentro de la jurisdicción contenciosa, las demandas se presentaban siempre ante la Comisión, quien estaba encargada de su filtración, de instar al arreglo amistoso, de expresar un dictamen sobre el fondo de las demandas declaradas admisibles y no resueltas por la mencionada vía amistosa, de decidir plantear el caso ante la Corte y, de hacerlo, desempeñar el papel de auxiliar de la Corte Europea. Las causas que no eran sometidas a la Corte, serían resueltas por el Comité de Ministros (debía vigilar, asimismo, el cumplimiento de las sentencias de la Corte). Por otro lado, se dispuso que los individuos estarían autorizados a presentar su demanda solo ante la Comisión, y ello siempre y cuando el Estado demandado hubiese reconocido la competencia de aquella. Además, incluso con posterioridad a la intervención de la Comisión, tampoco los individuos podrían someter el asunto a la Corte toda vez que únicamente la Comisión o un Estado tendrían legitimación para hacerlo.

En el sistema interamericano, las denuncias son examinadas por la Comisión Interamericana quien determina si las demandas cumplen los requisitos de admisibilidad, y busca una solución amistosa, que, si se alcanza, publica mediante un informe. Si no hay solución amistosa, la Comisión o el Estado interesado pueden enviar el asunto a la Corte para que emita una sentencia. Asimismo, si no envía el asunto a la Corte, la Comisión puede, por mayoría absoluta, emitir su opinión y las recomendaciones pertinentes al Estado, así como el plazo que tiene para llevarlas a cabo.

Otra diferencia entre la perspectiva europea y americana de protección de los derechos humanos guarda relación con el papel reservado a las víctimas de las eventuales violaciones de los derechos reconocidos. En el sistema europeo de protección de derechos humanos, a raíz de la entrada en vigor del Protocolo N°11, los particulares pueden plantear directamente un caso al Tribunal Europeo (artículo 34 del Convenio en su nueva redacción).

El actual Reglamento del Tribunal, del 04 de noviembre de 1998, recoge en diversas disposiciones, la participación durante el procedimiento del demandante (artículos 36, 49, 54, 59 y 71) que ha de ser víctima de la violación invocada del Convenio. Sin embargo, la configuración jurídica de los particulares en el sistema del Convenio no fue siempre tal

como se ha descrito. La modificación introducida ha de verse como la culminación de un largo proceso que ha durado casi medio siglo.

Originariamente, el Convenio no permitía a los individuos plantear un caso ante el Tribunal Europeo o actuar ante el mismo en calidad de partes. Solo estaban autorizados el Estado demandado, el Estado del cual fuera nacional el particular que introdujo una demanda ante la Comisión Europea y esta misma. Sin embargo, sobre la base del artículo 29.1º del Reglamento del Tribunal de 1959, que permitía que los Delegados de la Comisión Europea de Derechos Humanos se hicieran asistir ante el Tribunal europeo por cualquier persona de su elección, en su resolución de 07 de abril de 1961, mediante la que resolvió una similar cuestión de procedimiento planteada en el caso *De Wilde, Ooms y ersyp* (sentencia de 18 de junio de 1971) permitió que el abogado de los demandantes asistiera a la Comisión durante el proceso ante él.

El Reglamento del Tribunal Europeo, en su reforma de 01 de enero de 1983, conservó una disposición similar al artículo 29.1º (del reglamento), pero introdujo la novedad de que, una vez el caso fuera sometido al Tribunal Europeo por el Estado del que fuera nacional el demandante o por la Comisión Europea, el demandante podía expresar su deseo de participar en el procedimiento siendo representado por un abogado (artículo 30º del Reglamento del Tribunal Europeo de 01 de enero de 1983). Más tarde, el Protocolo Adicional Nº 09 reconoció la legitimación activa del particular ante el Tribunal Europeo, aunque solo desplegaba sus efectos respecto de los particulares que se encontraban bajo la jurisdicción de un Estado parte en el mismo. Finalmente, el último eslabón en la cadena ha sido el artículo 34º del Convenio que reconoce la legitimación activa ante el Tribunal Europeo de cualquier particular bajo la jurisdicción de un Estado parte en el mismo.

En el Sistema Americano, por el contrario, la situación es diversa. Al respecto, Villán Durán³³² ha señalado:

A diferencia del sistema europeo... (la Convención Americana) no autoriza a las víctimas individuales o sus representantes a recurrir directamente (*ius standi*) ante el órgano jurisdiccional en busca de tutela para sus derechos violados, aunque aquéllas serán consultadas por la Comisión Interamericana a la hora de decidir si se somete el caso concreto a la Corte Interamericana. Además, una vez admitida la demanda, la víctima, su representante o sus familiares pueden presentar ante la Corte Interamericana sus solicitudes, argumentos y pruebas en forma autónoma durante todo el proceso. Como se observa, esta solución reglamentaria ha reconocido el *locus standi* pleno el individuo ante el órgano jurisdiccional regional interamericano para la tutela de los derechos humanos.

³³² VILLÁN DURÁN, Carla. *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Madrid: Editorial Trotta, 2002, p. 545.

Téngase presente que se habla de *locus standi* y no de *ius standi* para los particulares, lo cual dejaría una solución incompleta. En este sentido, Cancado³³³ ha señalado “el necesario reconocimiento del *locus standi in iudicio* de las presuntas víctimas (o sus representantes) ante la Corte Interamericana constituye un avance de los más importantes, pero no necesariamente la etapa final del perfeccionamiento. A partir de dicho *locus standi*, la evolución apunta hacia el reconocimiento futuro del derecho de acceso directo de los individuos a la Corte (*ius standi*) para traer un caso concreto directamente ante ella (...). En el sistema interamericano de protección, el derecho de petición individual alcanzará su plenitud el día ya no ante la Comisión Interamericana, sino directamente ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

Asimismo, **a diferencia del Sistema Europeo**, en el Sistema Interamericano, la manera de hacer más expedito el proceso de protección de derechos humanos, es posible que se presenten peticiones incluso por aquellos que no son las víctimas de la violación de un derecho. Esto es extremadamente importante, ya que las víctimas pueden tener dificultades para presentar una petición, o desconocer incluso la existencia del mecanismo de protección.

Un tema que también diferencia al sistema europeo del interamericano está referido al nivel de cumplimiento de las sentencias emitidas por los órganos de control, siendo evidente, que en Europa hay un mayor porcentaje de acatamiento. Por el contrario, en el sistema interamericano, se observa que hay muchos Estados que colaboran en forma retórica con el sistema, pero en la práctica desconocen los fallos y no le brindan apoyo. De manera más grave algunos Estados lo desafían abiertamente, erosionando su legitimidad. Perú, por ejemplo, amenazó con retirarse del sistema; Trinidad y Tobago denunció la Convención Americana y le retiró la competencia contenciosa a la Corte, en 1998, tras su rechazo a fallos relativos a la administración de la pena de muerte. Más recientemente, República Dominicana tuvo un conflicto serio por el fallo de la Corte, mientras que Venezuela ha tenido varios problemas serios por el rol de esta en el fallido golpe de Estado (2003).

Es así como, para el caso del sistema interamericano, se advierte una manifiesta ausencia de una cultura de cumplimiento por parte de la gran mayoría de Estados Miembros. Para revertir esta situación, en líneas generales, es necesario un respeto por el Derecho Internacional de los derechos humanos y tiene que abordarse a través de la socialización de la sociedad en su conjunto. En medida que estas conductas son internalizadas por la población, evidentemente las prácticas mejoran. De manera específica, es preciso llevar a cabo reformas de los tres poderes del Estado, sobre todo del Poder Judicial. En ese sentido, una mayor observancia de las decisiones de los órganos del SIDH pasa por la formación de

³³³ CANÇADO TRINDADE, Alberto. *El acceso directo del individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*. Publicaciones Deusto, 2001, p. 57.

agentes del Estado, sobre todo jueces, abogados y diplomáticos. Otra práctica tiene que ver con la promoción y difusión del sistema a la ciudadanía, por lo menos a actores claves como funcionarios públicos, congresistas y miembros de los partidos políticos³³⁴.

En otro orden de ideas, hay que tomar en cuenta que, en el Sistema Interamericano, no existe – en contraste con el sistema europeo – un órgano especializado garante del seguimiento y verificación del cumplimiento de las sentencias de su máximo tribunal. Mientras el Consejo de Europa ha delegado esta importante función en su Comité de Ministros, el control en el escenario latinoamericano es difuso. De acuerdo con el sentir de la misma Corte, el rol de verificación corresponde tanto a ella misma como a la Comisión Interamericana, y en último término, a la Asamblea General de la OEA.

Así del todo, es posible advertir que la efectividad en el cumplimiento de las sentencias emitidas por el Tribunal Europeo se debe no solo a una cuestión cultural, sino también a sistema normativo que refleja la realidad. Es así como, en el caso europeo, ante un supuesto de imposibilidad de ejecución, o cuando esta no sea completa, el TEDH otorgará una reparación sustitutoria, la llamada “satisfacción equitativa”. Además:

El que sea competencia exclusiva de cada Estado la obligación de ejecutar las decisiones del Tribunal, es decir, el que se deje aquella a la discrecionalidad de cada ordenamiento jurídico interno, ha dado lugar a una enorme heterogeneidad de soluciones en virtud de la diversidad y desigualdad de las posiciones de cada uno de los Estados con respecto al grado de eficacia del Convenio en su derecho interno.³³⁵

2. Funcionamiento del sistema interamericano de protección de derechos humanos

A diferencia de cómo fue instaurado el Consejo de Europa y se logró la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos, el nacimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) no estuvo precedido por condiciones históricas posbélicas que supusieran una real urgencia de tomar las riendas y reorganizar el futuro político del continente, ni tampoco a la necesidad de forzar un consenso internacional en torno a valores democráticos comunes y defensa de los derechos humanos. La realidad del origen del sistema Interamericano, en específico el surgimiento de la Organización de Estados Americanos (OEA) en 1948, según lo fue motivada, en cambio, por la creciente premura de los países de América de proteger su soberanía estatal y fortalecer el principio de no intervención al liberalismo norteamericano en los asuntos internos de los demás gobiernos latinoamericanos (de mayoría de tendencia socialdemócrata). Luego, aun cuando esos dos

³³⁴ FELDMANN PIETSCH, Andreas. “Algunas estrategias para potenciar al Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. En: *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y los Países Andinos*. Lima: Comisión Andina de Juristas. 2006, pp. 41 – 56.

³³⁵ ROMERO ROA, José Carlos. “Ejecución de las resoluciones judiciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. En: *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1995, p. 25 .

asuntos fueron los que inicialmente convocaron a los países a unirse a la OEA, la Carta de la Organización de los Estados Americanos, adoptada y vigente desde 1951, brotó como fiel reflejo del compromiso internacional de los Estados Americanos en la defensa, promoción y vigencia de los derechos humanos en la región, marcando con ello formalmente el surgimiento del SIDH.

De este modo, el objetivo de la OEA se funda entonces en la pretensión de lograr para sus Estados Miembros (tal como lo estipula el artículo 1º de su Carta) "un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia". La Carta de la OEA, asimismo señala como uno de sus principios vectores "los derechos de la persona humana, sin hacer distinción de raza, nacionalidad, religión o sexo" (artículo 5º), para más adelante prescribir el deber de sus Estados Miembros de respeto "a los derechos de la persona humana y los principios de la moral universal" (artículo 13º).

El cuerpo normativo del SIDH cuenta con los siguientes instrumentos: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH o Pacto de San José de Costa Rica); la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1987); el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988); el Protocolo a la Convención, relativo a la abolición de la pena de muerte (1990); la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1994); la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (1999); la declaración de principios sobre libertad de expresión (2000); los principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las américas (2008); entre otros.

a) Aplicación del sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos

La subsidiariedad también está presente en la actuación de la Corte Interamericana. Al respecto Jorge Contesse enfatiza en la transformación de los asuntos sometidos a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que corre en paralelo a la evolución política en la región. Una de sus principales observaciones es que los casos de violaciones masivas de Derechos Humanos perpetradas desde regímenes autoritarios van siendo sustituidos por asuntos relativos a violaciones más cotidianas que se producen en el seno de sistemas democráticos estables. Defiende que este cambio haría aconsejable que la Corte replanteara su lógica de razonamiento en tanto tribunal internacional, que tiende al intervencionismo y al maximalismo, y adoptara el principio de subsidiariedad y, como

corolario, la doctrina europea del margen de apreciación nacional, en el momento de valorar si un Estado firmante del Pacto de San José de Costa Rica ha incurrido en una violación de derechos humanos. Este estándar es un instrumento adecuado para obtener una Corte más deferente con el criterio de las autoridades nacionales cuando hay discrepancia entre niveles, deferencia que estaría justificada por razones de legitimidad democrática dado el nuevo contexto³³⁶.

b) Deberes de los Estados Miembros

Los artículos 1 y 2 de la Convención Americana impone a todos los Estados Parte los deberes de respetar y promover todos los derechos y libertades en ella reconocidos, a fin de garantizar su pleno ejercicio, asumiendo además el compromiso de adoptar todas las medidas internas necesarias para asegurar su plena efectividad. En opinión de Eduardo Ferrer Mac-Gregor el artículo 1 de la CADH es la “piedra angular sobre la cual descansa el sistema de derechos y libertades de dicho instrumento y, en gran medida, el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, toda vez que la imposición de dichos deberes “permea en el objeto y fin del tratado y, consecuentemente, en el entendimiento que deben tener todos los operadores jurídicos (nacionales e internacionales) para lograr la plena efectividad de los derechos y libertades que contiene”³³⁷.

La obligación de adecuar el ordenamiento jurídico y la actuación de todos los poderes públicos a fin de garantizar de manera efectiva supone, según Remotti:

(...) la obligación no solo de implementar un orden normativo, sino que también de materializar una actuación o conducta gubernamental que asegura la existencia y eficacia de los derechos”. Luego añade que “de ello se desprende la obligación de organizar todo aparato del Estado, en todos sus niveles, de manera tal que sean capaces de asegurar y garantizar los derechos humanos y, en su caso, de investigar y sancionar a los responsables de las violaciones, reponer la plenitud de los derechos vulnerados y reparar los perjuicios ocasionados.³³⁸

i. Deber de respetar de los derechos

La asunción por parte de los Estados de los deberes contenidos en el Pacto de San José de Costa Rica, es un reflejo aplicativo del principio común que existe en derecho internacional, a saber “*pacta sunt servanda*” (lo pactado obliga). Este impone como directriz la obligación por parte de los Estados de dar fiel cumplimiento a todas las

³³⁶ CONTESSE, op. cit.

³³⁷ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. “Deberes de los Estados y Derechos Protegidos”. En *Convención Americana sobre Derechos Humanos...*, Chistian Steiner, y Patricia Uribe (eds.). Berlín: Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2014, p. 46.

³³⁸ REMOTTI CARBONELL, op. cit., p. 44.

obligaciones y deberes que derivan de los tratados, convenciones y compromisos internacionales adheridos. Quedando del mismo modo vinculados los órganos internos a aplicar las disposiciones del tratado en el sentido que el propio acto u organismo supraestatal determinen, según corresponda, y que, en el ámbito de aplicación de la Convención Americana, obliga a los Estados al acatamiento no solo de los derechos humanos contemplados, sino también a aceptar las decisiones que la Corte haya adoptado.

En ese sentido, Gozaini expresa que aun cuando no exista en la CADH una disposición expresa que permita sostener tal vinculación, en aplicación de su artículo 33 si cabe advertir un elemento de obligatoriedad y sometimiento a las decisiones tomadas por la “justicia transnacional” (Comisión y Corte Interamericana) cuando se observa el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estado partes³³⁹. El artículo 1.1 dispone lo siguiente: “Los Estados Parte 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.” De esta manera se adquiere un compromiso vinculante por parte de los Estados Miembros de obedecer y promover el ejercicio de los derechos y libertades contenidos, en un plano de igualdad, instituyéndose en un verdadero valor esencial del Convenio, aplicable extensivamente a la totalidad de sus disposiciones.

La Corte, desde su instalación, ha asumido dentro de sus funciones la de configurar el verdadero sentido y alcance de las disposiciones de la CADH. Es por ello por lo que, en ejercicio de su competencia contenciosa, no solo ha sido decisora al momento de calificar los hechos que han significado violaciones al Convenio y determinar la responsabilidad de los Estados que hayan incurrido en infracciones. Sino porque además en virtud de su construcción jurisprudencial ha sido posible definir tanto el contenido de los derechos y libertades, como su aplicación de manera transversal y uniforme.

En la mayoría de los textos legales es posible advertir, a la hora de hablar del deber de respeto de los derechos y libertades, la casi ineludible referencia que en materia jurisprudencial se hace sobre el caso Velásquez Rodríguez contra Honduras por cuanto en aquel, la Corte ha podido definir su contenido plenamente vigente hasta la actualidad. Sobre su alcance se ha pronunciado indicando que:

El artículo 1.1 contiene la obligación contraída por los Estados Parte en relación con cada uno de los derechos protegidos, de tal manera que toda pretensión de que se ha lesionado

³³⁹ Cfr. GOZAÍNI, Osvaldo. “El impacto de la jurisprudencia del sistema interamericano en el derecho interno”. En: *El Control de Convencionalidad*, 1ª Edición, Susana Albanese (coord.). Buenos Aires: Ediar, 2008, pp. 94-98.

alguno de esos derechos, implica necesariamente la de que se ha infringido también el artículo 1.1 de la Convención.³⁴⁰

Asimismo, la Corte destaca que “el artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación a los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Parte los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a 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 ”³⁴¹.

ii. Libre y pleno ejercicio de los derechos y garantías

La Corte sostiene que la:

Obligación de los Estados Parte es la de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de estos de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas sus estructuras públicas, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.³⁴²

Por tanto, la finalidad práctica de esta disposición es prevenir en la adopción de todas aquellas medidas que sean necesarias por parte de los Estados con el objeto de evitar que se cometan violaciones.

A su vez señala que:

La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparte la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

No solo recae en la dictación de normativa conforme la Convención el compromiso asumido por los Estados, sino que además involucra al poder interno en sus diversas esferas y a la totalidad de los órganos de administración.

³⁴⁰ Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, párr. 162.

³⁴¹ *Ibíd.*, párr. 164.

³⁴² *Ibíd.*, párr. 166.

Junto a los deberes de respeto y garantía de los Estados en el goce y pleno ejercicio de los derechos y libertades, el artículo 1.1 impone una cláusula de no discriminación:

El artículo [...] dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma.³⁴³

iii. Medidas para la eficacia de los derechos de la Convención

El artículo 2 del Convenio señala que:

Si 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 Parte 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.

La adopción de medidas internas implica el compromiso de los Estados a armonizar su propio derecho con las disposiciones contenidas en la Convención, y según Eduardo Ferrer Mac-Gregor, con el Derecho Internacional de Derechos Humanos, a pretexto de prevenir las infracciones y, en su caso, evitar la impunidad de los infractores y, en su caso, evitar la impunidad de los infractores³⁴⁴. A su vez (en relación con el caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, apartado 207) señala que los Estados no solo tienen la obligación positiva de adoptar las medidas legislativas necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos en ella consagrados, sino que también deben evitar promulgar aquellas leyes que impidan el libre ejercicio de estos derechos, y a la vez evitar que se supriman o modifiquen las leyes que los protegen³⁴⁵.

Las obligaciones de respetar y garantizar contenidas en el artículo 1.1 suponen un deber de actuación general, independiente y no condicionado. Mientras que la obligación de “adoptar medidas necesarias” contenidas en el artículo 2 importan un deber específico. Entre ambas es posible advertir la existencia de una relación de complementariedad, ya que la segunda, sin sustituir a la primera, busca reforzar mediante el establecimiento de medidas necesarias, a fin de asegurar que personas puedan gozar y ejercer libremente sus derechos.

³⁴³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4. Apartado 53.

³⁴⁴ FERRER MAC-GREGOR, op. cit., pp. 72-74.

³⁴⁵ Cfr. *Ibid.*, pp. 72-75.

Respecto a este último punto, el señala que “mientras el artículo 1.1 refiere a obligaciones de aplicación “directa” y cuyo incumplimiento genera la consecuente responsabilidad internacional del Estado; el artículo 2, agrega el compromiso, en el caso de que los derechos y libertades no estuvieren ya garantizados por el Derecho interno, de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias”³⁴⁶.

c) Instauración y funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos

Humanos: atribuciones y potestades jurisdiccionales

La Corte Interamericana de Derechos Humanos fue creada por indicación expresa de la CADH en 1969, sin embargo, no tuvo aplicación sino hasta la posterior ratificación de los Estados Miembros de la respectiva Convención en 1978, además de la consecutiva conformación de sus primeros representantes e instalación del órgano, con sede en Costa Rica en 1979. Surgió con el fin de salvaguardar los derechos esenciales del ser humano en el continente, estableciendo un mecanismo capaz de ejercer un control efectivo de los Estados adheridos a la Convención por medio de la determinación de su eventual responsabilidad frente a la constatación de eventuales violaciones de derechos humanos.

En cuanto a sus atribuciones, conviene aludir que, gracias a la constante evolución y enriquecimiento del Sistema Interamericano, nutridos aportes doctrinales y jurisprudenciales que ha dejado el Tribunal de Estrasburgo en materia interpretativa, y la creciente doctrina de aplicación del control de convencionalidad, la Corte ha podido superar su papel inicial meramente consultivo. Karlos Castilla señala que:

Si del funcionamiento de la Corte se quiere hablar, bien podría afirmarse que este se materializó cuando en septiembre de 1982, tres años después de su instalación, emitió su primera resolución en la opinión consultiva en “*Otros Tratados*” objeto de la *Función Consultiva de la Corte (art. 64 de la CADH)*. Siendo la primera de una serie de 20 opiniones consultivas que ha difundido a lo largo de su historia.³⁴⁷

Para constituirse en un órgano jurisdiccional con potestades contenciosas, capaz de establecer criterios objetivos de interpretación y aplicación de la Convención por parte de todos los órganos de Estado, que en opinión de Canosa Usera destaca por ser:

Un auténtico Tribunal constitucional supranacional que irradia con gran energía su interpretación de los derechos. Y más aún con la conversión de la Convención en canon de enjuiciamiento de la legislación interna, referida al surgimiento de la revolucionaria teoría y práctica del control de convencionalidad, tanto de la Corte misma como del efectuado por los tribunales nacionales, a quienes la Corte le ha impuesto como tarea, [para luego

³⁴⁶ *Ibíd.*, p. 76.

³⁴⁷ CASTILLA, Karlos. *25 años de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: de las excepciones preliminares de 1987 a los derechos interpretados en 2012*. México: Ubijus, 2013, p. 11.

complementar que] la Convención Interamericana puso en funcionamiento un sistema de garantías que culmina en la Corte, por lo que los supremos intérpretes nacionales no pueden arrogarse la interpretación última de la Convención si sus Estados han reconocido la jurisdicción de la Corte de San José. Y como esta dice la última palabra acerca del alcance de la Convención, todos los órganos del Estados, incluyendo los supremos intérpretes de los derechos, han de acomodarse a ella. Es la lógica implacable de los tiempos procesales que lleva a un órgano, en este caso internacional, a decir la última palabra. El sistema carecería de sentido si lo decidido por la Corte internacional no fuera atendido por los Estados.³⁴⁸

Podríamos decir que, en cuanto al conjunto de sus atribuciones, estas residen esencialmente en las potestades consultivas y contenciosas de que dispone y en las funciones preventivas y ejecutivas atribuibles según sea el caso. La primera de ellas se encuentra establecida de forma expresa en el artículo 64 de la CADH, y se refiere básicamente a la facultad de los Estados Miembros de la OEA para consultarle a la Corte acerca de la interpretación de la Convención Americana o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos, y para solicitarle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los referidos instrumentos internacionales. De esta manera se le reconoce la facultad, por vía consultiva, de interpretar otros tratados internacionales distintos de la propia Convención que versen sobre la materia, además de darle el poder de ejercer dicha facultad a todos los Estados Miembros de la OEA, aun cuando no formen parte de la CADH. Por ello, y a diferencia de la competencia contenciosa, aquí no cabe la declaración de aceptación de competencia de la Corte, al ser obligatoria para los Estados.

En definitiva por medio del ejercicio de las facultades consultivas de la Corte IDH, es posible fortalecer el rol de control para el cual fue inicialmente creada, toda vez que, se le permite ser la encargada de establecer el verdadero sentido y alcance de las normas de la Convención y demás tratados internacionales sobre derechos humanos, siendo de esta forma determinante para que los mismos países miembros de la OEA adecuen su legislación y actos internos a los compromisos internacionales asumidos. En su opinión al respecto, aun cuando el ejercicio de su competencia consultiva no produzca los mismos efectos vinculantes que se le reconocen a una sentencia en materia contenciosa, si conviene precisar que ejerce un efecto práctico al servir de fundamento de las decisiones adoptadas para la solución de un caso determinado³⁴⁹.

Asimismo, esta ha indicado que:

La competencia consultiva puede ejercerse en general sobre toda disposición concerniente a la protección de los derechos humanos y sobre cualquier tratado internacional aplicable

³⁴⁸ CANOSA USERA, op. cit., pp. 15 y 24.

³⁴⁹ Cfr. Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982, Serie A, n° 1. indicaciones finales.

en los Estados Americanos, con independencia de su bilateralidad o multilateralidad, objeto principal o que recaigan sobre Estados Parte o ajenos al Sistema Interamericano.³⁵⁰

Más allá de las potestades consultivas de la Corte, en opinión de Karlos Castilla, esta destaca por:

El ejercicio de la que puede considerarse su más importante competencia: la contenciosa, que consiste en someter a su jurisdicción casos en los que se presumen violaciones de derechos humanos ocurridas en los Estados Americanos que le han reconocido su competencia. Materializándose por primera vez en junio de 1987 con la conocida y multicitada sentencia de excepciones preliminares en el caso Velásquez Rodríguez.³⁵¹

Además, cabe la posibilidad que, acorde a la Convención, la Corte bajo ciertas circunstancias, desempeñe adicionalmente otras labores alternativas al ejercicio mismo de sus competencias. De esta forma conforme lo señalado en el artículo 63.2 de la CADH “en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión”. De esta forma se configura la facultad preventiva de que dispone para dictar medidas con el propósito de evitar el acaecimiento de un daño irreparable.

Por su parte, la facultad ejecutiva de la Corte, se enmarca dentro del deber de cumplimiento y ejecución de una sentencia de carácter condenatoria por parte de un Estado miembro de la Convención, con el propósito de supervisar y vigilar el cumplimiento efectivo de la misma. Sus mecanismos para poner en práctica dicha facultad se circunscriben a la solicitud o petición de informes relativos al estado de cumplimiento tanto por parte del país infractor, como de la víctima, y la Comisión Interamericana; solicitud de informes periciales y de audiencias a las partes. Se desprende de manera conjunta de los artículos 65 de la CADH, el artículo 30 del Estatuto de la CoIDH, y del artículo 69 del Reglamento de la Corte, que serán vistos más adelante.

Siguiendo un criterio territorial, si la eventual violación se ha producido en territorio nacional, la víctima está legitimada para recurrir directamente ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, previo cumplimiento de los requisitos necesarios para comparecer ante dicha instancia, la que a su vez encontrando mérito suficiente pondrá a disposición de la CoIDH la revisión de la demanda a fin de que esta última, pronunciándose sobre el fondo, y dotada de jurisdicción contenciosa, emita una sentencia sobre el asunto acogiendo (y en consecuencia declarando la responsabilidad internacional del Estado) o rechazando la pretensión alegada. De esta manera el sistema de

³⁵⁰ BURGORGUE-LARSEN, Laurence y UBEDA DE TORRES, Amaya. *Las Decisiones Básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Pamplona: Civitas–Thomson Reuters, 2009, p. 149.

³⁵¹ CASTILLA, op. cit., p. 12.

responsabilidad internacional en el sistema interamericano se configura a partir de los postulados del derecho internacional público sobre la materia. Así, a través de la vía contenciosa, la Corte Interamericana declara la responsabilidad de un Estado parte cuando este ha incurrido en un comportamiento (acción u omisión) que el derecho internacional considere ilícito o incompatible con el parámetro interamericano ³⁵².

A este respecto en su opinión Gozaini³⁵³ sostiene que “el Sistema Interamericano de promoción y defensa de los Derechos Humanos genera un nuevo mecanismo procesal de asistencia a los derechos del hombre. No se trata de una intromisión de tribunales supranacionales en el derecho interno de cada Estado, sino de organismos que cada Estado parte reconoce y admite como entidades autorizadas a revisar el comportamiento habido en la jurisdicción local, respecto al cumplimiento de los derechos humanos consagrados en pactos y convenciones internacionales que se han incorporado, oportunamente, al derecho interno”.

d) Competencia contenciosa

La competencia contenciosa, es quizás el centro neurálgico de todas atribuciones de que dispone la Corte, y respecto de la cual es posible sustentar el total funcionamiento del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos en el ejercicio de la actividad jurisdiccional. Encuentra su carácter vinculante en la aceptación que, de forma facultativa, le confieren directamente los Estados miembros de la CADH conforme la cual declaran adherirse a su jurisdicción obligatoria.

El artículo 62 de la CADH dispone al efecto que:

1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de las disposiciones de esta Convención. 2. La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de esta a los otros Estados miembros de la Organización y al secretario de la Corte. 3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Parte en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

³⁵² TORRES ZÚÑIGA, Natalia. *El Control de Convencionalidad. Deber complementario del juez constitucional peruano y el juez interamericano (similitudes, diferencias y convergencias)*. Saarbrücken: Académica Española, 2013, p. 43.

³⁵³ GOZAÍNI, op. cit., p. 81.

Por tanto, conforme lo último, es posible apreciar que la competencia contenciosa de la Corte se encuentra condicionada a la cláusula facultativa de aceptación que disponen los Estados, ya sea de manera indefinida o con carácter temporal. Por lo que la aceptación de la competencia de la Corte es producto del ejercicio de la soberanía estatal, por lo que la voluntad del Estado es determinante para que, primeramente, la Convención Americana pueda tener efectos en el derecho interno del Estado, y segundo, para que la Corte pueda conocer de casos contenciosos relacionados a violaciones al texto convencional.

Sobre su naturaleza indisponible, la propia Corte se ha pronunciado al respecto indicando que:

La aceptación de la competencia contenciosa de la Corte constituye una cláusula pétrea que no admite limitaciones que no estén expresamente contenidas en el artículo 62.1 de la Convención Americana. Dada la fundamental importancia de dicha cláusula para la operación del sistema de protección de la Convención, no puede ella estar a merced de limitaciones no previstas que sean invocadas por los Estados Parte por razones de orden interno.³⁵⁴

Además, es posible advertir que la competencia contenciosa de la Corte interamericana no solo se extiende a lo expresamente indicado o contenido en la pretensión, sino que, en el marco de la aplicación de la Convención, puede ir más allá de ella y someter su jurisdicción hacia otros derechos que estime vulnerados aun cuando no hayan sido directamente aludidos en la alegación. De esta forma se configura una competencia de carácter indirecta, como se puede apreciar en lo enunciado por ella cuando sostiene:

El Tribunal tiene la facultad de analizar la violación o no de artículos de la Convención no incluido en los escritos de demanda; solicitudes, argumentos y pruebas, y contestación de la demanda, con base en el principio *iura novit curia* (en virtud del cual se autoriza al juez civil a modificar el fundamento jurídico en que se basan las pretensiones de las partes, sin alterar, sin embargo, la causa de pedir ni naturaleza del problema planteado), sólidamente respaldado en la jurisprudencia internacional, y del cual se ha valido reiteradamente la jurisprudencia internacional [entendiéndolo] en el sentido de que el juzgador posee la facultad e inclusive el deber de aplicar las disposiciones jurídicas pertinentes en una causa, aun cuando las partes no la invoquen directamente.³⁵⁵

En cuanto al establecimiento de los límites a su competencia contenciosa, la propia Corte ha dispuesto también que para la realización del examen de compatibilidad entre una norma legal y la Convención, ella deberá interpretar la norma en cuestión y analizarla a la luz de las disposiciones contenidas en la propia CADH, la que solo le ha atribuido

³⁵⁴ Sentencia CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH. Caso Ivcher Bronstein c. Perú, sentencia sobre la competencia, de 24 de noviembre de 1999, Serie C, n° 54, párr. 36.

³⁵⁵ Sentencia CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CIDH. Caso Cinco Pensionistas contra Perú, sentencia sobre el fondo, reparaciones y costas, de 28 de febrero de 2003, Serie C, n° 98, párr. 156.

competencia para determinar la compatibilidad de actos Estatales y normas internas con la propia Convención, más no respecto de otros convenios internacionales. A excepción de otros casos en que, en virtud de otra convención ratificada por el Estado, le confiera competencia para conocer de las violaciones de los derechos protegidos por dicha Convención, por ejemplo, la Convención Interamericana sobre Desapariciones Forzadas de Personas. Lo anterior no debe ser confundido con lo indicado a propósito de la competencia consultiva de la Corte Interamericana para la interpretación de otros tratados internacionales diferentes de la CADH.

El rol de la Corte en la determinación de la responsabilidad de un Estado por vulnerar la CADH, se encuentra sujeto al agotamiento previo de los recursos que a nivel jurisdiccional interno dispongan los Estados para resolver las denuncias y pretensiones esgrimidas por parte de las eventuales víctimas. En este sentido es posible advertir, tal cual lo dispone el artículo 46.1 de la CADH, el carácter subsidiario en el ejercicio de su competencia contenciosa. Por lo que, para poner en marcha el aparato jurisdiccional de la Corte, se requerirá del ejercicio previo de los mecanismos que la legislación nacional interna otorgue al denunciante para la protección de sus derechos. A menos que:

No exista legislación interna en materia del debido proceso que confiera protección a los derechos; no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos; y haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

Conforme lo dispuesto en el artículo 46.2 de la Convención, donde para su intervención no requerirá de ningún tipo de instancia o actuación previa.

Sobre el acceso a la competencia contenciosa de la Corte, conforme el artículo 61 de la CADH, solo los Estados Parte y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte. Quedando de manifiesto que la petición solo llegará a su conocimiento en la medida que se hayan agotado previamente todos los procedimientos ante la Comisión Interamericana previstos en la propia Convención, y aun únicamente cuando esta última se lo haya comunicado en virtud de una denuncia, que una vez haya llegado a la Corte dará comienzo al ejercicio de su potestad jurisdiccional. En opinión de Ángela Díaz-Bastien “el debate gira en torno a determinar si este es precisamente el momento real en que el peticionario llega al último órgano de tutela de sus derechos, ya que su forma de acceso es indirecta y como tal refleja no solamente su petición, sino que también las consideraciones de la Comisión”³⁵⁶.

³⁵⁶ DÍAZ-BASTIEN VARGAS-ZÚÑIGA, op. cit., p. 28.

i. Potestades jurisdiccionales de la Corte

En el ejercicio de la actividad contenciosa, la facultad de la Corte para conocer de los asuntos, ejecutarlos y en consecuencia hacer ejecutar lo juzgado, está determinada en función de sus potestades o competencias, a saber, *Ratione Personae*; *Ratione Materiae*; *Ratione Temporis* y por *Ratione Loci*.

Por ello para conocer de un determinado asunto controvertido, la Corte deberá examinar previamente si en razón de estas potestades, dispone de las atribuciones necesarias. En definitiva para que pueda conocer una causa, esta previamente deberá verificar de oficio, y sin necesidad de que el Estado haya introducido alguna excepción preliminar, que posee competencia para conocer del mismo: a) en razón de las partes que intervienen en el procedimiento, b) en razón de la materia objeto de la controversia, c) en atención al tiempo transcurrido desde la notificación al Estado demandado del informe de la Comisión y d) en atención al lugar dentro del cual ocurrió la vulneración a la Convención. En opinión de Héctor Faúndez Ledesma resulta trascendente destacar:

Que la Corte es competente para pronunciarse sobre su propia competencia; esta es una facultad inherente de todo Tribunal internacional, puesto que obedece a un principio general de Derecho Internacional ampliamente reconocido, que obliga al Tribunal a establecer si tiene jurisdicción para conocer de los asuntos que se le sometan, incluso sin una objeción expresa de alguna de las partes.³⁵⁷

La competencia debido a la persona está determinada por la actividad de la Corte para comprobar la capacidad en juicio de las partes, esto es del Estado denunciado por un lado y de la calidad de víctima por el otro. Como ya se ha indicado anteriormente, la capacidad del Estado queda sujeta a la verificación por parte de la Corte de la cláusula de aceptación facultativa a su jurisdicción obligatoria. Es posible advertir una doble dimensión toda vez que, conforme aquella, corresponde verificar tanto a los sujetos que se encuentran autorizados en virtud de la Convención para alegar ante la Corte (dimensión activa) como en contra de quienes es posible atribuir una eventual violación al Pacto de San José (dimensión pasiva).

Respecto de los legitimados activos a presentar las alegaciones ante el Tribunal transnacional, el artículo 61.1 de la Convención dispone que “solo los Estados Parte y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte”. En cuanto al rol de la víctima, el artículo 44 de la CADH señala que:

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

³⁵⁷ FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*. Tercera edición. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, pp. 600-602.

peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte.

Lo cual es reforzado por el artículo 23 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Según lo anteriormente expuesto, es posible advertir dos cosas. Primero, que el papel o actividad de la víctima queda un tanto relegada a un segundo plano, ya que la alegación que pretenda ante la Corte no podrá ejercerse de manera directa, sino más bien a instancia previa de la Comisión, quien, a su vez, verificado mérito suficiente y agotando todos los recursos pondrá luego la denuncia en conocimiento del Tribunal. Ello puede provocar también que el interés primitivo del perjudicado se confunda con el perseguido por la Corte IDH en cumplimiento de su cometido. En segundo lugar, la dependencia del sistema de responsabilidad a la cláusula de adhesión facultativa a la jurisdicción obligatoria, deja de manifiesto la condicionalidad de la que depende el ejercicio de la potestad jurisdiccional de la Corte, toda vez que mientras no medie aceptación especial por parte de un Estado, que aun cuando haya adherido a la Convención, no le cabrá responsabilidad alguna a instancia jurisdiccional de la Corte.

Debido a la materia, de conformidad al artículo 62.3 de la Convención, la Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso que se le someta y que concierna a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención. Lo que está íntegramente relacionado con el deber que tienen los Estados de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos consagrados en la Convención (artículo 1.1 CADH). Sobre este punto la *ratione materiae* determina el derecho que puede aplicar la Corte bajo su competencia contenciosa, limitada por la Convención para conocer de casos relativos a su intervención.

La determinación de la competencia en razón del lugar, puede extraerse de lo preceptuado por el artículo 1.1 de la Convención, conforme el cual:

Los Estados Parte 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.

De este modo en la verificación de los hechos que motivan la denuncia, la Corte debe constatar que hayan ocurrido dentro del territorio jurisdiccional de un Estado que, además de ser parte del Convenio, hubiera aceptado la cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria.

Por último, la competencia de la Corte se determina, además de los propios hechos y del lugar en donde acaecieron, en virtud del momento o época en que aquellos se

cometieron. Es decir, debido al tiempo es posible determinar el período a partir de la cual la Corte dispone de mérito contencioso suficiente para conocer de las violaciones a la Convención. Se trata del efecto de irretroactividad de la Convención y de la cláusula de aceptación de competencia contenciosa por parte de los Estados Miembros, que implica que su aplicación recaiga únicamente sobre hechos ocurridos con posterioridad a la entrada en vigor de la CADH por parte del Estado denunciado.

ii. Actividad cuasi-jurisdiccional de la Comisión Interamericana

Junto con el establecimiento de la OEA, nacieron adicionalmente otros dos organismos que, a nivel regional, y en función del presente trabajo, han sido los principales encargados de ejercer el control de la actividad de los Estados en materia de promoción y protección de derechos humanos, a saber, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH o Corte IDH).

La Comisión fue instituida en 1959 por la OEA como un órgano principal y autónomo, encargado de la promoción y protección de los derechos humanos en el continente americano. Gracias a su labor ha sido posible fortalecer el Sistema Interamericano en todos los países de la región, mediante la promoción, observancia y defensa de los derechos humanos, destacando principalmente en el ejercicio de sus funciones por estimular la conciencia en los pueblos de América; recomendar a los gobiernos de los Estados Miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos.

En cuanto a los procedimientos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la función de protección la ejerce la Comisión Interamericana de Derechos Humanos substancialmente por medio del examen de casos o situaciones de violaciones a los derechos humanos; la preparación y publicación de informes; la actuación ante la Corte Interamericana y *visitas in loco*, entre otros³⁵⁸. Por otro lado, la labor de la Corte en esta materia se centra en el ejercicio de su potestad jurisdiccional contenciosa, sin perjuicio de la capacidad consultiva y demás funciones complementarias que dispone.

e) Valor jurídico y efectos de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cosa interpretada y cosa juzgada).

La actuación de la Corte en materia contenciosa tiene repercusiones tanto dentro como fuera de un proceso determinado, puesto que el alcance de sus decisiones no solo afecta a las partes, sino que también a todo Estado miembro. Cuando se hace referencia a

³⁵⁸ NASH ROJAS, op. cit., pp. 343-347.

las decisiones que toma la Corte, se quiere poner énfasis al conjunto de providencias, resoluciones y sentencias que se dictan durante un juicio determinado, toda vez que estas han de influir de diferente modo, según sea su naturaleza jurídica y etapa en la que se pronuncien. El presente trabajo abordará la decisión que, versando sobre el fondo del asunto, resuelve el conflicto entre las partes de manera definitiva, sin perjuicio también de referirse a aquella que dispone su respectivo cumplimiento.

El contenido de las sentencias debe considerar ciertos criterios interpretativos contenidos en el artículo 29 de la CADH. En efecto esa disposición señala:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) 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 o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Al respecto, como describe Remotti Carbonell³⁵⁹, en base a tales previsiones la Corte en su labor jurisprudencial ha desarrollado diversas temáticas según se señala: i- todas las normas de procedimiento establecidas en la Convención han de ser interpretadas de forma que permitan y garanticen la plena eficacia y protección de los derechos. Por el contrario, ninguna de sus normas podrá ser interpretada de forma tal que permita la desnaturalización de alguno de los derechos o sus garantías. Además, no deben interpretarse de forma aislada, sino que por el contrario debe hacerse de forma sistemática integrado otras convenciones sobre derechos, así como atender al objeto y fin de la CADH; debe aplicar las disposiciones de la Convención aun cuando no hubieren sido invocadas de forma directa por las partes en la demanda e inclusive incluir el análisis de alegaciones hechas valer en los alegatos finales del procedimiento.; iii.- puede analizar diversos tratados internacionales y convenciones sobre derechos humanos como complementarios a la Convención.

De este modo, todo asunto contencioso que es promovido ante la Corte merece ser resuelto por esta mediante una decisión que, pronunciándose sobre la *litis*, se materialice en la forma de una sentencia definitiva, a fin de determinar si hubo o no una violación de derechos. La sentencia produce efectos que van más allá del acatamiento por las partes del proceso, ya que acorde a la propia construcción jurisprudencial de la Corte, la misma se extiende hacia los demás Estados miembros de la Convención. Al respecto Remotti Carbonell precisa que estamos en presencia del efecto indirecto o irradiador de la sentencia

³⁵⁹ REMOTTI CARBONELL, op. cit., pp. 248-256.

hacia los demás Estados, que, sin ser parte directa, tienen el deber de aceptarla y obedecer los principios y criterios fundamentales que de ella emanan³⁶⁰.

El principal efecto de la sentencia definitiva pronunciada por la Corte se traduce en la obligatoriedad de acatarla por todos aquellos que forman parte del juicio (el Estado demandado, la víctima y la Comisión Interamericana). En opinión de Marcos José Miranda Burgos:

El numeral primero del artículo 68 de la CADH determina claramente, y sin lugar a dudas, la obligación del Estado de cumplir la decisión de la Corte en todos los casos en que sea parte. En virtud del carácter definitivo e inapelable de las sentencias de la Corte, según lo establecido en el artículo 67 la Convención, estas deben ser prontamente cumplidas por el Estado en forma íntegra. Asimismo, el artículo 68.1 de la CADH dispone que “los Estados parte en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes [...]. Para ello, los Estados deben asegurar la implementación a nivel interno de lo dispuesto por este Tribunal en sus decisiones.”³⁶¹

Al respecto, Carlos Ayala Corao, precisa que:

Las sentencias de la Corte pasan en autoridad de cosa juzgada formal y material y tienen efectos inmediatos entre las partes y efectos indirectos para todos los Estados parte de la CADH, las víctimas y la Comisión. Se llaman también efectos generales o erga omnes [...] Esto se fundamenta en la norma que ordena transmitir el fallo a los Estados parte en la CADH, de acuerdo con el artículo 69 y en el derecho al trato judicial igualitario, conforme al artículo 24. Estos efectos indirectos se han notado en la jurisprudencia de varios Estados, que a pesar de no haber sido parte en el proceso ante la Corte IDH, han decidido incorporar los estándares de esas sentencias internacionales.³⁶²

Conforme lo preceptuado por el artículo 67 de la Convención, la sentencia emitida por la Corte “será definitiva e inapelable”. Y además, según el artículo 63 de la misma, deberá expresar la declaración sobre si “hubo violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención”. También debe ser fundamentada, según el propio artículo 66, significando que no solo deberá expresar los hechos en virtud de los cuales se vulneran los derechos y demás preceptos contenidos en la Convención, sino que además las consecuencias jurídicas que de ello deriven.

³⁶⁰ *Ibíd.*, p. 272.

³⁶¹ MIRANDA BURGOS, Marcos. “La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico interno”. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, IIDH-OEA*, 2014, vol. 60, p. 133.

³⁶² AYALA CORAO, Carlos. “La Ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Estudios Constitucionales*, 2007, vol. 5, núm. 1, pp. 134-137.

En cuanto a su contenido, después de establecer los hechos y calificarlos, la sentencia debe pronunciarse sobre la eventual responsabilidad que le cabe al Estado y, en caso de que ella sea establecida, disponer que se garantice al lesionado en el goce del derecho o libertad conculcados, resolver sobre las reparaciones e indemnizaciones a que haya lugar, y decidir sobre un eventual pago de costas. El art. 55 del Reglamento de la Corte dispone que la sentencia contendrá: a) el nombre del Presidente y de los demás jueces que la hubieren dictado, con el nombre del secretario y del secretario adjunto, b) la indicación de las partes y sus representantes y, cuando fuere el caso, de los representantes de las víctimas o de sus familiares, c) una relación de los actos del procedimiento, d) la determinación de los hechos, e) las conclusiones de las partes, f) los fundamentos de Derecho, g) la decisión sobre el caso, h) el pronunciamiento sobre las costas, si procede, i) el resultado de la votación, y j) la indicación de cuál de los textos hace fe .

La calificación jurídica de los hechos implica el deber de la Corte de determinar si los hechos denunciados configuran una violación a la Convención, y en su caso, la indicación precisa de las disposiciones las contravenidas. Según Héctor Faúndez:

Por otra parte incluye, en los casos que sea necesario, el deber de la Corte de pronunciarse sobre la incompatibilidad de normas de Derecho interno con las disposiciones de la Convención, independientemente de que tales normas de Derecho interno hayan tenido aplicación en algún caso particular.³⁶³

Luego, habiéndose configurado una vulneración a los derechos, toca determinar la responsabilidad que le cabe al Estado infractor junto a las medidas concretas de reparación para restablecer el goce y ejercicio de los derechos. El artículo 63 de la Convención dispone que:

1. 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. Asimismo, dispondrá, 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 sostenido más de una vez que sus sentencias son vinculantes para las partes del proceso, por lo que deben ser acatadas de forma perentoria³⁶⁴. Este mismo efecto se extiende a las medidas provisionales que dicta la Corte, las cuales son de cumplimiento obligatorio (doctrina de los artículos 11, 2, 63.2 y 68 de la CADH). Esto es un hecho único y que su par europeo no dispone.

³⁶³ FAÚNDEZ LEDESMA, op. cit., pp. 784-785.

³⁶⁴ HITTERS, op. cit., p. 536.

f) Ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La incorporación del Estado al Sistema Interamericano de Derechos Humanos es determinante para encontrar el valor que se asigna a la jurisdicción transnacional. El reconocimiento sin limitaciones o con ciertas reservas orienta al interprete y fija al mismo tiempo un temperamento para el Poder judicial local³⁶⁵. De este modo, el punto de partida es el derecho internacional donde cabe señalar el principio de buena fe consagrado en el artículo 31.1 de la Convención de Viena, por el cual, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si se trata de derechos humanos, como es el caso de la CADH y el CEDH según corresponda, tienen la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicarlas recomendaciones de un órgano de protección.

El artículo 65 de la Convención señala:

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.

Sobre el particular, la Corte ha dispuesto que su capacidad para hacer ejecutar sus decisiones deriva principalmente en los artículos 33, 62.1, 62.3 y 65 de la CADH y del artículo 30 de su estatuto, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 31.1 de la Convención de Viena (principio de buena fe internacional). Esta facultad no tenía, en sus orígenes, un respaldo convencional ni reglamentario expreso, por cuanto mediante la construcción jurisprudencial del propio órgano regional fue sustentada su labor para el ejercicio del cumplimiento y ejecución de sus fallos.

El razonamiento anterior deriva de la primera sentencia en que la Corte se pronunció sobre el cuestionamiento de un Estado al ejercicio de la competencia del Tribunal para supervisar el cumplimiento de sus sentencias, fue el caso Baena Ricardo y otros contra Panamá de 28 de noviembre de 2003. A diferencia de lo que ocurre con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (donde la supervisión del cumplimiento de sus decisiones las realiza un órgano político distinto), la Corte ejerce su potestad de supervisión el cumplimiento por voluntad propia, (en ejercicio de la determinación de su propia competencia) ya que, a falta de indicación expresa en la Convención, a la luz de sus disposiciones fundamenta su actuar en la interpretación que hace de los enunciados del artículo 65 de la CADH. En este sentido la Corte ha indicado que como todo órgano con funciones jurisdiccionales, tiene el poder inherente a sus atribuciones de determinar el alcance de su propia competencia. Los

³⁶⁵ GOZAINI, Osvaldo Alfredo. “Incidencia de la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos en el derecho interno”. *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 2006, vol. 4, núm. 2, pp. 335-362.

instrumentos de aceptación de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (artículo 62.1 de la Convención) presuponen la admisión, por los Estados que la presentan, del derecho de la Corte de resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción, como lo es en este caso la función de supervisión del cumplimiento de sus sentencias. Una objeción o cualquier otra actuación del Estado realizada con el propósito de afectar la competencia de la Corte es inocua, pues en cualesquiera circunstancias la Corte retiene la *compétence de la compétence*, por ser maestra de su jurisdicción³⁶⁶.

En la misma sentencia anterior la Corte sostuvo que la jurisdicción comprende la facultad de administrar justicia; no se limita a declarar el derecho, sino que también comprende la supervisión del cumplimiento de lo juzgado. Es por ello necesario establecer y poner en funcionamiento mecanismos o procedimientos para la supervisión del cumplimiento de las decisiones judiciales, actividad que es inherente a la función jurisdiccional. La supervisión del cumplimiento de las sentencias es uno de los elementos que componen la jurisdicción. Sostener lo contrario significaría afirmar que las sentencias emitidas por la Corte son meramente declarativas y no efectivas. El cumplimiento de las reparaciones ordenadas por el Tribunal en sus decisiones es la materialización de la justicia para el caso concreto y, por ende, de la jurisdicción. Por cuanto para hacerlas efectivas ha de ser necesario instruir un adecuado procedimiento de cumplimiento, ejecución y supervigilancia.

Por otro lado, la facultad de la Corte para supervisar el cumplimiento de sus sentencias y el procedimiento adoptado para ello también encuentra su fundamento en la práctica constante y uniforme de la Corte y en la resultante *opinio juris communis* de los Estados Parte en la Convención, respecto de los cuales la Corte ha emitido diversas resoluciones sobre cumplimiento de sentencia.

La *opinio juris communis* es la manifestación de la conciencia jurídica universal a través de la observancia, por la generalidad de los miembros de la comunidad internacional, de una determinada práctica como obligatoria. Esta se ha manifestado en que dichos Estados han mostrado una actitud generalizada y reiterada de aceptación de la función supervisora de la Corte, lo cual se ha visto clara y ampliamente demostrado con la presentación por parte de estos de los informes que la Corte les ha solicitado, así como con la observancia de lo resuelto por el Tribunal al impartirles instrucciones o dilucidar aspectos sobre los cuales existía controversia entre las partes, relativos al cumplimiento de las reparaciones.³⁶⁷

No obstante, esas disposiciones pueden no bastar para el cumplimiento cabal de las sentencias que exige el Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos. Por tanto resulta menester elaborar otras formas para asegurar el cumplimiento de los fallos por

³⁶⁶ Sentencia CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CIDH. Caso Baena Ricardo y otros contra Panamá. de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104. Apartados 84-91.

³⁶⁷ *Ibíd.*, párr. 91-92.

parte de los Estados, particularmente respecto de aquellas sentencias que imponen la reparación de medidas no patrimoniales o indemnizatorias y el compromiso internacional de hacerlas cumplir.

Ahora bien, a la fecha no existe un procedimiento uniforme y preestablecido para la ejecución de sentencias de la Corte, conforme al cual se regule y estandarice el proceso de cumplimiento de las resoluciones internacionales, sino más bien directrices o indicaciones de carácter general, lo que lleva a que los Estados dispongan de un amplio margen de discrecionalidad para dar cumplimiento a las sentencias de derechos humanos que, sin un adecuado y periódico control social, puede llegar a traducirse en la omisión por parte del Estado de la ejecución de pronunciamientos de carácter vinculantes³⁶⁸. Por tanto aun cuando la CoIDH considere que vigilar el cumplimiento de sus sentencias es una facultad inherente a su naturaleza, pasa a convertirse, en opinión de Andréa Viana Garcés:

En un mecanismo de presión más que de aseguramiento de la efectividad de la jurisprudencia [...] que pese al rigor de la Corte y al creciente compromiso de los Estados, estos no suelen cumplir las órdenes judiciales con prontitud e íntegramente, sobre todo, como también sucede en Europa, cuando se trata de reparaciones no dinerarias.³⁶⁹

g) Supervisión de la ejecución de sentencias como práctica jurisdiccional de la propia Corte

El artículo 68 de la Convención dispone que “los Estados parte se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”, asimismo luego preceptúa que “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”. Por tanto, aun cuando se trata de una sentencia de naturaleza declarativa, en lo que a indemnización de perjuicios verse tendrá mérito ejecutivo suficiente para exigir su cumplimiento dentro del Estado donde tuvo ocasión la infracción.

Los Estados asumen la obligación de aplicar las disposiciones de la Convención a cabalidad, de buena fe y en señal de cumplimiento con sus obligaciones internacionales. La Corte se ha manifestado aludiendo a que las obligaciones internacionales asumidas por los Estados imponen tanto el deber de acatarlas y cumplirlas de buena fe (obligación positiva), como la imposibilidad de refugiarse en el derecho interno para excusarse de su cumplimiento (obligación negativa).

³⁶⁸ SANTELICES, Tábata y FEDDERSEN, Mayra. “Ejecución de sentencias internacionales sobre Derechos Humanos en Chile”. En: *Anuario de Derecho Público 2010 del Centro de Estudios de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales*, Primera Edición, Santiago, 2010, pp. 93-94.

³⁶⁹ REVENGA SÁNCHEZ, Miguel y VIANA GARCÉS, Andréa, *Tendencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008, pp. 59-60.

El cumplimiento de las sentencias de la Corte importa la voluntad política de los Estados de someterse a los estándares internacionales de protección de los Derechos Humanos, y con ello acatar las decisiones que al efecto dictan sus órganos de control. Aun cuando en opinión de Alejandra Nuño ha habido avances importantes en materia de cumplimiento cuando:

Existen en el continente importantes carencias en términos de mecanismos o leyes nacionales que faciliten este tema nodal, particularmente en Estados federales (como México) o en casos donde están involucrados varios poderes públicos o entidades federativas. De igual manera, cabe mencionar que existen otros importantes rezagos en el cumplimiento, como lo son los avances en las investigaciones penales para identificar a los responsables de las violaciones de Derechos Humanos cometidas, así como avanzar los procedimientos administrativos para sancionar a los funcionarios que hayan cometido o facilitado las violaciones de estos derechos. También está pendiente una evaluación a las capacitaciones ordenadas por la Corte (que al menos en el Caso Radilla Pacheco vs. México ya se dio por cumplimentada) así como la elaboración de protocolos adecuados de investigación, entre otros temas.³⁷⁰

No obstante, y a pesar de no existir disposición expresa al efecto en la Convención Americana, la Corte ha sido capaz de interpretar a lo largo del tiempo su función y establecer un procedimiento para supervisar el cumplimiento de sus decisiones tanto en materia contenciosa como otras decisiones. El artículo 69 de su reglamento se refiere a dicha potestad, donde su ejercicio se realiza mediante la presentación de informes estatales y de las correspondientes observaciones a dichos informes por parte de las víctimas o sus representantes. Asimismo, la Comisión deberá presentar observaciones al informe del Estado y a las observaciones de las víctimas o sus representantes. Para apreciar de mejor forma el cumplimiento por parte de los Estados la Corte podrá requerir a otras fuentes de información datos relevantes sobre el caso y requerir también los peritajes e informes que considere oportunos. También podrá convocar al Estado y a los representantes de las víctimas a una audiencia para supervisar el cumplimiento de sus decisiones.

h) Remedios doctrinales: surgimiento del control de convencionalidad como doctrina, a raíz de la aplicación del principio de subsidiariedad

El control de convencionalidad surge como una técnica de control normativo patentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuya virtud el Pacto de San José de Costa Rica funciona como parámetro controlador vinculante, fijando los límites y la conformidad de la norma nacional (objeto controlado) y las sentencias nacionales con los estándares internacionales establecidos en la Respectiva Convención. Resulta relevante

³⁷⁰ NUÑO, Alejandra. “Artículos 61, 62, 66 – 69. Competencia, funciones y procedimiento ante la COIDH”. En: *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Chistian Steiner, y Patricia Uribe (eds.). Berlín: Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2014, p. 900.

la tratativa que ha tenido la jurisprudencia nacional en la incorporación de criterios de jerarquía normativa para resolver conflictos sobre la aplicabilidad del derecho internacional vs. el derecho interno. Aun cuando la jurisprudencia de los tribunales de justicia ha pasado por distintos periodos, y sus sentencias ser consideradas como fuentes indirectas del derecho constitucional, su uso actual ha permitido aclarar o interpretar el derecho vigente y resolver la incorporación y aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno. En aquel sentido ha existido al menos coherencia y un criterio común de los tribunales nacionales, a partir de la comentada reforma constitucional de 1989, en otorgarle rango constitucional a la Convención y a los demás tratados internacionales sobre derechos humanos para cuando exista contradicción con las normas de derecho interno.

En este contexto es que en 2006 se dictó la sentencia por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*³⁷¹, que se destacó, además de su contenido e imposición de medidas al Estado responsable, por instaurar por vez primera a nivel regional, e imponer a los tribunales nacionales de justicia el control de convencionalidad como parámetro vinculante y de aplicación directa en la toma de sus decisiones. Aquel tiene como antecedente jurídico internacional de su establecimiento, los principios generales que se desprenden de los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. El primero *pacta sunt servanda*, y el segundo relativo a la adecuación del derecho interno al derecho internacional, por parte de todos los órganos públicos de los Estados obligados internacionalmente en virtud de un tratado internacional y de los órganos internacionales encargados de ejercer el control en el cumplimiento de dichas obligaciones.

El control de convencionalidad es definido como:

Una técnica de control normativo que consiste en el ejercicio de contraste entre la CADH y los dispositivos legales de origen nacional—se incluyen las interpretaciones que le da a la norma nacional del juez—. En concreto la Convención funciona como parámetro controlador—de uso directo o indirecto—, fija los límites y la conformidad de la norma nacional (objeto controlado) con los estándares internacionales. Se trata de una obligación impuesta a los jueces nacionales en general, a la que se denomina obligación ex-officio y también una función que ejerce la Corte Interamericana en particular.³⁷²

Surge así para algunos como una nueva competencia de la Corte con fundamento en los artículos 62.3 y 64.2 de la CADH, incorporada como técnica distintiva del SIDH.

³⁷¹ La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 26 de septiembre de 2006, se originó en la demanda presentada el 11 de julio de 2005 por la Comisión Interamericana, en contra el Estado de Chile, la que a su vez se originó en la denuncia número 12.057, recibida en la Secretaría de la Comisión el 15 de septiembre de 1998.

³⁷² TORRES ZÚÑIGA, op. cit., pp. 30-31.

Es posible distinguir dos tipos de control de convencionalidad: uno concentrado y otro difuso. El primero es el efectuado por la Corte IDH y el segundo el que es practicado por los tribunales nacionales. La doctrina y la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana han diferenciado dos niveles de control de convencionalidad. En primer lugar, un control concentrado de convencionalidad que estaría a cargo de la Corte Interamericana (órgano controlador), quien es competente para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención Americana (parámetro principal de control). En ese marco, el objeto de control es el comportamiento –por acción y/o por omisión– de un Estado parte que haya reconocido la competencia contenciosa de la Corte, de acuerdo con el artículo 62.3 CADH (norma jurídica de habilitación). Dicho control de convencionalidad se justifica además en los principios del derecho internacional general de buena fe y *pacta sunt servanda* (art. 26), así como en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, según el cual una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

En segundo lugar, un control difuso de convencionalidad tendría lugar en el ámbito interno de cada estado parte a la CADH. Este mecanismo ha sido definido por la doctrina “como el acto de control que efectúa el juez nacional en cuanto a la conformidad de la norma interna respecto de la norma internacional”³⁷³. No obstante, Raúl Canosa³⁷⁴ expresan que esta terminología no es del todo correcta, ya que en ningún momento cabría confundir el tipo, toda vez que es ejercida por órganos distintos. Además, desde una mirada global al Sistema Interamericano de protección de los derechos, integrado tanto por el control que ejecuta la corte como el de la judicatura nacional, como un todo, cabría calificar al tipo de control como difuso, pues todos los organismos judiciales (nacionales e internacionales) realizarían el control, encontrándose la Corte en la cúspide del sistema. La distinción de si se trata de un control difuso estaría determinada porque va dirigido a todos los poderes públicos nacionales y entre ellos a los jueces, sin indicar para cada caso el modo en que debe ser ejercido, ni su intensidad.

A propósito del caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* año 2006 (ver capítulo III, número 1, letra d), la Corte se pronunció indicando que la aplicación judicial del Decreto Ley N°. 2.191 (de amnistía a delitos de militares durante la época de dictadura cívico-militar) vulneraba el artículo 2 de la Convención siendo necesario el ejercicio de un control de convencionalidad. En efecto:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención

³⁷³ AGUILAR CAVALLO, op. cit., p. 721.

³⁷⁴ CANOSA USERA, op. cit., pp. 27-32.

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. En esta misma línea, esta Corte ha establecido que “según el derecho internacional las obligaciones que este impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno.”³⁷⁵

Por tanto, este control de convencionalidad a cargo de los órganos internos encuentra fundamento en la obligatoriedad que impone la Convención de adoptar todas las disposiciones internas necesarias a fin de dar fiel cumplimiento a lo dictado por ella.

Al respecto, Miriam Henríquez³⁷⁶ enseña:

En la cuarta etapa de Evolución Jurisprudencial de Chile, desde 2005, en relación con la aplicación del decreto ley 2.191³⁷⁷ sobre amnistía puede señalarse que la tendencia de los tribunales superiores de justicia es a reconocer la “preeminencia” de la aplicación de los tratados de derechos humanos ante un conflicto normativo con la legislación interna [...] con base a lo resuelto por la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos en el *caso Almonacid Arellano vs. Chile* todo lo anterior redundó en la no aplicación de la ley de amnistía por ser contraria al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

De esta forma, comienza la posterior tendencia de la Corte a resolver los casos mediante la aplicación progresiva del control de convencionalidad, según el cual se eleva el rango de la CADH, haciéndola prevalecer por sobre toda otra norma de derecho interno que entre en conflicto o contradicción, correspondiendo a las autoridades nacionales, y no solo judiciales, su aplicación preferente por sobre la normativa interna. En el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* el problema central radicaba en la aplicación de leyes de autoamnistía dictadas por el propio Gobierno de turno para evitar la investigación y juzgamiento de los militares en los crímenes cometidos durante la época de dictadura militar. Declaradas posteriormente por la Corte incompatibles con las disposiciones de la

³⁷⁵ Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafos n° 124 y 125. Visto en:

³⁷⁶ HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena. “Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos”. *Estudios Constitucionales*, 2008, vol. 6, núm. 2, p. 87.

³⁷⁷ El decreto ley N° 2.191 concedió amnistía a todas las personas, civiles o militares, que en su calidad de autores, cómplices o encubridores hubieran intervenido en hechos delictivos acaecidos durante la vigencia de estado de sitio, en el periodo comprendido entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, siempre que no se encontraran sometidos a proceso. Este decreto ley de amnistía fue dictado en conformidad con el artículo 44 número 13 de la antigua versión de la Constitución de 1925, que señalaba: “solo en virtud de una ley se puede conceder indultos generales o amnistías”.

Convención, obligando en consecuencia a la judicatura castrense y ordinaria a abstenerse de aplicar leyes de amnistía por ser contrarias a los derechos protegidos en la CADH.

3. Similitudes y diferencias de los sistemas regionales de protección

Como fuere precisado, en la actualidad suelen distinguirse tres mecanismos básicos de protección a los derechos humanos -que actúan de forma simultánea y subsidiaria los últimos-, a saber, en primer orden, los mecanismos nacionales de protección jurisdiccional, luego los sistemas regionales de protección, y el sistema universal de protección en el marco de la Organización de las Naciones Unidas – cuyo cuerpo normativo se encuentran en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobadas por la Asamblea General en 1945 y 1948, respectivamente.

Por su parte, el Sistema Universal tiene como actores principales al Consejo de Derechos Humanos -y el Examen Periódico Universal-, creado el 15 de marzo de 2006 por la Asamblea General, y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos -The Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR)- (ACNUDH). Tales entidades tienen a su cargo, en términos generales, la misión de supervisar la obligación de los gobiernos a actuar o abstenerse de un determinado modo, con el propósito de promover y proteger los derechos humanos y libertades fundamentales de los individuos y grupos. El Consejo está formado por 47 representantes de Estados y es el encargado de fortalecer la promoción y protección de los derechos humanos en todo el mundo para hacer frente a situaciones de violaciones de los derechos humanos y formular recomendaciones sobre ellos; entre lo que también se incluye la respuesta a situaciones de emergencia en materia de derechos humanos, así como la realización de exámenes periódicos de la situación de los derechos humanos en los 193 Estados miembros de las Naciones Unidas, cada cuatro años, consistente en un proceso de cooperación dirigido por los Estados, con el auspicio del Consejo, que ofrece a cada uno de ellos la oportunidad de declarar qué medidas han adoptado y qué retos se han planteado para mejorar la situación de los derechos humanos en su país, así como para cumplir con sus obligaciones a nivel internacional.

Por el lado de la OACDH, en el marco de la promoción y protección de los derechos humanos, tiene, entre otras labores, las de cooperar con los gobiernos y les ayuda a cumplir con sus obligaciones de derechos humanos; se pronuncia objetivamente frente a las violaciones de derechos humanos del mundo; ofrece un foro para identificar, destacar y desarrollar respuestas a los problemas en materia de derechos humanos de hoy en día; actúa como el centro de coordinación principal de investigación, educación, información pública, así como de actividades de promoción en materia de derechos humanos; y colabora con una gran variedad de socios a fin de ampliar la cooperación local para los derechos humanos del mundo.

Enseguida, los sistemas regionales de protección están actualmente presentes en tres partes del mundo, a saber, en continente de África (sistema que no forma parte del presente estudio), en las Américas y en Europa, respectivamente. En ese contexto, si los derechos de un individuo no logran ser protegidos de la manera que se pretende, o solo se protege de forma parcial y/o no existen mecanismos para hacerlos valer en el ámbito doméstico, el sistema regional, subsidiariamente, entra en acción y ofrece protección a través de sus mecanismos de protección jurisdiccional.

En particular, la relevancia de los sistemas Europeo e Interamericano de protección, ha sido fundamental puesto que, entre varias otras cuestiones de orden regional, han permitido que los países de una determinada región se asocien y compartan un interés particular por la protección de derechos humanos basados en su realidad social, política, económica, democrática e institucional, ya que estando próximos en términos geográficos, pueden influenciarse recíprocamente en el comportamiento debido y asegurar una concordancia con pautas comunes de cumplimiento, haciéndolos de este modo más efectivos que bajo el amparo del sistema universal.

De otra parte, estos sistemas también abren la posibilidad de que se tengan en cuenta los valores comunes cuando se definen las normas de los derechos humanos. La existencia de sistemas regionales de derechos humanos posibilita la adopción de mecanismos de cumplimiento que pueden concertar mejor con las condiciones locales de lo que puede un sistema universal de cumplimiento. Por ejemplo, un enfoque más judicial del cumplimiento puede ser apropiado para una región como Europa y América, mientras un enfoque que también abra espacio para mecanismos no jurídicos, como comisiones y revisión de pares, puede ser más apropiado para una región como África. El sistema universal en cambio no tiene esa flexibilidad.

En ese escenario, los tratados que componen los sistemas regionales de derechos humanos siguen esa misma configuración. Es decir, buscan la implementación de ciertas normas -principalmente derechos individuales-, pero también en algunos casos deberes comunes, que tienen validez en los Estados y así crean un método de monitoreo que asegure el cumplimiento de esas normas en los Estados que adoptaron el sistema. La concepción clásica de un método de monitoreo fue definida en la Convención Europea de Derechos Humanos adoptada en 1950 y vigente desde 1953. De acuerdo con ese sistema, una vez que una persona hubiese recorrido todos los caminos para que se defiendan sus derechos a través del sistema legal del país donde se encuentra, se podía dirigir -primitivamente- a una comisión de derechos humanos creada por el sistema regional. La comisión le dará al Estado la oportunidad de responder y después decidirá si hubo o no violación. Sin embargo, esa decisión no tendrá por sí sola la fuerza de ley. Para que se pueda obtener tal resultado, el caso tendrá que encaminarse a la corte regional, donde se expiden decisiones con valor jurídico, y así concluir si el Estado miembro violó el tratado o no.

Desde que se definió este patrón en Europa, por medio de un Protocolo en 1998, abolieron su Comisión y dejaron la supervisión en manos de la Corte Europea de Derechos Humanos, para luego asumir un rol más político a cargo del Comité de Ministros. Por su parte, el Sistema Interamericano sigue funcionando en base a una Comisión y una Corte. El sistema africano inicialmente tenía solamente una Comisión, pero en 1998, a través de un Protocolo, se tomó la decisión de complementar la Comisión con una Corte Africana de Derechos Humanos.

Los sistemas regionales de derechos humanos en operación actualmente comparten puntos de conexión y características comunes, pero también muestran diferencias significativas por resolver que imponen desafíos comunes, incluyendo aquellos relacionados, por ejemplo, con la falta de ejecución de sus decisiones y la oposición de Estados que buscan reducir sus mandatos y legitimidad en el acceso a la justicia internacional para las víctimas de violación, sumado al acumulativo retraso de casos sometidos a su conocimiento. Por ello resulta necesario, a fin de indagar en su estructura formal, presentar un enfoque comparativo y sistemático del funcionamiento de estos mecanismos regionales de derechos humanos, sobre todo dado el impacto que han tenido en las realidades nacionales estudiadas –y su alto grado de cumplimiento-, así como el creciente número de decisiones de los órganos regionales desde su origen.

Ahora bien, resulta necesario analizar la influencia y diálogo entre ambos tribunales, puesto que por medio de sus aportaciones jurisprudenciales recíprocos es que se genera un diálogo que enriquece la protección de los derechos humanos en el plano internacional. Si bien el Convenio Europeo presenta similitudes con la Convención Americana -principalmente en su estructura institucional y disposiciones normativas- su desarrollo hasta la actualidad no ha sido idéntico, ya que en su evolución se sitúan en un contexto histórico y condiciones diversas.

Previamente, es posible advertir que, en el Consejo de Europa los gobiernos militares y otros tipos de autoritarismo han sido escasos y breves, mientras que en América Latina han sido la generalidad, hasta los cambios que se iniciaron en los ochenta y la democratización de los gobiernos dictatoriales, esta situación tiene un efecto sustantivo en el actual funcionamiento de ambos sistemas. Es decir, el contexto en el que surge el sistema americano dista mucho del sistema europeo. A diferencia de la Convención Americana, la Convención Europea fue redactada y aprobada, en su mayoría, por democracias liberales y genuinas con un poder judicial fuerte e independiente. En dicho sentido Henry Steiner y Phillip Austin³⁷⁸ han observado que:

El desarrollo del sistema interamericano siguió un camino distinto del de su contraparte europea. Aunque la estructura institucional superficialmente similar y las disposiciones

³⁷⁸ STEINER y AUSTIN, op. cit., pp. 768-801.

normativas son en muchos aspectos semejantes, las condiciones en las que ambos sistemas evolucionaron fueron radicalmente diferentes. En el Consejo de Europa, los gobiernos militares y otros tipos de autoritarismos han sido escasos y breves; mientras que en América Latina casi fueron la norma, hasta los cambios que se iniciaron en los ochenta.

Los retos que enfrenta el sistema europeo se pueden sintetizar en asuntos tales como la duración de una detención antes del juicio o qué implicancias tiene el derecho a la privacidad. En cambio, casos que impliquen Estados de emergencia han sido relativamente pocos. La Comisión y la Corte europeas rara vez han tenido que tratar con gobiernos que sean indiferentes o del todo antagónicos y que presenten problemas estructurales muy profundos que den lugar a violaciones sistemáticas y graves de los derechos humanos (...). Por el contrario, los estados de emergencia han sido comunes en América Latina, el Poder Judicial de las naciones a menudo ha sido sumamente débil (...) en el mejor de los casos, la postura de los gobiernos ha sido ambivalente, y en el peor, son francamente hostiles a ellas.

De esta manera la evolución del sistema interamericano está marcada a partir de tales antecedentes históricos. Si bien se advierten grandes semejanzas en competencias, facultades, aspectos procesales y método de reparación integral, una de las diferencias más claras que puede visualizarse es en torno al rol de los individuos en las respectivas cortes regionales. El surgimiento del Convenio europeo tiene su origen a instancias del Consejo de Europa en 1950, como un instrumento vinculante, cuyo objeto principal consiste en la protección de los derechos humanos, con la particularidad de que, por medio de un Tribunal regional, se regularía su cumplimiento, en un principio de la mano de la antigua Comisión Europea, por lo que pasaría a ser un referente para el surgimiento del sistema americano. Su texto normativo de derechos se complementa con protocolos adicionales que han extendido o desarrollado los derechos protegidos en la Convención así como establecido reformas en su estructura, como es el caso de los Protocolos N° 11 (que suprimió la figura de la Comisión Europea para dar plena capacidad procesal a los peticionarios) y 14 (modificó la duración de los jueces en el cargo y se dieron más facultades al Comité de Ministros en materia de supervisión de sentencias; distribuyó funcionamiento de los jueces únicos en materia de inadmisibilidad; se permitió que casos repetitivos fuesen decididos por un comité en vez de por una sala e introdujo la creación de una nueva causal de inadmisibilidad relativo a que la demandante debe haber sufrido algún perjuicio importante) respectivamente.

Por su parte el Pacto de San José de Costa Rica (CADH, inicialmente adoptado en noviembre de 1969 y posteriormente vigente a partir de 1978), interesa el hecho que su surgimiento tiene cabida 10 años después de la instauración de la Comisión Interamericana (establecida inicialmente en 1960), es decir comenzó su trabajo desde temprana data respecto de la configuración del texto convencional, mientras que la Corte se instauró luego en 1979. De esta manera se percibe al CEDH -cuya vigencia data de 30 años antes-, como guía directo en el proceso de configuración de la carta interamericana, siendo un “efecto

espejo” tanto desde el punto de vista formal como material, desarrollándose en consecuencia un modelo de garantía internacional de derechos humanos homologable al europeo, por ser este último un referente en la materia. Tal como se reflexiona en Janis y Kay³⁷⁹ en el escenario internacional el Convenio Europeo sería la “punta de lanza” y referencia obligada para América, se convirtió no solo en el instrumento más importante y exitoso del sistema de protección internacional de los derechos humanos sino, en una de las más avanzadas formas de procesos legales internacionales.

En materia de derechos humanos, ambos sistemas poseen sendos catálogos ampliamente reconocidos y protegidos en sus textos. Sobre el particular, adiciona un rasgo característico del Convenio Europeo el que precisamente en un único instrumento incorpora tales derechos garantizados, sin perjuicio de sus protocolos adicionales que complementan el contenido particular de alguno de ellos³⁸⁰. Por su parte, la Convención Americana dispone de otros textos complementarios que lo integran tales como, por ejemplo, ocurre con La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre³⁸¹; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1987); el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo del Salvador, de 1988); el Protocolo a la Convención, relativo a la abolición de la pena de muerte (1990); la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1994); Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (1999); la declaración de principios sobre libertad de expresión (2000); Los principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas (2008); entre otros.

Además, la CADH reconoce algunos derechos que no aparecen de forma expresa en su par europeo, a saber, como ocurre con el reconocimiento a la personalidad jurídica, el derecho al nombre, los derechos de los niños, el derecho a la nacionalidad y desarrollo progresivo, entre otros. Ahora bien, en contrapartida el CEDH recoge en sus protocolos adicionales algunos de los derechos ya contenidos en el texto del Pacto de San José, como ocurre, por ejemplo, con el derecho a la indemnización (Protocolo 7), a la propiedad privada (Protocolo 1), a la libertad de circulación (Protocolo 4) y a elecciones libres (Protocolo 1); por su parte, la Convención Americana consagra el derecho de rectificación o respuesta que no existe de manera idéntica en el Convenio Europeo y sucede igual con el derecho a la

³⁷⁹ JANIS, Mark W., KAY, Richard S., BRADLEY, Anthony W. *European human rights law, text, and materials*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 8.

³⁸⁰ El CEDH ha sido modificado por los Protocolos N° 11 y 14, y completado por el Protocolo adicional y los Protocolos N° 4, 6, 7, 12, 13 y 16 respectivamente.

³⁸¹ La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre fue aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana de Colombia de 1948.

instrucción, protegido en el Protocolo 7 europeo que no existe como tal en la Convención Americana.

Vinculado a lo anterior, es importante destacar que la CADH se erige como el instrumento de derechos humanos por antonomasia más relevante de las Américas, en cuyo seno reconoce y observa una clasificación de derechos civiles y políticos, para luego abrirse paso a un catálogo de derechos económicos, sociales y culturales (DESC) -por la vía del desarrollo progresivo-, siendo esto último propio de aquél en comparación al Sistema Europeo que únicamente consagra derechos civiles y políticos en su esencia. El Capítulo III, artículo 26 de la CADH³⁸², refiere a los DESC y a su desarrollo progresivo, cual es complementado por el Protocolo del Salvador, que de manera vasta los despliega.

Sobre la existencia de protocolos adicionales en la CADH, a diferencia de lo que ocurre con el Convenio Europeo, que contempla un extenso listado de aquellos con el preciso objeto de extender el desarrollo de algunos de sus derechos, estos han tenido una función diversa según se expresa del artículo 77 de su texto³⁸³, toda vez que más que complementar derechos, principalmente en el marco de los DESC, han sumado otros tantos derechos que rigen de forma independiente en el sistema, dejando abierta la puerta para que, precisamente con el Protocolo del Salvador, se alcancen progresivamente nuevos derechos en los países miembros³⁸⁴, aun cuando estos no forman parte directa de aquellos derechos susceptibles de violación y ser sometidos al sistema de control a cargo de la Corte. Es decir, el Tribunal interamericano únicamente conocerá de las vulneraciones de derechos humanos que estén reconocidos directamente en la CADH y no así tratándose de otros derechos consagrados en los protocolos – como es el caso del Protocolo del Salvador- a

³⁸² Artículo 26. Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

³⁸³ Artículo 77. 1. De acuerdo con la facultad establecida en el artículo 31, cualquier Estado parte y la Comisión podrán someter a la consideración de los Estados Parte reunidos con ocasión de la Asamblea General, proyectos de protocolos adicionales a esta Convención, con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de esta, otros derechos y libertades. 2. Cada protocolo debe fijar las modalidades de su entrada en vigor, y se aplicará solo entre los Estados Parte en el mismo.

³⁸⁴ La Corte IDH abordó los derechos económicos, sociales y culturales mediante el artículo 26 de la Convención Americana, en casos como *Suárez Peralta vs. Ecuador* y *“Cinco Pensionistas” vs. Perú*, entre otros. Los jueces Sergio García Ramírez y Eduardo Ferrer Mac-Gregor emitieron votos haciendo alusión a aquellos derechos, adicionalmente el Protocolo de San Salvador en su artículo 19.6 indica que: “En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

excepción de lo plasmado en su artículo 19.6³⁸⁵ en que se podría recurrir a la Corte dándose los supuestos que se indican.

Otro aspecto destacable dado por el sistema interamericano es que transformó el concepto de reparaciones en uno mucho más acabado que el desarrollado por el derecho interno de la mayoría de los países del continente, en los que normalmente las reparaciones se agotan en el pago de una indemnización por los daños materiales y morales. En ese sentido el Convenio Europeo, frente a todo el sistema de protección americano, tiene un efectivo mecanismo para hacer cumplir las sentencias, lo que en opinión de Janis y Kay³⁸⁶ se considera como un mecanismo extraordinario del CEDH en la maquinaria para ejecutar las sentencias.

Por otro lado, tratándose de las Comisiones que han integrado los sistemas regionales -establecidas principalmente como órganos cuasi jurisdiccionales únicos encargados de canalizar y remitir las demandas al órgano judicial-, en el caso de la Comisión Europea, este dejó de funcionar en 1998 con la entrada en vigor del Protocolo N° 11 en noviembre de ese año, disponiéndose la reforma al sistema regional instaurando un tribunal de acceso directo para los individuos. Al respecto Fix-Zamudio³⁸⁷ sostuvo que las comisiones tanto europea como interamericana son órganos que reciben peticiones individuales, realizan funciones prejudiciales, formulan recomendaciones y eventualmente remiten algunas de esas peticiones a la decisión de la respectiva Corte regional. En el caso del sistema americano, en cambio, la Comisión Interamericana sigue funcionando en su rol principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, mediante la formulación de recomendaciones, recepción de peticiones individuales, preparación de informes y estudios; atender las consultas que le presenten los diversos Estados Miembros, entre otras tantas, según detallan los artículos 41 y siguientes del CADH.

Sobre el funcionamiento de la Comisión Europea, hasta antes de la entrada en vigor del aludido Protocolo N° 11, se componía de un experto, elegido por la Asamblea Parlamentaria del Consejo, y por cada uno de los Estados que hubieren aprobado el CEDH, realizando una especie de control de ingreso o filtro de admisibilidad de las demandas presentadas, abocándose, en opinión de una parte de la doctrina³⁸⁸. Funciones propiamente

³⁸⁵ Artículo 19. 6. En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

³⁸⁶ JANIS, KAY y BRADLEY, op. cit., p. 8.

³⁸⁷ FIX-ZAMUDIO, Héctor. "The European and the Inter-American Courts of Human Rights: a brief comparison". En: *Protecting human rights: the European perspective*, Paul Mahoney et al. Köln: Heymann, 2000, pp. 507-530.

³⁸⁸ VIANA, Andree. "Sistemas europeo y americano de protección de derechos humanos. Coincidencias, fraccionamientos temporales y mutuas influencias". En: *Tendencias jurisprudenciales de la Corte*

judiciales, así como también otras tantas vinculadas a la mediación de los asuntos y la diplomacia, en el marco de procedimientos de conciliación amistosa y otras cuasi-judiciales al emitir los respectivos informes sobre el fondo de un determinado asunto sometido a decisión.

Ahora bien, la Comisión Europea remitía su informe al Comité de Ministros, quien decidía finalmente si en el plazo de tres meses el asunto no era llevado al tribunal por los únicos sujetos legitimados para hacerlo: a saber, la propia Comisión, el Estado de la nacionalidad de la víctima, el Estado demandante o el Estado demandado. Por otro lado, en cambio, la Comisión Interamericana tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y sigue funcionando como la instancia previa a la Corte, realizando el filtro natural sobre las causas que tienen mérito para determinar su responsabilidad ante la CoIDH, instando a las partes y estados a soluciones amistosas, investigando por cierto eventuales infracciones de derechos protegidos por la CADH.

Según lo que plantea Robertson³⁸⁹, las diferencias entre ambos organismos estuvo marcado por el rol que cumplía dentro del sistema convencional cada uno de ellos, es decir en el caso de la Comisión Europea era presumible que, en la ejecución de sus funciones, salvo excepciones, se contase con el apoyo y cooperación de los gobiernos, en cambio para el caso de la Comisión Interamericana fue distinta ya que a la fecha en que ambas funcionaban esta última tuvo que lidiar con problemas muy distintos, tales como detenciones arbitrarias, desapariciones forzadas y gobiernos de facto, hecho que sentidamente marcaba un distanciamiento con los gobiernos de turno. La Comisión Interamericana data diez años antes de la creación de la Corte Interamericana, y aunque fue un órgano esencial en la reconstrucción de algunas democracias latinoamericanas, tiene peso histórico por ello, que contribuye a mantener el statu quo del sistema interamericano y la reticencia a cambios que podrían presentarse en favor del *ius standi* del individuo.

Enseguida, un tema relevante a desarrollar es sobre el funcionamiento de los organismos jurisdiccionales, es decir el desarrollo de los tribunales europeo e interamericano, sus aportaciones, similitudes y diferencias. Parte de la base que se posicionan en el centro de los sistemas de amparo, pues son órganos creados al efecto por los respectivos convenios para controlar el cumplimiento de estos y determinar la eventual responsabilidad internacional si se verificase el quebrantamiento de los derechos allí recogidos. En su estructura una gran diferencia que presentan ambos es que el que el Tribunal Europeo funciona de forma permanente (artículo 19 del CEDH) y estará compuesto del mismo número de jueces que conforman las latas partes contratantes

Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Miguel Revenga Sánchez, Andrée Viana Garcés y Laurence Burgorgue-Larsen (coords.). Madrid: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 16-69.

³⁸⁹ ROBERTSON, Arthur Henry. "The American Convention on Human Rights and the European Convention: a comparative study". *Annuaire Européen*, 1981, vol. 29, pp. 50-76.

(artículo 20), esto quiere decir que tiene una sede donde ejerce su actividad jurisdiccional de forma ininterrumpida, a diferencia de lo que ocurre con la CoIDH que es un tribunal accidental, es decir funciona por sesiones de sus miembros (4 periodos ordinarios al año y otras tantas extraordinarias) según se aprecia del artículo 22 de su estatuto³⁹⁰ y 11 de su Reglamento³⁹¹. Si bien la Corte no es un tribunal colegiado ni permanente, sus jueces de forma individual desde su país estudian los casos preparando proyectos de sentencias y resoluciones según sea el periodo de sesiones que corresponda reunirse y decidir, a don de ser discutidos y analizados por el pleno del tribunal.

Por su parte la CoIDH está compuesta por 7 jueces nacionales, todos de los países miembros de la OEA, a diferencia del número de magistrados que integran el TEDH, que asciende a 47 (mismo número de países que integran el CoE). Tras la vigencia del Protocolo N° 11 -y desaparición de la Comisión Europea- el TEDH se organiza por la Gran Sala, Salas, Comité de jueces y magistrados únicos. En cambio, la CoIDH, que únicamente dispone de los jueces nombrados y un secretario del tribunal, despliega su competencia contenciosa a partir de un reconocimiento expreso de aquellos Estados americanos que así lo estimen conveniente. El artículo 62 de la Convención Americana indica que deberá hacerse la declaración de reconocimiento obligatorio y sin convención especial, y en condiciones tales como por plazo determinado, para casos concretos, siendo en definitiva un punto que debilita su funcionamiento, toda vez que depende de la facultad discrecional de cada Estado para decidir si se somete o no a su jurisdicción (por ejemplo países como Estados Unidos y Canadá no forman parte de este mecanismo y por lo tanto no han ratificado su competencia contenciosa).

Pues bien, la mayoría de la doctrina es conteste con que el sistema interamericano requiere de la implementación de un sistema permanente que se adecue a las necesidades de cada estado que la integra, no obstante, no deja sino de ser una cuestión de política internacional y voluntad soberana de los Estados miembros para determinar aquello y reformular el sistema, así como también de índole económica y financiera, cuestión última que no ocurre en la realidad europea. En efecto la idea de un tribunal permanente, la evolución paulatina hacia una corte y comisión permanentes. Según Ventura³⁹², es

³⁹⁰ Artículo 22. Sesiones. 1. La Corte celebrará sesiones ordinarias y extraordinarias. 2. Los períodos ordinarios de sesiones serán determinados reglamentariamente por la Corte. 3. Los períodos extraordinarios de sesiones serán convocados por el Presidente o a solicitud de la mayoría de los jueces.

³⁹¹ Artículo 11. Sesiones ordinarias: La Corte celebrará los períodos ordinarios de sesiones que sean necesarios para el cabal ejercicio de sus funciones, en las fechas que la Corte decida en su sesión ordinaria inmediatamente anterior. La Presidencia, en consulta con los demás Jueces de la Corte, podrá modificar las fechas de esos períodos cuando así lo impongan circunstancias excepcionales. Artículo 12. Sesiones extraordinarias. Artículo 12. Sesiones extraordinarias: Las sesiones extraordinarias serán convocadas por la Presidencia por propia iniciativa o a solicitud de la mayoría de los Jueces.

³⁹² VENTURA, Manuel E. "La Corte Interamericana de Derechos Humanos: camino hacia un tribunal permanente". En: *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Antonio Cançado y Manuel Ventura (coords.). San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, pp. 109-163.

requerida con el fin de poder atender debidamente y con celeridad un mayor número de casos, el paso final debería ser una corte permanente, en la que sus jueces devengarían un salario, tendrían la obligación de residir en la sede y tendrían incompatibilidades, de acuerdo con el Estatuto, para ejercer otras funciones.

Ahora bien, sobre aquello Cançado³⁹³ reflexiona que la necesidad de universalizar el sistema interamericano por la vía de la ratificación de la CADH o por la adhesión de todos los estados miembros de la OEA, debe suponer la necesaria aceptación de la competencia obligatoria de la Corte Interamericana en los asuntos contenciosos de todos los Estados Parte de la propia Convención. Adiciona a lo anterior que tanto la CoIDH como el TEDH, han establecido límites al voluntarismo estatal, han protegido la integridad de las convenciones respectivas sobre derechos humanos y la primacía de consideraciones de orden público. Ahí su pertinencia, con convergencias y divergencias, contribuyen a mejor protección de derechos humanos³⁹⁴.

Ahora bien, sobre la función jurisdiccional de ambas entidades regionales, en primer término es posible advertir que la CoIDH es de carácter opcional y/o facultativa para los Estados parte, ya que solo tiene cabida una vez que estos reconocen de manera expresa como obligatoria la competencia de la Corte, por lo que existen países que en la actualidad no la reconocen o que habiéndolo hecho la han denunciado, buscando omitirse de su cumplimiento, como ocurrió con Venezuela³⁹⁵ entre los años 2013 a 2018 (no obstante su reingreso en 2019). Por otro lado, el Tribunal Europeo extiende su competencia a todos aquellos Estados parte de la Unión Europea, así, estamos frente a un instrumento cuya competencia no se suscribe a reconocimiento expreso por parte de los Estados; sin embargo, es dable afirmar que al igual que la Corte Interamericana tiene la función de interpretar en su caso, el Convenio Europeo.

³⁹³ CANÇADO TRINDADE, Antonio. “Vers la consolidation de la capacité juridique internationale de pétitionnaires dans le système interaméricain de protection des droits de la personne”. *Revue Québécoise de Droit International*, 2001, pp. 208-239.

³⁹⁴ CANÇADO TRINDADE, Antonio. *El desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos mediante el funcionamiento y la jurisprudencia de la Corte Europea y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007, p. 17.

³⁹⁵ Caracas, Venezuela (03/06/2019) Centro de Justicia y Paz (CEPAZ): El 15 de mayo de 2019, la Asamblea Nacional en sesión ordinaria aprobó el reingreso de Venezuela a la Convención Americana de los Derechos Humanos a través del “Acuerdo Para Restablecer la Vigencia de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y la Protección Internacional que ofrecen la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”. En el acuerdo votado en plenaria se establece “dejar sin efecto la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos humanos presentada el 10 de septiembre de 2013, ante la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos (OEA) por el entonces Ministro para las Relaciones Exteriores de Venezuela, Nicolás Maduro, y reafirmar el pleno derecho y la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención desde el 10 de septiembre de 2013 en adelante.”

Con ello, los seis años transcurridos desde la entrada en vigor de la denuncia de la Convención, quedan sin efecto y se retoma la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) sobre Venezuela.

En lo que respecta a la función consultiva, de una parte el artículo 47 del CEDH, faculta al Tribunal Europeo para pronunciar opiniones consultivas a solicitud del Comité de Ministros y cuando se refiera a cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y de sus protocolos, aun cuando el propio texto convencional va más allá y precisa las condiciones o límites para su emisión, esto es, no podrán apuntar ni a las cuestiones que guarden relación con el contenido o la extensión de los derechos y libertades enunciados en el título I del Convenio y sus protocolos, ni a los demás asuntos de los que el tribunal o el Comité de Ministros pudieran conocer con motivo de la presentación de un recurso previsto por el Convenio. Luego, una vez que el Comité efectúe dicha solicitud, se adoptará por mayoría de los representantes con derecho a intervenir.

Frente a esta serie de exigencias queda claro por qué en el sistema europeo se ha recurrido poco a las opiniones consultivas, siendo bastante menos en cantidad respecto a lo que sucede con su par en el sistema interamericano. Como advierte Ovey³⁹⁶ el margen restrictivo de las opiniones consultivas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es desafortunado, en cambio el uso de estas opiniones -al alero de la Convención Americana- ha probado ser una herramienta jurisprudencial bastante útil y fructífera. Seguidamente Novak³⁹⁷ puntualiza que aquello se debe a que las funciones del TEDH sin preeminente contenciosas, aunque ambas funciones están reguladas en el CEDH, el primero no ha desarrollado su potencial consultivo.

Por su parte el artículo 64 de la CADH señala que:

Los Estados miembros podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultar, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

Además, la Corte puede, a solicitud de un Estado de la OEA, emitir opinión acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales. Se trata de una amplia facultad conferida por el texto convencional que en definitiva le concede al órgano potestades para apreciar y valorar las circunstancias que motivan la consulta.

En definitiva, la función consultiva de la Corte tiene por finalidad coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados Americanos en lo que

³⁹⁶ OVEY, Clare y WHITE, Jacob. *The European Convention Human Rights*. Nueva York: Oxford University Press, 2002, p. 10.

³⁹⁷ NOVAK, Fabián. “El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: semejanzas y diferencias con el sistema europeo”. *La Comunita Internazionale Trimestrale della Società Italiana per l’organizzazione Internazionale*, 2002, vol. 9, núm. 18, pp. 649-681.

concierno a la protección de los derechos humanos, así como al cumplimiento de las funciones que en este ámbito tienen atribuidos los distintos órganos de la OEA.³⁹⁸

En materia contenciosa, es claro que las sentencias de los tribunales son definitivas y obligatorias, así lo disponen los artículos 67 y 68 de la CADH y los artículos 42 y 46 del Convenio Europeo respectivamente. No obstante, resulta complejo en algunas ocasiones que estos fallos sean eficaces por sí mismos, de ahí la urgencia de mecanismos que permitan lograr que las sentencias emanadas por estos tribunales necesariamente sean cumplidas por los Estados. En ese sentido ambos sistemas coinciden en la falta de un mecanismo uniforme regional que permite dar ejecución de estas en el plano interno de cada estado que resulta condenado³⁹⁹.

Aun cuando el Comité de Ministros, en conjunto al Departamento de ejecución de sentencias del TEDH, tiene hoy plena vigencia en el seguimiento para la ejecución y cumplimiento de las sentencias del tribunal regional, cuestión que desafortunadamente no existe a la luz de la Convención Americana. Por ello, se desprende que la propia Corte Interamericana es la que directamente se arroga tales facultades y, conforme su vasta jurisprudencia, determina las medidas de desagravio en cada caso para las víctimas de violación, pasando a ordenar desde el pago de indemnizaciones de índole pecuniario hasta otras medidas de satisfacción contra los Estados infractores, con entera prescindencia de lo que el derecho interno hubiese determinado al respecto. Se trata de una facultad dispuesta por el propio órgano para determinar medidas de reparación que es respaldada por su amplia jurisprudencia.

Luego, otro tema es el relativo a la reparación de las víctimas, como remedio a raíz de las sentencias condenatorias. De una parte, como se hiciere referencia en los acápites anteriores, el artículo 63 del CADH, N°1, prescribe: “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”. En efecto, estas medidas comprenden tanto aquellas que procuran garantizar que los hechos no se repitan (garantías de no repetición), como aquellas que buscan indemnizar económicamente los daños materiales y morales (medidas de compensación).

³⁹⁸ VENTURA ROBLES, Manuel y ZOVATTO, Daniel. La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: naturaleza y principios, 1982-1987. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1989, p. 162.

³⁹⁹ LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina. “Las cortes interamericana y europea de derechos humanos en perspectiva Comparada”. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2005, vol. 3, núm. 5, p. 89.

Por la vereda europea, el artículo 41 del CEDH, de la satisfacción efectiva, dispone al efecto:

Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante solo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa.

De este modo se advierte que dichas reparaciones son subsidiarias, es decir procede únicamente cuando el Estado, mediante su discrecionalidad, no hubiese reparado debidamente, por lo que el derecho interno en esta materia tiene la iniciativa.

El sistema interamericano elaboró un concepto de reparaciones mucho más rico que el desarrollado por el derecho interno de la mayoría de los países, en los que normalmente las reparaciones se agotan en el pago de una indemnización por los daños materiales y morales. En ese tenor es dable sostener que el Convenio Europeo frente a todo el sistema de protección americano tiene un efectivo mecanismo para hacer cumplir las sentencias, lo que se considera extraordinario del CEDH es la maquinaria para ejecutar las sentencias⁴⁰⁰. Derivado del artículo 46 del Convenio Europeo, los Estados parte se comprometen a acatar las sentencias, situación que no debe ser sino justo la obligación que emana de adquirir compromisos internacionales y que creemos atiende al principio de *pacta sunt servanda*. No obstante, lo singular e importante en el sistema europeo a nuestro juicio en lo que a este punto se refiere, es lo que consigna en el inciso 2 del artículo 46 en comentario: “la sentencia definitiva del Tribunal se transmitirá al Comité de Ministros, que velará por su ejecución”.

El Tribunal Europeo recoge un mecanismo de supervisión de sentencias más eficaz y preciso que el realizado bajo el sistema interamericano, incluso el artículo 46 del CEDH establece supuestos en caso de incumplimiento. A pesar de ello, la recepción de las sentencias en el derecho interno, los Estados determinan, con base una amplia discrecionalidad interna, las vías legislativas o políticas para implementar las resoluciones del tribunal regional.

De acuerdo con el aludido principio *pacta sunt servanda*, un Estado no puede invocar los preceptos de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado y este último no puede ser derogado, modificado o suspendido sino mediante las formas previstas en el tratado de que se refiere.⁴⁰¹

⁴⁰⁰ JANIS, KAY y BRADLEY, op. cit., p. 8.

⁴⁰¹ GÓMEZ-ROBLEDO, Juan Manuel. “La implementación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: una tarea pendiente”. En: *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Sergio García. 2009, pp. 127-150.

En materia de ejecución de sentencias, uno de los aspectos que diferencian al sistema europeo del interamericano, y que por cierto resulta distintivo, es que el Consejo de Ministros -como órgano político- supervise el cumplimiento de las sentencias. En efecto el N° 2 de artículo 46 del Convenio precisa que la sentencia definitiva del Tribunal se transmitirá al respectivo Comité, que velará por su ejecución. Por su parte el artículo 68 de la Convención Americana expresa que los Estados parte en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso que sean partes. Luego añade que 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.

En cuanto al modo de disponer el cumplimiento -entregado a la discrecionalidad del estado-, las convenciones no determinan un mecanismo uniforme a los países para dar cumplimiento a las sentencias de condena. Ello ocurre en ambas realidades, como una especie de efecto espejo propio de la soberanía nacional y discrecionalidad interna de los gobiernos, estableciéndose por defecto que cada país deberá disponer -sin haber un método preestablecido común- de mecanismos para dar efectivo cumplimiento al fallo adoptado por las respectivas Cortes regionales. Ahora bien, sobre la indemnización y/compensación asociada como medida de resarcimiento, los sistemas entregan su ejecución de acuerdo con los mecanismos internos de cada país, aun cuando para efectos de seguimiento, el sistema americano, carente de un órgano de supervisión ad-hoc como su homónimo europeo, ha recurrido a su propia doctrina jurisprudencial, en desmedro de su carente regulación, para arrogarse facultades de supervisión a pretexto del incumplimiento o retardo en las medidas de parte de los estados infractores, siendo más bien una facultad implícita del tribunal, que hace frente a la ausencia de un Comité u órgano calificado para tales efectos.

En opinión de Thomas Buergenthal⁴⁰² los Estados miembros de la Convención tienen la obligación, en virtud del derecho internacional de los DD.HH, de cumplir con la sentencia definitiva de la Corte que es dictada en su contra, y en esos términos, por ejemplo, la propia Convención Americana señala en su artículo 65 que la Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización un informe sobre su labor en el año anterior. Añade que de manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos.

Es dable advertir que existe un mecanismo dentro del sistema para el cumplimiento de las sentencias, en armonía con lo prescrito en el artículo 41 de la Convención sobre la obligación expresa de la Comisión rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. No obstante, se pueden desprender estas facultades, aunque el problema que enfrentan estas instituciones al buscar el cumplimiento

⁴⁰² BUERGENTHAL, Thomas. "Implementation of the judgments". En: *Memoria del Seminario: El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*, Antônio Cançado. San José de Costa Rica: CoIDH, 2003, pp. 185-193.

de las sentencias de la Corte, es que tienen solo la competencia de adoptar recomendaciones y carecen de la facultad de imponer sanciones, lo cual de ninguna manera significa que el efecto político de una asamblea donde se concluya que un Estado no está cumpliendo con sus obligaciones convencionales, lo que por cierto dependerá de la voluntad política de los estados miembros.

Es decir, bajo la realidad americana existe una especie de control de ejecución de sentencias, como una herramienta precisamente para que estas resoluciones no sean tan solo declarativas y los Estados asuman con eficacia la probable responsabilidad internacional, con ello el sistema interamericano afirma su especificidad frente al control político ejercido por el Comité de Ministros en el seno europeo, siendo este último por cierto, bajo los artículos 46 y 37, en consonancia con el artículo 31, todos del CEDH, que en dicho sistema la ejecución de sentencias es mucho más directo y efectivo, sin perjuicio que ambos sistemas aún están al debe en cuanto a la implementación de métodos uniformes que permita en el derecho interno otorgar reparación efectiva del daño a las víctimas. O para dar ejecución de las sentencias.

De este modo, al referirnos a un sistema de protección de Derechos Humanos, estamos describiendo un conjunto de normas y organismos -debidamente interrelacionados- que protegen aquellos derechos que se encuentran consagrados en instrumentos internacionales (Convenciones, Declaraciones, etc.). El examen comparado de los dos sistemas revela semejanzas. Se aprecia, sin embargo, algunas diferencias en orden a la concepción del rol que el modelo de sociedad democrática desempeña en uno y otro sistema de protección, de manera que parecería haber sido expreso deseo de los redactores del Convenio Europeo hacer indisociable las restricciones permitidas en el ejercicio de algunos derechos y libertades reconocidos con un régimen jurídico verdaderamente democrático.

A diferencia de la Convención Americana, la Convención Europea fue redactada y aprobada, en su mayoría, por democracias liberales y genuinas con un poder judicial fuerte e independiente. En cambio, cuando la Convención Americana entró en vigor, la mayor parte de países estaban regidos por gobiernos militares. Si bien es cierto la Convención Americana al igual que la Convención Europea prevén una Comisión y una Corte. Empero, a diferencia de la Convención Europea, la Convención Americana incorporó en un solo instrumento tanto los derechos garantizados como los medios para protegerlos.

Las diferencias se aprecian, igualmente, a nivel de procedimiento, siendo la más relevante la falta de *ius standi* de las víctimas de violaciones de la Convención Americana ante la Corte, a diferencia del régimen previsto en el artículo 34° del Convenio Europeo en su nueva redacción. La Comisión Interamericana ha jugado un rol más promotor de los derechos de las mujeres, que el Tribunal Europeo. En el Sistema Interamericano, no existe - a diferencia del sistema europeo- un órgano especializado garante del seguimiento y verificación del cumplimiento de las sentencias de su máximo tribunal. Mientras el Consejo

de Europa ha delegado esta importante función en su Comité de Ministros, el control en el escenario latinoamericano es difuso.

En definitiva, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha supuesto un hito fundamental en la evolución del reconocimiento y garantía internacional de los derechos humanos, realizando una labor absolutamente necesaria. Pero su funcionamiento actual plantea, algunas lagunas, dudas y problemas que habrán de resolverse en el futuro, no sin ciertas dificultades.

En otro orden de ideas, relativo al dialogo entre órganos regionales es posible advertir que el potencial de diálogo judicial entre los tribunales regionales de derechos humanos y entre los tribunales nacionales e internacionales, permanece ampliamente desaprovechado. Los sistemas regionales de derechos humanos operan en un entorno de caracterizado por una pluralidad de sistemas legales y judiciales nacionales e internacionales. Esto proporciona un amplio margen para el diálogo e intercambio judicial. Cierta grado de diálogo judicial es, sin duda, llevado a cabo, como se evidencia en la jurisprudencia de derechos humanos en temas como identidad de género y la aplicabilidad de las amnistías. Un diálogo legítimo y característico entre los órganos judiciales debe ir más allá de meras citas de jurisprudencia de otros sistemas. Para cumplir con su potencial y avanzar en la protección de derechos, el diálogo judicial debe implicar interacciones de naturaleza más sostenida y consistente. La difusión y el aprendizaje, sin embargo, son conceptos atractivos, pero siguen siendo algo ambiguos. Para que el aprendizaje interregional sea eficaz, académicos y profesionales necesitan especificar: qué es lo que se debe aprender; cómo se lleva a cabo el aprendizaje; y la forma de evaluar si se ha producido o no el aprendizaje⁴⁰³.

Por último, uno de los retos de los sistemas en cuestión, es la implementación de las decisiones judiciales en el derecho interno, vía reparación del daño (al menos en el sistema interamericano) o bien para ejecutar la sentencia, en cualquier caso, al margen de las obligaciones internacionales plasmadas en el escenario convencional, debe conseguirse esa efectividad en el derecho interno de las sentencias/jurisprudencia internacional.

⁴⁰³ Vid. Inter-American Human Rights Networks. *Perspectivas Comparadas sobre Sistemas Regionales de Derechos Humanos*, Informe de mayo de 2016.

CAPÍTULO III: INCORPORACIÓN DE LOS SISTEMAS REGIONALES EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS ESPAÑOL Y CHILENO

1. Tratamiento e incorporación de los tratados internacionales en los países de España y Chile

La recepción de los tratados internacionales y, en particular, de las convenciones regionales en materia de derechos humanos en la escena jurídica interna de los países que adscriben a ellas, establece el modo en que las normas internacionales adquieren validez y se posicionan dentro del ordenamiento jurídico nacional determinado y en consecuencia hacen posible que puedan ser invocadas directamente ante los poderes públicos, en específico por los tribunales nacionales de justicia. En doctrina, en un principio, se asociaba su incorporación a las tradicionales teorías monistas y dualistas que definen las relaciones entre el derecho internacional público y el derecho interno, con el propósito de justificar de qué manera aquellas se adecuan y conjugan con las normas internas, mediante un procedimiento establecido al efecto, es decir, sitúa la comprensión de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno mediante dos contextos: por una lado la primacía o no de una rama del derecho sobre la otra y, por otro, la forma sobre cómo se aplica e incorpora el derecho internacional en el derecho nacional. El primer escenario fue ampliamente discutido desde el punto de vista doctrinal, precisamente con base en las teorías monista y dualista⁴⁰⁴.

Al efecto, los primeros han sostenido que el derecho es uno solo y no se puede dividir, es decir que resulta imposible diferenciar entre un asunto interno y uno externo, por lo que critican la posición dualista. En ese sentido para Kelsen⁴⁰⁵, las normas jurídicas derivan su validez de una norma superior o fundamental y que esta norma es el Derecho internacional. Entonces bajo esta perspectiva se encuentran dos tipos de monistas: a) los que le otorgan primacía al Derecho internacional, como sucede con Kelsen y Alfred Verdross⁴⁰⁶; y b) los que le otorgan primacía al Derecho interno, como Jellinek⁴⁰⁷ quienes consideraron que toda la normatividad del derecho, incluido el nacional, descansa en último término en la norma fundante básica del propio derecho internacional público, conformando ambos un sistema único o monista con primacía del derecho internacional.

⁴⁰⁴ LÓPEZ ZAMARRIPA, Norka. *El nuevo derecho internacional público: teoría, doctrina, práctica e instituciones*. México: Porrúa, 2008; RUIZ MIGUEL, Carlos. *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Tecnos, 1997, p. 73; BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento español*. Madrid: Tecnos, 1997, p. 140.

⁴⁰⁵ KELSEN, Hans. *Principios de derecho internacional público*. Buenos Aires: Editorial El Ateneo, 1965.

⁴⁰⁶ VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*. Madrid: Aguilar, 1974, pp. 63-64.

⁴⁰⁷ JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Buenos Aires: Albatros, 1954.

Por su parte, es importante hacer presente que esta discusión es más bien de índole teórica que práctica, toda vez que se trata de ordenamientos jurídicos autónomos, aun cuando interdependientes. Esto supone que corresponde a cada Estado determinar cómo adopta el Derecho internacional en su derecho interno (o al Tribunal correspondiente) la aplicación de la norma internacional ante un conflicto. Mientras que los segundos ⁴⁰⁸ señalaban que el Derecho internacional y el Derecho interno son ordenamientos jurídicos autónomos e independientes, que tienen fuentes distintas, regulan relaciones diferentes y el procedimiento de elaboración de sus normas no se puede equiparar.

Ahora bien, estos postulados quedan atrás respecto del reconocimiento y preponderancia que han tenido los Derechos Humanos, desde la segunda mitad del siglo XX en adelante. De esa manera, se ha admitido 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 internacionales⁴⁰⁹. 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 cumplir con los compromisos internacionales asumidos como también las obligaciones resultadas de las decisiones de los órganos internacionales.⁴¹⁰

También, con la persona situada en el centro de los sistemas, se 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 internacionales⁴¹¹. En el actual escenario internacional la relación entre el derecho internacional y el derecho interno se ciñe a la correspondencia y complementariedad en

⁴⁰⁸ Sus principales exponentes son el alemán Henrich Triepel y el italiano Dionisio Anzilotti. Como consecuencia de dicho postulado, advierten que: a) no existen normas obligatorias que obliguen entre un ordenamiento y otro; b) las normas internacionales son irrelevantes en el ordenamiento interno; c) debe existir un método de incorporación o transformación de la norma internacional en el ordenamiento interno; y d) si el Estado no observa una norma internacional puede incurrir en responsabilidad internacional.

⁴⁰⁹ SCHEININ, Martin. "International Human Rights in National Law". En: *An Introduction to the International Protection of Human Rights*, Raija Hanski y Markku Suksi (eds.). Turku-Abo: Institute for Human Rights Abo Akademi University, 2004, pp. 417-428

⁴¹⁰ ABREGÚ, Martín. "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: una introducción". *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Martín Abregú y Christian Curtis (comp.). Buenos Aires: CELS, 1997, pp. 3-31.

⁴¹¹ Véase en VERDROSS, op. cit., pp. 63-64; RUIZ MIGUEL, op. cit., p. 73; BUJOSA VADELL, op. cit., p. 140.

aspectos que le son comunes, a saber, los derechos humanos. Por lo tanto, el impacto de un tratado de derechos humanos en el derecho de un Estado debe, necesariamente, pasar por la adecuación de las normas de índole doméstica que se le opondan y los ajustes constitucionales que merezca, para cumplir con los compromisos internacionales asumidos como también las obligaciones resultadas de las decisiones de los órganos internacionales⁴¹².

En consecuencia, el impacto del CEDH y la CADH en los ordenamientos internos de los Estados parte ha venido a revisar la validez de los citados postulados teóricos en la incorporación de esos tratados en el ámbito doméstico y constituirse como fuente interpretativa de los derechos fundamentales para los tribunales internos⁴¹³. De modo que, 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 estatal, 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 internacionales.

Enseguida, resulta del caso destacar que los textos internacionales se configuran como auténticos límites a los poderes públicos y soberanía estatal en materia de derechos humanos, recogidos en las cartas fundamentales a modo de cláusulas de apertura para los tratados internacionales de derechos humanos. En ese escenario el impacto del CEDH y la CADH en los ordenamientos internos de los Estados parte ha venido a revisar y renovar la validez de los citados postulados teóricos anteriores (monistas y dualistas) sobre la incorporación de esos tratados en el ámbito doméstico. En ese sentido, en opinión de García Roca⁴¹⁴, los problemas de recepción nacional tienen que ver con el problema más amplio que existe de relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional, ciertamente aplicado a la realidad del CEDH, el autor distingue 4 postulados de cómo es tratado el CEDH en los países: i.- están los Estados que, excepcionalmente, no han incorporado el Convenio al derecho interno como el caso del Reino Unido e Irlanda; ii.- Estados en que el CEDH forma parte de la Constitución o tienen rango constitucional (Austria), inclusive aquellos en que tienen rango superior al derecho nacional y constitucional (Países Bajos); iii.- Estados en los que el CEDH tiene jerarquía superior a la ley pero inferior a la Constitución (mayoría de los países como Bélgica, Francia, Portugal, España, entre otros); y iv.- Estados en que el Convenio tiene el rango de ley, pero se establece en todo caso que

⁴¹² ABREGÚ, op. cit.; *Vid.* DE CARRERAS SERRA, Francesc. "Función y alcance del art. 10.2 de la CE". *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2000, vol. 20, núm. 60, pp. 321-342.

⁴¹³ SCHEININ, Martin., op. cit., p. 421

⁴¹⁴ GARCÍA ROCA, op. cit., pp. 51 y ss. *Vid.* NARANJO DE LA CRUZ, op. cit., pp. 81-128; RODRÍGUEZ, op. cit.

estas últimas no pueden derogar las obligaciones convencionales (Alemania, Italia, Suecia, Reino Unido, etc.)⁴¹⁵.

En materia de incorporación del Convenio Europeo a la Constitución española, el jurista Requejo Pajes ha expresado que esta última aparece “como la única norma habilitada para decidir acerca de la existencia de otras normas”⁴¹⁶, 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 96.1 constitucional condiciona la integración de los tratados al Derecho interno a la satisfacción de ciertos requerimientos, es decir, que sean publicados oficialmente siempre que hayan sido “válidamente celebrados” y cumplan los requisitos establecidos en los artículos 93 y 94 y la autorización que eventualmente añade el artículo 95 de la CE.

Ahora bien, desde una perspectiva dinámica, basada en las relaciones de integración entre ordenamientos y el diálogo entre los altos tribunales sobre derechos a los que se refiere el artículo 10.2 de la Constitución española⁴¹⁷. Ahora bien, dicha Carta únicamente se refiere a la incorporación de los tratados internacionales, lo que no supone que sea imposible la introducción de normas internacionales, más aún cuando estas versan sobre derechos, sino más bien que su integración habrá de verificarse en los términos previstos en los tratados de los que deriven, siempre y cuando estos formen parte del ordenamiento jurídico español. De este modo los tratados forman parte del derecho interno una vez que hayan sido válidamente celebrados y publicados oficialmente. En efecto, los tratados internacionales han de entenderse válidamente celebrados, en la medida en que se hayan observado los requisitos establecidos en los artículos 93 y 94, sobre las autorizaciones pertinentes para la manifestación del consentimiento internacional del Estado, así como la normativa internacional reguladora de las modalidades y condiciones de la manifestación de tal consentimiento⁴¹⁸.

Por su parte, el derecho internacional público, dentro del cual se enmarca el CEDH, constituye un ordenamiento jurídico propio y autónomo que debe ser cumplido en España,

⁴¹⁵ GARCÍA ROCA, op. cit., pp. 53-54. Vid. GREER, Steven. *The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights*. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2000.

⁴¹⁶ REQUEJO PAGÉS, op. cit., pp. 41-66. Vid. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis Ignacio. “Los tratados internacionales como fuente del ordenamiento jurídico español”. *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1984, pp. 139-189; PANIAGUA REDONDO, Ramón. “La recepción, publicación y rango normativo de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico español”. *Revista Jurídica de Cataluña*, 1991, vol. 90, núm. 4, pp. 921-951.

⁴¹⁷ GARCÍA ROCA, *Ibíd.*, p. 54. Ver YOUROW, op. cit.

⁴¹⁸ REMIRO BROTÓNS, op. cit.; REMIRO BROTÓNS, op. cit., pp. 491-651; CARDONA LLORENS, op. cit.

tal como establece el artículo 96.1 CE que señala: “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”. Por su parte, el art. 10.2 CE⁴¹⁹ dice que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. En cuanto al CEDH habría que decir que su incorporación al Derecho español se ha efectuado por el artículo 96.1 constitucional 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 estatales⁴²⁰.

Al efecto, esta integración del derecho europeo en el ordenamiento jurídico español está prevista -de forma indirecta- en el propio texto constitucional, concretamente en el artículo 93 de la CE, mecanismo previsto para transferir competencias a las instituciones europeas. El propio Tribunal Constitucional ha ratificado esta operación en algunos de sus pronunciamientos, en la STC 1/2004, de 13 de febrero, en cuyo Fundamento Jurídico 2 explica que:

... el art. 93 CE es sin duda soporte constitucional básico de la integración de otros ordenamientos con el nuestro, a través de la cesión del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, ordenamientos llamados a coexistir con el ordenamiento interno, en tanto que ordenamientos autónomos por su origen. En términos metafóricos podría decirse que el art. 93 CE opera como bisagra mediante la cual la Constitución misma da entrada en nuestro sistema constitucional a otros ordenamientos jurídicos a través de la cesión del ejercicio de competencias. De este modo se confiere al art. 93 CE una dimensión sustantiva o material que no cabe ignorar. Producida la integración debe destacarse que la Constitución no es ya el marco de validez de las normas comunitarias, sino el propio Tratado cuya celebración instrumenta la operación soberana de cesión del ejercicio de competencias derivadas de aquella, si bien la Constitución exige que el Ordenamiento aceptado como consecuencia de la cesión sea compatible con sus principios y valores básicos (...).

⁴¹⁹ Carlos Ruiz precisa: “en efecto, el artículo 10.2 CE declara que la interpretación de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución diverge de las reglas ordinarias de interpretación constitucional, siendo aquí el criterio primordial el de la interpretación, no solo de la Constitución misma, sino también de la Declaración Universal de derechos humanos y demás tratados suscritos por España sobre tal materia. El artículo 10.2 CE constituye una cláusula singular en el panorama del Derecho Constitucional comparado. Este artículo establece un régimen interpretativo especial para los derechos fundamentales que se separa de las reglas que rigen la interpretación del resto de la Constitución”, en RUIZ MIGUEL, Carlos. *El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Civitas, 1994, pp. 17-18.

⁴²⁰ FREIXES SANJUAN, op. cit.

No obstante, dicha transferencia de competencias no es ilimitada, por lo que el máximo garante del texto constitucional se ha encargado de recoger cuáles son los límites que no se pueden traspasar en este supuesto de cesión de competencias de España hacia Europa: respeto a la soberanía del Estado, respeto a las estructurales constitucionales españolas y respeto a los valores y a los principios fundamentales consagrados en la CE.

Aun cuando ello no significa que estos dos textos jurídicos que se encargan del reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales en el marco europeo estén por encima de la CE, sino que han atravesado la clásica pirámide de Kelsen de la estructura de las fuentes jurídicas españolas. El Tribunal Constitucional español ha tenido que concretar el contenido de determinados derechos fundamentales para ajustarlos a la nueva realidad jurídica nacional, que es que actualmente España tiene un ordenamiento jurídico multinivel como consecuencia de su pertenencia al Consejo de Europa y a la Unión Europea. El ordenamiento jurídico español se ha tenido que adaptar en varias ocasiones a las directrices marcadas por Europa en el ámbito de los derechos fundamentales.

Si bien la soberanía reside en los Estados, pues en ellos recae de forma exclusiva el ejercicio del poder soberano para gobernar conforme la división de poderes (en ejecutivo, legislativo y judicial) que distribuye su funcionamiento y estructura democrática de un país y regula las relaciones del estado para con sus individuos. Las interacciones de estos y los sujetos internacionales, principalmente por el derecho internacional público, ha propiciado un mayor consenso e integración, sobre la necesidad de ir incorporando en los ordenamientos jurídicos nacionales parámetros internacionales mínimos y comunes de protección, con la finalidad de nutrir además el catálogo interno de derechos fundamentales en cada uno de los estados que adscriben a los pactos internacionales, para elevar, en consecuencia, su estándar o nivel de protección, vigorizando así la internacionalización de los derechos. En ese camino la incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, propiciado por la adhesión del CEDH, en cada uno de los países miembros, ha significado, en mayor o menor grado, un límite a la soberanía estatal, la cual, amparada en la propia voluntad de los Estados que los han ratificado previo examen constitucional, reconocen el respeto de la supremacía constitucional conforme disponga su propia carta fundamental.

En definitiva, todo este nuevo conjunto legislativo, nacido del proceso de globalización que se ha experimentado principalmente en las últimas décadas, ha provocado la creación europea de un nuevo constitucionalismo multinivel en el que las Constituciones

de cada uno de los Estados miembros, el Derecho de la UE y al CEDH forman un ordenamiento único⁴²¹.

a) Formas de incorporación del Derecho Internacional en el ordenamiento constitucional español

La incorporación de las normas internacionales al derecho nacional de Estado miembro necesariamente refiere en términos generales, a la coexistencia y armonización de las fuentes normativas derivadas del sistema internacional, en particular de los Derechos Humanos, ajeno al sistema nacional en cuyo seno descansa la soberanía nacional como poder legítimamente validado para la creación de las fuentes de derecho a cargo de los poderes del Estado (Cortes Generales). En efecto en palabras de Requero Pagés:

El argumento definitivo al que se suele recurrir para evidenciar la difícil, cuando no imposible, coexistencia entre los ordenamientos nacionales y el internacional consiste en oponer a todo intento de conmixtión entre ambos órdenes el principio de soberanía; principio que en su interpretación más asentada supone que las relaciones entre dos ordenamientos solo pueden conjugarse, alternativamente, en términos de subordinación o de absoluta independencia. Tan radical disyuntiva constituye el efecto necesario de una concepción de la soberanía en la que este principio se define como categoría fundamentadora de la validez de otras normas, razón por la cual la norma en la que se materializa -la Constitución- aparece como la única habilitada para decidir acerca de la existencia de otras normas.⁴²²

Luego, el mismo autor añade que:

La aplicabilidad de toda norma presupone su validez y que por lo común la norma que determina las condiciones de aplicación de otras normas establece también los procedimientos de generación de normas válidas, no es menos cierto que la Constitución, como norma suprema, puede perfectamente remitirse a normas que le son indisponibles en su propia validez (las internacionales) para que sean ellas las que determinen las condiciones y los supuestos en los que pueden generarse determinadas normas que, una vez

⁴²¹ Al respecto Sonia García señala que: “Todos los argumentos a favor de la adhesión de la UE al CEDH se resumen en una idea fundamental que se reconduce a reforzar la imagen democrática de Europa hacia dentro en el sentido de que todos los ciudadanos europeos nos encontremos amparados en un elenco reforzado de derechos, y hacia fuera, enviando el mensaje de que Europa está fuertemente blindada en materia de derechos fundamentales, tratando de ser un ejemplo a seguir por el resto de los países aún no democráticos, o con democracias endebles”. En GARCÍA VÁZQUEZ, op. cit., p. 266.

⁴²² REQUEJO PAGÉS, op. cit., pp. 41-42. Véase también REQUEJO PAGÉS, Juan Luis. *Sistemas normativos, Constitución y ordenamiento, La Constitución como norma sobre aplicación de normas*. Madrid: Mc-Graw-Hill, 1995; MATIA PORTILLA, Francisco Javier. *Los tratados internacionales y el principio democrático*. Madrid | Barcelona | Buenos Aires | São Paulo: Marcial Pons-Fundación Manuel Giménez Abad, 2018; GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar. *Conflicto y cooperación entre la Constitución española y el derecho internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

dotadas así de validez, resultarán aplicables junto con las producidas a través de los procedimientos internos previstos y regulados por la propia Constitución.

Todas las normas aplicables en un ordenamiento son necesariamente normas válidas, pero la validez que las convierte en normas aplicables puede originarse por dos vías: bien a través de procedimientos normativos diseñados por la Constitución y en los que solo intervienen órganos creados por ella, o bien por obra de sujetos jurídicos que pueden ser independientes en su existencia de la Constitución (tratados de adhesión) o que concurren con los constitucionalmente establecidos (tratados bilaterales), pero que, en cualquier caso, actúan a través de procedimientos regulados por normas independientes de las constitucionales, supuesto este último en el que las normas resultantes, sin bien son perfectamente válidas, solo serán aplicables en el ámbito organizado por la Constitución si se verifican las condiciones que para ello haya podido esta establecer.⁴²³

Como ya fuere mencionado precedentemente la Carta Fundamental española no se refiere de forma expresa a las fuentes del derecho internacional que son reconocidas internamente sino solo solo se refiere a la incorporación de los tratados internacionales. Es decir, existe ausencia en materia de recepción formal del derecho internacional general, no obstante, se advierte que tales fuentes son incorporadas de forma tácita y automáticamente a la CE por aplicación de las normas del derecho consuetudinario⁴²⁴. La recepción del CEDH al derecho interno depende de su incorporación por mandato constitucional, de esta manera 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 93 y 94 y la autorización que eventualmente añade el artículo 95 CE, en ese sentido Requejo Pagés señala 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 norma.⁴²⁵

Las normas internacionales -cuya validez en nada depende de la Constitución, sino exclusivamente de las normas del sistema internacional que regulan la producción de normas- solo son aplicables en el ordenamiento establecido por la Constitución si se integran en su estructura a través de los cauces constitucionalmente establecidos. La primera norma del Derecho interno no fundamenta, pues, la validez de la norma internacional, sino únicamente su aplicabilidad⁴²⁶.

⁴²³ REQUEJO PAGÉS, op. cit., pp. 44-45

⁴²⁴ DÍEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1996, pp. 219-220.

⁴²⁵ REQUEJO PAGÉS, op. cit., pp. 41-66.

⁴²⁶ *Ibíd.*, p. 50

En particular, la Constitución de España, en su calidad de norma suprema, determina la forma en que los tratados internacionales, válidamente celebrados, deben ser incorporados al ordenamiento jurídico nacional. De esa manera, en cumplimiento del mandato constitucional se establecen ciertas condiciones para que aquello surta efectos, según lo prescrito en sus artículos 93⁴²⁷ y 94⁴²⁸ respectivamente, tratados que, una vez publicados en el boletín oficial, pasan a formar parte del derecho interno según dispone el artículo 96⁴²⁹ de la Carta fundamental. Por lo tanto, no es necesario adoptar ninguna norma que expresamente incorpore los tratados internacionales en el ordenamiento interno. Desde

esta perspectiva, el sistema español es monista. No obstante, se trata de un monismo “moderado”, ya que se exige la publicación oficial del tratado en España para que despliegue sus efectos en el ordenamiento jurídico interno⁴³⁰.

En ese orden de ideas, el derecho internacional, en específico el derecho del Convenio Europeo, constituye un ordenamiento jurídico propio y autónomo que debe ser cumplido en España, tal como lo señala el artículo 96.1 de su Constitución, al prescribir que los tratados válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Además, complementa tal situación lo expresado por el artículo 1.5 del título Preliminar del Código Civil Español que, siendo de aplicación general, sostiene: “las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación en el Boletín Oficial del Estado”. Del entendimiento conjunto de ambos preceptos entonces es posible advertir la manera en que los tratados internacionales se integran e incorporan en el ordenamiento español.

⁴²⁷ Artículo 93. 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.

⁴²⁸ Artículo 94. 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.

⁴²⁹ Artículo 96. 1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional. *Vid.* REMIRO BROTONS, op. cit.; REMIRO BROTONS, op. cit., pp. 491-651; CARDONA LLORENS, op. cit.

⁴³⁰ DÍEZ DE VELASCO, op. cit., pp. 220-221

En este orden de ideas, la incorporación del CEDH al derecho español se ha efectuado por el artículo 96.1⁴³¹ 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 pasar a formar parte del derecho interno, aun cuando no se pronunció respecto de la jerarquía de este en materia de fuentes. A falta de aquello, la doctrina ha aceptado que el CEDH tiene el mismo rango normativo

Por su parte, el art. 10.2 de la Constitución establece que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”⁴³². Esta integración del derecho convencional europeo en el ordenamiento jurídico interno está prevista en el propio texto constitucional, concretamente de la forma señalada por el aludido artículo 93. En ese sentido el Tribunal Constitucional Español ha ratificado tal modalidad en algunos de sus pronunciamientos, siendo, por ejemplo, la STC 1/2004, de 13 de febrero, en donde explica que el artículo 93 CE es sin duda soporte constitucional básico de la integración de otros ordenamientos con el nuestro, a través de la cesión del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, ordenamientos llamados a coexistir con el ordenamiento interno, en tanto que ordenamientos autónomos por su origen. En términos metafóricos podría decirse que el artículo 93 CE opera como bisagra mediante la cual la Constitución misma da entrada en nuestro sistema constitucional a otros ordenamientos jurídicos a través de la cesión del ejercicio de competencias.

En tal sentido, la incorporación de la jurisprudencia del TEDH a la jurisprudencia interna se ha visto favorecida en España por el artículo 10.2 CE, entendiéndose como una cláusula de apertura de la Constitución al derecho internacional de los derechos humanos⁴³³. El parámetro interpretativo incluye de manera amplia los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Estado español. Del modo que sostiene Alejandro Saiz el artículo 10.2 de la C^o da pie para que el propio TC sea quien cite no solo el Convenio Europeo en sus fallos sino que también la jurisprudencia del TEDH, sin perjuicio que de forma textual no se aluda directamente a incorporar jurisprudencia regional, de este modo advierte el citado autor que la jurisprudencia del TEDH ha alcanzado

⁴³¹ RUIZ MIGUEL, op. cit., p. 109.

⁴³² RUIZ MIGUEL, op. cit., pp. 17-18. Sostiene: “En efecto, el artículo 10.2 CE declara que la interpretación de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución diverge de las reglas ordinarias de interpretación constitucional, siendo aquí el criterio primordial el de la interpretación, no solo de la Constitución misma, sino también de la Declaración Universal de derechos humanos y demás tratados suscritos por España sobre tal materia. El artículo 10.2 CE constituye una cláusula singular en el panorama del Derecho Constitucional comparado. Este artículo establece un régimen interpretativo especial para los derechos fundamentales que se separa de las reglas que rigen la interpretación del resto de la Constitución”.

⁴³³ SAIZ ARNAIZ, op. cit.

en España valor interpretativo directo por la propia Carta Fundamental, aun cuando su naturaleza vinculante sigue siendo una cuestión que la doctrina aún no tiene resuelta, sin perjuicio de lo cual entiende que la tendencia mayoritaria es asumir que debe ser seguida por la jurisdicción interna⁴³⁴.

Para el Convenio Europeo, conforme lo ha entendido la doctrina⁴³⁵-y a falta de indicación normativa expresa- tiene idéntica jerarquía que los tratados internacionales inferiores a la Constitución, de conformidad a lo establecido en su artículo 95.1⁴³⁶. así el CEDH se erige como una norma de rango constitucional por sobre otras normas legales, pero en inferioridad a la propia Carta toda vez que se instruye el mecanismo de revisión al que debe sujetarse, de modo que su rango es infra constitucional pero superior a las leyes. De esta forma la integración del derecho internacional – y del Convenio- en la Carta Fundamental por medio de las normas citadas que le dan aplicación práctica y dinámica.

En este sentido, la vinculación entre el derecho internacional y el derecho interno se plasma en los artículos 93 -que toca la cuestión relativa a la transferencia de competencias delegadas, mas no de soberanía-; 94.1 y 94.2 que regulan los diversos procedimientos de conclusión de un tratado internacional; más la imposición de un límite de actuación frente al derecho interno de la forma prevenida por el artículo 95 de la carta fundamental. Como se precisó, el primero de ellos dispone que mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados internacionales por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Correspondiéndole a las Cortes Generales o al Gobierno, según sea, la garantía del cumplimiento de estos tratados y resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión de competencias constitucionales (en la mayoría de los casos reservado únicamente para la adopción de tratados comunitarios).

Enseguida el artículo 94 de la Constitución Española formula la previa autorización de las Cortes Generales para la aprobación de determinados tratados de carácter político, militar, que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el título I. (como por ejemplo el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales) entre otros. Y sobre el resto de los tratados que versan sobre otros asuntos serán informados el Congreso y Senado (artículo 94.2). Esta distinción da cuenta de tres tipos de tratados, sin embargo, no diferencia ni dota de ningún rango constitucional, menos aún establece algún tipo de jerarquía constitucional entre ellos o respecto de otra norma legal de rango inferior.

⁴³⁴ *Ibíd.*, p. 156.

⁴³⁵ GARCÍA ROCA, *op. cit.*, pp. 52 y ss.; TORRES PÉREZ, Aida. “The judicial impact of european law in Spain: ECHR and EU law comparative”. *Yearbook of European Law*, 2011, vol. 30, núm. 1, pp. 159-179.

⁴³⁶ Artículo 95. 1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional.

Finalizando con el tridente constitucional que regula incorporación de los tratados en el plano jurídico español, el artículo 95.1 de la Carta Fundamental dispone que todos los tratados se encuentran subordinados a la Constitución y por ende la celebración de cualquiera de ellos que contenga estipulaciones contrarias a ella exigirá la previa revisión constitucional. Este artículo plantea el problema de las relaciones entre el tratado y la Constitución. Si el artículo 96 contempla, indirectamente, que el tratado tiene un rango superior al de la ley, de este artículo se deduce que el tratado tiene inferior rango a la Constitución, ocupando, por tanto, una posición intermedia entre esta y la ley. De esta forma el límite queda marcado con la facultad expresa para ejercer un control constitucional al tratado internacional que se incorpora, ya sea este anterior o posterior a su firma y ratificación, por ser contrario en último término a la propia Constitución. Este control queda en manos del órgano encargado el Tribunal Constitucional, en virtud de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre del Tribunal Constitucional, que complementa el texto constitucional en este sentido determinando la especie de control previo.

Por su parte, el artículo 10.2 de la Constitución Española, que distingue una especial categoría de tratados sobre derechos humanos, dispone que las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. De esta forma lo que ocurre es que es el propio constituyente quien introduce una garantía adicional, inspirada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y la aplicación de mecanismos internacionales, a fin de ser conminarlos a ser más efectivos. En ello el Tribunal Constitucional Español, por medio de sus sentencias⁴³⁷, considera que este artículo contiene un criterio de conexión entre el sistema nacional de derechos fundamentales y los tratados internacionales de derechos humanos en los que España haya ratificado. A pesar de refutar la posibilidad de conferirles rango constitucional a aquellos derechos y libertades reconocidos internacionalmente, en cuanto aquellos no figuren también consagrados en la propia CE.

Ahora bien, la interpretación que se haga de los derechos, conforme el citado artículo 10, nunca podrá orientarse hacia el sentido de restringir el derecho fundamental en cuestión. Por lo que, en opinión del propio Tribunal Constitucional, en la práctica este contenido internacional compone el contenido constitucional de los derechos y libertades que enuncia el capítulo II del título I de la Constitución Española. También dicho tribunal ha declarado que la doctrina del TEDH no solo configura una *pauta hermenéutica*

⁴³⁷ Pleno Sentencia Nº 236/2007, de 7 de noviembre (BOE núm. 295 de 10 de diciembre de 2007). Interpuesto por el Parlamento de Navarra contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, el cual se basa explícitamente en un canon supranacional (Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, CEDH y jurisprudencia del TEDH).

cualificada de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, sino además tiene un efecto de aplicación inmediata, tanto en la aplicación de la jurisprudencia para la solución del caso en concreto, como en el ámbito de la cosa interpretada, respetándose el contenido prescriptivo de la sentencia⁴³⁸. El TC ha sostenido que, de conformidad con el artículo 10.2 CE, la jurisprudencia del TEDH ha de servir de criterio interpretativo en la aplicación de los preceptos constitucionales tuteladores de los derechos fundamentales. Asimismo, que la doctrina del TEDH resulta de aplicación inmediata en el ordenamiento español en virtud de lo dispuesto en el art. 10.2 (STC 303/1993, de 30 de noviembre).

En efecto, clarificando el rol que cumple la protección internacional en Europa, el Tribunal Constitucional ha dictaminado, por ejemplo, que:

Resulta preciso reiterar nuevamente que no le corresponde a este Tribunal, al conocer de un recurso de amparo, examinar la observancia o inobservancia *per-se* de los textos internacionales sobre derechos que obliguen a España, sino comprobar el respeto o la infracción de los preceptos constitucionales, que reconocen derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de protección, a través del recurso de amparo (arts. 53.2 CE y 49.1 LOTC), sin perjuicio que, por mandato del art. 10.2 CE, deban tales preceptos ser interpretados de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, y demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, entre los cuales figura de manera destacada el Convenio Europeo de Derechos Humanos.⁴³⁹

Sobre lo mismo Díez-Picazo Giménez, enseña que la jurisprudencia constitucional considera que los derechos humanos reconocidos en Tratados Internacionales ratificados por España resultan ser un instrumento obligatorio y privilegiado para interpretar los derechos fundamentales consagrados por la Constitución española; pero que por sí solos no gozan del régimen jurídico propio de los derechos fundamentales en el ordenamiento español, tal como se recoge en el artículo 53 de la CE⁴⁴⁰.

Dicho sea de paso, el artículo 10.2 ha dado paso a la configuración del principio de *armonización* conforme el cual se reserva a los tratados sobre derechos un rol especial, en cuya virtud corresponde interpretar o armonizar las normas internas sobre derechos a la luz de los mismos tratados internacionales sobre la materia, eso sí solo cumpliendo una función integradora en la interpretación de las normas internas sobre derechos fundamentales. Consagrándose de esta forma también en la doctrina del TEDH el principio de *cosa interpretada* y el vínculo especial entre los órganos jurisdiccionales internos a la doctrina del TEDH, aun cuando el Estado parte no sea parte de un conflicto específico, ya que tal principio se eleva y actúa como canon o parámetro de interpretación de los derechos⁴⁴¹.

⁴³⁸ NIÑO ESTÉBANEZ, op. cit., pp. 79-83.

⁴³⁹ Pleno. Sentencia N° 138/2012, de 20 de junio (BOE núm. 163 de 09 de julio de 2012) Fundamento Jurídico

⁴⁴⁰ DÍEZ-PICASO, Luis María. *Sistema de Derechos Fundamentales*, 2ª Edición. Thomson Civitas, 2005, pp 33-35 y 159-187.

⁴⁴¹ CANOSA USERA, op. cit., pp. 92-93.

Nuevamente ello no quiere decir que haya que subordinarse a lo que dicen los tratados internacionales, ya que en ningún caso se trata de posicionarlos al nivel de la misma Constitución. Sin perjuicio que la interpretación relativa a derechos fundamentales deba hacerse conforme los parámetros internacionales, aquello no obedece en caso alguno a que gocen de superioridad, ya que la Constitución Española no los categoriza como tales ni menos los posiciona a la par de esta, sino más bien ampara y recoge como criterio de interpretación y parámetro común de protección.

De este modo, de la interpretación de estos preceptos constitucionales se enmarca en el camino de que la CEDH deba ser respetada por los tribunales españoles, en la misma medida que ocurre con la CE y con el conjunto legislativo que integra el ordenamiento jurídico. Empero aquello no significa que estos textos jurídicos que se encargan del reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales en el marco europeo estén por encima de la CE, sino que han atravesado la clásica pirámide de Kelsen de la estructura de las fuentes jurídicas españolas⁴⁴².

El Tribunal Constitucional español ha tenido que concretar el contenido de determinados derechos fundamentales para ajustarlos a la nueva realidad jurídica nacional, que es que actualmente España tiene un ordenamiento jurídico multinivel como consecuencia de su pertenencia, entre otros, al Consejo de Europa. El ordenamiento español se ha tenido que adaptar en varias ocasiones a las directrices marcadas por Europa en el ámbito de los derechos fundamentales. En opinión de González Pascual:

El derecho constitucional europeo y el nacional conforman un sistema desde una perspectiva material, funcional e institucional. Dicho sistema ha sido adjetivado como unión de constituciones, constitucionalismo multinivel, orden constitucional europeo, sistema de entrelazamiento constitucional, comunidad constitucional o constitución en red. En consecuencia, una dimensión fundamental de la efectividad del TEDH es su capacidad para convertirse en pilar de dicho Derecho Constitucional Europeo.⁴⁴³

b) Forma de incorporación del Derecho Internacional en el ordenamiento constitucional chileno

La recepción se refiere al modo en que las normas internacionales adquieren validez dentro del ordenamiento jurídico interno del Estado y hace posible que ellas puedan ser invocadas directamente ante los tribunales nacionales; normalmente, incluye también el lugar que las normas internacionales ocupan en la estructura jerárquica del ordenamiento

⁴⁴² MORENO BOBADILLA, Ángela. “The European influence in the framework of fundamental rights in Spain, in concrete in the right to intimate”. *Estudios Constitucionales*, 2017, vol. 15, núm. 2, pp. 301-330.

⁴⁴³ GONZÁLEZ PASCUAL, Maribel. “El CEDH como parte del Derecho Constitucional europeo”. En: *El Tribunal de Estrasburgo en el espacio judicial europeo*, Argelia Queralt Jiménez (coord.). Madrid: Thomson Reuters-Aranzadi, 2013, pp. 110-111.

jurídico. En particular, siguiendo la tendencia internacional, Chile integra el Sistema Universal de Derechos Humanos, adhiriendo a sus organismos y algunos de sus principales instrumentos, como por ejemplo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales⁴⁴⁴. A nivel regional, como ya fue mencionado adscribe al Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos, habiendo firmado y ratificado la CADH, y reconocido por tanto la competencia de la CIDH como su órgano contencioso.

La incorporación al ordenamiento jurídico es diferente según sea el tipo de norma internacional de que se trate. En cuanto a los tratados internacionales, no hay norma. Los tribunales internos, en general, han resuelto que el tratado internacional adquiere vigencia interna solo mediante la promulgación por Decreto del Presidente de la República y la publicación del decreto y del texto del tratado en el Diario Oficial⁴⁴⁵. En lo referente a los tratados internacionales, no hay una norma constitucional que la regule, por lo que ha sido la jurisprudencia la que ha fijado su valor y la más reciente se inclina por admitir la tesis de la supralegalidad, esto es, la prevalencia de un tratado internacional en que Chile es parte sobre una ley interna ya sea esta anterior o posterior a tal tratado⁴⁴⁶.

En efecto, las disposiciones que regulan la incorporación de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno se encuentran principalmente establecidos en su Constitución Política. Ella se erige como la principal fuente de derecho constitucional chileno, que desde 1918 (en su primera versión) ha sido la norma jurídica fundamental de mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico interno, instaurando la supremacía constitucional por sobre toda otra norma tanto interna como externa por cuanto se trata de la norma fundante que establece la jerarquía de las fuentes del Derecho y regula sus formas de producción. Su último texto oficial, vigente desde 1980, ha experimentado innumerables reformas, siendo la más significativa la ocurrida en 2005⁴⁴⁷, no tan solo por el número de disposiciones modificadas y derogadas, sino por incorporar importantes hitos,

⁴⁴⁴ Chile firmó tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales el 16 de septiembre de 1969, ratificando y adhiriendo posteriormente a los mismos instrumentos el 10 de Febrero de 1972.

⁴⁴⁵ Esta fue una materia muy debatida durante el Gobierno Militar (1973-1989) porque, pese a que el PIDCP estaba ratificado, los tribunales se negaron a aplicarlo, toda vez que este no estaba promulgado, ni publicado en el Diario Oficial. De esta manera nuestros tribunales aplicaron una norma de protección (conocimiento de la ley) en perjuicio de las personas, imposibilitando el uso de la legislación internacional en la protección de los derechos de las personas. Ver DETZNER, op. cit.

⁴⁴⁶ NASH, Claudio

⁴⁴⁷ El 26 de agosto de 2005, el Diario Oficial publicó la Ley N° 20.050, que hizo que las reformas entraran en vigencia. Esta ley también autorizó al presidente de la República para que, en el plazo máximo de un año desde la aprobación de las modificaciones, fijara un texto refundido que integrara la actual Constitución y las reformas, para efectos de fluidez y concordancia, dado el gran número de cambios y de artículos derogados. Finalmente, la promulgación de ese texto refundido se hizo el 17 de septiembre de 2005 y fue publicado en el Diario Oficial como el Decreto Supremo N° 100 el 22 de septiembre de 2005.

entre los cuales destacan: eliminación de la mención al sistema electoral binominal⁴⁴⁸ (en cuanto al sistema de representación parlamentaria proporcional); jerarquía o rango normativo de los tratados internacionales; ejercicio de la Corte Suprema de Justicia de la superintendencia directiva, correccional y económica por sobre los tribunales militares en tiempo de guerra (anteriormente actuaban con independencia de la supervisión del poder judicial); consagración del principio de probidad y transparencia en los actos de la administración del Estado (artículo 8); y establecimiento de un mecanismo de control de constitucionalidad mixto (antes era concedido a la Corte Suprema de Justicia) a cargo del Tribunal Constitucional con independencia del poder legislativo y judicial (capítulo VIII, arts. 92 a 94 CPR) quien podrá realizar un control previo de los proyectos de ley, para luego también ejercer un control posterior de las acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad que se le presenten (artículo 93 n° 6 y 7)⁴⁴⁹.

En materia de derechos humanos, la Constitución Política de la República de Chile establece entre sus valores comunes que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (artículo 1, inciso 1°) como pilares fundamentales de la sociedad. La Carta Fundamental luego reconoce que la potestad del Estado se encuentra condicionada por los derechos fundamentales. Así lo señala el inciso 2° del artículo 5, el cual dispone que “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”. Además, el inciso 2° del mismo artículo (incorporada durante la reforma del año 1989) sostiene: “es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Esta modificación tuvo el propósito de robustecer el alcance internacional de los derechos humanos dentro del ordenamiento jurídico chileno y establecer un deber constitucional nuevo para los organismos y autoridades del Estado (el deber de “respetar” y “promover” los derechos humanos).

El fortalecimiento de los derechos humanos, violados masiva y sistemáticamente en el país durante la duración del régimen militar (1973-1989), implicó la necesidad de establecer una garantía internacional o supranacional que los protegiera cuando el Estado los vulnerara o se negara a garantizarlos. Así, Chile reconoció con posterioridad validez a la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y la jurisdicción contenciosa de

⁴⁴⁸ Con fecha 27 de abril de 2015 se promulgó la ley que establece el Nuevo Modelo Proporcional Inclusivo para elecciones parlamentarias, que pone fin al antiguo Sistema Binominal, tras más de 20 años de uso y similar número de proyectos de ley que intentaron modificarlo previamente.

⁴⁴⁹ Artículo 93 Constitución Política del Estado de Chile.- Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 6°.- Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución; 7°.- Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior;

la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴⁵⁰. Con la incorporación expresa del inciso 2° Chile adquiere un compromiso hacia la universalización y progreso de los Derechos Humanos, aceptando las obligaciones internacionales que derivan de los pactos internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, destacando el carácter autoejecutable y autónomo de las disposiciones de la Convención.

Luego el artículo 32 n° 15 previene que:

Son atribuciones especiales del Presidente de la República: 15°.- Conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, y llevar a cabo las negociaciones; concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 54 n° 1°. Las discusiones y deliberaciones sobre estos objetos serán secretos si el Presidente de la República así lo exigiere.

Por su parte el artículo 54 n° 1 CPR prescribe que “son atribuciones exclusivas del Congreso: 1) Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley”. El inciso 4 continúa diciendo “Las medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirán nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley”. El inciso final por su parte añade:

En el mismo acuerdo aprobatorio de un tratado, podrá el Congreso autorizar al Presidente de la República a fin de que, durante la vigencia de aquél, dicte las disposiciones con fuerza de ley que estime necesarias para su cabal cumplimiento, siendo en tal caso aplicable lo dispuesto en los incisos segundo y siguientes del artículo 64”. Y para finalizar el artículo 93 N° 3 que señala que “son atribuciones del Tribunal Constitucional: 3° Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso.

En cuanto a la clasificación de estos dentro del ordenamiento jurídico interno, es posible advertir dos tipos. Por un lado, aquellos tratados internacionales ordinarios y/o que versan sobre asuntos diversos, que en términos generales suelen considerarse como preceptos legales. Al respecto la doctrina mayoritaria sostiene que, al tener fuerza de ley, son susceptibles de ser atacados por vía del recurso de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional. Lo cual es consecuente con el hecho de que para su aprobación sigan en el Congreso Nacional los mismos trámites que los de una ley común u ordinaria. Sobre el punto, pareciera que a pesar de que los tratados internacionales no tienen un rango normativo determinado en el ordenamiento interno, por aplicación de los principios *pacta*

⁴⁵⁰ El Estado de Chile deposita el instrumento de adhesión (10 de agosto de 1990) o ratificación a la Convención Americana de Derechos Humanos con fecha 21 de agosto de 1990, misma fecha en la que adicionalmente y de manera facultativa acepta someterse a la competencia contenciosa de la Corte.

sunt servanda y el principio de *Buena fe* en materia Internacional consagrado en el artículo 27 de la Convención de Viena, los tratados internacionales prevalecen por sobre la ley.

En una segunda categoría, pero no por ello menos relevante, cabría mencionar a los tratados internacionales que versan sobre derechos humanos, que debido a la inclusión del inciso 2 del artículo 5 de la referida Constitución, se produce la discusión sobre cual debiera ser el rango o jerarquía normativa de aquellos respecto de las demás fuentes del derecho interno. En efecto, el problema de la subordinación de los tratados a la Constitución se plantea en el ordenamiento chileno solamente a partir de esta reforma de 1990, ya que anteriormente, no existía polémica en torno al punto, habiendo acuerdo de que los tratados se supeditaban al principio de la supremacía constitucional⁴⁵¹.

Sobre la jerarquía de los tratados de derechos humanos se han planteado en el campo doctrinario nacional dos tesis. La primera, que es sostenida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en Fallo Rol N° 346, y que sostiene que los tratados internacionales sobre derechos humanos no tienen rango constitucional. La segunda tesis establece, por el contrario, que dichos tratados tienen un rango de orden constitucional. Sus adherentes, disponen de los siguientes argumentos que justifican su rango: a) que la validez de los tratados internacionales está supeditada por el Derecho Internacional. En ese sentido la Constitución nacional solamente regula su incorporación, siendo indiferente que establezca un rango de tramitación de ley para establecer normas con rango constitucional. Ello porque la misma Constitución lo ha contemplado así; b) Conforme artículo 27 de la Convención de Viena de los tratados, “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. De ahí que conforme al principio *pacta sunt servanda*, el Estado de Chile, no puede dejar de aplicar las normas internacionales esgrimiendo razones de derecho interno dentro las que se incluye la Constitución misma; y c) conforme al tenor mismo del inciso 2° del artículo 5 establece como límite de la soberanía, y por ende también del Poder Constituyente Derivado, a los derechos humanos reconocidos por los tratados internacionales, lo cual implica homologarlos a un rango de carácter constitucional.

Habiéndose ratificado un tratado internacional en materia de derechos humanos, previa aprobación del Congreso nacional, y siempre que el tratado se encuentre vigente en el ámbito internacional y nacional, ello produce las siguientes consecuencias en el ordenamiento jurídico nacional: los derechos naturales asegurados en el tratado internacional se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución Material. No pudiéndose desconocer por ningún órgano del Estado, debiendo respetarlos y promoverlos (artículo 5 inciso 2° CPR); la vulneración de tales derechos

⁴⁵¹ Fallo del Tribunal Constitucional Chileno Rol 346, considerando 61° del fallo que “con anterioridad a la reforma de 1989, había una opinión unánime en el sentido de que los tratados internacionales estaban sujetos al principio de supremacía constitucional”.

humanos constituye una trasgresión tanto a la CPR como al tratado internacional, con las consecuencias y responsabilidades jurídicas correspondientes; y el tratado en materia de derechos humanos se convierte en un procedimiento secundario de reforma constitucional establecida por el propio constituyente.

De esta manera, mediante un tratado internacional sobre derechos humanos pueden incorporarse normas que den mayor protección a uno o varios derechos, y que en el evento que resulten ser contradictorias a las normas constitucionales preexistentes, el órgano de control constitucional deberá aplicar los preceptos que brinden mayor protección a los derechos por sobre aquellos que los desconozcan o den menor estándar de protección. En efecto, no hay otra interpretación armónica del texto constitucional que sea coherente con el tenor del artículo 5, sino que aquella que sostiene que el constituyente originario subordinó la potestad estatal (soberanía) a las exigencias de la naturaleza humana que es la que determina el derecho natural. Un tratado en materia de derechos humanos solo puede ser declarado inconstitucional por atentar o menoscabar la esencia de los derechos, ya que al introducir un nuevo derecho se puede transgredir en su esencia un derecho originario o previamente incorporado. Así que la voluntad del constituyente es de otorgarle a los tratados internacional de derechos humanos un tratamiento, jerarquía y modalidad de interpretación diferente a los otros tratados internacionales, siendo su jerarquía en el ordenamiento jurídico interno superior a la ley y al constituyente derivado, pero subordinado al constituyente originario, que estableció como base de la institucionalidad los derechos humanos, y especificó que ellos limitaban la soberanía o potestad del Estado⁴⁵².

2. Posición de los tratados internacionales de Derechos Humanos en España y

Chile

La recepción de las normas internacionales y su adecuación en el plano interno puede producirse de forma inmediata, es decir automáticamente sin la necesidad de que intervenga autorización especial o norma de recepción previa para la validez o ejecución de un tratado (sistema monista de adecuación). Por otro lado, hay otros mecanismos que exigen que para que el tratado internacional tenga validez interna se dicte previamente una norma de habilitación y/o ejecución conforme la cual se otorgue posteriormente validez al tratado cuya ratificación haya operado en concordancia con las disposiciones constitucionales (sistemas dualistas) siendo necesario para tal caso un acto interno de recepción del derecho internacional. Conocida la falencia de no haberse dotado directamente al Tribunal Europeo de poderes coercitivos para supervisar el cumplimiento de sus propias sentencias, ni tampoco haber prevenido a los Estados de un mecanismo común para ejecutarlas, resulta interesante describir cuál ha sido la experiencia comparada de algunos países en la

⁴⁵² *Ibíd.*, p. 35.

implementación de las decisiones convencionales, a la luz del margen de apreciación que disponen.

a) Mecanismos constitucionales españoles

Para efectos de determinar las relaciones entre el Derecho Internacional y el derecho nacional, en la doctrina tradicional suele distinguirse entre dos modelos de adecuación; a saber, el monista y dualista -sin perjuicio de que aquellos puedan entenderse superadas para la incorporación de los derechos humanos⁴⁵³.-. Conforme a esta clasificación Niño Estébanez⁴⁵⁴, sostiene que bajo el *modelo dualista* quedarían adscritos todos aquellos Estados en que los tratados internacionales (incluido el Convenio Europeo de Derechos Humanos) no generaran directamente derechos y obligaciones en el ordenamiento interno, sino en virtud de la dictación previa de ley, que tenga por objeto transformar en derecho interno las obligaciones internacionales adheridas. Por el contrario, bajo el *modelo monista* se cristaliza el principio de *unidad del sistema normativo*, distinguiendo al efecto, entre aquellos países que optan por darle primacía al derecho internacional (y por cierto al CEDH) y aquellos en los que la primacía la tiene el derecho nacional (como en la mayoría de los Estados adscritos al SEDH incluido España). Por lo mismo con la obtención de una sentencia condenatoria del Tribunal Europeo, según sea el criterio adscrito, resultaría posible solicitar la reapertura o revisión del proceso judicial interno que motivó la violación, dada la jerarquía normativa del Convenio Europeo y en consecuencia su primacía en la aplicación⁴⁵⁵.

i. Sistema monista con preeminencia de la Constitución Española

El artículo 96.1 de la Constitución española señala que los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas

⁴⁵³ La relación del derecho internacional e interno, en materia de derechos humanos no puede entenderse aplicada según el modelo tradicional que al efecto distingue la relación entre las diversas categorías del derecho interno e internacional en monista o dualista. En SCHEININ, op. cit., pp. 417-428.

⁴⁵⁴ NIÑO ESTÉBANEZ, op. cit., pp. 63-75.

⁴⁵⁵ Conforme a los criterios antedichos, los Estados europeos que adscriben al modelo dualista en donde el Convenio carece de eficacia interna por no haberse dictado una ley de transformación son: a) Dinamarca (STEDH de 23/09/1994); b) Suecia (STEDH de 26/05/1998); c) Noruega. Por otro lado, algunos de los Estados que adscriben al modelo dualista en donde el Convenio si tiene eficacia interna son: a) Alemania por la aprobación de ley federal de 7 de agosto de 1952 y consonancia con el artículo 59.2 de la Ley Fundamental de Bonn (STEDH, sección 3ª, 26/02/2004) b) Luxemburgo (artículo 443.5 del Código de Procedimiento Criminal, introducido por Ley de 30 de abril de 1981); c) Malta (Ley XIV de 1987). El resto de los países miembros (salvo los Países Bajos que adscribe al modelo monista con primacía del derecho internacional por mandato constitucional de sus artículos 93 y 94) prevalece la primacía del derecho constitucional interno por sobre las reglas del derecho internacional.

generales del Derecho internacional. Por tanto, conforme tal disposición se desprende de aquella una postura monista para la incorporación del derecho internacional de derechos humanos en España, con prevalencia por sobre el derecho interno, cuya validez queda sujeta a las normas dadas por el propio tratado internacional, de respeto y sujeción a la Constitución⁴⁵⁶.

Es decir, el artículo 96 regula la recepción del derecho internacional convencional. De manera que los tratados internacionales válidamente celebrados formarán parte del ordenamiento jurídico español una vez hayan sido publicados oficialmente. La publicación en el Boletín Oficial del Estado (BOE) es condición imprescindible para la eficacia interna del Tratado, pero no tiene valor constitutivo. La publicación en el BOE tiene por finalidad garantizar el principio de seguridad jurídica, pero no existe discrecionalidad para el Estado, como en un sistema dualista. La publicación en el BOE es la consecuencia obligada de la celebración del Tratado. Así se regula la recepción del derecho internacional convencional.

La Constitución distingue tres tipos de tratados según la intervención de las Cortes Generales durante el proceso de ratificación: aprobación a través de ley orgánica (art. 93 CE); previa autorización de las Cortes Generales (art. 94.1 CE); información a las Cortes (art. 94.2 CE). Luego, la posición infra constitucional de los tratados se deriva de la cláusula que establece que la “celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional” (art. 95.1 CE).

En el ordenamiento jurídico español se considera que los tratados ocupan una posición de supralegalidad. El fundamento de la posición de los tratados en el ordenamiento jurídico interno se encuentra en el artículo 96.1 CE. Por consiguiente, en caso de contradicción entre una ley ordinaria y un tratado, no puede considerarse que la ley haya modificado el tratado, ya que este solo puede ser modificado de acuerdo con lo establecido en el propio tratado o el derecho internacional general. Por lo tanto, en caso de conflicto deberá inaplicarse la ley y aplicarse el tratado.

ii. Opinión del Tribunal Constitucional Español

Como asunto previo, conviene hacer una referencia breve relativa al control de constitucionalidad de los tratados internacionales. En efecto, España prevé el control de constitucionalidad de los tratados internacionales a priori y a posteriori, según si el control se realiza antes o después de la ratificación. El control previo está previsto en el artículo 95.2 CE, que establece que el gobierno o cualquiera de las cámaras puede requerir al TC

⁴⁵⁶ SOBRINO HEREDIA, José Manuel. “La réception et la place dans l’ordre juridique espagnol des normes conventionnelles internationales et des actes normatifs des organisations internationales”. *Revue française de Droit administratif*, 1990, vol. 6, núm. 6, pp. 965-968; ARROYO LARA, Eladio. “Consideraciones sobre el alcance y contenido del artículo 96.1 «in fine» de la Constitución española”. *Revista Española de Derecho Internacional - R.E.D.I.*, 1987, vol. 39, núm. 2, pp. 405-421.

para que declare si existe o no contradicción entre un tratado internacional y la Constitución. El artículo 78 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) regula el procedimiento y concreta que el control podrá establecerse en relación con “las estipulaciones de un tratado internacional cuyo texto estuviera ya definitivamente fijado, pero al que no se hubiere prestado aún el consentimiento del Estado”. Se considera que esta actividad forma parte de la función jurisdiccional del TC. La decisión del TC, que recibe la denominación de “declaración”, no es una opinión consultiva o dictamen, sino que tiene fuerza vinculante (art. 78.2 LOTC). No obstante, los efectos son distintos de los del control de constitucionalidad de las leyes. En caso de declarar la contradicción entre la Constitución y el texto del tratado, para poder ratificar el tratado deberá reformarse la Constitución (art. 95.1 CE).

Por otra parte, aunque la Constitución no lo prevé, la LOTC contempla el control de constitucionalidad de los tratados internacionales después de su ratificación. Entre las normas que pueden ser objeto de procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, el artículo 27.2 LOTC incluye expresamente los tratados internacionales. Por lo tanto, un tratado podría ser objeto tanto del recurso como de la cuestión de inconstitucionalidad. Ahora bien, la declaración de inconstitucionalidad no podría ir acompañada de la nulidad, ya que el TC no es competente para decidir sobre la validez de tratados internacionales. La nulidad de un tratado no puede ser decidida unilateralmente por una de las partes. La consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad sería la inaplicabilidad del tratado en España, con el riesgo de incurrir en responsabilidad internacional.

En la STC 38/2007, el TC confirmó la idoneidad de las normas de un tratado para constituirse en objeto de un proceso de control de constitucionalidad, que en ese caso eran determinados preceptos de los Acuerdos con la Santa Sede. Sobre los efectos del control, el TC estableció que: “la eventual declaración de inconstitucionalidad de un tratado presupone, obviamente, el enjuiciamiento material de su contenido a la luz de las disposiciones constitucionales, pero no necesariamente que los efectos invalidantes asociados a un juicio negativo lleven aparejada de manera inmediata la nulidad del tratado mismo (art. 96.1 CE)”⁴⁵⁷.

Habida cuenta que conforme la recepción del CEDH en el derecho constitucional español, por intermedio de la aplicación del artículo 94 de la Constitución, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no goza de competencias delegadas para poder hacer efectivos sus pronunciamientos, o mejor dicho, ejecutar sus sentencias, menos aún dispone de atribuciones para promover la revisión de procesos judiciales internos cuando estos han sido la causa de violación⁴⁵⁸.

⁴⁵⁷ ESPAÑA. PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC 38/2007, de 15 de febrero, FJ 3. BOE núm. 63.

⁴⁵⁸ QUERALT JIMÉNEZ, *La interpretación de los derechos...*, op. cit.

Desde la vertiente armonizadora que emana precisamente del Convenio Europeo (artículo 10.2 de la CE), ha sido posible integrar nuevos parámetros comunes de comprensión para la interpretación y aplicación de los derechos humanos, principalmente para el rol de protección. Considerando al efecto también la notable contribución que ha significado la jurisprudencia del Tribunal Europeo a la hora de vigorizar, extender y nutrir el contenido de los derechos, más allá de las palabras, para establecer no solo influencias, sino también un dialogo horizontal, por medio sus sentencias, con la judicatura interna, en específico, para con el Tribunal Constitucional en su rol de garante de los derechos fundamentales por mandato constitucional.

Al respecto este último se ha encargado de reconocer el valioso aporte que han significado los pronunciamientos de la Corte Europea, como motor del derecho europeo de los derechos humanos, para el establecimiento de estándares mínimos de protección aplicables en el derecho interno, en razón del artículo 96 de la Constitución Española. En efecto el TC se ha pronunciado⁴⁵⁹ sobre la necesaria intervención del TEDH en los asuntos internos y la búsqueda de la interpretación de los derechos humanos (inspirado por mandato constitucional del artículo 10.2 de la CE) a través de su doctrina jurisprudencial asumiendo la interpretación que este haga del CEDH por ser fuente integradora del contenido sustancial de los derechos⁴⁶⁰.

b) Mecanismos en la Constitución Política de Chile

La Constitución del Estado de Chile de 1980 reconoce que la potestad del Estado está limitada por los derechos que emanan de la naturaleza humana. Así lo señala la primera parte del inciso 2º del artículo 5 CPR: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”. Este límite al poder del Estado y sus órganos incluye al Poder Constituyente derivado. A su vez, se sostiene que los derechos humanos no pueden ser enumerados taxativamente de una vez y para siempre, ya que el ser humano en el desarrollo histórico de su conciencia podrá ir perfeccionando los existentes y desarrollando otros nuevos (como los derechos emergentes).

La principal fuente de derecho constitucional chileno es su carta fundamental que, desde el año 1918, en su primera versión, ha sido la norma jurídica fundamental de mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico interno, instaurando la supremacía constitucional por sobre toda otra norma tanto interna como externa por cuanto se trata de la norma fundante que establece la jerarquía de las fuentes del Derecho y regula sus formas

⁴⁵⁹ Sentencias TC Español nº 36/1984 de 14 de marzo; 114/1984 29 noviembre; 5/1985 23 de enero.

⁴⁶⁰ CATALA I BAS, Alexandré H. *Libertad de expresión e información. La jurisprudencia del Tribunal Europeo y su recepción por el Tribunal Constitucional*. Valencia: Ediciones Revista General de Derecho, 2001, pp. 43-44.

de producción. Su último texto oficial, vigente desde 1980, ha experimentado innumerables reformas, siendo la más significativa la ocurrida en 2005⁴⁶¹, no tan solo por el número de disposiciones modificadas y derogadas, sino por incorporar importantes hitos, entre los cuales destacan: eliminación de la mención al sistema electoral binominal⁴⁶² (en cuanto al sistema de representación parlamentaria proporcional); jerarquía o rango normativo de los tratados internacionales; ejercicio de la Corte Suprema de Justicia de la superintendencia directiva, correccional y económica por sobre los tribunales militares en tiempo de guerra (anteriormente actuaban con independencia de la supervisión del poder judicial); consagración del principio de probidad y transparencia en los actos de la administración del Estado (artículo 8); y establecimiento de un mecanismo de control de constitucionalidad mixto (antes era concedido a la Corte Suprema de Justicia) a cargo del Tribunal Constitucional con independencia del poder legislativo y judicial (capítulo VIII, arts. 92 a 94 CPR) quien podrá realizar un control previo de los proyectos de ley, para luego también ejercer un control posterior de las acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad que se le presenten (artículo 93 n° 6 y 7)⁴⁶³.

En materia de Derechos Humanos, la Constitución Política de la República de Chile establece entre sus valores comunes que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (artículo 1, inciso 1°) como pilares fundamentales de la sociedad. La Carta Fundamental luego reconoce que la potestad del Estado se encuentra condicionada por los derechos fundamentales. Así lo señala el inciso 2° del artículo 5, el cual dispone que “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”. Además, el inciso 2° del mismo artículo (incorporada durante la reforma del año 1989) sostiene: “Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Esta modificación tuvo el propósito de robustecer el alcance internacional de los Derechos Humanos dentro del ordenamiento jurídico chileno y establecer un deber constitucional nuevo para los

⁴⁶¹ El 26 de agosto de 2005, el Diario Oficial publicó la Ley N° 20.050, que hizo que las reformas entraran en vigencia. Esta ley también autorizó al Presidente de la República para que, en el plazo máximo de un año desde la aprobación de las modificaciones, fijara un texto refundido que integrara la actual Constitución y las reformas, para efectos de fluidez y concordancia, dado el gran número de cambios y de artículos derogados. Finalmente, la promulgación de ese texto refundido se hizo el 17 de septiembre de 2005 y fue publicado en el Diario Oficial como el Decreto Supremo N° 100 el 22 de septiembre de 2005.

⁴⁶² Con fecha 27 de abril de 2015 se promulgó la ley que establece el Nuevo Modelo Proporcional Inclusivo para elecciones parlamentarias, que pone fin al antiguo Sistema Binominal, tras más de 20 años de uso y similar número de proyectos de ley que intentaron modificarlo previamente.

⁴⁶³ Artículo 93 Constitución Política del Estado de Chile.- Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 6°.- Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución; 7°.- Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior;

organismos y autoridades del Estado (el deber de “respetar” y “promover” los Derechos Humanos).

El fortalecimiento de los Derechos Humanos, violados masiva y sistemáticamente en el país durante la duración del régimen militar (1973-1989), implicó la necesidad de establecer una garantía internacional o supranacional que los protegiera cuando el Estado los vulnerara o se negara a garantizarlos. Así, Chile reconoció con posterioridad validez a la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)⁴⁶⁴. Con la incorporación expresa del inciso 2º Chile adquiere un compromiso hacia la universalización y progreso de los Derechos Humanos, aceptando las obligaciones internacionales que derivan de los pactos internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, destacando el carácter autoejecutable y autónomo de las disposiciones de la Convención.

Entre los principales tratados de Derechos Humanos ratificados por Chile e incorporados al sistema normativo destacan: la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (12 noviembre 1971); Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (26 noviembre de 1988); Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura (26 noviembre de 1988); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (29 abril de 1989) más protocolo facultativo; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (27 de mayo de 1989) a la fecha no se ha ratificado el respectivo protocolo facultativo; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (9 de diciembre de 1989) y la referida Convención Americana sobre Derechos Humanos (5 de enero de 1991); la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (“Convención de Belém do Pará” 11 de noviembre de 1998) ; la Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad (20 febrero 2002); la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (8 junio 2005); el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (promulgado el 14 de octubre de 2008) la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y su protocolo facultativo (17 de septiembre de 2008); la Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas (24 febrero 2010); y la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (16 abril 2011). Además de haberse incorporado las Declaraciones de Derechos Humanos de Naciones Unidas y de la OEA, ambas de 1948⁴⁶⁵.

⁴⁶⁴ El Estado de Chile deposita el instrumento de adhesión (10 de agosto de 1990) o ratificación a la Convención Americana de Derechos Humanos con fecha 21 de agosto de 1990, misma fecha en la que adicionalmente y de manera facultativa acepta someterse a la competencia contenciosa de la Corte.

⁴⁶⁵ NASH ROJAS, op. cit., p. 84.

i. Reforma constitucional del año 2005

Una de las principales preocupaciones que se planteaban en derecho nacional a la hora de aplicar los estándares internacionales de Derechos Humanos, giraba en torno a la recepción de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos en el derecho interno. El jurista, Claudio Nash indica al respecto que:

Cuando se hace referencia a la recepción, se está examinando de qué modo las normas internacionales adquieren validez dentro del ordenamiento jurídico interno del Estado, es decir, qué requisitos son necesarios para que estas normas puedan ser invocadas directamente ante los tribunales nacionales y qué lugar ocupan en la estructura jerárquica de las normas.⁴⁶⁶

Antes de la reforma constitucional de 2005, existía un debate doctrinario y político respecto a cómo debía incorporarse la normativa internacional en el derecho interno, toda vez que la Constitución política, al detentar la potestad para determinar su vigencia y aplicabilidad, no establecía un procedimiento claro de reconocimiento, sino más bien un tanto genérico y con vacíos, que llevaba al quiebre de posturas en cuanto al establecimiento del rango o jerarquía necesarias que deberían tener los tratados internacionales para someterlos a aprobación parlamentaria y así adecuarlos dentro del ordenamiento jurídico interno. Unos practicaban la aplicación de un mecanismo idóneo existente para las leyes nacionales y otros postulaban que los tratados, a diferencia de las leyes nacionales, constituían una categoría normativa distinta que se encontraba por sobre una ley ordinaria pero a la vez subordinada a la Constitución.

Así, el antiguo artículo 50.1 de la Constitución solo establecía que el procedimiento de aprobación de un tratado ante el Congreso Nacional se sometería a los trámites de una ley, recayendo sobre el Presidente de la República la negociación, firma y ratificación posterior de los tratados, pudiéndose incluir un examen de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional (antiguo artículo 82.2). Tuvo que ser el Tribunal Constitucional, quien conociendo de un asunto específico de inconstitucionalidad⁴⁶⁷ zanjara el debate, estableciendo un criterio práctico para la aprobación de los tratados en torno al cual determinó que los tratados en el ordenamiento jurídico nacional tenían un tratamiento idéntico al de una norma de rango legal, debiendo dividirse el tratado para ser aprobado según la naturaleza de sus normas.

Tras la reforma de 2005, fue incorporada a la Constitución un nuevo artículo 54, el cual vino a resolver el problema relativo a la incorporación del derecho internacional en el

⁴⁶⁶ *Ibíd.*, p. 15.

⁴⁶⁷ Requerimiento presentado ante el Tribunal Constitucional por un grupo de Diputados respecto de la inconstitucionalidad del Convenio N° 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, el 27 de junio de 1989. Causa Rol n° 309-00.

ordenamiento interno, dándole jerarquía especial asimilable a la ley. Se le confirieron atribuciones al Congreso Nacional para “aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación”. De esta forma “la aprobación de un tratado requerirá, en cada Cámara (diputados y senadores), del quórum que corresponda, en conformidad al artículo 66, y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley”. A su vez indica que las disposiciones de un tratado “solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales de derecho internacional”. Finalmente:

De conformidad a lo establecido en la ley, deberá darse debida publicidad a hechos que digan relación con el tratado internacional, tales como su entrada en vigor, la formulación y retiro de reservas, las declaraciones interpretativas, las objeciones a una reserva y su retiro, la denuncia del tratado, el retiro, la suspensión, la terminación y la nulidad de este.

De este modo aun cuando trata a ambas fuentes del derecho como distintas, ya sea en cuanto al procedimiento de adopción interna y su jerarquía, la Constitución:

Reconoce la especificidad de cada una y hace aplicables a la tramitación legislativa de los proyectos de acuerdo sobre aprobación de tratados, las disposiciones sobre formación de leyes en lo que sea pertinente. Esto implica que mientras una ley se someta a los trámites de rigor, el tratado internacional tendrá ciertas particularidades en su aprobación que se especifican en el artículo 50, dando cuenta de su distinción en cuanto al rango normativo de los tratados, ya que se busca que prevalezcan sobre las leyes y otras normas de inferior jerarquía.⁴⁶⁸

Luego, durante la reforma del año 1989 se incorporó la oración final del inciso 2° del artículo 5. Esta prescribe lo siguiente: “Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Esta modificación tuvo el objeto específico de robustecer los derechos humanos en el ordenamiento jurídico y establecer un deber constitucional nuevo para los organismos y autoridades del Estado (el deber de “respetar” y “promover” tales derechos). Esta fortificación de los derechos humanos, violados masiva y sistemáticamente en el país durante el régimen autoritario militar, implicaba la necesidad de una garantía internacional o supranacional que los protegiera cuando el Estado los violara o se negara a garantizarlos; en tal perspectiva Chile reconoce, con posterioridad, competencia a la Convención Interamericana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica de 1969) y reconoce la jurisdicción sancionatoria de la Corte Internacional de Derechos Humanos.

⁴⁶⁸ NASH ROJAS, op. cit., pp. 16-19.

Con esta incorporación del inciso 2° Chile adquiere un compromiso hacia la universalización y progreso de los derechos humanos, aceptando las obligaciones internacionales que derivan de los pactos internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. La incorporación de la oración final del inciso 2° del artículo 5 CPR, les da a las normas de los Tratados Internacionales en materias de Derechos Humanos, *jerarquía de Constitución material*, a diferencia de otros tratados, que no tratan específicamente de derechos humano, especialmente teniendo en cuenta que los derechos humanos constituyen un límite a la soberanía y, además, que tales tratados se diferencian de los tradicionales en la medida que no se establecen en beneficio de los Estados y sus intereses, sino que señalan obligaciones de los Estados para con las personas que se encuentra bajo su jurisdicción, los que adquieren derechos en contra de los Estados, que pueden ejercerse a través de mecanismos internacionales, algunos de los cuales son obligatorios para el Estado Chileno.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que los tratados sobre derechos humanos tienen como fin la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a otros Estados contratantes. En efecto la Convención Americana establece un régimen de protección internacional de carácter convencional, coadyuvante o complementario de lo que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos. Es precisamente la insuficiencia o ineficiencia de los recursos nacionales lo que explica y justifica la salvaguardia internacional.

El artículo 1 de la Convención Americana establece el compromiso de los propios Estados Parte de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda la persona que esté sujeta a su jurisdicción. El artículo 2 reconoce una regla básica del derecho internacional según la cual todo Estado Parte en un tratado tiene el deber jurídico de adoptar las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones conforme al tratado, sean dichas medidas legislativas o de otro orden.

En definitiva, cabe señalar que el carácter ejecutable por sí mismo de una norma internacional constituye, en definitiva, una cuestión regida por el Derecho Internacional, ya que se trata nada menos que del cumplimiento o la violación de una norma de Derecho Internacional.

ii. Opinión Tribunal Constitucional chileno

El Tribunal Constitucional chileno a la hora de determinar el alcance de los tratados sobre derechos humanos (y la Convención Americana) a la luz del artículo 5 inciso segundo, ha determinado que estos forman parte de la constitución y por ende un rango constitucional pero inferior y por ello supeditado a la propia constitución como la norma fundante y suprema del ordenamiento interno. Al respecto en la expresa “que, en este aspecto, es

relevante recordar que, aunque aparezca obvio, la norma constitucional reformada no consagró que los tratados internacionales sobre derechos esenciales tuvieran una jerarquía igual o superior a la Ley Fundamental”.

Luego en relación con los tratados a que se refiere esta norma, cabe señalar que su vigencia no obsta a la procedencia del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad conforme a las reglas generales. Lo anterior permite afirmar que la opinión del TC es que no estuvo en la mente del constituyente que los tratados no quedaran sujetos a la supremacía de la Constitución ni menos que su jerarquía permitiera enmendar normas de la Ley Fundamental, dado que si así no fuere carece de toda explicación lógica y jurídica que se hubiere afirmado que era procedente el recurso de inaplicabilidad de una norma de un tratado por ser contraria a la Constitución, habida consideración que dicho recurso reconoce como causa inmediata, precisamente, la prevalencia de la Constitución sobre la ley o el tratado.

El TC es contrario a admitir de rango constitucional originario a los tratados sobre derechos por cuanto señala “que, sostener que los tratados internacionales sobre derechos humanos puedan modificar la Constitución, conduce a que pierdan eficacia las disposiciones que permiten el control previo de constitucionalidad de los tratados (artículo 82, n° 2, de la Constitución) y el control a posteriori (artículo 80, de la Constitución)”, luego indica:

Que, igualmente quedaría sin sentido, parcialmente, el capítulo XIV de la Ley Fundamental sobre Reforma de la Constitución, si por la vía de los tratados internacionales sobre derechos humanos se pudiera enmendar su texto, [para finalizar concluyendo que] “analizadas las normas constitucionales pertinentes con un criterio armónico, sistemático y coherente, no es posible sostener que un tratado que verse sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana enmiende la Constitución en lo que sea contraria a ella o tenga igual jerarquía. De este modo, si dicho tratado contiene normas contrarias a la Carta Fundamental, solo podrá, válidamente, incorporarse al ordenamiento jurídico interno, previa reforma constitucional.⁴⁶⁹

3. Mecanismos internos de protección constitucional de derechos fundamentales en España y Chile

Los derechos fundamentales en la Constitución Española aparecen indicados en el título I “derechos y deberes fundamentales”, en el artículo 10.2; y luego en la sección 1ª del

⁴⁶⁹ Rol N° 346, Requerimiento de treinta y cinco Diputados con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad del Estatuto de Roma, que establece la Corte Penal Internacional. Considerandos 69 a 74.

capítulo II del título I “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas” donde se consagran aquellos que gozan de protección constitucional por intermedio del recurso de amparo constitucional. Luego en la sección 2ª, capítulo IV, del título I “De las garantías de las libertades y derechos fundamentales” consagra las vías jurisdiccionales de protección, a saber las garantías de amparo ordinario y el recurso de amparo constitucional.

Por otro lado, las garantías constitucionales de los derechos en el ordenamiento jurídico de Chile constan en los artículos 20 de la Constitución Política de Chile, que establece el recurso de protección, y en el auto acordado de la Corte Suprema sobre tramitación del recurso de protección de garantías constitucionales de 1992, modificado por el auto Acordado de 1998. Por otro lado, y de forma complementaria el artículo 21 de la Constitución regula el recurso de amparo, que junto a ley la ley orgánica constitucional 18.971 que establece el recurso de amparo económico, disponen los mecanismos de protección que a nivel constitucional garantizan los derechos fundamentales.

a) Recurso de amparo constitucional en España

El ámbito del recurso de amparo constitucional comprende los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en los arts. 14 a 29 y 30.2 de la Constitución, según señala el propio artículo 53.2 de su texto. Precisamente el artículo 42, del Capítulo I, denominado “De la procedencia e interposición del recurso de amparo constitucional”, de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, prescribe al efecto:

Uno. Los derechos y libertades reconocidos en los artículos catorce a veintinueve de la Constitución serán susceptibles de amparo constitucional, en los casos y formas que esta Ley establece, sin perjuicio de su tutela general encomendada a los Tribunales de Justicia. Igual protección será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo treinta de la Constitución.; Dos. El recurso de amparo constitucional protege, en los términos que esta ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior, originadas por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes; Tres. En el amparo constitucional no pueden hacerse valer otras pretensiones que las dirigidas a restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales se formuló el recurso.

En la Constitución española, las garantías jurisdiccionales resultan ser mecanismos de asistencia necesarios a fin de asegurar la efectividad de los derechos reconocidos constitucionalmente, debido a ello la CPE dispone como mecanismo de garantía el amparo constitucional. La Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, dispone en su título III, “Del recurso de amparo constitucional”, el que se ejerce frente a las violaciones de los derechos y libertades, originadas por las disposiciones, actos jurídicos,

omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes, a fin de restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales se formuló el recurso (artículo 41.2).

A su vez, el artículo 161 de la Constitución encarga al Tribunal Constitucional la protección de los derechos fundamentales únicamente establecidos en los artículos 14 a 29 y 30.2. De este modo, la tutela jurisdiccional de los derechos parte en primer lugar en los tribunales ordinarios, por medio de un procedimiento de amparo ordinario establecido en el artículo 53.2 de la CPE, de conformidad a los principios de preferencia y sumariedad, erigiéndose el TC como instancia superior, de carácter extraordinario y subsidiaria. El referido artículo 53.2 dispone al efecto que:

Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Como se ha señalado, no todos los derechos y deberes fundamentales (Título 1 de la CE) son susceptibles de ser recurridos en amparo, sino solo los previstos en los arts. 14 a 29 y 30.2 de la CE. En consecuencia, quedan fuera del ámbito de protección del recurso de amparo la sección 2º del Capítulo 2º del Título 1 (De los derechos y deberes de los ciudadanos), artículos 30 a 38, excepto el 30.2 en donde se recoge la objeción de conciencia, y entre los que destacan el derecho a la propiedad privada y el derecho a la herencia (art. 33 CE) a los que se ha desprovisto de este medio jurídico de protección a diferencia de lo que ocurre en Chile, artículo 19 N 24 de la CP de Chile, en donde se ha establecido como garantía del derecho de propiedad; también quedan excluidos del ámbito del recurso de amparo el Capítulo 3º del Título 1 de la Constitución (De los principios rectores de la política social y económica), artículos 39 a 52.

Empero, a pesar de la redacción del artículo 53.2 CE, ha sido la doctrina casuística del Tribunal Constitucional al delimitar el contenido de los derechos fundamentales la que ha ido definiendo, consiguientemente, el ámbito del recurso de amparo. En definitiva, el recurso de amparo se concede a los ciudadanos para recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en los arts. 14 a 29 y 30.2 CE, según claramente precisa el art. 53.2 de la misma, "por lo que no cabe dentro de la esfera de dicho proceso constitucional examinar derechos otorgados por otras normas distintas de aquellas, como sucede en el caso de examen en relación con el art. 9.3 sobre seguridad jurídica y 103.1 CE, pues ambas normas no conceden derechos fundamentales protegidos con dicho amparo"⁴⁷⁰, y debe declararse su inadmisibilidad cuando pretenden dirigirse contra supuestas violaciones de

⁴⁷⁰ Auto 362/1982, de 24 de noviembre y Auto 329/1982, de 27 de octubre.

los arts. 9 y 10 CE⁴⁷¹ cuando no plantean un tema de contenido constitucional referido a derechos y libertades, correspondiendo por tanto al ámbito de los jueces, tal como previene el art. 117.3 CE⁴⁷².

Seguidamente, para poder recurrir en amparo es necesario que se viole alguno de los derechos fundamentales reconocidos en los aludidos artículos 14 a 29 y 30.2 CE; ahora bien, la violación del derecho fundamental debe provenir de los poderes del Estado, de sus funcionarios y/o agentes, según se desprende del artículo 41.2 de la LOTC, que se ha interpretado por la doctrina como imposibilidad de recurrir de amparo las violaciones de derechos fundamentales y libertades públicas que tengan su origen en actos de particulares⁴⁷³ frente a una tesis minoritaria⁴⁷⁴ que entiende que, también, puede interponerse el recurso de amparo frente a violaciones de los derechos fundamentales por los particulares.

Por último, es necesario hacer presente que el titular que puede interponer el recurso. En efecto el artículo 53.2 CE prevé que:

Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos ... a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional". De esta redacción se desprende un criterio muy restringido en cuanto a la titularidad del ejercicio del recurso de amparo. El termino ciudadano hace referencia a personas físicas, nacionales y en plenitud del *status activus* (derecho de sufragio activo y pasivo, etc.). Pero, sin embargo, este criterio es mucho más amplio a tenor del art. 162.1 b) CE que establece que están legitimados para interponer el recurso de amparo "toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo...

De este modo, a modo de conclusión el recurso de amparo puede ser definido como aquel que, ubicado en la parte superior del sistema de protección constitucional de derechos fundamentales, se sustancia ante el Tribunal Constitucional, siendo interpuesto como última medida dado el agotamiento de la vía ordinaria previa por parte de quienes hayan estimado una violación de sus derechos fundamentales.

b) Recurso constitucional de protección y amparo en Chile

Según la Carta Fundamental chilena, el recurso de protección puede ser definido como una acción constitucional que cualquier persona puede interponer ante los tribunales

⁴⁷¹ Auto 371/1982, de 24 de noviembre.

⁴⁷² Vid. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, Francisco Jiménez. "Derechos Fundamentales y Libertades Públicas susceptibles de ser protegidos mediante el recurso de amparo". *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, 1985, vol. 10, pp. 1-22.

⁴⁷³ Vid. SALAS, Javier. "Protección judicial ordinaria y recurso de amparo frente a violaciones de libertades públicas". *Revista Española de Derecho Administrativo - REDA*, 1980, núm. 27, pp. 553-562; CANO MATA, Antonio. *El recurso de amparo*. Madrid: Edersa, 1983.

⁴⁷⁴ Vid. DE LA QUADRA SALCEDO, Tomás. *El recurso de amparo y los derechos fundamentales de la persona en las relaciones entre particulares*. Madrid: Civitas, 1981.

superiores, a fin de solicitarles que adopten inmediatamente las providencias que juzguen necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurarle la debida protección, frente a un acto u omisión arbitraria o ilegal que importe una privación, perturbación o amenaza al legítimo ejercicio de los derechos y garantías que el constituyente establece, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o de los tribunales correspondientes. Se trata de una acción constitucional y no de un recurso: ya que no tiene por objeto impugnar una resolución judicial, sino que se ponga en movimiento la jurisdicción a fin de conocer una acción u omisión ilegal o arbitraria que importa una privación, perturbación o amenaza a uno de los derechos que el constituyente establece, es decir tiene la naturaleza jurídica de una acción. La acción de protección solo protege los derechos mencionados en el artículo 20 CPR, así mismo como dispone su inciso 2° “procederá, también, el recurso de protección en el caso del N° 8 del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada”.

Asimismo, el recurso de amparo o *Habeas Corpus*, se encuentra regulado en el art. 21 CPR, en los arts. 306 a 317 Código de Procedimiento Penal y en el Auto Acordado de la Corte Suprema sobre tramitación y fallo del recurso de amparo. la acción constitucional que cualquier persona puede interponer ante los tribunales superiores, a fin de solicitarle que adopten inmediatamente las providencias que juzguen necesarias para reestablecer el imperio del derecho y asegurarle la debida protección al afectado, dejando sin efecto o modificando cualquiera acción u omisión arbitraria o ilegal que importe una privación u amenaza a la libertad personal o seguridad individual, sin limitaciones y sin que importe el origen de dichos atentados”. En otras palabras, es la acción que la CPR establece para tutelar la libertad personal frente a todo acto ilegal o arbitrario que represente una amenaza, perturbación o privación para el legítimo ejercicio de esta.

En la legislación chilena hay dos tipos de amparo: por un lado el *amparo correctivo*, que busca corregir un arresto, detención o prisión producida con infracción a la Constitución o a la ley, y por otro el *amparo preventivo*, que busca prevenir toda perturbación o amenaza a la libertad personal y seguridad individual.⁴⁷⁵

⁴⁷⁵ LEY FÁCIL. “Guía legal sobre: Recurso de amparo”. 11 de agosto de 2008, párr. 5-6. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/recurso-de-amparo>

4. La recepción y adecuación del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en el derecho español: principios de jerarquía normativa, de competencias y el canon de interpretación

a) La instauración y funcionamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la falta de transferencias competenciales explícitas conforme la Constitución Española

En la recepción del Derecho Internacional, el ordenamiento jurídico español descansa sobre la base de ciertos principios constitucionales que determinan su establecimiento. Especialmente en los de *jerarquía normativa* (artículos 9.3 CE y 1.2 del respectivo Código Civil) y *supremacía constitucional* (artículo 9.1⁴⁷⁶ en relación con títulos IX y X de la CE) se prevé que la Constitución se erige como la norma suprema de todo el ordenamiento jurídico. De esta forma, ninguna norma o disposición puede ser contraria ni estar por sobre ella, so pena de adolecer de inconstitucionalidad, gozando al efecto de eficacia normativa directa e inmediata, respecto de toda autoridad pública, jueces y tribunales que han de interpretar y aplicar las leyes de conformidad con la norma suprema fundante.

El artículo 9.1 de la CE consagra el principio de *supremacía constitucional* tanto en su esfera formal como material. La primera de ellas dice relación con su categoría de fuente de todas las fuentes del derecho interno y que goza de una especial rigidez. Ello pues regula todas las formas de producción de normas internas y luego, para poder modificarse, solo contempla un procedimiento de reforma que ella misma regula. Materialmente la Constitución limita el contenido de todas las demás normas que forman parte del ordenamiento jurídico español, tanto en su etapa inicial de elaboración como posterior a vigencia para su interpretación y aplicación conforme. Empero la Constitución no se encarga de conferir rango constitucional ni distinguir jerárquicamente a los tratados internacionales ratificados por el Estado y, salvo lo señalado en su artículo 10.2 (sobre el criterio de armonización respecto de tratados sobre derechos) tampoco trata de manera especial a los tratados relativos a derechos humanos. Por cuanto se desprende que todos ellos se encuentran subordinados a la Constitución, aun cuando dotados de validez suprallegal de conformidad a la Ley 25/2014⁴⁷⁷ de Tratados y otros acuerdos internacionales, la cual dispone que, en caso de conflicto con cualquier otra norma del

⁴⁷⁶ Artículo 9.1 de la Constitución Española dispone: “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”.

⁴⁷⁷ ESPAÑA. JEFATURA DEL ESTADO. Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros acuerdos internacionales. «BOE» núm. 288.

ordenamiento nacional, salvo de rango constitucional, prevalecerán por sobre ella (artículo 31 de la Ley 25/2014).

A su vez la Constitución Española se encarga de distinguir distintos tipos de tratados, a saber: primero respecto de aquellos por los cuales se atribuye a una organización internacional el ejercicio de competencias que le son derivadas de la propia Constitución, y que han de aprobarse mediante ley orgánica (artículo 93 de la CE). En efecto Canosa Usera⁴⁷⁸ precisa, que este precepto ha sido interpretado como reserva para la aprobación de tratados comunitarios en el marco de la aplicación de normativas provenientes de la Unión Europea, la que se diferencia de otras categorías no solo por su forma de aprobación sino que también por su especial finalidad: la de transferir poder político, o más expresamente, soberanía. En segundo lugar, el Artículo 94.1 de la Carta distingue el requisito de la previa autorización de las Cortes Generales para ciertos tratados de índole político, militar, que afecten a la integridad territorial o a los derechos fundamentales establecidos en el título I (es el caso de Convenio Europeo de Derechos Humanos). Y tercero aquellos grupos de tratados no contemplados en los casos anteriores, serán informados al Congreso y Senado respectivamente para su conclusión (artículo 94.2).

Como tratado internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos fue ratificado por España mediante instrumento publicado en Boletín Oficial con fecha 10 de octubre de 1979, de conformidad con el Artículo 94 de la CE. No fue por tanto ratificado por la vía del Artículo 93 CE y, como consecuencia, no fueron cedidas al TEDH ningún tipo de facultades inherentes a la potestad jurisdiccional del Estado, que en plenitud y exclusividad es ejercida hoy por jueces y tribunales del Poder Judicial, a quienes compete la potestad de conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (énfasis al principio de unidad jurisdiccional establecido en el Artículo 117 CE). Es por aquella razón que en definitiva el Tribunal Europeo carece de potestades jurisdiccionales con eficacia directa para hacer valer sus decisiones en el ordenamiento jurídico interno. Por su parte García Roca⁴⁷⁹ entiende que tanto desde el punto de vista de las *competencias* como desde la *jerarquía normativa* debiera acabar reconociéndose una aplicación preferente a los tratados internacionales sobre derechos humanos. Es decir que los tratados sobre derechos, en específico el Convenio Europeo de Derechos Humanos, exigen una categoría y/o jerarquía superior al de cualquier ley común interna, pero siempre eso si supeditada a la supremacía de la Constitución Española.

A pesar de no disponer de potestades jurisdiccionales directas, es posible apreciar la especial importancia que reviste el sistema del CEDH y el gran aporte de la jurisprudencia

⁴⁷⁸ CANOSA USERA, *El Control de Convencionalidad*, op. cit., pp. 84-87

⁴⁷⁹ GARCÍA ROCA, op. cit., pp. 52-53.

del Tribunal de Estrasburgo dentro del ordenamiento jurídico nacional, puesto que ellos han fijado los cimientos de la regionalización de los derechos y contribuido a definir el estándar de protección de los derechos en el derecho interno, por medio del establecimiento de unos parámetros mínimos comunes. Se trata pues de una garantía colectiva europea suplementaria, que surge como instancia regional más real y eficaz de protección internacional, que cubre la protección nacional de derechos, en que los Estados, incluido España desde 1996, están obligados a aceptar, y que por medio de las sentencias del TEDH es deber aceptar, como corolario del deber de cumplimiento del CEDH que les merece por adherir al mismo.

a) Ejecución y eficacia de las sentencias en el derecho español

Tras la ratificación del Convenio Europeo de Derechos Humanos por España en 1979, le fueron reconocidas las competencias atribuidas al Tribunal de Estrasburgo conforme dicho tratado, las que luego pasarían a ser obligatorias para todos los Estados Parte con la entrada en vigor del Protocolo Adicional N° 11⁴⁸⁰, ratificado por España mediante la fórmula de la autorización de las Cortes Generales lo que significa que, a contrario sensu, no fueron transferidas el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución ni menos potestades de carácter jurisdiccional, lo que conduce a que el TEDH “se configure como un órgano de autoridad, pero no de potestad, es decir de jurisdicción internacional (subsidiaria) pero no supranacional”⁴⁸¹.

De acuerdo a aquello, en la práctica el TEDH no dispone de competencias directas para anular las decisiones judiciales internas de tribunales españoles y por tanto no existe ninguna norma que obligue a ejecutar las sentencias condenatorias dictadas por el Tribunal de Estrasburgo. Distinto sería si se hubiese optado por la vía del artículo 93 ya que se permitiría ceder potestades jurisdiccionales al Tribunal Europeo y con ello la posibilidad de anular sentencias judiciales internas, inclusive leyes generales contrarias al Convenio, con lo que se garantizaría el carácter ejecutivo de sus sentencias. De esta forma sus potestades jurisdiccionales están determinadas en el Convenio Europeo y no en el ordenamiento jurídico nacional que, pese a estar sujeto a la observancia regional del Tribunal Europeo, no lo es por delegación de competencias sino más bien por la sujeción al mecanismo de garantía de derechos basados en el principio de subsidiariedad⁴⁸².

A nivel interno el contenido constitucional relativo a la administración de justicia, descansa en los principios de unidad jurisdiccional (artículo 117.5 CE) y la supremacía del Tribunal Supremo (TS) como el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (123.1 CE), conforme los cuales la

⁴⁸⁰ Protocolo Adicional N° 11 ratificado por España el 28 de noviembre de 1996 y publicado en el BOE de 26 de junio de 1988.

⁴⁸¹ RODRIGUEZ BOENTE, op. cit., pp. 99-100

⁴⁸² CÁRDENAS VELÁSQUEZ, op. cit., pp. 183-185.

exclusividad en el ejercicio de potestades jurisdiccionales excluye ser ejercida por otros órganos que no formen parte del poder judicial ni del ordenamiento jurídico español. La problemática entonces aun cuando no gira en torno a la cesión de soberanía en favor de los órganos regionales, sino más bien al ejercicio de competencias constitucionales para que el Tribunal de Estrasburgo pueda desarrollar las funciones jurisdiccionales (que le son propias) de manera directa. Deja de manifiesto la necesidad de implementar nuevas formas que permitan dar eficacia real al sistema en su conjunto a fin de resguardar la vigencia y atribuciones del órgano regional y con ello la tutela multinivel de derechos.

La ejecución de sentencias es la clave para mejorar el funcionamiento del sistema europeo de protección. Por lo que su ejecución voluntaria, cuando se actúa de buena fe, se convierte en manifestación del reconocimiento interno que se ha hecho de la jurisdicción internacional. De esta manera, el artículo 41 –de la satisfacción equitativa- dispone “si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante solo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa”. Luego el artículo 46.1 CEDH impone el deber de acatar las sentencias de la Corte Europea en todos los casos en que sean parte. Por lo que de ambos se desprende que la obligación de dar cumplimiento a las sentencias, tiene como resultado el que los mismos Estados tengan la opción (discrecionalidad) de elegir las medidas necesarias a adoptar en sus ordenamientos internos, reflejando el espíritu subsidiario que tiene la labor jurisdiccional de la Corte Europea.

La obligación en los Estados, de hacer ejecutar las decisiones del TEDH (artículos 46 y 53 del CEDH) recae sobre todas los poderes nacionales y sus autoridades públicas, y no solo en el Ejecutivo, sino que también a nivel judicial y legislativo. Esto quiere decir que no hay excusa para suspender la ejecución de un fallo, bajo el pretexto de estar a la espera de corregir, enmendar o reformar previamente la legislación vigente para corregir el error y poner fin a violación.

Aquello no puede llevar, sin embargo, a la suspensión de la sentencia por la espera de nueva regulación, sino que, dado el efecto directo de aplicación que tienen las sentencias del TEDH, la ejecución importa también no tener como excusa la aplicación de una norma que es contraria al Convenio y por ende viola derechos reconocidos en ellos, sino que precisamente lo contrario su inmediatez implica no aplicarla al caso concreto, por ser contraria al Convenio, para que en el intertanto el legislador nacional se encargue de propiciar una reforma normativa en abstracto (para cuando toca un problema de índole doméstico). Esto es precisamente lo que marcó tendencia a raíz de la sentencia STEDH Vermeire vs. Bélgica, 29 de noviembre de 1991, apartado 25⁴⁸³.

⁴⁸³ LAMBERT, op. cit., p. 8.

En España la intervención nacional se canaliza por medio de la instancia institucional de la administración del Estado, a cargo de la Abogacía General del Estado de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado, órgano directivo, encargado de los servicios de asistencia jurídica al Estado y otras instituciones públicas, con las competencias y funciones contempladas en el ordenamiento jurídico español. Entre sus funciones destaca la asistencia jurídica en materia de Derecho de la Unión Europea, así como la representación y defensa del Reino de España ante los órganos jurisdiccionales de la Unión Europea, ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y ante cualesquiera órganos internacionales competentes en materia de salvaguarda de los derechos humanos. Sus competencias y funciones se encuentran contempladas en la Ley 52/1997⁴⁸⁴, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, y en el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, aprobado por el Real Decreto 997/2003, de 25 de julio.

Sobre la materia, entre sus funciones destacan, la representación y defensa jurídica del Reino de España ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, correspondiéndole el estudio y preparación de informes, observaciones y memorias que hayan de presentarse ante aquél, de conformidad con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y sus protocolos (título I, capítulo I, artículo 1, numeral 3, literal m) del referido Reglamento). Además, en coordinación con el Ministerio de Justicia y su área internacional, se coordinan por sitio de internet las publicaciones de las sentencias dictadas por Estrasburgo respecto de las violaciones cometidas por el Estado y otros asuntos en que ha sido parte, vinculados al Convenio Europeo.

[Por su parte], el órgano encargado de coordinar la ejecución de las sentencias condenatorias del Tribunal de Estrasburgo es el Gobierno, a través del Ministerio de Justicia, que se encarga de la publicación de dichas sentencias en su Boletín de Información. Con cargo a los presupuestos de este Ministerio se pagan las indemnizaciones impuestas. Si se trata de medidas legislativas, se preparan también en el Ministerio las iniciativas correspondientes. Y si la vulneración se ha producido por una sentencia firme de los tribunales internos, se comunica la sentencia europea al Consejo General del Poder Judicial, al Tribunal Constitucional y al Tribunal Supremo.⁴⁸⁵

Ahora bien, desde su adhesión al Convenio en 1979, la jurisprudencia del Tribunal Europeo, en una especie de dialogo vertical, ha sido mayormente seguida como fuente jurisdiccional para el desarrollo interno del catálogo de los derechos, por las altas judicaturas nacionales, especialmente el TS y el TC. No obstante, es preciso determinar que

⁴⁸⁴ ESPAÑA. JEFATURA DEL ESTADO. Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas. «BOE» núm. 285.

⁴⁸⁵ CARMONA, Encarna. “La ejecución de sentencias del tribunal europeo de derechos humanos en España”. En: *Seminario internacional: “Impacto y desafíos de la supervisión de cumplimiento de sentencias de los tribunales regionales de derechos humanos”*. Heidelberg, Alemania: Instituto Max Planck, 18 y 19 de julio de 2016, p. 8.

durante muchos años en España no ha existido un procedimiento específico para que las víctimas de una vulneración de derechos reconocida por el Tribunal Europeo puedan lograr la reparación de esta en el ámbito interno. Más aún en el caso de que la sentencia europea pretendiese reabrir o anular una sentencia judicial firme. De este modo, la ejecución de sentencias se ha convertido en un elemento clave, no solo para el presente trabajo, sino para el funcionamiento y del desarrollo de la protección regional multinivel.

Desde esta perspectiva, la búsqueda hacia la ejecución de las sentencias del TEDH se ha llevado a cabo a través de distintos cauces procesales (siendo los más relevantes el ejercicio de la acción de amparo y el recurso de revisión anterior a la reforma de 2015) que en definitiva no han establecido una vía efectiva debido a los cambios de criterio de los tribunales internos (del Tribunal Constitucional especialmente) lo que determinaron que fuera necesario que el legislador arbitrara un mecanismo específico, como el Comité de Ministros del Consejo de Europa había recomendado, tal como fue la anunciada reforma a la ley del Poder Judicial de 2015, cuya vista será descrita más adelante.

5. La recepción y adecuación del Pacto San José de Costa Rica en el derecho nacional chileno: principio de supremacía constitucional y de jurisdicción única

a) Instauración conforme la Constitución chilena

Es necesario recordar la existencia del derecho a recurrir a la jurisdicción internacional cuando los derechos no son garantizados adecuadamente a nivel nacional. De este modo solo cuando el derecho a la jurisdicción (Art 19 N° 3 de la Constitución Chilena en armonía con el artículo 8° de la CADH) no existe o los procedimientos no son idóneos o efectivos, o ellos se hayan agotado, es posible recurrir a los mecanismos internacionales de protección. Así estos últimos son mecanismos subsidiarios y complementarios del Derecho Interno. El derecho nacional chileno establece mecanismos de protección interna: artículo 20: acción de protección.

En ese sentido, el inciso 2° del artículo 5 de la Constitución chilena incorporado en 1989, confirió a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos (incluida la CADH) en el ordenamiento interno de “jerarquía constitucional” a diferencia de otros tratados, especialmente porque los primeros constituyen un límite a la soberanía y, además, porque tales se diferencian de otros tratados tradicionales en la medida que no se establecen en beneficio de los Estados y sus intereses, sino que imponen el cumplimiento de ciertos deberes y obligaciones para con las personas que se encuentra bajo la jurisdicción nacional. En virtud del rango constitucional que disponen los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos se permiten adquirir derechos en contra de los Estados, que pueden ejercerse a través de mecanismos de protección internacional, resultando obligatorio para el país someter a conocimiento de la Comisión, y a su vez si procede, de la Corte toda

aquella actuación u omisión que vaya en contra de la Convención en el marco de la aplicación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Habiéndose entonces ratificado un tratado internacional en materia de Derechos Humanos, previa aprobación del Congreso, y siempre que el tratado se encuentre vigente en el ámbito internacional y nacional, los derechos asegurados en el tratado internacional serán incorporados al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la propia Constitución, de manera inmediata, no siendo necesario ningún trámite de reforma constitucional, dada su naturaleza y preeminencia frente al derecho interno. Los órganos del Estado deben garantizar los derechos introducidos por los tratados internacionales incorporados a la Constitución y adoptar todas las medidas legislativas o de otro carácter que se requieran para ese fin y tienen prohibida toda acción u omisión que lesione tales derechos. Si por un hecho imputable al Estado se ha vulnerado un derecho protegido, el Estado tiene la obligación internacionalmente exigible de restablecer el derecho infringido, indemnizar los daños y sancionar a los responsables, en caso contrario queda abierto el camino de la protección internacional.

Las decisiones judiciales internas del Estado, al interpretar en forma incorrecta las normas de un tratado de Derechos Humanos, dejan de cumplir con la obligación internacional del Estado y comprometen su responsabilidad, ya que los tribunales nacionales no son los últimos intérpretes de la obligación de los Estados en materia de Derechos Humanos. Los últimos intérpretes en esta materia son los Tribunales Internacionales, en el ámbito americano, la Corte Interamericana. Lo anterior implica un mejoramiento en la seguridad y garantía de los derechos en Chile, ya que estos no son una creación del Estado ni del Constituyente, sino que son inherentes al ser humano -visión iusnaturalista de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana-⁴⁸⁶. Corresponde al Estado solo protegerlos y tutelarlos, constituyendo un límite a la soberanía y a la potestad del Estado. No obstante ello también implica un reconocimiento de que el sistema interno de protección de Derechos es insuficiente por sí solo para cumplir con el compromiso internacional de los Estados hacia la universalización de los derechos humanos, en cuyo caso los mecanismos de protección requieren ser revisados constantemente y tener una mayor supervisión y control por parte de órganos supraestatales frente a las denuncias de las víctimas.

Aun cuando exista reconocimiento expreso de la jerarquía constitucional de la Convención y demás tratados sobre derechos humanos, el instrumento en que consta la ratificación a la Convención Americana de Derechos Humanos y aceptación de la

⁴⁸⁶ Véase también VANOSSI, Jorge y DALLA VIA, Alberto. *Régimen Constitucional de los Tratados*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000, p. 25; RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro. “Jerarquía Normativa de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos”. *Ius et Praxis*, vol. 2, núm. 2, pp. 101-112; VIRALLY, Michel. *El Devenir del Derecho Internacional. Ensayos escritos al correr de los años*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 164-189.

competencia contenciosa de la Corte por parte del Estado de Chile, expresa en el párrafo segundo de su letra b) que “al formular las mencionadas declaraciones, el Gobierno de Chile deja constancia que los reconocimientos de competencia que ha conferido se refieren a hechos posteriores a la fecha del depósito de este instrumento de ratificación o, en todo caso, a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior al 11 de marzo de 1990”. Esto limita ciertamente la potestad jurisdiccional de que dispone la Corte en razón del tiempo, para conocer, juzgar y condenar al Estado por las violaciones masivas y desapariciones forzosas que ocurrieron durante la dictadura militar (con anterioridad a la entrada en vigencia de la Convención), dejando entrever un velo de impunidad respecto de numerosos casos que a la fecha no han podido ser investigados.

Las convenciones internacionales referentes a derechos humanos, a las que se refiere el artículo 5° inciso 2° CPR, califican a los derechos en ellos reconocidos y garantizados como derechos “inherentes a la persona humana” o “atributos de la persona humana” tal es el caso del Preámbulo de la Convención Americana de Derechos Humanos, que los define como atributos de la persona humana, del Preámbulo común al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas; del Preámbulo de la Convención contra la Tortura y Tratos y Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; como en la generalidad de las convenciones internacionales sobre la materia, siendo todos ellos derechos esenciales, universales e inherentes a la persona humana. De allí se deriva su obligatorio respeto, garantía y promoción, por todos los órganos estatales. Asimismo, los enunciados normativos de derechos contenidos en diversos tratados internacionales contribuyen a delimitar mejor y asegurar en mayor grado derechos esenciales que lo que realizó el constituyente chileno de 1980, o garantizándolos en mejor forma.

El Estado, a través de sus órganos y agentes, tiene la obligación de *respetar* los derechos, vale decir, la obligación negativa del Estado y de sus órganos de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos. El ordenamiento jurídico completo debe ordenarse con el objeto de asegurar el efectivo goce de los derechos humanos a las personas que se encuentran dentro de su territorio y jurisdicción, siendo ilegítima e ilícita las acciones u omisiones de sus agentes, que en el ejercicio de sus competencias y atribuciones (desviación de poder), o fuera de ellas (abuso de poder), violen tales derechos.

La obligación del Estado de garantizar los derechos le exige a este asegurar la eficacia práctica de los derechos humanos con todos los medios a su alcance, estableciendo instituciones y procedimientos normativos y jurisdiccionales que permitan superar las amenazas, perturbaciones o privaciones al ejercicio de tales derechos por las personas, restableciendo el derecho, reparando los daños causados, investigando seriamente los hechos para establecer la verdad, determinar los responsables y aplicarle las sanciones pertinentes, civiles, penales y administrativas.

Como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la segunda obligación de los Estados Parte en la CADH, es la de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Parte 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. Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos (caso Godínez Cruz, Sentencia de fecha 20 de enero de 1989, Serie C, número 5, párrafo 166).

La obligación de "promover" los derechos, asumida por la Carta Fundamental chilena en su artículo 5° inciso 2°, establece el deber para los órganos del Estado y los poderes públicos de contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que ellos representan, aún en el caso de que no exista una pretensión subjetiva. El deber de promover los derechos también se concreta a través de una adecuada interpretación de ellos ya que los derechos no son las normas, por tanto, cuando faltan normas debe producirse la integración para suplir la falta de reconocimiento normativo y no afirmar que porque no hay norma no hay derecho. El operador jurídico debe tener la flexibilidad de buscar una solución acorde con el espíritu del sistema de derechos, de acuerdo con su objeto y su finalidad, teniendo en consideración el contexto y la razón histórica, como asimismo los valores que explicita el sistema jurídico. Ello implica negar la posición reduccionista y mezquina para la protección de la persona y de sus derechos esenciales. El derecho constitucional exige a los agentes y órganos del Estado una función promocional, debiendo promover condiciones más humanas de vida y removiendo obstáculos para hacer efectivas la dignidad de la persona, la libertad y la igualdad, con miras a la plenitud del ejercicio de los derechos.⁴⁸⁷

En tal sentido, la totalidad de las normas sobre derechos esenciales o humanos contenidas en nuestro ordenamiento jurídico deben ser interpretadas armónicamente con las respectivas fuentes normativas de derecho interno como las fuentes convencionales internacionales (que son, a la vez, derecho interno, ya que se han incorporado tales derechos por mandato del constituyente originario a nuestro orden jurídico, constituyendo límites a la soberanía), con las claves hermenéuticas del Derecho de los derechos humanos y sus órganos de aplicación, en especial, en el ámbito regional americano, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Hoy el protector por excelencia de los derechos humanos es la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos, el legislador posee solo un margen para la

⁴⁸⁷ NOGUEIRA, Humberto. "Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia". *Ius et Praxis*, 2003, vol. 9, núm. 1, párr. 112-113.

regulación del ejercicio de los derechos esenciales. A su vez, el artículo 19 N° 26 de la Carta garantiza:

La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen garantías que esta establece o que las limiten en los casos que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

Incorporando a nuestro orden jurídico la garantía constitucional del contenido esencial de los derechos tal como lo establecieron anteriormente las Constituciones de Alemania, Portugal y España en Europa.

Ahora bien, la supremacía constitucional no se limita únicamente a las fronteras internas, estableciendo un límite respecto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Al contrario, debe expresarse fuera de la esfera interna y recepcionar las virtudes que el DIDH ofrece, sin reduccionismos ni paradigmas que desconozcan valores, principios, objeto y fin del sistema universal y regional de los derechos humanos, bajo el contexto de las reformas a la Constitución chilena de 1989. Por ende, resulta necesario asumir, de buena fe, que el sistema interno de derechos se refuerza y fortalece con la fuente internacional, tal fue el objeto de la reforma constitucional al artículo 5° inciso 2° en 1989, cuya virtud reconoce precisamente el accionar el empobrecido catálogo de derechos contenido en el texto fundamental originario de 1980.

En la medida que los derechos humanos sean inherentes a la dignidad de persona humana, la regla general es que estos no dependen de la nacionalidad ni del territorio, ya comporta un atributo del ser humano como tal. Ahora bien, como corolario de su reconocimiento, importan también establecer ciertos márgenes o límites a la actividad de los gobiernos, más bien a la soberanía estatal, no pudiendo ser ejercida para justificar su vulneración, menos para impedir su protección internacional. En tal sentido los gobiernos y administraciones estatales no pueden excusarse e impedir su libre ejercicio, tampoco disponer limitaciones que afecten su esencia. Toda carta fundamental debe recoger mecanismos y garantías establecidas para asegurar la protección y garantizar el ejercicio efectivo de los derechos humanos de todos quienes habitan un determinado territorio sin distinción. Esta perspectiva está expresamente asumida por la Constitución chilena, en su artículo 5°, inciso 2° al disponer que "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana"⁴⁸⁸.

La inviolabilidad de los derechos esenciales indica que todas las personas tienen derecho a que se le respeten sus derechos fundamentales, vale decir, que no pueden ser desconocidos

⁴⁸⁸ Esta perspectiva es consistente y armónica con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, artículo 2° y la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 1°, los cuales sostienen que todos y cada uno de los seres humanos son titulares de derechos, con independencia de su raza, color, sexo, religión, ideología, nacionalidad o condición social.

por ninguna persona, grupo, agente u órgano del Estado en ninguna circunstancia; la irrenunciabilidad de los derechos significa que ellos son consubstanciales a la dignidad humana, por tanto, ningún ser humano puede hacer abandono de ellos; la imprescriptibilidad de los derechos implica que el no ejercicio circunstancial de algún derecho no impide su goce y ejercicio posterior, sin que nadie pueda impedirlo; la interdependencia de los derechos conlleva la idea de que todos los derechos constituyen un sistema en el que se retroalimentan y limitan recíprocamente; la irreversibilidad de los derechos es una característica fundamental de los derechos humanos, que consiste en la imposibilidad de desconocer la condición de un derecho como inherente a la persona humana, una vez que el Estado los ha reconocido a través de un tratado internacional, ya que ellos son inherentes a la persona y el texto constitucional y el procedimiento señalado por este solo los asegura y garantiza: el carácter de derecho inherente a la persona no es reversible en cuanto al derecho en sí, quedando implícitamente incluido de manera permanente como derecho constitucional, ya que ni el tratado ni la Constitución los crea. Es inconcebible para la dignidad humana, que lo que hoy se reconoce como un atributo inherente a la persona, mañana pudiera dejar de serlo por una decisión gubernamental.⁴⁸⁹

b) Ejecución y eficacia de las sentencias en el derecho chileno

El artículo 65 de la Convención Americana dispone: “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.” La Corte ha dispuesto que su capacidad para hacer ejecutar sus decisiones se basa principalmente en los artículos 33⁴⁹⁰, 62.1, 62.3⁴⁹¹ y 65 de la CADH, en consonancia con el artículo 30⁴⁹² de su Estatuto y lo dispuesto en el artículo 31.1 de la

⁴⁸⁹ NOGUEIRA, párr. 121-125.

⁴⁹⁰ Artículo 33 CADH: Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Parte en esta Convención: a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión, y b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte.

⁴⁹¹ Artículo 62 CADH: 1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.

2. La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de esta a los otros Estados Miembros de la Organización y al Secretario de la Corte.

3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Parte en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

⁴⁹² Artículo 30 Estatuto COIDH. Informe a la Asamblea General de la OEA: 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

Convención de Viena (principio de buena fe internacional). Esta facultad no tenía, en sus orígenes, un respaldo convencional ni reglamentario expreso, por cuanto mediante la construcción jurisprudencial fue sustentado su labor en el ejercicio del cumplimiento y ejecución de sus fallos. Ello deriva de la primera sentencia que la Corte pronunció sobre el cuestionamiento de un Estado al ejercicio de la competencia del Tribunal para supervisar el cumplimiento de sus sentencias, en el caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, sentencia de 28 de noviembre de 2003⁴⁹³.

Seguidamente, el artículo 68 de la referida Convención, dispone primero que “los Estados Parte en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”, para luego precisar que “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”. De esta manera, las sentencias emitidas por la Corte IDH resultan ser definitivas, inapelables y cuentan con carácter vinculante para el Estado parte del caso en particular (artículos 67 y 68.1).

De esta manera el cumplimiento de las sentencias se rige por lo dispuesto en el derecho internacional. Aun cuando, tales decisiones carecen de imperio al interior de los Estados Parte de la CADH que han reconocido su competencia contenciosa. Sumado a ello, la Corte IDH tampoco tiene competencia para ejecutar o hacer cumplir lo fallado, a menos que los Estados lo hayan dispuesto de esa forma en su derecho interno.

En efecto, la Convención Americana no estableció un órgano específicamente encargado de supervisar el cumplimiento de las sentencias emitidas por la Corte, como sí lo dispuso la Convención Europea. En la preparación de la Convención Americana se siguió el esquema adoptado por la Convención Europea, en lo relativo a los órganos competentes y a los mecanismos institucionales; sin embargo, es claro que al regular la supervisión del cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana no se contempló que la Asamblea General de la OEA o el Consejo Permanente de la OEA desempeñaran una función semejante a la del Comité de Ministros en el sistema europeo⁴⁹⁴.

Por ende, a diferencia de lo que ocurre con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴⁹⁵ (donde la supervisión del cumplimiento de sus decisiones las realiza un órgano político distinto, llamado Comité de Ministros del Consejo de Europa, por mandato expreso del Convenio), la Corte ejerce su potestad supervisora por voluntad propia, esto es, en ejercicio de la determinación de su propia competencia, ya que a falta de indicación expresa

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.

⁴⁹³ Sentencia CoIDH. caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá* op. cit.

⁴⁹⁴ *Ibíd.*, párr. 88.

⁴⁹⁵ Artículo 46.2 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y Libertades Fundamentales, dispone: “2. La sentencia definitiva del Tribunal se transmitirá al Comité de Ministros, que velará por su ejecución”.

en la Convención, a la luz de sus disposiciones fundamenta su actuar en la interpretación que hace del artículo 65 de la CADH. En este sentido la Corte prescribe que, “como todo órgano con funciones jurisdiccionales, tiene el poder inherente a sus atribuciones de determinar el alcance de su propia competencia. Los instrumentos de aceptación de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (artículo 62.1 de la Convención) presuponen la admisión, por los Estados que la presentan, del derecho de la Corte a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción, como lo es en este caso la función de supervisión del cumplimiento de sus sentencias. Una objeción o cualquier otra actuación del Estado realizada con el propósito de afectar la competencia de la Corte es inocua, pues en cualesquiera circunstancias la Corte retiene la *compétence de la compétence*, por ser maestra de su jurisdicción”⁴⁹⁶.

La Corte ha manifestado que:

La jurisdicción comprende la facultad de administrar justicia; no se limita a declarar el derecho, sino que también comprende la supervisión del cumplimiento de lo juzgado. Es por ello necesario establecer y poner en funcionamiento mecanismos o procedimientos para la supervisión del cumplimiento de las decisiones judiciales, actividad que es inherente a la función jurisdiccional. La supervisión del cumplimiento de las sentencias es uno de los elementos que componen la jurisdicción. Sostener lo contrario significaría afirmar que las sentencias emitidas por la Corte son meramente declarativas y no efectivas. El cumplimiento de las reparaciones ordenadas por el Tribunal en sus decisiones es la materialización de la justicia para el caso concreto y, por ende, de la jurisdicción.⁴⁹⁷

Por cuanto para hacerlas efectivas ha de ser necesario instruir un adecuado procedimiento de cumplimiento, ejecución y supervigilancia.

La Corte estima que la voluntad de los Estados, al aprobar lo estipulado en el artículo 65 de la Convención, 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 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., luego, para determinar el alcance de lo dispuesto en los artículos 33, 62.1, 62.3 y 65 de la Convención Americana, así como en el 30 del Estatuto de la Corte, y para cumplir adecuadamente con la obligación de supervisar el cumplimiento de sus decisiones, la Corte ha observado las directrices de interpretación establecidas en la Convención Americana y en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, así como también ha

⁴⁹⁶ Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, op. cit., párr. 68.

⁴⁹⁷ *Ibíd.*, párr. 72.

tomado en consideración la naturaleza y los valores comunes superiores en que se inspira la Convención⁴⁹⁸.

Igualmente, la facultad de la Corte para supervisar el cumplimiento de sus sentencias y el procedimiento adoptado para ello también encuentra su fundamento en la práctica constante y uniforme de la denominada *opinio juris communis* de los Estados Parte en la Convención, respecto de los cuales la Corte ha emitido diversas resoluciones sobre cumplimiento de sentencia. En efecto:

La *opinio juris communis* es la manifestación de la conciencia jurídica universal a través de la observancia, por la generalidad de los miembros de la comunidad internacional, de una determinada práctica como obligatoria. Esta se ha manifestado en que dichos Estados han mostrado una actitud generalizada y reiterada de aceptación de la función supervisora de la Corte, lo cual se ha visto clara y ampliamente demostrado con la presentación por parte de estos de los informes que la Corte les ha solicitado, así como con la observancia de lo resuelto por el Tribunal al impartirles instrucciones o dilucidar aspectos sobre los cuales existía controversia entre las partes, relativos al cumplimiento de las reparaciones.⁴⁹⁹

Sin embargo, aun cuando existan estas disposiciones, ellas pueden no bastar para el cumplimiento cabal de las sentencias que exige el Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos. Por tanto resulta menester elaborar otras formas de asegurar el cumplimiento de los fallos por parte de los Estados, particularmente respecto de aquellas sentencias que imponen la reparación de medidas no patrimoniales o indemnizatorias y el compromiso internacional de ejecutarlas y hacerlas cumplir.

En lo que toca la realidad chilena, el cumplimiento de las sentencias se canaliza por la vía institucional, esto es por medio de un órgano público designado, en este caso el Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, por intermedio de la Comisión de Derechos Humanos, organismo encargado en Chile de los derechos humanos. Como lo dice nuestra Carta Fundamental en su artículo 32 número 15, es una facultad exclusiva del Presidente de la República “Conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, y llevar a cabo las negociaciones; concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país”. Para realizar estas funciones el Presidente cuenta con el Ministerio de Relaciones exteriores, que es el Departamento de Estado encargado de la planificación, dirección, coordinación, ejecución, control e información de la política exterior que formule el Presidente de la República.. Dentro del Ministerio de Relaciones exteriores, la Dirección de Derechos Humanos es la encargada de coordinar la acción internacional de Chile en materia de derechos humanos.

⁴⁹⁸ *Ibíd.*, párrs. 90-91.

⁴⁹⁹ *Ibíd.*, párr. 102.

En Chile por tanto el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene pleno reconocimiento como consecuencia de la aplicación directa de las normas contenidas en la Convención Americana, de acuerdo a lo premunido por el artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución. Relativo a la forma en que debe ejecutarse el fallo, la CADH solo se regula respecto de la indemnización compensatoria y señala que esta podrá ejecutarse en el respectivo país, bajo el procedimiento interno vigente para la ejecución interna de las sentencias contra el Estado. En el caso de Chile, dicho procedimiento no se encuentra reglado y se realiza de una manera similar a lo establecido por el artículo 752 del Código de Procedimiento Civil, que regula el decreto de pago.

El procedimiento para perseguir dicho cumplimiento satisfactorio –en la parte que importa únicamente la indemnización compensatoria- se inicia con la notificación al Estado de Chile de una sentencia de la Corte Interamericana, se inicia un procedimiento en que el Ministerio de Relaciones Exteriores convoca de forma inmediata al Ministerio de Justicia, para dar cumplimiento a la resolución de la Corte que dispone una indemnización. El Ministerio de Justicia, emite directamente a Tesorería General de la República un decreto exento ordenando hacer el pago de tal indemnización, en cumplimiento de lo preceptuado por su Ley Orgánica Artículo 2º.

Ahora bien, sobre el procedimiento general para disponer el cumplimiento del fallo regional, el 6 de diciembre de 2006, se dictó en el Decreto Ley N°323 que crea la “Comisión coordinadora para dar cumplimiento a las obligaciones del Estado de Chile en materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. El objetivo de esta institución, es servir de instancia de coordinación, de acuerdo a los requerimientos internacionales, en la entrega de antecedentes (Decreto Ley 3346, Ley Orgánica del Ministerio de Justicia, artículo 2º) que deben aportar los organismos públicos para elaborar las respuestas que el Estado de Chile, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores. Ella debe proporcionar a los diversos mecanismos internacionales de supervisión, promoción y protección del derecho internacional de los derechos humanos, tanto a nivel Universal como Interamericano, sin perjuicio de aquellos casos en que las normas legales o tratados internacionales puedan imponer directamente a un órgano del Estado aportar la información que se les requiera en la materia.

Tal procedimiento, que se realiza para dar cumplimiento a lo ordenado por la Corte, se inicia con la notificación al Estado de Chile de la resolución que condena al Estado. Posteriormente se convoca a un Comité Interministerial de acuerdo a lo estipulado en el Decreto N° 323 de 2006, con los Ministerios y Organismos que deben realizar los trámites necesarios para dar cumplimiento a lo ordenado. El procedimiento siguiente, depende de la posibilidad de dar cumplimiento de inmediato a lo ordenado por la Corte o si es necesaria alguna reforma legal. Si es posible dar cumplimiento de inmediato, se da término al procedimiento y se informa a la Corte. Pero si no es posible dar cumplimiento de inmediato se mantiene contacto con el Ministerio, Organismo, el Congreso. Mientras se encuentre

pendiente el cumplimiento, se mantiene la comunicación para presionar de alguna manera a los organismos encargados de realizar la modificación que se requiera. Además, es necesario mantener la información actualizada para entregar informes de cumplimiento a la Corte cuando ella lo solicite. Todo este proceso se realiza a través de la Dirección de Derechos Humanos, representada por el Director de Derechos Humanos.

CAPÍTULO IV: EL IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA REGIONAL EN LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS EN ESPAÑA Y CHILE

Básicamente, el criterio utilizado para la selección de los casos tiene por fundamento una temática que resulta ser clave para el progreso en la aplicación regional de los Derechos Humanos en los respectivos países. Por ello desde una óptica judicial nos hemos centrado principalmente en el impacto que ha tenido la ejecución de las sentencias de los tribunales regionales de protección en los ordenamientos respectivos, atendida la consideración y doctrina jurisprudencial interna. De esta manera, lo novedoso del presente planteamiento destaca en particular el desarrollo de la ejecución en sí misma. Es decir, desde su suficiencia y eficacia hemos centrado el estudio en la problemática que significa en el plano nacional la inexistencia de un procedimiento uniforme que acceda a la ejecución y las posibles vías de solución que han sido utilizadas en el camino.

La recepción sustantiva de los derechos humanos, a saber las sentencias regionales de las cortes regionales, supone la incorporación de los derechos y estándares desarrollados en el ámbito regional para resolver cuestiones internas de los Estados. Esa etapa está marcada por dos procesos: primeramente, el impacto normativo y luego por el impacto a nivel jurisprudencia. Tanto la normativa regional como la jurisprudencia de sus órganos de control han ido estableciendo y desarrollando estándares mínimos obligatorios para los países en aspectos vinculados por ejemplo al debido proceso y garantías de un juicio justo (recepción sustantiva).

En razón de ello es que el presente capítulo ha considerado una revisión depurada de aquellos casos considerados relevantes, principalmente por su impacto en el derecho interno, a consecuencia de la ejecución, abarcando hechos relevantes, la problemática jurídica circunscrita, las medidas que han trascendido al caso en concreto, así como la forma en que internamente los tribunales desarrollan diversas vías para dar ejecución, entreviendo con ello cierto progreso “*normativo-doctrinario*” relativo a los mecanismos procesales disponibles para tales efectos.

Por otra parte, creemos que la relevancia de la revisión jurisprudencial de algunos de los casos ante el TEDH y la CoIDH, supone la necesaria revisión de aquellas vulneraciones “comunes” de derechos, vinculados más bien a aspectos del debido proceso, y que de alguna forma nos permite comprender el contenido de estos desde una perspectiva comparada. Así las cortes regionales comparten ciertos postulados comunes en la mayoría de los asuntos que se elevan por violación de garantías procesales. Además, hacer presente la revisión de casos emblemáticos, cuya ejecución ha supuesto importantes compromisos no solo gubernamentales, sino que también de orden legislativo y judicial. Se han promovido reformas legales, reglamentarias y criterios para una debida ejecución de las sentencias por parte de los altos tribunales nacionales.

De este modo, el presente análisis de casos nos ha abierto el tema hacia la influencia que ha tenido la jurisprudencia regional en las decisiones judiciales internas, adecuación de criterios a la luz de los convenios y lo relevante es destacar que fruto del presente avance hemos podido identificar otra arista de la influencia que ha tenido la ejecución de las sentencias regionales en el plano interno. Es decir que aborda más que el aspecto de la implementación de un mecanismo para la revisión de las sentencias regionales en el plano interno, sino que desde la perspectiva del impacto que han tenido las decisiones y jurisprudencia de las cortes regionales a nivel nacional y que evidentemente va más allá del caso en concreto.

Al efecto, la revisión de aquella jurisprudencia relevante ha sido de gran impacto en el plano jurisdiccional interno, ya que más allá de dar solución al caso en concreto, restableciendo a la víctima, ha sido posible trascender su esencia y ser aplicada a otras situaciones similares en donde se ha replicado el uso de esos criterios jurisprudenciales internacionales para justificar y argumentar las decisiones tomadas a nivel judicial interno (protección multinivel).

En este contexto, el ejercicio de la actividad jurisdiccional reconoce un mínimo en cuanto a los estándares que en materia de derechos humanos se recogen de las sentencias regionales, que se instalan como práctica seguida por los altos tribunales nacionales, siendo aquello un reflejo de la obligatoriedad y cumplimiento que imponen no tan solo los convenios regionales sino que también la jurisprudencia de las cortes que muchas de las veces definen el contenido de los derechos humanos recogidos en las cartas constitucionales.

Por lo tanto, la influencia no solo va en la línea normativa en orden a diligenciar la implementación de nuevas medidas para la revisión de las sentencias en el plano interno y otras eventuales reformas legales que inclusive han significado la revisión de la propia carta fundamental (en Chile), sino que además hace eco de los esfuerzos de la judicatura interna, imponiendo la necesidad de la revisión a fin de dar cabida al cumplimiento de las sentencias de los tribunales regionales de derechos humanos.

1. Los derechos vulnerados por el Estado español en los casos sometidos ante el TEDH

Como ya se hizo referencia en los capítulos anteriores, a diferencia de lo que ocurre en el Sistema Interamericano de protección, el mecanismo de ingreso de demandas para ante la Corte Europea, se gestiona de forma directa, es decir, la víctima puede recurrir sin mediar intervención de entidad previa -como ocurre con los ingresos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos-. De este modo no existe examen previo e intermediación en el evento de hacer valer una violación de derechos. Por lo tanto, bajo el sistema de protección Europeo, las denuncias y/o demandas ingresan directamente a

conocimiento del Tribunal regional, acorde a lo dispuesto en el Protocolo N° 11 del CEDH⁵⁰⁰, el que desde el año 1994 modificó el funcionamiento y estructura del TEDH- y cuyo propósito fue descongestionar el sistema frente al abultado número de ingresos a los que era sometido- y con ello volverse un órgano más dinámico, expedito, eficiente y accesible a las víctimas, suprimiendo de esta forma la figura de la ex-Comisión Europea, que funciono como tal hasta el año 1998, para dar plena capacidad procesal a los peticionarios –*ius standi*–.

Respecto de la titularidad, como se advirtiere, toda persona física o jurídica puede ejercer su derecho de demanda individual sin que la nacionalidad, el lugar de residencia, el estado civil, la situación o la capacidad jurídica sean tenidos en cuenta. El artículo 34 del CEDH establece el derecho de demanda individual, entraña un verdadero derecho de acción del individuo a nivel internacional, constituye, además, uno de los pilares esenciales de la eficacia del sistema del Convenio⁵⁰¹. Además, la protección del Convenio puede ser invocada en contra de un Estado parte por cualquier particular en la medida en que la violación alegada tenga lugar en los límites de la jurisdicción de ese Estado, de conformidad con el artículo 1 del CEDH.

Luego, el artículo 35 § 1⁵⁰² del CEDH establece las condiciones de admisibilidad, basadas en los principios de derecho internacional generalmente reconocidos. La obligación de agotar las vías de recurso internas forma parte del derecho internacional consuetudinario y ha sido reconocida como tal por la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia y también en otros tratados internacionales relativos a los derechos humanos: el Pacto internacional relativo a los derechos civiles y políticos y su protocolo facultativo, la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 46) y la Carta africana de los derechos humanos y de los pueblos (artículos 50 y 56 § 5). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos pretende desempeñar un papel subsidiario en relación con los sistemas nacionales de protección de los derechos humanos, y es conveniente que los tribunales nacionales tengan inicialmente la posibilidad de resolver las cuestiones referidas a la compatibilidad del derecho interno con el Convenio.

La finalidad de la regla del agotamiento de las vías internas de recurso consiste en reservar a las autoridades nacionales y, ante todo, a los tribunales la ocasión de prevenir o remediar las presuntas violaciones del Convenio.

⁵⁰⁰ Protocolo número 11 al Convenio Para la Protección de los derechos humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la reestructuración del mecanismo de control establecido por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Estrasburgo, 11 de mayo de 1994).

⁵⁰¹ Forma parte «de las claves del mecanismo» de salvaguarda de los derechos humanos (Loizidou c. Turquie (excepciones preliminares), § 70; Mamatkulov y Askarov c. Turquie [GC], §§ 100 y 122).

⁵⁰² Artículo 35 § 1 – Condiciones de admisibilidad 1. Al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recurso internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la resolución interna definitiva.

Se basa en la hipótesis, reflejada en el artículo 13, de que el ordenamiento jurídico interno asegurará una vía efectiva de recurso contra las violaciones de los derechos consagrados por el Convenio. Es este un aspecto importante del carácter subsidiario del mecanismo instaurado por el Convenio.⁵⁰³

En materia de sentencias, la declaratoria de condena contiene un mandato ejecutivo no explícitamente previsto en las disposiciones del respectivo Convenio, sino más bien en una interpretación expansiva del mismo, en ciertos casos, cuando el Tribunal, junto a la declaración de una violación del Convenio y eventualmente, del otorgamiento de una satisfacción equitativa, procede a dictar en su fallo las medidas específicas en el caso individual, que deben adoptarse en ejecución de sus sentencias, indicando que se trata de medidas obligatorias⁵⁰⁴.

En ese sentido, con respecto a la realidad Española, en el caso *Del Río Prada contra España* (2013), el Tribunal dictó un mandato de liberación de la recurrente, indicando que “teniendo en cuenta las particulares circunstancias del caso y la urgente necesidad de poner fin a las violaciones del Convenio que ha verificado, considera que es deber del Estado demandado asegurar que la demandante sea puesta en libertad lo antes posible”. En efecto, la sentencia se hizo pública el 21 de octubre de 2013, es decir, al día siguiente la demandante fue puesta en libertad en virtud de una decisión unánime del plenario de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. En su reunión de 5 de diciembre del mismo año, el Comité de Ministros del Consejo de Europa. “Tomó nota de que la demandante fue puesta en libertad el 22 de octubre de 2013 tras una decisión de la Audiencia Nacional, y da la bienvenida la respuesta dada a la medida urgente individual indicada por el Tribunal Europeo”.

a) Consideraciones sobre los derechos vulnerados por el Estado Español en los casos sometidos ante el TEDH

Durante el desarrollo del presente trabajo se ha precisado que los sistemas de protección regional actúan en concomitancia al principio de subsidiariedad. Tratándose del SEDH, conviene hacer presente que, como se esbozaron en punto anterior, corresponde primeramente a los Estados parte del CEDH garantizar su aplicación, por lo que el Tribunal Europeo únicamente actuará para cuando los Estados no hayan cumplido su obligación o se alegue cumplimiento tardío y/o imperfecto. De esta manera, el control regional se activa por medio de demandas individuales interpuestas por cualquier persona que se encuentre en la jurisdicción de los Estados parte del Convenio, tras haberse verificado el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad. Por consiguiente, las acciones ingresan para conocimiento del órgano jurisdiccional a cargo (ya sea distribuido a un juez único, comité

⁵⁰³ Consejo de Europa. *Guía práctica...*, op. cit., p. 23.

⁵⁰⁴ LÓPEZ GUERRA, Luis. “La evolución del Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos”. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, 2018, núm. 42, pp. 111-130.

de jueces, Sala o Gran Sala) el que, comprobando el mérito de los antecedentes, una vez haya sido declarado admisible, se pronunciará sobre el fondo del asunto estableciendo la responsabilidad internacional si corresponde, procediendo en consecuencia a la reparación integral de la víctima. Es preciso resaltar que, a diferencia de su par Americano, existe una alta demanda en el uso del sistema, por lo mismo los ingresos son bastante más numerosos que lo que ocurre bajo la Corte Interamericana⁵⁰⁵.

Entre las varias medidas posibles para hacer frente al gran número de demandas a que es sometido el Tribunal regional, la adopción del Protocolo N° 14, entre otras cosas, vino a otorgar la posibilidad de que las demandas manifiestamente inadmisibles puedan ser resueltas en lo sucesivo por un juez único, asistido por ponentes no judiciales, y no por un comité de tres jueces, debido a la eficiencia y eficacia del órgano jurisdiccional. Este Protocolo, que entró en vigor el 1 de junio de 2010, también dispuso un nuevo criterio de admisibilidad ligado a la importancia del perjuicio sufrido por un demandante, de modo que se pretende desincentivar la presentación de demandas por personas que hayan sufrido un perjuicio insignificante⁵⁰⁶.

Los criterios de admisibilidad han sido previstos en los artículos 34 (demandas individuales) y 35 (condiciones de admisibilidad) del CEDH. De acuerdo con el primero de ellos el TEDH podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba

⁵⁰⁵ Vid. BOUAZZA ARIÑO, Omar. “Condiciones de admisibilidad de las demandas presentadas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Revista General de Derecho Administrativo*, 2012, núm. 29; CANO PALOMARES, Guillen. “La existencia de un perjuicio importante como nueva condición de admisibilidad tras la entrada en vigor del protocolo num. 14 al CEDH”. *Revista española de derecho Europeo*, 2012, núm. 42, pp. 49-73; SÁIZ ARNAIZ, Alejandro. “De minimis non curat praetor: el perjuicio importante y la admisión de las demandas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Revista Vasca de Administración Pública*, 2010, núm. 88, pp. 943-959; MORTE GÓMEZ, Carmen. *Cómo presentar una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: condiciones de admisibilidad y modificaciones recientes del procedimiento* 2a ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

⁵⁰⁶ Vid. BESSON, Samantha (ed.). *La Cour européenne des droits de l’homme après le Protocole 14: premier bilan et perspectives = The European Court of Human Rights after Protocol 14: preliminary assessment and perspectives*, Schulthess Médias Juridiques, Genève; Zürich; Bâle, 2011; CANO-PALOMARES, Guillem. “El procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: principales novedades desde la entrada en vigor del Protocolo n.º 14 al CEDH”. En: *El Tribunal de Estrasburgo en el espacio judicial europeo*, Argelia Queralt Jiménez (coord.). Thomas Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 27-50; QUAST MERTSCH, Anneliese. “The reform measures of ECHR Protocol No. 14 and the provisional application of treaties”; FITZMAURICE, Malgosia y MERKOURIS, Panos (eds.). *The interpretation and application of the European Convention of Human Rights: legal and practical implications*, NIJHOFF, M., Leiden; Boston, 2013, p. 33; QUESADA, S. 2010-2015: cinco años de aplicación del Protocolo n.º 14: del Protocolo n.º 11 (1998) al Protocolo n.º 14, 2010, RAIMONDI, G. (Eds.): *Human rights in a global world: essays in honour of judge Luis López Guerra L.*, Wolf Legal Publishers, Oisterwijk, 2018, pp. 89-103; LÓPEZ-BARAJAS PÉREA, Inmaculada. “Hacia una mayor eficacia del proceso de amparo internacional: el Protocolo n.º 14 a la Convención Europea de Derechos Humanos”. *Revista General de Derecho Europeo*, 2010, núm. 21.

alguna al ejercicio eficaz de este derecho. Enseguida, el artículo 35.1, sobre condiciones de admisibilidad, prescribe en su número 1.

Al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recurso internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la resolución interna definitiva.

Como registra el artículo 35, la admisibilidad está basada en los principios de derecho internacional generalmente reconocidos. La obligación de agotar las vías de recurso internas forma parte del derecho internacional consuetudinario y ha sido reconocida como tal por la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia. La lógica que subyace en la regla del agotamiento de las vías internas de recurso es reservar a las autoridades nacionales y, ante todo, a los tribunales la ocasión de prevenir o remediar las presuntas violaciones del Convenio. Se basa en la hipótesis, reflejada en el artículo 13, de que el ordenamiento jurídico interno asegurará una vía efectiva de recurso contra las violaciones de los derechos consagrados por el Convenio⁵⁰⁷.

Ahora bien, comparativamente, desde el punto de vista de su distribución orgánica, composición y competencias en materia de supervisión, así como su variante económica, financiera y representatividad, los modelos europeo y latinoamericano de protección de derechos demuestran determinadas peculiaridades que las distinguen entre sí y las hacen bastantes disimiles. Tratándose de la búsqueda de la eficacia de sus pronunciamientos, el dialogo jurisprudencial y las influencias reciprocas, suelen converger en torno a los métodos que se emplean o deban utilizarse para cumplir tales fines. En efecto, extensa es la doctrina que discute sobre el real alcance del margen discrecional de los Estados y sus límites –ya revisada en el capítulo II del presente instrumento- precisamente porque yace en el reconocimiento de los derechos y que suelen también ser utilizados como argumentos para tratar la cuestión acerca de la ejecución de sentencias.

Por otro lado, los detractores a la existencia de tales límites postulan -en opinión del jurista García Roca- a que:

Un aparente obstáculo para admitir una revisión jurisdiccional plena, externa e internacional, de las decisiones de los Estados que han suscrito el Convenio Europeo de Derechos Humanos radicaría en un cierto entendimiento de la soberanía que podemos llamar absoluto; un rasgo formal que prácticamente nunca se ha plasmado en la realidad ni en la teoría y que, en la actualidad, no puede mantenerse jurídicamente dado los principios prescritos en la Carta de Naciones Unidas. La idea de soberanía «nacional» -en el sentido de «estatal»- en todo caso subyace bajo el denominado «margen de apreciación nacional». Y, según se pretende por algunos gobiernos demandados ante el Tribunal Europeo de

⁵⁰⁷ Consejo de Europa. *Guía...*, op. cit.

Derechos Humanos (TEDH), esa comprensión absoluta de la misma permitiría eludir el control europeo en ciertos casos.⁵⁰⁸

Por ello, determinar cómo se materializa la ejecución a cargo de los Estados resulta imprescindible, toda vez que, en ejercicio de su poder soberano, actúan autónomamente en la definición de las medidas necesarias para el cumplimiento de las sentencias regionales, aun cuando bajo el supuesto, comúnmente aceptado por los países, de que el único límite cierto al referido margen nacional lo constituyen los Derechos Humanos que integran el contenido esencial de sus cartas fundamentales. En aquel sentido, precisamente los derechos -y las decisiones de los órganos regionales de protección- actúan como verdadero límite natural al carácter irrestricto que presenta la soberanía de los Estados en el cumplimiento y ejecución de las sentencias.

Asimismo, otro ejemplo del alcance de tales postulados se da en la esfera del ejercicio de la justicia penal internacional, en donde con ocasión de la adopción del Estatuto de Roma, que en 1998 creó la Corte Penal Internacional y la dotó de competencia para conocer y juzgar de los crímenes más graves y trascendentales para la comunidad internacional en su conjunto (tales como el genocidio y crímenes de lesa humanidad, entre otros) dispuso la facultad de imperio para hacer ejecutar sus resoluciones. En efecto las condenas son ejecutables y se imponen de la forma más drástica posible (puesto que se ejercen penas privativas de libertad en contra de sus responsables) y pesan aun por sobre el derecho interno de los Estados Parte. En tal sentido se ha pronunciado la Comisión de Derecho Internacional⁵⁰⁹, quien ha señalado que el hecho de que un Estado deba calificar o no un hecho de “internacionalmente ilícito” si constituye una violación de una obligación internacional, aunque ese hecho no contravenga propiamente el derecho interno del Estado, ni siquiera en el caso en que, con arreglo a tal derecho, el Estado esté en realidad obligado a ese comportamiento.

En este contexto, el artículo 105, numeral 1, del referido Estatuto dispone que, en cuanto a la ejecución de las penas privativas de libertad, esta tendrá carácter obligatorio para los Estados Parte, los cuales no podrán modificarla en caso alguno. A su vez, el artículo 106 sostiene que la ejecución de una pena privativa de libertad estará sujeta a la supervisión de la Corte y se ajustará a las normas generalmente aceptadas de las convenciones internacionales sobre el tratamiento de los reclusos. Por lo que dicha materia queda absolutamente fuera del margen de apreciación que tenga el Estado para decidir a consecuencia de su derecho interno.

⁵⁰⁸ GARCÍA ROCA, Javier. “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el tribunal europeo de derechos humanos: soberanía e integración”. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, 2007, núm. 20, p. 118.

⁵⁰⁹ Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 56° período de sesiones, suplemento N° 10 (A/56/10), 2001, capítulo IV, Responsabilidad de los Estados, art. 3, p. 57.

A pesar de lo anterior, ningún sistema de protección queda ajeno a las críticas y distractores, y en ese sentido los sistemas regionales de protección no son la excepción. Por lo mismo aquellos que defienden la potestad soberana de los Estados –y consecutivo margen de apreciación- en materia de derechos humanos, muchas de las veces centran su espíritu crítico en la composición e integración de estos, ajenos al ordenamiento jurídico nacional. En especial sobre esto, cuando toca la conformación judicial de los tribunales regionales y la necesidad de estandarización del procedimiento de selección de la judicatura regional, en coadyuva con los gobiernos internos. El jurista Karlos Castilla señala que el bajo interés en el ámbito político y diplomático, a excepción de las organizaciones civiles, de implementar un sistema integral de selección y formación de jueces a la medida. Se debe en gran medida a factores como la falta de transparencia y participación, concursos públicos, mérito, preparación y diversidad ideológica, siendo el mercado “político-diplomático” de votos, entre otros, los que sustentan la crítica en torno a la baja legitimidad democrática de los tribunales internacionales de derechos humanos⁵¹⁰.

En efecto, una de las principales críticas que recibe el control de los tribunales internacional es precisamente su déficit de legitimidad democrática. Ya que se cuestiona por qué razón un cuerpo, que no es elegido por el pueblo, les dice a sus representantes -el poder constituido- que no pueden gobernar del modo que ellos desean, vulnerando así el principio mayoritario de representatividad democrática. Esta posición es defendida a nivel doctrinario por una minoría que, por ejemplo, desconoce la incidencia del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho interno⁵¹¹.

Para el caso español, y en directa relación con su par chileno, el impacto que ha tenido el desarrollo e implementación de los sistemas regionales de protección ha sido exponencial (inclusive se eleva como una última instancia jurisdiccional para hacer valer ciertas pretensiones asociadas a la violación estatal derechos esenciales recogidos por las cartas). En tal sentido es que ha habido consenso para reconocer la gradual adecuación e implementación interna que se hace del CEDH por medio del acatamiento de los fallos regionales, inclusive más aun, reflejado en la práctica general de hacer efectivas inclusive las recomendaciones que en materia de ejecución previenen las sentencias del Tribunal de Estrasburgo y que han dispuesto un “cumplimiento generalizado”⁵¹² de las sentencias condenatorias del TEDH desde que se ha reconocido su jurisdicción.

⁵¹⁰ KASTILLA, Carlos. “Lo bueno, lo malo, lo feo y lo deseable en la (s)elección de integrantes de la Comisión y la Corte interamericana de derechos humanos”. *Revista de Derecho Iuris Dictio, edición digital*, 2017, núm. 20, pp. 119-136.

⁵¹¹ REY, Sebastián. “Derechos humanos, soberanía estatal y legitimidad democrática de los tribunales internacionales. ¿Tres conceptos incompatibles?”. *Revista Derechos Humanos*, 2012, vol. 1, núm. 1, pp. 73-100.

⁵¹² MONTESINOS, Carmen. “El recurso de revisión como cauce de ejecución de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo: pasado, presente y futuro”. *Revista en Cultura de la Legalidad*, 2016, núm. 10, pp. 98-113.

El hecho es que ambos países, respecto del resto de sus pares miembros, presentan el menor número de intervenciones ante las respectivas cortes, lo que no deja de ser un aspecto positivo para destacar (es decir, su grado de aplicación es elevado y por lo mismo registra menos casos de violaciones que otros países, debido a su proceso de adecuación interna)⁵¹³. Por ello muchos de los casos llevados ante el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana respectivamente, no emanan de violaciones convencionales cometidas por tales países, que en su medida, y adecuada a su realidad interna, han visto un menor número de ingresos, siendo una buena señal de respeto y adhesión. También cierto que en cada realidad se ha avanzado en ir perfeccionando la implementación del Convenio Europeo, toda vez que, por ejemplo, gracias a casos de especial trascendencia en la realidad nacional española, se ha permitido permeabilizar y establecer criterios ejemplares para ajustarlos a los valores internos y que tras varios esfuerzos jurisprudenciales (diálogo vertical) en sus diversos niveles, la garantía de protección se eleve a un sistema multinivel para influir de forma eficaz en el cumplimiento de las sentencias, al margen del límite discrecional que propiamente disponen estos países en el ámbito de aplicación de su soberanía estatal.

En ese sentido el bajo volumen de Sentencias dictadas por el TEDH contra España -con un total de 181 en el periodo que va entre 1959 a 2020- de las cuales 124 corresponde a la declaración de violación de derechos convencionales, sitúa al país dentro de aquellos que en mayor medida han dado cumplimiento al CEDH, alejándolo por cierto de los 10 países que tienen un mayor número de fallos a esa fecha (Turquía con 3.309 sentencias condenatorias, Italia con 1.857, Federación de Rusia con 2.724, Rumanía con 1.393, Ucrania con 1.465, Polonia con 1.007, Francia con 759, Grecia con 935, Bulgaria con 663 y Hungría con 547 respectivamente)⁵¹⁴. Por lo que al menos corresponde señalar que el estado Español se sitúa con un alto grado de protección de los derechos humanos concebidos en la Convención, aun cuando respecto de los casos de condena, existen ciertos denominadores comunes en violaciones de derechos tales como: el debido proceso (dilaciones indebidas), libertad personal y propiedad privada, así como interdicción de tortura y tratos inhumanos y degradantes y el derecho a un recurso efectivo⁵¹⁵. En efecto los derechos más veces alegados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, siempre según nuestros cálculos, serían los derechos a un recurso efectivo (art. 13, 24), a la inmediatez en la segunda instancia penal (art. 6.1, 20); a un Tribunal (art. 6.1, 19), a un

⁵¹³ Vid. ALCÁCER GUIRAO, Rafael, BELADÍEZ ROJO, Margarita y SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel (coords.). *Conflicto y diálogo con Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Civitas, 2013; MATIA PORTILLA, Francisco Javier y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio. *Informes nacionales europeos sobre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 37 y ss.

⁵¹⁴ CEDH: *Overview 1959-2020*. European Court of Human Rights, Strasbourg, February 2021, pp. 3 y 9.

⁵¹⁵ MATIA PORTILLA, Francisco Javier. "Examen de las sentencias del tribunal de Estrasburgo que afectan al reino de España". *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, 2018, núm. 42, pp. 273-310.

proceso sin dilaciones indebidas (art. 6.1, 19). Solamente entonces aparece un derecho material (libertad de expresión, art. 10, 18)⁵¹⁶.

Ahora bien, respecto del número de lesiones decretadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Los primeros cinco puestos vienen ocupados por derechos procesales: derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas (art. 6.1, 16), derecho a un tribunal (art. 6.1, 14), derecho a la inmediación en la segunda instancia penal (art. 6.1, 14), falta de investigación efectiva cuando se denuncia la práctica de torturas o tratos inhumanos o degradantes (art. 3, 11) y derecho a un tribunal imparcial (art. 6.1, 7). Empata en esta posición con el derecho material más invocado, que no es otro que la libertad de expresión (art. 10, 7)⁵¹⁷.

Un caso ejemplar ha sido la condena y abolición de la llamada “doctrina Parot” en la sentencia pronunciada por la Gran Sala del TEDH, para el caso denominado Del Río Prada, pues en ella se dejó sin efecto una resolución judicial interna, por medio de la cual se apabulló el criterio impuesto para el computo de penas acumuladas, desvirtuando así el razonamiento y la opinión inicial de la Audiencia Nacional, que haciendo caso de la sentencia del Tribunal de Estrasburgo, a la postre anulo las resoluciones judiciales firmes, esgrimiendo en ese sentido la vinculación que tiene el ordenamiento jurídico nacional español al Convenio Europeo y a las sentencias de su Tribunal Europeo⁵¹⁸.

No obstante, la trascendencia e impacto que tuvo el referido asunto para el cumplimiento y ejecución de las sentencias regionales en España, aquello no resultó ser sino más que un criterio circunstancial, ejemplar por cierto, aplicable de forma excepcional a fin de dar cabida a la ejecución de la sentencia por parte del Tribunal Europeo en el caso en concreto, no replicable a otras instancias análogas o posteriores. Por ello, es que el Tribunal Constitucional Español, a pesar de ejecutar la sentencia regional, fue claro en precisar que el TEDH no disponía de competencias jurisdiccionales para hacer ejecutar lo juzgado por si en orden a dar cumplimiento a fallos, sosteniendo al contrario que aunque el Convenio Europeo pueda aplicarse de manera directa por las autoridades jurisdiccionales internas, ello no lo hace extensible a la ejecución misma de las sentencias del TEDH, puesto que, pese a su vinculación, el CEDH no ha introducido en el derecho nacional español ninguna instancia supranacional de jurisdicción.

⁵¹⁶ *Ibíd.*, p. 277

⁵¹⁷ *Ibíd.*, p. 278.

⁵¹⁸ Cfr. MONTESINOS, *op. cit.*, p. 103.

En efecto, ha sido más bien aprensivo a la hora de considerar la vía de la revisión como mecanismo para reabrir un procedimiento interno a consecuencia de la dictación de una sentencia del TEDH. En esta línea, el Tribunal Constitucional ha sostenido que:

El Convenio no obliga a dar efecto interno a las sentencias del Tribunal Europeo mediante la anulación de la autoridad de cosa juzgada y de la fuerza ejecutoria de la decisión judicial nacional que dicho Tribunal haya estimado contraria al Convenio. Tampoco el Artículo 13 del Convenio confiere al justiciable un derecho para ampliar los motivos previstos en el derecho interno para la reapertura del procedimiento judicial que ha dado lugar a una sentencia firme y ejecutoria.⁵¹⁹

Sin perjuicio de lo anterior, y antes de la reforma a la Ley Orgánica del Poder Judicial en 2015, excepcionalmente, se admitió que las sentencias condenatorias del TEDH podían ser considerados como “hechos nuevos” del proceso y por tanto promover una eventual reapertura de los procesos internos firmes, en base a la aplicación del artículo 954 de Ley de Enjuiciamiento Criminal⁵²⁰, cuando estos fueron en desmedro en las garantías procesales del Convenio, ello para dar caída a la ejecución de sentencias europeas, en ausencia de un procedimiento ad-hoc que incluyera entre sus causales precisamente un fallo del tribunal regional para su revisión.

Sobre este punto, sin perjuicio del análisis de casos que corresponda al presente capítulo, un hito relevante hacia la ejecución de las sentencias, ha sido el camino que han recorrido los altos tribunales nacionales (precisamente antes de la reforma al sistema judicial de 2015) adoptando criterios jurisprudenciales, en razón de los mecanismos procesales disponibles (incidente de nulidad, recurso de amparo, recurso de revisión), para acatar las sentencias condenatorias del TEDH, sobre todo cuando aquellas han afectado una resolución judicial firme, sin existir en el ordenamiento jurídico interno remedio procesal para canalizar la revocación o anulación de las sentencias⁵²¹.

Por su parte, cabe recordar que al Tribunal de Estrasburgo no podrá recurrirse sino después de agotadas todas las vías de recurso interno. El cauce para reclamar la instancia regional tiene como origen para la totalidad de los casos precisamente una sentencia judicial interna, contradictoria, que vulneró los derechos reconocidos en la Carta Europea. En este camino tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional, fueron sentando una ruta que, a falta de normativa legal, tuvo que disponibilizar los medios existentes, naturalmente destinados a cautelar otros fines, para asegurar el cumplimiento de lo dictaminado por Estrasburgo, imponiendo de esa forma diversos criterios jurisprudenciales conforme los cuales se inhibió, por ejemplo, en un principio dar cabida a la ejecución de

⁵¹⁹ ESPAÑA. PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia Nº 245/1991, de 16 de diciembre (BOE núm. 13 de 15 de enero de 1992) Fundamento Jurídico 2.

⁵²⁰ MONTESINOS, op. cit., p. 106.; Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, op. cit.

⁵²¹ CARMONA, op. cit., pp. 7-8.

las sentencias regionales por la vía del incidente de nulidad de las actuaciones -dispuesto en el artículo 241 de la Ley Orgánica del poder Judicial-; el recurso de amparo constitucional, a excepción del caso Bultó⁵²² de 1991, y del propio recurso de revisión en materia penal (conforme el artículo 954 de la Ley del Crimen anterior a la reforma de 2015), no obstante que con posterioridad en 2014 el criterio jurisprudencial disto de postulado inicial, abriéndose finalmente a la posibilidad de dar ejecución a las sentencias del Tribunal Europeo, en sede penal, mediante la vía de revisión⁵²³.

En efecto, conforme tal misiva el pleno de la sala penal Tribunal Supremo fue claro establecer una nueva práctica, conforme la cual dispuso:

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 artículo 954 ley del Crimen cumple este cometido.

Ello fundamentalmente motivado por el hecho de que España ya había ratificado el Protocolo N° 14 y el Tribunal Constitucional por su parte ya había sentado una doctrina similar en su sentencia N° 240/2005; también habida cuenta de la inexistencia de un procedimiento judicial interno que diere oportunamente cabida a la ejecución de sentencias condenatorias del Tribunal Europeo; y finalmente, la necesidad de dar certeza jurídica, siendo en este sentido el Tribunal Supremo el encargado de interpretar la aplicación de la ley penal⁵²⁴.

En definitiva, por la presente se analizan algunos derechos de índole procesal vinculados con derechos sustantivos, que en la escena nacional encuentran respaldo bajo el derecho de tutela judicial efectiva, de hecho, la tutela sigue siendo el derecho más invocado en las demandas admitidas a trámite. Ahora, relativo a las condenas dictadas contra España, es posible advertir que los derechos que en mayor número se repite y que han sido vulnerados son el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, seguido por el derecho a un tribunal, el derecho a la interdicción de tratos inhumanos y degradantes y a partir de este derecho se separan las condenas de las invocaciones (derechos a un tribunal imparcial; a obtener una resolución motivada; principio de legalidad penal; derechos a un recurso

⁵²² REQUEJO PAGÉS, Juan Luis. “La articulación de las jurisdicciones internacional, constitucional y ordinaria en la defensa de los derechos fundamentales (A propósito de la STC 245/1991, Caso Bultó)”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1992, núm. 35, pp. 179-202.

⁵²³ Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 21-10-2014, sobre la viabilidad del Recurso de Revisión como vía procesal para dar cumplimiento a las resoluciones del TEDH en el que se haya declarado una vulneración de derechos fundamentales que afecten a la inocencia de la persona concernida.

⁵²⁴ NIÑO ESTÉBAÑEZ, Roberto. *Fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en España: el procedimiento de revisión*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 208.

judicial efectivo; al debido proceso; a ser informado de la acusación; a la igualdad procesal de armas y a la ejecución de resoluciones judiciales)⁵²⁵.

A grandes rasgos, la tutela judicial se ha entendido por la jurisprudencia como un “derecho prestacional ante el Estado a que se responda de las pretensiones de derechos e intereses legítimos que se hacen valer ante la justicia”⁵²⁶. Supone entonces la protección judicial frente a la violación de derechos fundamentales, derechos de carácter infra constitucional e incluso intereses legítimos⁵²⁷, a través de una decisión jurisdiccional con autoridad y eficacia suficiente⁵²⁸.

Aquello demuestra, en opinión de Francisco Matia:

La importancia que presenta la tutela de las garantías procesales, puesto que en ella se concentra el mayor número de condenas (en términos absolutos). Lo mismo ocurre, por cierto, en nuestro propio ordenamiento constitucional. Pese a que la doctrina constitucional del artículo 24 CE ha sido diseñada por el Tribunal desde los años ochenta del pasado siglo, y pese a que la exigencia de que la demanda de amparo presente hoy una especial trascendencia constitucional dificulta mucho que pueda superar el trámite de admisión (...).⁵²⁹

i. Sobre la primera ejecución impropia y el quebrantamiento del derecho a un proceso equitativo

El presente apartado tiene por objeto comentar, desde que España adhirió al Convenio Europeo, algunos de los aspectos que giraron en torno al modo de ejecución interna de la primera sentencia condenatoria dictada en su contra por el Tribunal de Estrasburgo, en el año 1991. Aquello reviste de especial relevancia, si consideramos que, por un hito jurisprudencial inédito a la fecha, el Tribunal Constitucional español decidió -a falta de procedimiento ad-hoc para tal efecto- ejecutar por sí la sentencia regional de Estrasburgo de 1988, atribuyéndose plena competencia para hacer ejecutar lo juzgado. De esta manera, tuvo ocasión la dictación del fallo N° 245, de 6 de diciembre de 1991, conforme la cual el TC, de forma excepcional y por vez única, se atrevió a ejecutar de facto la sentencia emanada del Tribunal Europeo –en el llamado caso Barberá, Messegué y Jabardo vs España, sentencia de 6 diciembre 1988- anulando y privando de efectos los fallos judiciales previos (dictados por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, respectivamente) tras verificarse que aquellos resultaban contrarios al CEDH por vulnerar el artículo 6.1 de la CEDH.

⁵²⁵ MATIA PORTILLA, op. cit., p. 278.

⁵²⁶ STC rol 2701, c. 10 y STC rol 2687, c. 15.

⁵²⁷ STC rol 2802, c. 15.

⁵²⁸ STC rol 2701, c. 10 y STC rol 2687, c. 15.

⁵²⁹ *Ibíd*, pp. 278-279.

Como se ha hecho mención, el TEDH no se erige como una instancia supranacional con potestades directas para revisar las decisiones judiciales internas, menos aún, cuando del análisis de estas, resultaren ser contrarias al Convenio, ya que, en razón de su carácter supletorio, no dispone de competencias necesarias para hacer ejecutar lo juzgado, menos la Carta Fundamental le reconoce tales atribuciones, al tratarse de materias que, por aplicación directa, el ejercicio de la jurisdicción le corresponden exclusivamente a los tribunales nacionales. No obstante, y a pesar del vacío normativo y jurisprudencial en el ordenamiento interno, hasta antes de del año 2015 (que introdujo importantes modificaciones sobre la materia, en particular respecto de las causales del recurso de revisión), la jurisprudencia del Tribunal Constitucional estuvo atenta para que, en su afán de no desatender los deberes internacionales que surgen en razón de la protección de derechos, generar respuestas, siendo el mencionado el primer caso cuya ejecución se requería, por la aplicación extensiva que hizo del recurso del recurso de amparo constitucional.

Ahora bien, en el caso Barberá, Messeguá y Jabardo⁵³⁰, con sentencia de 6 diciembre de 1988⁵³¹ - también llamado por la doctrina como el “caso Bultó”- tuvo como recurrentes a tres intervinientes (ciudadanos españoles, señores Francesc-Xavier Barberá Chamorro, Antoni Messegué Mas y Ferrán Jabardo García) declarados previamente como autores del delito de secuestro y posterior asesinato del señor José María Bultó Marqués, quienes bajo la aplicación de una ley de antiterrorismo, fueron juzgados, sentenciados y condenados a prisión por larga data sin opción de poder accionar y recurrir sus sentencias, lo que motivó luego agotar las vías judiciales internas, en última instancia, a que demandasen ante el Tribunal Europeo, alegando aquello ante la ex-Comisión Europea la violación del Convenio, por ser tales sentencias contrarias a sus garantías procesales y en, específico, al artículo 6.1 CEDH, en razón de haberse cometido variadas omisiones en los procedimientos internos que, en suma, impidieron la debida defensa de los condenados y en definitiva poder acceder a un proceso judicial interno que les fue desconocido.

Previo al asunto de fondo, resulta menester referirse a la competencia *ratione temporis* del TEDH, en el presente asunto, toda vez que antes de la aplicación del protocolo N° 11, la competencia contenciosa del Tribunal de Estrasburgo para conocer de los asuntos

⁵³⁰ Sobre el presente caso ver: CASTRO-RIAL GARRONE, Fanny. “Consideraciones a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto «Barberá Messegué» y Jabardo c España”. *Revista de Instituciones Europeas*, 1989, vol. 16, núm. 3, pp. 789 y ss.; FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. “Sentencia del caso «Barberá, Messegué y Jabardo»: Tribunal Europeo de Derechos Humanos (24-122-171-173) de 6 de diciembre de 1988”. *Revista de Derecho Procesal*, 1989, núm. 2, pp. 295 y ss.; CEDEÑO HERNÁN, Marina. “Las garantías del proceso equitativo en el ámbito penal”. En *Conflicto y diálogo con Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Rafael Alcácer Guirao, Margarita Beladiez Rojo y José Miguel Sánchez Tomás. Madrid: Civitas, 2013, pp. 153 y ss.

⁵³¹ Cfr. Sentencia TEDH. Caso Barberá, Messegué y Jabardo vs. España (casos n° 10588/83; 10589/83; 10590/83), párr. 89.

dependía de la aceptación voluntaria de su competencia. Tales declaraciones podían ir acompañadas con cláusulas de reserva temporal conforme las cuales no les aplicaba el CEDH en un intervalo de tiempo determinado. España, por ejemplo, hizo lo propio y en su declaración de aceptación, 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.⁵³²

En efecto, en el caso Bultó, 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 policial⁵³³, se planteó la singular cuestión del límite temporal de la competencia de la ex Comisión Europea. Si bien el asunto se refería al procedimiento criminal seguido contra los tres peticionarios por el asesinato del señor José María Bultó Márquez, bajo ciertas irregularidades desde el arresto, investigación y posterior condena, entre otros, por el delito de terrorismo ante la Audiencia Nacional; 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 policial, ni de su presunta incompatibilidad con el CEDH, pero sí se alegó la situación de incomunicación sobrevenida por la aplicación de la ley y, en consecuencia, a la violación de ciertos derechos convencionales. En ese aspecto, la demanda contra el Estado español se limitaba únicamente a los actos de tortura y tratos inhumanos (artículo 3 CEDH) que sufrieron durante el tiempo que fueron detenidos e incomunicados, la afectación del derecho a la libertad y seguridad (artículo 5.1 CEDH), el respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia (artículo 8.1 CEDH) y derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (artículo 9.1 CEDH).

⁵³² BOE no. 155, de 30 de junio de 1981.

⁵³³ 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.

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 origen de esta causa se remonta a las sentencias dictadas por la Audiencia Nacional el 15 enero de 1982, que condenó a los tres autores de los delitos antes dichos a la pena de 30 años de cárcel, siendo confirmada luego por el Tribunal Supremo y ratificada por el Tribunal Constitucional en sentencia N° 173/1983, último que, tras haber conocido el asunto bajo la vía del recurso de amparo, desestimó las alegaciones pretendidas por los recurrentes por ser aquellas manifiestamente infundadas. En efecto en las acciones de los victimarios se aludía, por ejemplo, como argumentos que en los procesos internos en que se debatía su responsabilidad penal, se les había prescindido la posibilidad de que pudiesen contar con la defensa de un letrado, lo que en opinión de dicho Tribunal, para poder alegar dicha circunstancia, señaló que “el artículo 44.1 letra c) de la LOTC exige que la invocación tenga lugar tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere ocasión para ello” hecho que el caso en particular no había ocurrido, por lo que fue rechazado y en definitiva la acción de amparo fue declarada inadmisibile.

A su turno, el TC para desestimar las alegaciones evocó también defectos formales, tales como que la alegada falta al principio de la presunción de inocencia invocado por las víctimas, no le compete, toda vez que “la apreciación de la prueba es competencia exclusiva de los Jueces y Tribunales, por lo que el Tribunal Constitucional solo puede apreciar dicha violación a falta de una mínima actividad probatoria que pueda entenderse de cargo”, hecho que en el caso en particular no ocurrió.

Finalmente argumentó:

Que haya habido vulneración alguna del derecho a la igualdad consagrado en el art. 14 de la C.E., pues las resoluciones impugnadas, al distinguir entre móvil de defensa de las autonomías y móvil independentista o separatista, no hacen sino aplicar la letra y el espíritu de la Ley de Amnistía, según ha sido entendida por una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, debiendo añadirse que si en otras ocasiones el precepto hubiese sido aplicado con mayor amplitud, tal aplicación sería contraria al sentido objetivo del texto de la Ley; y, no siendo legal, tampoco podría constituir un término adecuado de comparación sobre el que fundar el carácter discriminatorio de la aplicación efectuada en el presente caso, ya que el principio de igualdad lo es ante la Ley y no contra la Ley.⁵³⁴

⁵³⁴ Auto N° 173/1983, de 20 de abril de 1983. Fundamentos jurídicos I, II y III.

Por otro lado, el Tribunal Europeo, conociendo posteriormente el asunto, contrario a la opinión de los órganos judiciales nacionales, sí estimó la violación del Convenio Europeo, por haber considerado una serie de infracciones en el proceso judicial previo, como lo fueron el traslado tardío de los denunciantes para el juicio, el cambio imprevisto de la composición de la sala llamada a conocer del asunto justo antes del comienzo del juicio oral, la brevedad de su vista y, sobre todo, por la circunstancia de que los elementos probatorios más relevantes no habían podido ser presentados ni discutidos de manera adecuada durante el juicio, en presencia de los abogados y en audiencia pública, llegando por ello el Tribunal Europeo a la conclusión de que el procedimiento en cuestión, considerado en su conjunto, no respondía a las exigencias de un proceso público justo, en violación del artículo 6.1 del Convenio Europeo. Precisamente llega a la conclusión de que el procedimiento controvertido, considerado en su conjunto, no ha atendido las exigencias de un proceso justo y público, pues hubo pruebas muy importantes que no se practicaron y discutieron en el juicio, en presencia de los acusados y públicamente⁵³⁵.

Ahora bien, respecto de las pretensiones de los demandantes en torno a la aplicación del entonces artículo 50 del CEDH (actual artículo 41 sobre satisfacción equitativa) conviene recordar que el Tribunal sostuvo que no estaba en condiciones para resolverse, por lo que acuerda reservar su uso, considerando la posibilidad de un acuerdo entre el Estado y los demandantes. En tanto que la ejecución de la referida sentencia, cuya naturaleza tocaba referirse a la anulación del fallo previamente dictado por el órgano constitucional y por ende ordenar un nuevo juicio en que se ponderare incluir todas las garantías judiciales omitidas. Se consideró la especial trascendencia que tuvo, posteriormente, el fallo emitido por el Tribunal Constitucional en 1991, al indicar que los altos magistrados nacionales habían demostrado una vez más su aprecio por el Convenio Europeo y la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en orden a dar cabida a la ejecución de la sentencia pronunciada por el Tribunal Regional, falta de procedimiento interno en la regulación de esa fecha.

Ello importó que el Tribunal Constitucional –por la vía excepcional del amparo -a la postre anulara la sentencia previa del Tribunal Supremo (pasada en contra del artículo 6.1 del CEDH) y se acogiese la demanda de los actores, dando cumplimiento a la sentencia de Estrasburgo, mediante la reapertura del proceso penal interno ante la Audiencia Nacional, el que a la postre, con fecha 30 de octubre de 1993, y por fallo definitivo, dispuso la absolución definitiva de los actores por falta de pruebas y merito suficientes.

Cabe recordar que de acuerdo con el artículo 117.3 de la Constitución Española - sobre el ejercicio de la jurisdicción- los tribunales nacionales son los únicos habilitados para juzgar y en consecuencia hacer ejecutar lo juzgado en el territorio español. Asimismo, el artículo 117.4 prescribe que no ejercerán más funciones de las que expresamente les sean

⁵³⁵ Cfr. Sentencia TEDH. caso Barberá, Messegué y Jabardo vs. España, op. cit., párr. 89.

atribuidas por ley, en garantía de cualquier derecho. En este sentido las sentencias dictadas por órganos ajenos a los indicados por la Constitución no pueden ser ejecutadas sin que exista atribución legal para ello, quedando por tanto dicha labor, cuando corresponda, entregada a los tribunales nacionales quienes constitucionalmente son los habilitados para ejercer jurisdicción.

En la misma línea, el Tribunal Supremo ya había sostenido que las sentencias del TEDH no podían ser internamente ejecutables en España por la judicatura nacional al no existir disposición legal alguna que así lo estableciera. Por lo que a la fecha en que tuvo ocasión el caso Bultó, el Tribunal Supremo no disponía de potestades normativas para adoptar una decisión, menos anular una sentencia que, de acuerdo al derecho interno, ya se encontraba firme. Luego la consecuencia de esto es que el Tribunal Constitucional, por sentencias STC N° 72/1991 del 14 de mayo de 1991 y N° 168/1994 del 6 de junio de 1994, sostuvo que el único remedio que quedaba en contra de las sentencias firmes que estuvieren viciadas por haber sido dictadas en violación del derecho a un justo proceso (artículos 24 CE y 6 CEDH) sería por medio del recurso de amparo.

Con todo, al ser interpuesto el recurso de amparo por los recurrentes, el asunto paso a ser resuelto por el pleno superior, dictándose en efecto un fallo célebre, que a la postre sentó las bases para dar ejecución por vez primera (y de forma excepcional por esta vía) la sentencia del TEDH, efectivamente por el recurso de amparo, según consta del fallo de fecha 16 de diciembre de 1991 STC N° 245/1991. La argumentación, en lo medular, sostuvo que no obstante las sentencias del Tribunal Europeo no dispusieron de fuerza ejecutiva directa dentro del ordenamiento jurídico, ello no podía significar que las autoridades, en especial el Tribunal Constitucional, se mantuvieron indiferentes respecto de una decisión que, emanando de un órgano regional, había declarado la violación de España al CEDH, violación que precisamente se desprendía de una decisión judicial interna que aun persistía a la época en que el recurso de amparo había sido archivado inicialmente.

Precisamente, dispone en sus argumentos que el Convenio Europeo no obligue a España a reconocer en su ordenamiento jurídico interno la fuerza ejecutoria directa de las Sentencias del TEDH no implica la carencia de todo efecto interno de la declaración realizada por dicho Tribunal sobre la existencia de infracción de un derecho reconocido en el Convenio. Ha de tenerse en cuenta de que el Convenio no solo forma parte del derecho interno, conforme al art. 96.1 de la C.E., sino que además, las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en la C.E., deben interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España (art. 10.2 C.E.), entre los que ocupa un especial papel el Convenio Europeo. El TEDH es el órgano cualificado que tiene por misión la interpretación del Convenio, y sus decisiones son además obligatorias y vinculantes para nuestro Estado, cuando sea Estado demandado. De ello se sigue que, declarada por Sentencia de dicho Tribunal una violación de un derecho reconocido por el Convenio Europeo que constituya

asimismo la violación actual de un derecho fundamental consagrado en la Constitución, corresponde enjuiciarla a este Tribunal, como Juez supremo de la Constitución y de los derechos fundamentales, respecto de los cuales nada de lo que a ello afecta puede serle ajeno⁵³⁶.

De este modo, el Tribunal Constitucional a pesar de confirmar la postura del Tribunal Supremo en atención a inviabilidad de perseguir la declaración de nulidad del fallo interno, tras no existir disposición legal, y al hecho de que la justicia ordinaria no dispone de facultades para hacer revertir sus propios fallos sino en los casos que la ley expresamente señala, lo que para el caso subiste no existía. En orden a la ejecución de la sentencia de Estrasburgo consideró que no debía abstenerse de tomar medidas cuando existen derechos fundamentales (a la vez convencionales) que todavía seguían infringiéndose aun a falta de legislación, puesto que en ningún caso puede justificarse la persistencia de violación a derechos fundamentales, por falta de normativa legal expresa.

En aquel sentido, dispuso en su sentencia N° 245/1991:

Que el Convenio Europeo, como instrumento internacional, no obligue a España a reconocer en su ordenamiento jurídico 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, [que es a la conclusión a la que llega nuestro Tribunal Supremo], no significa que en el plano de nuestro sistema constitucional de protección de los derechos fundamentales los poderes públicos hayan de permanecer indiferentes ante esa declaración de violación del derecho reconocido en el Convenio, ni que sea conforme a nuestro sistema constitucional el mantenimiento (...) de una situación que puede implicar lesión actual de derechos fundamentales de los recurrentes.

Ahora bien, la violación del artículo 6.1 de la CEDH es prácticamente equivalente a la vulneración del derecho fundamental del artículo 24 de la Constitución Española, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la misma Constitución cuando prescribe que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Por ello el TC se encuentra obligado a restaurar, tan pronto sea posible, el incumplimiento del orden constitucional mediante el uso de su poder. Considera que debe hacer esto dejando sin efecto no solo la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1990, sino que toda otra decisión judicial viciada tomada con anterioridad por la violación de derechos fundamentales, siendo como consecuencia dejada sin efecto también la sentencia de la Audiencia Nacional de 15 enero de 1982 y TS de 27 diciembre de 1987,

⁵³⁶ ESPAÑA. PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC N° 245/1991 de 16 de diciembre. Párrafo N° 3, fundamentos jurídicos.

retrotrayendo todas las actuaciones judiciales hasta el comienzo del procedimiento oral en primera instancia, dando lugar a la reapertura del procedimiento.

A su vez, el tribunal afirmó que no encuentra límite para revisar vicios procesales o situaciones de indefensión consistentes en haber recaído sentencia firme. Es más, afirma que el recurso de amparo es en la actualidad el único remedio frente a situaciones de indefensión constitucional causadas por vicios procesales advertidos después de que haya recaído sentencia definitiva y firme, cuando contra ella no esté previsto remedio procesal ante los Tribunales ordinarios. Siendo este precisamente el caso, pues se trata de una situación inconstitucional de infracción de las garantías procesales básicas, advertida o constatada, aquí con carácter obligatorio para el Estado, cuando ya la Sentencia dictada en el proceso a quo es firme y definitiva y no cabe contra ella recurso procesal alguno ante los Tribunales ordinarios. En otros términos, la nulidad de actuaciones que no le está permitida pronunciar al Tribunal Supremo ni a otros órganos judiciales ordinarios, por imperativo legal, en supuestos como el presente, existiendo Sentencia firme, sí le está dado pronunciarla a este Tribunal por la vía del recurso de amparo.

En definitiva, tras las consideraciones previas el TC finalmente, para este caso concreto, se atribuyó la competencia para ejecutar por sí mismo la sentencia del Tribunal de Estrasburgo, para cuando la condena supusiere una vulneración actual de los derechos de los demandantes, cuya libertad les es privada. Debido a que, aun cuando las sentencias regionales no tengan fuerza ejecutiva a nivel interno, que una resolución judicial firme (causante de la violación) no sea objeto de revisión, para cuando aquello es necesario a fin de verificar su cumplimiento, constituye en sí una vulneración al derecho constitucional del juicio justo (artículo 24 CE). Por aquello fue concedido el amparo instando a que se dispusiere a futuro procedimientos adecuados para dar ejecución a la sentencia del TEDH, cuando ello supusiere revisar sentencias judiciales firmes.

Posteriormente, el Tribunal Constitucional abandonó dicha postura y con ello la posibilidad de recurrir al amparo constitucional como vía de ejecución a partir de la inadmisión de los recursos interpuestos con motivo de la STEDH, lo que dicho sea de paso, resulta en todo punto comprensible. La generalización del uso del amparo constitucional con esta finalidad ejecutoria no supondría sino su desnaturalización, y ello al convertirse en instrumento genérico de revisión de lo resuelto por la jurisdicción ordinaria.

Así, con la excepción del caso Bultó, lo habitual ha sido recurrir a otros mecanismos procesales cuya configuración, sin embargo, no tardó en evidenciar también su inviabilidad a los efectos perseguidos⁵³⁷. En efectos para el año 1993 el Tribunal Constitucional fue restringiendo aún más su postura de admitir la revisión de las sentencias judiciales firmes por la vía del amparo constitucional, sobre todo a propósito del pronunciamiento que tuvo,

⁵³⁷ MONTESINOS, op. cit., p. 104.

conociendo de la Sentencia del Tribunal Europeo, en el caso Ruiz Mateos vs España, de 23 de junio de 1993 por violación del artículo 6.1 del CEDH relativa al derecho a un proceso equitativo⁵³⁸, cuando se solicitaba la anulación de una sentencia judicial previa dictada por el mismo, que inadmitió el recurso de amparo presentado para tal objeto por las partes argumentando, entre otras razones, la falta de jurisdicción para revisar sus propias sentencias así como el hecho de que a las víctimas no se les estaban vulnerando actualmente sus derechos.

En otro orden de ideas, una breve mención sobre esta materia, para el caso Ruiz Mateos, que tuvo como origen la alegación por parte de los dueños del grupo RUMASA S.A. al verse afectados por disposición normativa (de la Ley N° 7/1983), en cuya virtud se ordenó la expropiación de la empresa y filiales por causa de utilidad pública, y que ya había sido intentada de forma previa por la vía administrativa mediante Decreto-ley del 23 de febrero de 1983, conforme la cual el beneficiario de tal medida (el Estado) debía tomar posesión inmediata de los bienes expropiados a través de la Dirección General del Patrimonio. La necesidad de tal actuación tenía como sustento “una finalidad de utilidad pública e interés social, dado que los bancos del grupo, con el fin de financiar las sociedades de este, habían asumido riesgos que se estimaban desproporcionados en relación con su solvencia, poniendo así en peligro la estabilidad del sistema financiero y los intereses de los depositantes, asalariados y terceros”⁵³⁹.

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. El TEDH condenó al estado de 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 aplicadas.

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 artículo 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 adversarial. Lo que aclaraba, a la vez, que la noción del “tribunal” a que se refiere el artículo 6 del Convenio Europeo también incluía al TC, desestimando así la invocación del Estado español sobre la naturaleza política y no judicial del Tribunal Constitucional. En concreto,

⁵³⁸ Cfr. Sentencia TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Caso Ruiz Mateos vs España, 23 junio de 1993.

⁵³⁹ Cfr. *Ibíd.*, párr. 10.

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 estos. Aun así, el Tribunal Europeo no se expresó sobre la contrariedad normativa, incluso, sobre la necesidad de enmienda legislativa⁵⁴⁰.

Ahora bien, trajo consigo que los afectados ejercieran por la vía interna primeramente diversas acciones sumarias civiles restitutorias a fin del restablecimiento de sus bienes, los que frente a la denegación, insistieron en última instancia y solicitaron a la judicatura civil elevara el asunto ante el Tribunal Constitucional, ya que conforme expresaron, “no habían podido invocar ante los tribunales su derecho de propiedad sobre los bienes sometidos a expropiación por vía legislativa ni oponerse a la necesidad de su embargo”⁵⁴¹. En razón de aquello el juez estimó que la decisión sobre el fondo del litigio dependía de la validez de las disposiciones objeto de controversia.

Luego, el Tribunal Constitucional admitió la cuestión el 17 de octubre de 1984, citando a todos los intervinientes formularen sus observaciones en el plazo de 15 días. A Su vez, en enero de 1986, don José María Ruiz Mateos se quejó del retraso del procedimiento; invocó los artículos 24.2 de la Constitución y 6.1 del Convenio europeo. El Tribunal unió el recurso de queja al expediente enero, pero no le dio curso porque el actor carecía de legitimación para actuar, insistiendo por la misma vía en segunda oportunidad la que nuevamente fue rechazada. El TC terminó por rechazar la acción de inconstitucionalidad presentada ante el al estimar que los artículos 1 y 2 de la Ley 7/1983 eran conformes al artículo 24 de la Constitución.

Por lo demás expresó:

Las expropiaciones por vía legislativa -incluso por medio de una ley referente a un caso particular- no violaban la Constitución. Sin duda, los interesados experimentaban limitaciones en la protección judicial de sus derechos, dado que no podían impugnar en justicia la necesidad del embargo de sus bienes, pero les cabía oponerse a la medida ante los tribunales administrativos y pedirles que plantearan una cuestión de inconstitucionalidad; asimismo, la decisión final de los citados tribunales podría dar lugar a un recurso de amparo basado en el derecho a la igualdad ante la ley. Finalmente, la Ley objeto de litigio no había privado en absoluto a 195 propietarios de su derecho a una indemnización adecuada, que podían hacer valer ante el Jurado Provincial de Expropiación -el organismo administrativo competente- y, posteriormente, ante la jurisdicción contencioso-administrativa.⁵⁴²

⁵⁴⁰ CÁRDENAS VELÁSQUEZ, op. cit., pp. 195-196.

⁵⁴¹ Cfr. Sentencia TEDH, Caso Ruiz Mateos vs. España, op. cit., párr. 15.

⁵⁴² *Ibíd.*, párr. 19.

Tras ello se recurrió al Tribunal de Estrasburgo por violación del artículo 6.1. del CEDH, en orden a que los procedimientos internos habían sido dictados con infracción de las normas que rigen un procedimiento equitativo, evidenciando una dilación desmedida y falta de audiencia o instrucción en el procedimiento. Según los actores, la duración del examen de sus acciones restitutorias superó el plazo razonable previsto por el Convenio. Asimismo, los procedimientos seguidos en el caso concreto ante el Tribunal Constitucional no respetaron el principio de igualdad de armas inherente al derecho a un proceso equitativo garantizado por la misma disposición. Ahora bien en opinión del Tribunal Europeo sostuvo que abogado del Estado, adversario en el procedimiento civil, pudo presentar ante el Tribunal Constitucional observaciones escritas sobre la validez de la Ley 7/1983, en tanto que la familia Ruiz-Mateos no pudo hacerlo dado que se les negaba legitimación para actuar e incluso la posibilidad de recusar a dos magistrados cuya imparcialidad parecía dudosa⁵⁴³.

En efecto, la Corte de Estrasburgo indicó que “el derecho a un procedimiento contradictorio implica, para una parte, la facultad de conocer las observaciones o pruebas presentadas por la otra, así como la de discutir las”. Por lo que, a pesar de revestir un juicio constitucional características propias que tienen en consideración la especificidad de la norma que ha de aplicarse y la importancia de la decisión que debe dictarse para el sistema jurídico vigente, que ha de recaer sobre un gran número de casos que afectan. Sin embargo, puede suceder que dicha norma únicamente tenga un alcance particular, es decir solamente afecte a un número reducido de personas, como lo es el presente caso. De esta forma como cuestión de la constitucionalidad de la ley al Tribunal Constitucional en el marco de un procedimiento relativo a un derecho de naturaleza civil, del que son parte ese número reducido de personas, en principio debe garantizárseles libre acceso a las observaciones de las otras partes y una posibilidad verdadera de comentarlas.

No obstante, a pretexto de dar cabida a la ejecución de la sentencia dictada en la instancia regional, posteriormente en 1994, conociendo del recurso de amparo presentado por los afectados para este fin –siguiendo la línea del caso Bultó con la STC 245/91-, el propio TC, se declaró en cambio incompetente para conocer de tales acciones, y mediante providencia dictada el 31 de enero de 1994 inadmitió la procedencia de dar cabida a la ejecución de la sentencia, aduciendo el obstáculo de pronunciarse respecto de su propia sentencias firmes. Por lo que de esta forma no tuvo cabida la ejecución de esta sentencia por la vía del amparo, ya que la alta judicatura constitucional se vio imposibilitada a dejar se efecto una sentencia dictada previamente por sí mismo.

Lo interesante de aquello fue el cambio de postura que tuvo el TC, respecto a la desnaturalización que hizo del recurso de amparo -para dar cabida a la ejecución de la sentencia del TEDH en el caso Bultó- y que por falta de procedimiento interno si funcionó en esa oportunidad para ejecutar dicha sentencia regional, cuando la violación tuvo como

⁵⁴³ *Ibíd.*, párr. 61.

causa una resolución judicial interna. Ahora bien, entre los argumentos esgrimidos por el órgano constitucional para no anular una sentencia precedente a raíz de una cuestión de inconstitucionalidad, se argumentó la falta de jurisdicción del TC para revisar sus propias resoluciones, así como a la falta de dependencia jerárquica del mismo respecto del TEDH y la no existencia de la obligación, según el Convenio, de dar cumplimiento a sus sentencias (Recursos de amparo N° 2291/93 y 2292/93).

Finalmente, En la Sentencia *Ruiz Mateos*, *leading case* en la materia, respecto de dos cuestiones de inconstitucionalidad planteadas de forma sucesiva por tribunales encargados de resolver un litigio sobre el derecho de propiedad⁵⁴⁴. El Gobierno español alegó que para pronunciarse sobre la cuestión del plazo razonable era necesario excluir la duración de los procedimientos ante el Tribunal Constitucional, ya que estos no pueden considerarse como una fase más de la acción civil, dado que la función de esa institución cuando conoce de una cuestión de inconstitucionalidad no es la de resolver un conflicto entre derechos de los particulares, sino la de «depurar» objetivamente el Derecho interno anulando las normas contrarias a la Constitución (párrafos 32 y 34).

ii. Dilación indebida

Se trata de un derecho que ha sido recurrente de violación por parte del estado en varios asuntos⁵⁴⁵ y que ha tenido ocasión en diversos procesos e instancias. Se han producido dilaciones indebidas en distintas actuaciones judiciales, como son conflictos judiciales de competencia y ejecución de resoluciones civiles y penales. También han sido excesivos los tiempos empleados en procesos desarrollados ante el Tribunal Constitucional, tanto en relación con cuestiones de inconstitucionalidad⁵⁴⁶ como en recursos de amparo⁵⁴⁷.

⁵⁴⁴ *Vid.* CASTRO-RIAL GARRONE, Fanny. “El derecho a un juicio equitativo (Comentario a la sentencia del TEDH de 23 de junio de 1993, *Ruiz Mateos contra España*)”, *Revista de Instituciones Europeas*, 1994, vol. 21, pp. 157 y ss.; VIDAL FUEYO, María del Camino. “Ruiz Mateos c. España (STEDH de 23 de junio de 1993): las garantías del proceso equitativo ante la jurisdicción constitucional”. En: *Conflicto y diálogo con Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Rafael Alcácer Guirao, Margarita Beladiez Rojo y José Miguel Sánchez Tomás (coords.). Navarra: Civitas Thomson Reuters, 2013, pp. 131 y ss.

⁵⁴⁵ Casos: Unión Alimentaria Sanders, SA (1989), Ruiz Mateos (1993), Díaz Aparicio (2001), González Doria Durán de Quiroga (2003), López Sola y Martín de Vargas (2003), Soto Sánchez (2003), Quiles González (2004), Alberto Sánchez (2004), Iribarren Pinillos (2009), Bendayan Azcantor y Banalal Bendayan (2009), Moreno Carmona (2009), Ortuño (2011), Serrano Contreras (2012), Menéndez García y Álvarez González (2016), Comunidad de Propietarios Pando 20 (2016) y Ruiz-Villar Ruiz (2016). No nos ocuparemos de los asuntos LLavador Carretero (2009), Vaquero Hernández y otros (2010) y Nieto Macero (2013). *Vid.* MATIA PORTILLA, op. cit., pp. 280.-282.

⁵⁴⁶ Caso Ruiz Mateos 1993.

⁵⁴⁷ Asuntos Díaz Aparicio (2001) y Soto Sánchez (2003). Sobre Sánchez Soto, ver Ortega Carballo, C.: «El derecho a un proceso judicial sin dilaciones». *Vid.* ALCÁCER GUIRAO, BELADÍEZ ROJO, y SÁNCHEZ TOMÁS (coords.), op. cit., pp. 223 y ss.; MONTESINOS GARCÍA, Ana. “El incumplimiento del plazo razonable según la Sentencia de 25 de noviembre de 2003 del Tribunal Europeo”. *Revista Jurídica de la*

Uno de los fines declarados de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales es, precisamente, «evitar dilaciones innecesarias. No obstante, las dilaciones indebidas se producen en todos los procesos de naturaleza jurisdiccional.

iii. Infracción al proceso equitativo dentro de un plazo razonable

El derecho a que una causa sea juzgada en un plazo razonable y sin dilaciones indebidas es un derecho que no solo conlleva una obligación de los poderes públicos de organizar el sistema judicial para que los justiciables obtengan una resolución judicial en un tiempo prudencial, sino que constituye también una garantía de un derecho fundamental, el derecho al proceso debido o a la tutela judicial efectiva. Se trata de un derecho que, desde hace décadas, está regulado en diferentes textos jurídicos internacionales y estatales⁵⁴⁸. Por su parte, la Constitución proclama en el art. 24.2, el derecho de todas las personas a un proceso público sin dilaciones indebidas, junto con el art. 121 CE prevé también un derecho constitucional de configuración legal no tutelable en amparo, el derecho a una indemnización por los daños causados por error judicial y funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

Aunque el derecho del art. 24.2 CE persiga el mismo fin que el derecho a ser juzgado en un plazo razonable del art. 6.1 CEDH, que el proceso judicial en el que intervienen las partes se resuelva lo antes posible, ambos derechos difieren en el procedimiento seguido para su restablecimiento. Así, en el caso de vulneración del derecho del art. 6.1 CEDH, el TEDH no declara la reparación *in natura*, sino que obliga al Estado a indemnizar económicamente al ciudadano por los daños morales causados (no los materiales) y a que adopte las medidas oportunas para evitar que se viole nuevamente. El TEDH lo que hace es juzgar a los Estados, comprobar si el periodo de tiempo invertido en la tramitación de los procesos judiciales es o no excesivo y, en caso de serlo, les conmina a que adopten las medidas necesarias para respetar el derecho a ser juzgado en un plazo razonable.⁵⁴⁹

El TEDH y el TC han realizado una interpretación extensiva de los derechos del art. 6.1 CEDH y del art. 24.2 CE, reconociendo que aunque, en un primer momento, pudiera entenderse que los derechos solo eran invocables y aplicables en el proceso penal, por las consecuencias que las dilaciones indebidas tienen sobre la libertad personal del justiciable,

Comunidad Valenciana, 2004, vol. 9, pp. 93 y ss.; MARTÍNEZ SOSPEDRA, M. “Dilaciones indebidas, justicia constitucional y TEDH”. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2003, vol. 2, pp. 115 y ss.

⁵⁴⁸ DELGADO DEL RINCÓN, Luis. “El TEDH y las condenas a España por la vulneración del derecho a ser juzgado en un plazo razonable: las dificultades para alcanzar una duración óptima de los procesos judiciales”. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, 2018, núm. 42, pp. 569-590.

⁵⁴⁹ ORTEGA CARBALLO, Carlos. “Soto Sánchez c. España (STEDH de 25 de noviembre de 2003): el derecho a un proceso judicial sin dilaciones indebidas”. En *Conflicto y diálogo con Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Rafael Alcácer Guirao, Margarita Beladiez Rojo, José Miguel Sánchez Tomás (coord.). Navarra: Civitas Thomson Reuters, 2013, p. 230.

que puede hallarse privado de ella de forma provisional o definitiva, posteriormente ampliarán su aplicación a los procesos de cualquier orden jurisdiccional: civil, contencioso-administrativo, laboral o militar, cualquiera que sea la fase en que se encuentren, preparatoria o en ejecución de sentencia judicial. También los aplicarán a los procesos de la jurisdicción constitucional⁵⁵⁰.

En lo pertinente, el artículo 6.1 del CEDH, dispone que toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente, dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que en definitiva decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. Luego el artículo 14 del mismo sostiene que el goce de los derechos y libertades reconocidos en él ha de ser asegurado sin distinción alguna por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. Tratándose del caso *García Mateos con España* de 2013, el asunto dio cuenta precisamente de la violación al artículo 6 párrafo 1º del CEDH por parte del Estado español, en el sentido que la demandante, Raquel García Mateos, alegó que el derecho a un proceso equitativo, dentro de un plazo razonable, unido al principio de no discriminación por razón de sexo, le habían sido infringidos por parte de la judicatura nacional, tras no habersele considerado un resarcimiento pecuniario de sus demandas, no obstante haber habido un reconocimiento previo sobre la efectiva violación sufrida por el propio Tribunal Constitucional. Ante aquello se alegó, en definitiva, que el mero reconocimiento no satisface a la afectada, ya que el no haber obtenido de parte de la alta judicatura instrucción alguna en orden a obtener una reparación pecuniaria justa, a pesar de la constatación que hizo el TC, lo que genera la vulneración de su derecho fundamental, ya que la judicatura interna no dispuso de ningún recurso efectivo tendiente a la obtención de reparación integral de su derecho conculcado, invocándose, en consecuencia, la infracción de los artículos 6º inciso primero y 14º del Convenio Europeo⁵⁵¹.

En los hechos, el caso trata sobre la solicitud que la demandante hace a su empleador para la reducción de su jornada laboral, con la consiguiente rebaja parcial de su sueldo, debido a la guarda legal de su hijo menor de 6 años, por disposición de la normativa local, en específico del artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores, de la Ley N° 39/1999, de 5 de noviembre de 1999, la que, para promocionar la conciliación de la vida familiar y profesional, instituía esta figura de permiso parcial por maternidad. Luego, tras el sostenido rechazo a implementar esta medida y no habiendo llegado a acuerdo previo en conciliación, la afectada interpuso ante la judicatura social una demanda en marzo de 2003, la que a la postre fue desestimada por considerar el tribunal que la jornada de trabajo reducida debía encuadrarse en el marco de la jornada ordinaria de trabajo, mientras que la trabajadora

⁵⁵⁰ DELGADO DEL RINCÓN, op. cit., p. 571.

⁵⁵¹ Cfr. Sentencia TEDH, *Caso García Mateos vs. España*, op. cit., párrs. 3 y 36.

demandante solicitaba la exclusión de varios días laborables (de jueves a sábado) y la supresión total de los turnos rotatorios, lo cual a la postre significaba, no una reducción de jornada, sino que, en opinión del juez local, una modificación de su jornada de trabajo.⁵⁵²

Ante ello la afectada interpuso ante el TC, en noviembre de ese año, un recurso de amparo, fundamentándolo en la vulneración del derecho a un proceso equitativo y en el principio de no discriminación por razón de sexo. El TC, habida cuenta de haber tenido previamente a la vista jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, al indicar que el derecho comunitario se opone a la aplicación de una medida nacional que, aunque esté formulada de manera neutra perjudica a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres, a menos que la medida controvertida esté justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo⁵⁵³, en 2007 falló el recurso y estimó la violación del principio de no discriminación por razón de sexo, ya que la negativa del órgano judicial sobre reconocer a la demandante la concreta reducción de su jornada solicitada, se efectuó sin considerar, para el caso en particular, que dicha reducción resultaba necesaria para atender los fines de relevancia constitucional a los que la institución sirve (reducción laboral y la protección de la vida familiar) ni precisar cuáles hubieren sido las dificultades que su reconocimiento podría haber causado a la empresa respectiva, pasando a ser, en consecuencia, un obstáculo injustificado para la permanencia en el empleo de la trabajadora y para la compatibilidad de su vida profesional con su vida familiar, constituyéndose una discriminación indirecta por razón del sexo. Ante ello el Tribunal ordenó anular la sentencia del 25 septiembre de 2003, dictada por el Juzgado de lo social de Madrid, ordenándole dictase una nueva sentencia, acorde con el derecho fundamental encausado, pero sin compensar a la víctima.

Posteriormente habiéndose dictado una nueva sentencia, con fecha 6 de septiembre de 2007, el Juzgado social desestimó la demanda, considerando que la reducción de la jornada de trabajo solicitada por la demandante quedaba fuera del marco fijado en el artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores, en lo referente a su petición de no trabajar los jueves, viernes y sábados, días que si forman parte de una jornada ordinaria de trabajo. A su vez, el juez estimó que la demandante no había justificado suficientemente la necesidad de reducir su jornada al objeto de la protección constitucional que le había sido concedida, en virtud de la citada norma social.

Seguidamente, el 28 de noviembre de 2007, la demandante presentó un nuevo recurso de amparo, que el Tribunal Constitucional examinó en ejecución de su sentencia dictada el 15 de enero de 2007, para que luego en octubre de 2008, la demandante informare que su hijo había alcanzado la edad de seis años, de manera que, debido a la duración del procedimiento judicial, ya no podía beneficiarse del derecho a la reducción de la jornada de

⁵⁵² Cfr. *Ibíd.*, párr. 10.

⁵⁵³ *Ibíd.*, párr. 11.

trabajo dispuesta por la normativa, generando por cierto un detrimento y menoscabo durante todo el tiempo intermedio⁵⁵⁴.

De esta manera, no pudiendo ejecutarse la sentencia, tras haber perdido la opción de optar al beneficio de reducción de jornada al haber superado su hijo la edad de 6 años. La demandante, de forma alternativa, solicitó al TC, amparándose en el artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder judicial, una indemnización de carácter pecuniaria, tras no haberse podido ejecutar el fallo que ordenaba anular la sentencia. Ante ello el TC declaró nuevamente nula la sentencia emanada del Juez social de 2007, al no haberse ejecutado correctamente el fallo que disponía dictar una nueva sentencia acorde con el derecho fundamental violentado. Ahora no obstante ello considero innecesario volver a reenviar el asunto al Juzgado social, habida cuenta de la edad del menor que superaba la edad legal para adoptar el beneficio horario, negando a su vez la indemnización por entender que no estaba permitida conforme el artículo 92 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional⁵⁵⁵.

Para resolver lo anterior, el TEDH primeramente precisó que la regla del agotamiento previo de las vías de recursos internos, enunciada en el artículo 35 del Convenio impone a todo demandante la obligación de utilizar, en primer término, los recursos normalmente disponibles, suficientes dentro del orden jurídico interno y adecuados, que le permitan obtener reparación de las violaciones que alega, antes de que estas alegaciones sean sometidas a los órganos del Convenio⁵⁵⁶. En efecto recuerda que el Estado tiene la obligación de poner a disposición de los demandantes, un sistema que les permita lograr la ejecución correcta de las decisiones dictadas por las jurisdicciones internas. Tiene como tarea, examinar si las medidas adoptadas por las autoridades nacionales -en el presente caso una autoridad judicial- a los efectos de la ejecución de las decisiones en cuestión, han sido adecuadas y suficientes, ya que cuando omiten hacerlo -o lo hacen incorrectamente- comprometen la responsabilidad del Estado en el ámbito del artículo⁵⁵⁷.

Finalmente, el Tribunal de Estrasburgo apuntó que el Tribunal Constitucional, mediante su decisión de enero de 2009, resolvió que se había infringido el derecho de la demandante a la ejecución de su primera sentencia que reconocía la violación del principio de no discriminación. Y recordó que una decisión o medida favorable al demandante no basta, en principio para retirarle su condición de “víctima” a menos que las autoridades nacionales hayan reconocido, explícitamente o en substancia, y reparado posteriormente la

⁵⁵⁴ Cfr. *Ibíd.*, párr. 13.

⁵⁵⁵ Artículo 92. El Tribunal podrá disponer en la sentencia, o en la resolución, o en actos posteriores, quién ha de ejecutarla y, en su caso, resolver las incidencias de la ejecución. Podrá también declarar la nulidad de cualesquiera resoluciones que contravengan las dictadas en el ejercicio de su jurisdicción, con ocasión de la ejecución de estas, previa audiencia del Ministerio Fiscal y del órgano que las dictó.

⁵⁵⁶ Cfr. Sentencia TEDH, Caso García Mateos vs. España, op. cit., párr. 27

⁵⁵⁷ *Ibíd.*, párr. 44.

violación del Convenio. Por lo que constató que, no obstante, las dos sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional, la violación constatada por el más Alto Tribunal no ha sido reparada al día de hoy. Por ello y al rechazar concederle una indemnización a la demandante a este respecto, sin darle indicación sobre alguna eventual posibilidad de reclamación posterior ante otro órgano administrativo o judicial. Sostuvo que la no restitución en la integridad del derecho de la demandante ha hecho ineficaz la protección acordada por la concesión del amparo por parte del Tribunal Constitucional, en el presente caso⁵⁵⁸.

Tratándose del caso Gómez Olmedo de 2016, aunque el demandante fue condenado en instancia por desobediencia grave, fue absuelto de los cargos de calumnia, injuria y encubrimiento. Recurrida en apelación la citada resolución no se llevó a cabo la vista pública ya que no fue solicitada por el condenado, ni acordada por el órgano juzgador, si bien se procedió al visionado de un video del juicio oral en primera instancia. La Audiencia Provincial dictó sentencia condenatoria confirmando la condena por desobediencia grave pero también estimando la autoría de un delito continuado de calumnias. Aunque se planteó por el condenado la nulidad de las actuaciones y con posterioridad recurso de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por haber sido condenado sin la posibilidad de previa audiencia pública en la que ejercer su defensa, el Tribunal Constitucional no apreció especial trascendencia constitucional. El Tribunal sin embargo hubo de pronunciarse acerca del visionado del video del juicio oral que para el condenado no podía equivaler a la vista oral en segunda instancia en la que los demandados fueran oídos en la vista de casación, en la que se efectuó una nueva valoración de los hechos, mientras que el Gobierno si defendió su equiparación a los efectos del Convenio, por lo que se concluye que el tribunal de apelación «tenía el deber de tomar medidas positivas» aunque no se hubiese solicitado por el demandante, en orden de la celebración de un juicio oral. Recuerda el Tribunal de Estrasburgo que la jurisprudencia constitucional ya se había hecho eco de que «el visionado de un video de un juicio en primera instancia no capacita a un tribunal de apelación para evaluar testimonios personales.

De otra parte, las consideraciones particulares sobre la afectación al artículo 6 del CEDH en el presente asunto analizado dan cuenta de un procedimiento judicial desfavorable, debido a la inobservancia del derecho de todo investigado a ser oído de forma equitativa, en audiencia pública y dentro de plazo razonable. En este contexto se analiza la violación resulta preponderante a la hora de dictarse una sentencia viciada y susceptible de ser anulada, sumado a la imposibilidad de retrotraer el asunto a fin de restablecer el derecho infringido en pro de resarcir a la víctima.

En los hechos se da cuenta de la alegación ejercida por parte del señor Jorge Gómez Olmeda en contra del Estado Español, quien tras oponerse a la condena dictada por parte

⁵⁵⁸ Cfr. Sentencia TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Caso Gómez Olmeda vs España, 19 de marzo de 2016, párrs. 45 a 48.

de la Audiencia Provincial en mayo de 2011 por el delito continuado de calumnias (del que no obstante había sido absuelto en primera instancia por la judicatura penal) alegó que había sido dictada en vulneración de su derecho a defenderse en audiencia pública, suponiendo aquello la transgresión de su derecho a un proceso equitativo con arreglo al artículo 6.1 del Convenio Europeo. La decisión, conforme la apelación por parte de la judicatura de segunda instancia, se dictó sin considerar audiencia previa de las partes, sino solo en conformidad a un video de la audiencia sostenida ante el juez penal, por la que se tuvieron los hechos por probados. Añade luego la sentencia únicamente haberse basado en los hechos establecidos por el juzgado de primera instancia y en el testimonio ofrecido por los querellantes, el demandante y los testigos en juicio anterior, pero sin considerar declaración alguna del afectado por el juicio.

Ante ello el señor Gómez Olmeda recurrió en septiembre del mismo año de nulidad, la que fue declarada inadmisibile por el tribunal de alzada, tras apreciar este último no haberse infringido la normativa en vigor ni causado ningún quebrantamiento a su derecho defensa. Así todo el recurrente dedujo un amparo ante el TC alegando la vulneración de su derecho a tutela efectiva, el que fue rechazado tras no haber sido considerado de especial trascendencia constitucional. Agotando de esa manera todas las vías judiciales internas. Es preciso agregar, en lo pertinente, lo señalado por el artículo 24 de la Constitución Española cuando dispone que:

Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión (...). Asimismo, todos tienen derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas, con todas las garantías y a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (...).

Bajo este contexto, el TEDH precisa que el TC tuvo la oportunidad de decidir si efectivamente la condena impuesta por el tribunal de alzada, argumentado su fallo en el mecanismo de prueba indicado sin oír al condenado, fue suficiente o no para enmarcarse dentro de la protección a que debe tener lugar conforme lo dispuesto en el referido artículo 24 de la CE. Ya que ello supondría, una nueva revisión de los hechos de la causa, mas no una redefinición de los mismos hechos (sin modificarlos ni recalificarlos) a lo que alude la argumentación del Gobierno⁵⁵⁹. Al efecto el Tribunal Europeo establece la premisa indiscutible de que el demandante fue condenado por la Audiencia Provincial por un delito del que fue absuelto en primera instancia sin haber sido oído en persona⁵⁶⁰. A su vez entiende también que sin importar si la parte que alega lo haya solicitado o no, el juzgamiento en un nuevo juicio procederá toda vez que importe garantizar la tutela judicial efectiva.

⁵⁵⁹ Cfr. *Ibíd.*, párr. 26.

⁵⁶⁰ *Ibíd.*, párr. 30.

El tribunal por tanto considera que el juez de apelación tenía el deber de tomar medidas positivas con este fin, a pesar de que el demandante no hubiera solicitado expresamente que se celebrase un juicio oral, siendo necesario un juicio oral cuando se emplaza al tribunal de apelación a examinar hechos nuevos probados en primera instancia, que luego ha reconsiderado, yendo más allá de consideraciones estrictamente jurídica⁵⁶¹. Ello supone para el TEDH una evaluación completa de la cuestión sobre la culpabilidad del demandante tras reconsiderar el caso respecto a los hechos y al derecho. Es más, habría sido necesario que el tribunal sustanciase un examen personal y directo del testimonio aportado en persona por el inculpado que reclama no haber cometido el presunto acto constitutivo de delito pena⁵⁶².

Conforme lo anterior, el razonamiento y decisión del tribunal de Estrasburgo fue que el tribunal de alzada había incumplido con los requisitos que impone un proceso equitativo, y en consecuencia declaró la violación del artículo 6.1 del CEDH, en razón de que el solo vídeo como medio para imponer una condena, no sitúa a la Audiencia Provincial en igualdad de posición que el juzgado de primera instancia a efectos del artículo 6.1 del Convenio (ya que en este último si tuvo ocasión una audiencia pública con la intervención de las partes). Por lo que al momento de decidir el recurso de amparo aquello no pudo ser obviado por parte el TC quien conoció de las alegaciones como la última instancia en sede nacional, pues tal cual como el TEDH le recordó en sus propios fallos el primero ha indicado que la sola visualización de un vídeo de un juicio en primera instancia no capacita a un tribunal de apelación para evaluar testimonios personales, ya que ello no supone una igualdad en el ejercicio de las garantías del debido proceso para los intervinientes. Siendo esto último crucial para haber citado a un juicio y oído a todas las partes por igual en el juicio.⁵⁶³

En relación con el criterio de la complejidad del asunto, este se ha invocado por el Gobierno en varios asuntos como *Ruiz Mateos*, en el que el Gobierno afirma que la gran complejidad del caso no debe confundirse con la sencillez del procedimiento y que el asunto examinado era complejo no solo por la amplitud del expediente, sino también por la gravedad de los novedosos problemas jurídicos que habían de resolverse. El TEDH admite igualmente que la acción civil principal no era al principio compleja, pero que posteriormente planteó cuestiones constitucionales de innegable dificultad. Sin embargo, en opinión del Tribunal, esta complejidad no justifica de ningún modo la duración excesiva de los procedimientos constitucionales, siete años y nueve meses⁵⁶⁴.

El Gobierno reprocha a los demandantes una actitud dirigida a dilatar la duración del procedimiento civil, al ejercitar de forma abusiva una acción restitutoria en relación con

⁵⁶¹ *Ibíd.*, párrs. 32 y 33.

⁵⁶² *Cfr. Ibíd.*, párr. 35.

⁵⁶³ *Cfr. Ibíd.*, párrs. 38 y 39.

⁵⁶⁴ DELGADO DEL RINCÓN, *op. cit.*, p. 581

una expropiación realizada mediante una ley. Con dicha acción se inducía a los tribunales competentes a que plantearan una cuestión de inconstitucionalidad, retrasando considerablemente el desarrollo del proceso en todas las instancias. El TEDH, sin embargo, no comparte esta tesis al considerar que los actores utilizaron el único medio -la cuestión de inconstitucionalidad- que les ofrecía la legislación española para defender sus intereses, el derecho de propiedad, dado que no podían presentar un recurso de amparo al regularse ese derecho en el art. 33 CE, fuera de los preceptos constitucionales tutelables mediante el amparo constitucional⁵⁶⁵.

Ahora bien, relativo a otros asuntos, el Estado español ha incumplido el derecho del art. 6.1 CEDH por los retrasos excesivos en la tramitación de causas seguidas ante órganos judiciales de todos los órdenes jurisdiccionales (salvo el militar) y en cualquiera de las fases en que se encontrara el proceso. Así, pueden citarse, por ejemplo, en el orden civil, la STEDH *Ortuño c. España*, de 27 de septiembre de 2011, dictada en ejecución de una sentencia firme en un procedimiento de liquidación del régimen de gananciales, cuya duración supera los once años en una sola instancia.

En el orden penal, la STEDH *Menéndez García y Álvarez González c. España*, de 15 de marzo de 2016, considera que no cumple con las exigencias del «plazo razonable» la instrucción de un proceso penal cuya duración ha sido de cuatro años; o que un procedimiento se haya quedado en la fase instructora, habiendo durado trece años y medio cuando se dicta el auto de sobreseimiento definitivo por haber prescrito el delito (STEDH *Moreno Carmona c. España*, de 9 de junio de 2009); o que en un procedimiento de ejecución de una sentencia penal se haya invertido un lapso de tiempo de más de siete años y nueve meses (STEDH, *Bendayan Azcantot y Benalal Bendayan c. España*, de 9 de junio de 2009).

En el orden contencioso-administrativo, el TEDH ha declarado que contradice también la obligación del «plazo razonable» la duración de más de cinco años y cuatro meses de un incidente sobre la competencia de un tribunal (STEDH *Alberto Sánchez c. España*, de 16 de febrero de 2005); o que el procedimiento en una única instancia jurisdiccional dure diez años (STEDH *Comunidad de Propietarios Pando n.º 20 v España*, de 20 de diciembre de 2016), o diecinueve años en cuatro instancias jurisdiccionales, con una suspensión en una de ellas de casi seis años (STEDH *Ruiz-Villar Ruiz c. España*, de 20 de diciembre de 2016).

En el orden social se ha planteado también ante el TEDH alguna demanda por la duración excesiva de un proceso laboral, aunque el Tribunal la ha inadmitido por no haberse agotado todos los recursos del Derecho interno, concretamente el previsto en el art. 292 y ss. LOPJ para reclamar ante el Ministerio de Justicia la responsabilidad patrimonial por el

⁵⁶⁵ *Ibíd.*, p. 582-583.

funcionamiento anormal de la Administración de Justicia por la presunta dilación indebida (Decisión del TEDH *Balsells i Castelltort y otros c. España*, de 6 de enero de 2015).

En el ámbito de la jurisdicción constitucional, el TEDH ha condenado también a España por infracción del derecho a un juicio en un plazo razonable cuando, por ejemplo, el periodo de duración de dos cuestiones de inconstitucionalidad ha sido de siete años y nueve meses (STEDH *Ruiz Mateos c. España*, de 23 de junio de 1993); o cuando el tiempo invertido en la tramitación de un recurso de amparo ha sido de tres años y dos meses (STEDH *Díaz Aparicio c. España*, de 11 de enero de 2002) o de cinco años y cinco meses (STEDH *Soto Sánchez c. España*, de 25 de febrero de 2004); o cuando en la admisión de un recurso de amparo se ha tardado ocho meses (STEDH *Quiles González c. España*, de 27 de abril de 2004) u once meses (SSTEDH *González Doria Durán de Quiroga c. España y López Sole y Martín de Vargas c. España*, ambas de 28 de enero de 2004)⁵⁶⁶.

En el asunto *Díaz Aparicio* de 2002, el TEDH, conforme a jurisprudencia anterior, afirma que conviene examinar la duración del conjunto de las instancias jurisdiccionales encausadas, incluida la del Tribunal Constitucional, cuyo procedimiento, un recurso de amparo, ha durado tres años y dos meses que, a juicio del TEDH, es un periodo excesivo que no responde a las exigencias del «plazo razonable», infringiendo así el art. 6.1 CEDH (par. 22). Aunque, en realidad, la duración total del proceso fue de cinco años y dos meses, comprendiendo tanto el periodo de tiempo que transcurrió ante la instancia penal (la Audiencia Nacional) como el que se desarrolló ante la instancia constitucional (el Tribunal Constitucional). Sin embargo, el TEDH solo toma como referencia para declarar la violación del derecho del art. 6.1 CEDH el periodo sustanciado ante el TC. Por otra parte, el TEDH no tiene en cuenta la alegación del Gobierno español sobre la complejidad del proceso penal. Asimismo, recuerda que «corresponde a los Estados contratantes organizar su sistema judicial de forma que sus órganos judiciales puedan garantizar a todos el derecho a obtener una resolución definitiva en un plazo razonable»⁵⁶⁷.

iv. Sobre el derecho a ser oído en un juicio justo

Sobre el particular, el presente asunto reviste de especial interés, dada la trascendencia judicial interna que ha tenido su ejecución, luego de haber declarado la Corte Europea la responsabilidad del Estado Español por la violación del artículo 6 N°1 del CEDH, y que a significó a posteriori, la anulación del fallo previamente dictado por el órgano judicial interno. Tales aspectos ciertamente resultan relevantes a la presente investigación, puesto que inciden directamente en el cómo, a raíz de la reforma en 2015 a la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha mutado el tratamiento del recurso extraordinario de revisión, pues ahora en razón de este, a fin de dar ejecución indirecta a la sentencia del

⁵⁶⁶ DELGADO DEL RINCÓN, op. cit., pp. 577-579.

⁵⁶⁷ *Ibíd.*, p. 580.

TEDH, ha sido posible, a instancias del Tribunal Supremo, dar cabida a dejar sin efecto y consecutivamente invalidar la sentencia interna que condeno a la víctima, poniéndose en práctica por vez primera un nuevo mecanismo interno de ejecución para cuando la causa de violación resulta precisamente de una sentencia judicial interna, pronunciada en oposición al Convenio Europeo.

En efecto, la violación fue alegada por el entonces Presidente, Vicepresidente y Secretario del Parlamento de la Comunidad Autónoma del País Vasco, en 2003, quienes alegaron la vulneración del artículo 6 N° 1 del Convenio, en razón de los hechos que a continuación se pasan a extractar. En efecto, dicha transgresión tuvo como origen el haber sido condenadas las víctimas sin que se les hubiese oído en vista pública ante el Tribunal Supremo, motivo por el cual se vio vulnerado en definitiva su derecho a la defensa.

El Sindicato denominado Manos Limpias (organización de representación de empleados de la función pública en España) junto al Ministerio Público, promovieron inicialmente acciones penales en contra de las referidas víctimas, alegando que estas habían cometido el delito de desobediencia a la autoridad judicial al negarse a acatar la resolución del Tribunal Supremo, dictada en 2003, que había ordenado la disolución de todos los grupos parlamentarios presentes en el seno de las distintas instituciones de las Comunidades Autónomas del País Vasco y de Navarra respectivamente, a raíz de la declaración de ilegalidad y disolución de dichos partidos políticos.

En un primer momento, en 2004, el Juez de Instrucción procedió a archivar los antecedentes por no considerar tales hechos constitutivos de delito ni motivación que acreditara el elemento subjetivo voluntario que justificara la negativa al acatamiento de tal medida. A pesar de ello, considerando que el Ministerio Público decidiese no perseverar, el referido Sindicato insistió en la acusación, recurriendo del auto ante Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJPV), quien posteriormente lo estimo procedente, devolviendo así el asunto para la reapertura de la instrucción, luego de estimarse la existencia de indicios racionales que mostraban la existencia de un delito de desobediencia con posibilidad de que los demandantes incurrieran en responsabilidad penal. En tal proceso se revisaron diversos medios de pruebas, tanto documentales como testimoniales, entre los cuales constaban las declaraciones de los afectados, dictándose en ese contexto, en noviembre de 2005, luego de la celebración de una vista pública, la absolución de las víctimas en razón de su inviolabilidad parlamentaria, declarándose en definitiva el TSJPV incompetente para enjuiciar su comportamiento por tales motivos⁵⁶⁸.

Posteriormente, la referida sentencia resulto ser impugnada por la vía del recurso de casación, en 2006, ante el Tribunal Supremo, quien estimándolo procedente ordeno se devolviera el expediente ante el tribunal *aquo* a fin de que los respectivos jueces que

⁵⁶⁸ Cfr. Sentencia TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Caso Atutxa Mendiola y otros vs. España, sentencia de 13 de junio de 2017.

revisaron la causa, completaran la exposición de hechos considerados probados y se pronunciaran sobre el fondo de las pretensiones en una nueva sentencia, aunque esta vez con la instrucción de no tener que celebrar otra audiencia pública. A pesar de aquello, el Tribunal Vasco, tras realizar una nueva audiencia pública, absolvió nuevamente a los afectados, luego de haber considerado probado que, tras la orden dictada al Presidente del Parlamento en 2003 por el TS, para promover en su Mesa disolver los partidos políticos allí indicados, no existieron motivos plausibles que determinaran haberse cometido el delito de desobediencia a la autoridad judicial alegado –previsto en el artículo 410 del Código Penal, toda vez que no fue posible acreditar el supuesto subjetivo que impone dicho tipo penal, cual es la existencia de negativa abierta y directa de dar cumplimiento a la orden del tribunal superior.

En efecto, de la revisión hecha por parte del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, se consideraron por acreditados los hechos, ocurridos en 2003, que dan cuenta de lo informado por la directiva del Parlamento al Tribunal Supremo, luego de que este último le insistiera en la necesidad de ejecutar la sentencia sobre disolución, siendo la respuesta del Presidente del respectivo Parlamento el haber informado sobre la adopción y aprobación, de parte de la Mesa Parlamentaria, de un proyecto de resolución general de la Presidencia, que buscaba precisamente dar cumplimiento a la sentencia que ordenaba la disolución de los partidos vascos allí indicados. No obstante, conforme al artículo 24.2 del Reglamento del Parlamento, aquello debía someterse a aprobación de los miembros de la Junta de Portavoces, quienes luego terminaron por rechazar la resolución de cumplimiento, trasladando tal decisión al Tribunal Supremo⁵⁶⁹, ya que se hacía imposible por parte del Parlamento ejecutar la referida sentencia.

De esta manera, las víctimas de la condena expresaron que, pese los esfuerzos del Parlamento y la Mesa de adoptar un texto que diere cumplimiento a las medidas impuestas por el TS, aquello resultaba jurídicamente imposible, ya que el Reglamento no disponía otra forma para ejecutar la medida que no fuere pasar por la aprobación interna. Inclusive los denunciante señalaron haberse realizado propuestas en orden a reformar el texto del Reglamento, las que igualmente fueron rechazadas por los integrantes de la respectiva Junta, con lo que se imposibilitaba la labor de dar cumplimiento a la medida, aun cuando esgrimiéndose acciones que demostraban un comportamiento propicio a acatar lo instruido por el órgano superior.

Finalmente, tras aquello la acusación popular recurrió de casación, dictando el Tribunal Supremo, en abril de 2008, sentencia estimatoria luego de la celebración de una vista pública en la que participaron los representantes de los demandantes pero no así las víctimas de violación, que tampoco fueron oídos, anulándose en definitiva la sentencia recurrida, tras considerar a los demandantes culpables del delito de desobediencia y

⁵⁶⁹ Cfr. *Ibíd.*, párr. 13.

condenándoles a una pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de doce a dieciocho meses, sumado a una multa en dinero equivalente a seis y cuatro meses respectivamente.

Posteriormente, fue interpuesto por parte de los denunciados un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, por la violación de los artículos 14 (Principio de igualdad), 24.1 (Derecho a la tutela judicial efectiva) y 24.2 (presunción de inocencia) de la Constitución Española, el que fue rechazado por estimar el TC que el Tribunal Supremo, en su decisión, no había alterado las circunstancias fácticas ni el juicio adoptado previamente por el Tribunal Vasco en su sentencia absolutoria, sino que más bien, tras revertirlo, el razonamiento usado resultaba válido al limitarse a un aspecto netamente jurídico, consistente en la interpretación de la norma penal y de las causas de exclusión de la antijuridicidad, sin alterar con ello el relato contenido en los hechos probados previamente⁵⁷⁰, no siendo necesario por tanto para tal calificación jurídica la intervención de las víctimas en dicha instancia.

De esta forma, la motivación de la demanda interpuesta ante TEDH tiene como fundamento, tal cual indica el voto minoritario de los jueces integrantes del Tribunal Supremo, que la condena a la víctima significó el haberse procedido a una nueva valoración de los elementos de prueba, ya examinados por el tribunal inferior -incluidos los testimonios- sin que se hubiera respetado el principio de inmediación y el derecho a ser oído⁵⁷¹.

En definitiva, la violación alegada tiene en su seno la afectación al derecho a la defensa y a ser oídos en juicio, con independencia de la instancia. Tal como señala el voto particular discrepante del TC en su sentencia, la condena a la víctimas significó haberse reconsiderado los hechos denunciados, para derivar la presencia del elemento subjetivo de la voluntad en el incumplimiento del requerimiento judicial, seleccionando unos datos y excluyendo otros, lo que importó modificarlos al quedar descontextualizados del conjunto de lo actuado⁵⁷². Aún más, cita jurisprudencia del propio TEDH que reafirma la necesaria exigencia de audiencia pública siempre que una persona fuere condenada por primera vez, independiente de si es primera o segunda instancia, salvo en los supuestos en que la condena derive exclusivamente de un distinto entendimiento de cuestiones jurídicas que no modifican la determinación de elementos fácticos, incluidos los elementos subjetivos establecidos en condiciones de audiencia o de inmediación⁵⁷³, lo que claramente no ocurrió en el caso sublite.

⁵⁷⁰ *Ibíd.*, párr. 21.

⁵⁷¹ *Ibíd.*, párr. 20.

⁵⁷² *Ibíd.*, párr. 23.

⁵⁷³ *Ibíd.*, párr. 24, se refiere a las Sentencias *Vilanova Goterris vs. España*, de 27 de noviembre de 2012 y *Román Zurdo vs. España* de 8 de octubre de 2013.

Sobre el fondo, el Tribunal Europeo, sostiene que si bien no se discute en el presente caso que el Tribunal Supremo haya realizado una nueva interpretación, distinta a la del TSJPV, sobre el supuesto penal de negativa abierta a ejecutar resoluciones judiciales, previsto en el artículo 410 N° 1 del Código Penal. Anota sin embargo, que tal interpretación si ha conducido a la condena de los interesados por el delito de desobediencia. Constatando además que las partes igualmente estuvieron de acuerdo en decir que el Tribunal Supremo había reproducido en su sentencia los hechos considerados probados por el TSJPV.

No obstante, y al contrario de la opinión del Tribunal *aquo*, el Tribunal Supremo concluyó que los acusados se habían negado -de manera consciente y deliberada- a acatar la resolución que ordenaba la disolución de todos los grupos parlamentarios presentes. Aquello fue considerado por el Tribunal Regional como una nueva valoración subjetiva de los elementos de prueba, que ya habían sido examinados previamente en la causa por el TSJPV, aun cuando omitiéndose la participación de las víctimas para que expusieran su defensa.

De esta manera, la intencionalidad en la valoración de las pruebas testimoniales, que revirtió el fallo inicial y motivo la posterior condena del Tribunal *ad quem*, efectivamente considero el elemento volitivo, cual es la intencionalidad de las víctimas, para configurar la conducta de negativa directa exigida por el tipo penal. No obstante, en opinión del Tribunal Europeo, aquello se hizo sin valorar el testimonio de las víctimas, lo que a la postre, resulta ser gravitante a la hora de estimar la violación al derecho de defensa -y ser oídos- en el marco de un debate contradictorio jurisdiccional ⁵⁷⁴.

Por último, cabe hacer presente que este *Caso Atutxa Mendiola y otros*, destacan los efectos de la brevedad expositiva en que el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco absolvió de un delito de desobediencia a la autoridad a quienes luego recurrirían a Estrasburgo por el que habían sido demandados, por no acatar la resolución del Tribunal Supremo relativa a la disolución de determinados grupos parlamentarios en las instituciones del País Vasco como consecuencia de la declaración de ilegalidad de los partidos políticos Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna. Recurrída la sentencia en casación el Tribunal Supremo realizó una nueva interpretación jurídica del comportamiento de los demandantes respecto a elementos subjetivos que resultaron determinantes para acordar su culpabilidad en un delito de desobediencia sin que hubieran podido ser oídos ante dicho tribunal. Aun cuando, por parte de cinco magistrados se formuló un voto particular por estimar que se había procedido a una nueva valoración de los elementos de prueba sin la observancia del principio de inmediación. Aunque el Tribunal Constitucional no apreció vulneración del derecho de defensa ⁵⁷⁵ si se formuló un voto particular por cuatro

⁵⁷⁴ Cfr. *Ibíd*, párr. 40-42.

⁵⁷⁵ Para la mayoría de los magistrados no «era constitucionalmente exigible que los demandados fueran oídos en la vista de casación», sin embargo en el voto particular se señala que aunque en la segunda instancia no se han modificado «los hechos probados de la sentencia revocada en la parte del relato histórico de los hechos y

magistrados. Planteado el recurso ante el Tribunal Europeo por este se resuelve que el Tribunal Supremo debió llevar a cabo una «valoración directa del testimonio de los demandantes» por lo que al no haberse procedido de este modo se les privó de su derecho de defensa en un proceso contradictorio⁵⁷⁶.

v. Detención y privación de la libertad de forma ilegal

El presente caso ha sido de suma trascendencia en la esfera jurisprudencial española, toda vez que, por un lado el actuar del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentó los límites para la aplicación retroactiva de una ley penal interna de 1973 derogada y por otro, como corolario de aquello, sobre como la interpretación jurisprudencial *ultra-activa* de las normas penales por el Tribunal Supremo, afianzada desde 2006 para conocer y juzgar varios de los casos sometidos a su conocimiento, a propósito del caso Parot, fue dejada sin efecto al comprobarse la violación de los artículos 7 y 5.1 del Convenio Europeo, en su aplicación en contra de la condenada, señora Inés Del Río Prada por su participación dentro de la organización nacional terrorista Vasca (ETA) en una serie de delitos conexos y que implicaba computar individualmente (y no así con un tope o límite máximo) los años de presidio por cada una de las penas asignadas.

El surgimiento de la “doctrina Parot”, dice relación con la aplicación jurisprudencial que el Tribunal Supremo realiza respecto de una ley penal derogada, en apariencia por resultar esta más beneficiosa para el condenado, en el cómputo y acumulación de las penas asociadas a la comisión de delitos conexos. El contexto político de la época se circunscribe en un debate de alta tensión mediática generalizada por la opinión pública, frente a las insistentes negociaciones del Gobierno durante la época para que el movimiento nacionalista revolucionario vasco pudiera poner un cese a sus actividades, tras la vuelta a la democratización de la sociedad española, y que tuvo su mayor apogeo entre los 1977 y 2011 finalmente en que se puso fin a su lucha civil armada.

Desde el punto de vista jurídico, en primer término toca concebir el efecto de ultractividad (extendiendo su aplicación a hechos fuera de la vigencia) de las normas jurídicas en el ordenamiento jurídico español. Por regla general las normas jurídicas, desde su dictación disponen efectos para el futuro⁵⁷⁷, sin perjuicio de que en determinados casos

documentos que lo acreditan, pero sí ha reconsiderado el significado de tales hechos para derivar la presencia del elemento subjetivo de la voluntad de incumplimiento del requerimiento judicial; y en esta reconsideración, se han seleccionado unos datos y excluido otros, (...) lo que propiamente significa también modificarlos porque quedan descontextualizados del conjunto de lo actuado con intermediación en jurisdicción plena en instancia» (STC 205/2013).

⁵⁷⁶ PÉREZ SOLA, Nicolás. “El contenido del derecho a un proceso con todas las garantías en la segunda instancia penal a la luz de la jurisprudencia del TEDH”. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, 2018, núm. 42, pp. 371-393.

⁵⁷⁷ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Artículo 2. 1. Las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el «Boletín Oficial del Estado», si en ellas no se

también pueda dictarse con efectos retroactivos (cuando el hecho punible se hubiera cometido dentro de la vigencia de esa norma) como por ejemplo ocurre cuando la norma posterior no resulta ser más beneficiosa o favorable al condenado o cuando no contempla en su accionar la posibilidad de regular situaciones acaecidas con anterioridad a su entrada en vigor.

En efecto en materia penal la posibilidad de dar consecuencias jurídicas retroactivas a una norma que en principio no está vigente por estar derogada, tiene ciertos límites, a saber primeramente por lo establecido en la parte final del artículo 2.2 del Código Civil español (y de aplicación general) el cual dispone que “por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que esta hubiere derogado” preceptuando luego que “las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario”. En segundo lugar, el principio de legalidad penal, consagrado tanto en el artículo 25.1 de la Constitución como en el artículo 7.1 del CEDH, prohíben la dictación de normas penales retroactivas que sean contrarias o desfavorables al condenado, sino solo cuando en principio estas establezcan condiciones más favorables para sus beneficiarios. Y como tercer límite, el artículo 24.1 de la Constitución Española (que consagra la tutela judicial efectiva) al disponer que toda norma dictada con efecto retroactivo, tiene el deber de respetar la cosa juzgada, conforme lo cual le está vedado al legislador reabrir procesos ya fenecidos con sentencia firme. Además ello también afectaría el principio de igualdad reconocido en el artículo 14 de la Constitución, esto asociado a la consecutiva desigualdad de trato que generaría el juzgamiento de similares asuntos por una ley anterior que no se encuentra vigente pero es revivida, y otros postrimeramente juzgados al amparo de una nueva ley que modifica la anterior⁵⁷⁸.

Ello obliga al legislador entonces a respetar ciertos límites, empero no así en cambio para el encargado de aplicar e interpretar el derecho en algunos casos, como lo hizo la jurisprudencia nacional del Tribunal Supremo para la solución del caso Parot y otros sometidos a su conocimiento. La judicatura cuenta con mayor discrecionalidad para determinar el beneficio o perjuicio que supone la aplicación de una ley penal derogada para la resolución de asunto, así el TS conociendo del asunto, impuso una interpretación jurisprudencial sobre la aplicación del Código Penal de 1973, que fue seguida para otros casos en el futuro en cuanto a la aplicación de la acumulación jurídica (como límite) del cómputo de las penas asociadas a los delitos conexos.

La “doctrina Parot” lo que hizo en su medida fue disponer de la acumulación jurídica (como remedio jurisprudencial que impone límites a la suma y acumulación material de

dispone otra cosa. 2. Las leyes solo se derogan por otras posteriores. La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia sea incompatible con la anterior. Por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que esta hubiere derogado. 3. Las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario.

⁵⁷⁸ Cfr. CUERDA RIEZU, Antonio. *La Doctrina Parot, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la separación de poderes*. Madrid: Iustel, 2014, pp. 50-54.

penas) asociadas a diversos delitos cometidos por un mismo autor, con la finalidad de hacer frente al gravoso cumplimiento que significaba -inclusive imposible de extender en el tiempo- para los condenados. En opinión del jurista Antonio Cuerda esta doctrina no viene de la ley sino más bien de una interpretación judicial y surge como consecuencia de la acumulación material de las penas del legislador y los límites –parches- previstos a la misma normalmente conocidos como acumulación jurídica⁵⁷⁹.

Como el legislador no previó dicha circunstancia, las soluciones vinieron desde la aplicación práctica que la jurisprudencia hizo conforme el actuar del Tribunal Supremo, a fin de establecer límites, imponiéndose de esa forma un tope máximo como antídoto a la luz del derogado Código Penal de 1973⁵⁸⁰ con la finalidad de poder obtener luego beneficios carcelarios que permitieran rebajar la cantidad de años de cumplimiento, bajo la regla de la ultra actividad de la ley penal por ser esta aparentemente más beneficiosa (para el TS).

La acumulación de penas estuvo dispuesta en el artículo 70 del Código Penal de 1973 (CP) la que imponía el cumplimiento de todas ellas partiendo por la de mayor gravedad a la menor. Cuando aquello no era posible el CP establecía dos límites; primero uno de carácter relativo que disponía imponer el triple de la pena asociada al delito más grave, y otro absoluto que colocaba un máximo de 30 años, a su vez el artículo 100 del referido Código Penal⁵⁸¹ regulaba la redención de penas a fin de abonarle al recluso un día por cada dos de trabajo, considerándose dicho tiempo para la concesión de libertad condicional y reduciendo su pena en un tercio aproximadamente.

Bajo este escenario, en los hechos, durante el año 1990 el señor Henri Parot (conocido terrorista del grupo ETA) resulto ser detenido con 300 kilogramos de explosivos que iban a ser usados para cometer un atentado y posteriormente inculpado por alrededor de 26 delitos conjuntos por la Audiencia Nacional, quien por aplicación del inciso segundo del referido artículo 70, procedió a dividir *en dos tramos o bloques* (habida cuenta del intervalo de tiempo entre la comisión de los hechos delictuales) la acumulación jurídica de las penas asociadas a sus delitos, resultando de este modo una condena de 60 años de cárcel.

⁵⁷⁹ *Ibíd.*, pp. 74-75.

⁵⁸⁰ Código Penal Español de 1973. artículo 70. Cuando todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones no pudieran ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se observarán, respecto a ellas, las reglas siguientes: 1.^a En la imposición de las penas se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo por el condenado en cuanto sea posible, por haber obtenido indulto de las primeramente impuestas o por haberlas ya cumplido. 2.^a No obstante lo dispuesto en la regla anterior, el máximo de cumplimiento de la condena del culpable no podrá exceder del tiempo porque se le impusiere la más grave de las penas en que haya incurrido, dejando de extinguir las que procedan desde que las ya impuestas cubrieren el máximo de tiempo predicho, que no podrá exceder de treinta años.

⁵⁸¹ Sección 5.^a Redención de penas por el trabajo. Artículo 100. Podrán redimir su pena por el trabajo, desde que sea firme la sentencia respectiva, los reclusos condenados a penas de reclusión, presidio y prisión. Al recluso trabajador se abonará, para el cumplimiento de la pena impuesta, un día por cada dos de trabajo, y el tiempo así redimido se le contará también para la concesión de la libertad condicional.

Posteriormente en 2006, mediante la interposición de un recurso de casación por el aludido, la “doctrina Parot” surge en la sentencia que plasma el Tribunal Supremo nº 197/2006 por la cual rechazó la división en bloques establecida previamente por la sala penal de la Audiencia Nacional, y sentó las bases para entender que el cumulo (como límite a las penas) debía hacerse considerando a todas las condenas impuestas, individualmente, al mismo tiempo que las redenciones y beneficios carcelarios, bajo el entendido que cada una de ellas particularmente concebidas acceden el límite de 30 años.⁵⁸² Como consecuencia de aquello el sistema de redención de penas, individualmente consideradas, disminuía abruptamente sus efectos ocurriendo que en la práctica las condenas se extendiesen en el tiempo mucho más allá de lo querido y previsto originalmente por los órganos judiciales, siendo aquello más perjudicial que ventajoso para el reo.

Finalmente, en tal caso para la doctrina del TS el límite total impuesto a las penas de 30 años, no da cabida a una nueva pena, por lo mismo los beneficios penitenciarios a que dieran lugar cada una de ellas se computaban individualmente y no sobre la condena total resultante a consecuencia de la aplicación del tope respectivo⁵⁸³.

Ahora bien, habiendo descrito algunas consideraciones que dieron curso a la citada doctrina, toca ahora analizar la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para el caso “Del Río Prada contra España”, pues en razón de ella es que fue dejada sin efecto el planteamiento jurisprudencial del Tribunal Supremo, viéndose este último de alterarla en razón de haberse dictado considerándola Estrasburgo infringir los artículos 5 y 7 del CEDH.

En particular doña Inés Del Río Prada, fue condenada a pasar la cantidad desmedida de casi tres mil años de cárcel, por la acumulación material de penas asociadas a los delitos cometidos. Cuando la peticionaria solicitó la libertad condicional, las autoridades locales invocaron la “doctrina Parot”, bajo la cual se calculaba la reducción de su condena y redención de sus penas en atención al cómputo individual de cada una de ellas, según lo expuesto en párrafos anteriores. Ante ello, la señora Inés del Río, llevó el caso ante el TEDH, quien tras una revisión exhaustiva de los criterios jurisprudenciales internos, puso en tela de juicio y acabó con la aplicación judicial de la referida doctrina al verificarse, en el caso en concreto, que aquella contravenía dos artículos de la Convención Europea de Derechos Humanos, a saber lo dispuesto en el nº 7 (principio de Legalidad de las penas) y el nº 5 (derecho a la libertad).

En el marco de ocho procedimientos penales distintos ante la Audiencia Nacional, sostenidos entre los años 1982 a 1987, la víctima fue sometida por parte de la Audiencia Nacional a cumplir la condena por la totalidad de sus delitos los que en su conjunto llegaban hasta el día 27 de junio de 2017. No obstante, habiendo obtenido redención de penas por realizar trabajos, el centro penitenciario donde se hallaba recluida propuso su fecha de salida

⁵⁸² Cfr. CUERDA RIEZU, op. cit., pp. 77-82.

⁵⁸³ *Ibíd.*, p. 84.

para julio de 2008, es decir nueve años menos de lo inicialmente fijado. En razón de dicha propuesta, y por aplicación de la “doctrina Parot” instaurada por el TS, la Audiencia Nacional sin mediar revisión, confirmó la salida para junio de 2017. Ante aquello en 2009 la afectada interpuso un recurso de súplica que fue desestimado, al igual que el recurso de amparo interpuesto ante el Tribunal Supremo, este último por no haberse acreditado la trascendencia constitucional del caso. Así habiéndose agotado toda instancia judicial previa decidió recurrir ante TEDH, quien resolviendo del caso confirmó la contravención del CEDH.

El asunto fue decidido en doble instancia por el Tribunal de Estrasburgo, primeramente mediante la sentencia en sala de fecha 10 de julio de 2012, por la cual se estimó que la aplicación al caso de la “doctrina Parot” afectaba la legalidad de la pena en el sentido de que al aumentar la puesta en libertad de la condenada a nueve años más suponía una acción imprevisible para la demandante, ya que hasta la imposición de tal doctrina el cumplimiento de las penas para las autoridades administrativas y carcelarias consideraban que el límite de 30 años operaba como una pena autónoma distinta y sobre ella computaba la redención por trabajos.

Por una parte la Sala sostuvo primero que si bien las disposiciones del Código Penal de 1973 aplicables a la redención de pena y al tiempo máximo de condena (es decir, treinta años según el artículo 70 del mismo Código) eran un tanto ambiguas, en la práctica las autoridades penitenciarias y los tribunales españoles tendían a tratar el tiempo máximo legal de condena como pena nueva e independiente a la que debían aplicarse beneficios tales como la redención de la pena por trabajo realizado en prisión; En segundo lugar, la Sala observó que, en el caso de la recurrente, la nueva interpretación realizada por el Tribunal Supremo en 2006 sobre la forma de aplicar la redención de pena había tenido el efecto retroactivo de ampliar el tiempo de prisión de la interesada en casi nueve años, privándole de la redención de la pena por trabajo a la que de otro modo habría tenido derecho.

En consecuencia, la medida no solo afectaba a la ejecución de la pena impuesta a la recurrente, sino que tenía también un impacto decisivo en el alcance efectivo de la misma a efectos del artículo 7 del CEDH; y finalmente en tercer lugar, la señaló que el cambio de enfoque del Tribunal Supremo no tenía base alguna en la jurisprudencia, y que el propio Gobierno había reconocido que la práctica anterior de autoridades penitenciarias y tribunales habría resultado más favorable para la recurrente. Indicaba asimismo que la desviación de la anterior práctica se había producido tras la entrada en vigor del nuevo Código Penal de 1995, que había suprimido las redenciones de pena por trabajo y había establecido normas nuevas y más estrictas sobre la concesión de beneficios penitenciarios a los reclusos condenados a varias penas de prisión de larga duración. La Sala hacía hincapié en que los tribunales nacionales no pueden, retroactivamente y en perjuicio de las personas

interesadas, aplicar las políticas penales que sustentan cambios legislativos, cuando estos se han introducido con posterioridad a la comisión de un delito⁵⁸⁴.

Ello en definitiva hacia imprevisible para la afectada la medida y, efectivamente, más gravosa al exigirle cumplir con más tiempo en la cárcel que el presupuestado, ya que hasta antes de la aparición de la doctrina los tribunales nacionales y autoridades penitenciarias consideraban que las penas sometidas a limitación de 30 años funcionaban como una pena autónoma, por la cual se computaba la remisión⁵⁸⁵.

De acuerdo con la decisión del TEDH, los Estados Miembros de la UE son libres de cambiar sus políticas criminales y reformar los criterios punitivos por delitos, pero esta potestad no permite la violación del principio de irretroactividad en virtud del artículo 7 de la Convención. Por lo tanto, lo que se impugnaba en este caso no era la legalidad de la aplicación de la “doctrina Parot”, sino su carácter retroactivo en perjuicio de la prisionera, pues la decisión del Tribunal Supremo en el caso Del Río Prada produjo un aumento desmedido para el cumplimiento de la pena en cárcel.

Por ello y frente al requerimiento e insistencia del Estado Español para que el asunto fuese visto por la Gran Sala, a pretexto de mantener encarcelada a la demandante, el Tribunal de Estrasburgo, el 21 de octubre de 2013, dictó sentencia definitiva sobre el asunto ratificando la vulneración del principio de legalidad y derecho a la libertad. Dispuso en efecto que la garantía consagrada en el artículo 7, resultaba ser un elemento esencial del Estado de Derecho que ocupa un lugar preeminente en el sistema de protección del Convenio, por lo mismo no se limita a prohibir la aplicación retroactiva del Derecho penal en perjuicio de un acusado sino que también incorpora, de manera más general, el principio de que solo la ley puede definir un delito y prescribir una pena *-nullum crimen, nulla poena sine lege-*⁵⁸⁶.

El Tribunal de Estrasburgo acredita que antes de la sentencia 197/2006 del Tribunal Supremo, cuando una persona era condenada a varias penas de prisión que fuera objeto de una resolución de acumulación y límite máximo, las autoridades penitenciarias y las judiciales computaban las redenciones de pena por el trabajo en prisión sobre la duración máxima de la pena a cumplir establecida en el artículo 70.2 del Código Penal de 1973⁵⁸⁷ asimismo dispuso que las redenciones de pena por el trabajo en prisión estaban expresamente previstas en la disposición legal (artículo 100 del Código Penal de 1973). En razón de ello se preveía la reducción automática y obligatoria de la duración de la pena como contrapartida del trabajo realizado en prisión, las que una vez acreditadas y otorgadas por el juez no podían revocarse retroactivamente ya que se trataba de una situación jurídica

⁵⁸⁴ Cfr. Sentencia TEDH. Caso Del Río Prada vs. España 2013, op. cit., párrs. 58- 60.

⁵⁸⁵ Cfr. CUERDA RIEZU, p. 119.

⁵⁸⁶ Cfr. Sentencia TEDH, Caso Del Río Prada vs. España 2013, párrs. 77 y 78.

⁵⁸⁷ Cfr. *Ibíd.*, párr. 98.

ya adquirida por el condenado⁵⁸⁸. Asimismo, el Tribunal consideró también significativo que, al suprimir el sistema de redenciones de pena por el trabajo en prisión para los futuros condenados, el nuevo Código Penal de 1995, mediante sus disposiciones transitorias, haya autorizado a las personas condenadas con arreglo al antiguo Código Penal de 1973 (como la demandante) a seguir beneficiándose de ese régimen, en la medida en que les resultara favorable.

El Tribunal consideró que la aplicación en este caso de nuevas modalidades de cálculo de redenciones de pena por trabajo derivadas de la “doctrina Parot” no podía considerarse como una medida que afectare exclusivamente a la ejecución de la pena impuesta a la demandante sino más bien que a la pena en sí misma. Por ende, como consecuencia de la “doctrina Parot”, la pena máxima de treinta años de cárcel había perdido su carácter de pena autónoma sobre la cual debían calcularse las redenciones de pena por trabajo para convertirse en una pena de treinta años de cárcel que, en realidad, para efectos de su redención por trabajos, debían ser consideradas individualmente, afectando aquello el tiempo de cárcel computado (es decir la pena misma impuesta).

Además, sostuvo que la modificación del sistema de cómputo de las redenciones de pena era el resultado de un cambio jurisprudencial operado por el Tribunal Supremo, y no de una modificación de la ley ordenada por el legislador. Lo que, en perjuicio de la demandante, no era previsible suponer con posterioridad a la comisión de los delitos e imposición de condenas a la señora Inés del Río Prada, siendo ello improcedente toda vez corresponde “hacer prevalecer el principio de legalidad penal y prohibición de cambios jurisprudenciales retroactivos en perjuicio del condenado”.⁵⁸⁹ Por lo demás dispone la propia Constitución Española en su artículo 9, número 3, que garantiza el principio de legalidad y la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

A su vez, sobre el derecho a la libertad, el Tribunal de Estrasburgo considera que la aplicación a la demandante de la nueva jurisprudencia retrasó de manera efectiva la fecha de su puesta en libertad en casi nueve años, lo que a la luz de los antecedentes, a partir del 3 de julio de 2008 la privación de libertad en contra de la demandante no había sido legal, con infracción del art. 5.1 del Convenio.⁵⁹⁰ Teniendo en cuenta las circunstancias específicas de este caso y la necesidad urgente de poner fin a la infracción del artículo 7 y a la del artículo 5, párrafo 1 del Convenio, la Sala consideró que correspondía al Estado demandado asegurar que la demandante fuera puesta en libertad a la mayor brevedad posible.

⁵⁸⁸ *Ibíd.*, párrs. 101-102.

⁵⁸⁹ Cfr. CUERDA RIEZU, p. 124.

⁵⁹⁰ Cfr. Sentencia TEDH. Caso Del Río Prada vs España 2013, párrs. 131-132.

Dispuso por tanto, atendido el artículo 46 del Convenio Europeo sobre ejecución de las sentencias, recordando que, en principio, el Estado demandado es libre de escoger las medidas con las cuales pretende cumplir la obligación, siempre que dichas medidas sean compatibles con lo dispuesto por lo fallado por el Tribunal en su Sentencia. No obstante en determinados casos, con la finalidad de ayudar al Estado demandado a cumplir sus obligaciones, el Tribunal puede hacer una indicación del tipo de medidas individuales y/o generales que podrían ser adoptadas con el propósito de poner punto y final a la situación que dio pie a la declaración de una infracción. En el presente caso, teniendo en cuenta las circunstancias específicas de este caso y la urgente necesidad de poner punto final a las infracciones del Convenio que se declaran, entiende que incumbe al Estado demandado asegurar que la demandante es puesta en libertad en el plazo más breve.⁵⁹¹

En conclusión, el presente caso fue de suma relevancia toda vez que resultó ser un pilar fundamental que motivó la posterior reforma legislativa a la Ley del Poder Judicial en 2015, ante el vacío normativo existente para ejecutar sentencias, en la inclusión de una nueva causal para invocar el recurso extraordinario de revisión, cual radica en la existencia de una sentencia estimatoria del Tribunal Europeo, que haya tenido como causa de la violación una decisión judicial interna susceptible de ser anulada por esta vía.

vi. Infracción por la omisión de un recurso efectivo en las expulsiones colectivas de extranjeros del territorio

El presente caso analiza la situación de dos extranjeros -de origen africano- que vieron frustrado su ingreso a territorio nacional español por el paso fronterizo ubicado en la ciudad autónoma de Melilla, situada al norte de África y limítrofe con el país de Marruecos luego de ser expulsados de dicho lugar, sin mediar procedimiento administrativo alguno por parte de la fuerza policial ubicada en aquella zona. Sus abogados patrocinantes, al no haber existido recursos internos de por medio, recurrieron ante la Corte Europea, alegando la violación de los artículos 3º y 13 del Convenio en conjunto al artículo 4º del Protocolo N° 4, alegando haber sido detenidos, encarcelados, golpeados, rechazados y en definitiva devueltos a su suerte en Marruecos, sin que hubiere mediado un recurso racional y justo que evaluara la situación particular de ambos, como al menos el haber oído sus motivos.

De este modo, las alegaciones se centraron en que habían sido objeto de expulsión colectiva, que no habían tenido ninguna posibilidad de ser identificados, ni de alegar sus circunstancias individuales y malos tratos a los que, según ellos, corrían el riesgo de ser sometidos en Marruecos, negándoles el paso sin considerar que su ingreso era por motivos

⁵⁹¹ *Ibíd.*, párrs. 138-139.

de refugio y asilo, ocasionado por el conflicto armado que existía en sus países de origen (Mali y Costa de Marfil respectivamente).

En los hechos, los demandantes intentaron cruzar el paso fronterizo por el puesto de Melilla dos veces, ocurriendo el primero en 2012, cuando procedieron a atravesar las barreras de contención que separan el territorio español en África de Marruecos, fueron interceptados posteriormente por la policía fronteriza, detenidos, incomunicados y devueltos sin haber sido registrados, ni mediar procedimiento por parte de la policía nacional para tomar conocimiento de sus datos y defensa. Posteriormente, fueron conducidos fuera la frontera y dejados a la deriva por las autoridades Locales en la ciudad de Fez.

Posteriormente un nuevo intento de traspasar las barreras tuvo oportunidad en 2014, donde al lograr ingresar brevemente en territorio español fueron nuevamente apresados sin registrar procedimiento para tomar conocimiento de sus identidades, conocer sus argumentos ni obtener defensa de sus intereses. Así del todo, uno de los afectados fue devuelto a Mali en marzo de 2015 a raíz de la orden de expulsión decretada en su contra el 26 de enero de 2015 y consecutiva denegación administrativa de asilo en marzo de 2015. La segunda víctima, a su vez, fue objeto de una orden de expulsión en noviembre de 2014, confirmada luego en febrero de 2015 a raíz de la desestimación de su recurso administrativo de alzada, tras lo cual fue expulsado ignorándose su paradero⁵⁹².

A pesar de ello, por el lado del Gobierno se contrapone aquello argumentando que los hechos alegados se han producido fuera de la jurisdicción de España, por lo que en ningún caso ingresaron a territorio nacional. Precisamente las fuerzas policiales actúan para impedir el ingreso, por lo que nunca se verifico tal circunstancia, menos corresponde hablar de expulsión del territorio donde se ejerce jurisdicción española, ya que actuó dentro del margen que las reglamentaciones e instructivos disponen al efecto, aun cuando la Comisión Española de Ayuda al Refugiado estima que ni el Estado español ni la Unión Europea reconocen una situación jurídica específica a la delimitación de fronteras de Ceuta y Melilla.

En aquel sentido diversos organizaciones internacionales que actuaron como terceros intervinientes en el proceso, citando al TEDH en su sentencia Hirsi Jamaa, consideran:

Que las expulsiones de extranjeros realizadas en el marco de intercepciones en alta mar por parte de las autoridades de un Estado en el ejercicio de sus prerrogativas de potestad pública, y que tienen por efecto impedir que los inmigrantes alcancen las fronteras del Estado, incluso de rechazarlos a otro Estado, constituyen un ejercicio de su jurisdicción con arreglo

⁵⁹² Cfr. Sentencia TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Caso N.D. Y N.T. vs España (demandas N° 8675/15 y 8697/15) de 3 de octubre de 2017, párrs. 9-16.

al artículo 1 del Convenio, que compromete la responsabilidad del Estado en cuestión en el ámbito del artículo 4 del Protocolo no 4.⁵⁹³

Bajo este escenario, el Tribunal valora de una parte, que el artículo 1º del CEDH impone el compromiso de los Estados contratantes consiste en reconocer a las personas que se encuentran bajo su jurisdicción los derechos y libertades. También señala, que el ejercicio de la jurisdicción es una condición necesaria para que a un Estado contratante se le pueda considerar responsable por los actos u omisiones que le son imputables y que están en el origen de una alegación de violación de los derechos y libertades enunciados en el Convenio, el que bajo determinadas circunstancias también admite excepciones, a pesar de su carácter eminentemente territorial, desde el momento en que un Estado, a través de sus agentes que operan fuera de su territorio, ejerce su control y su autoridad sobre un individuo, y por consiguiente su jurisdicción, recae sobre él, en virtud del artículo 1, una obligación de reconocer a aquel los derechos y libertades definidos en el título I del Convenio⁵⁹⁴.

Por ello que, en opinión del TEDH, desde el momento en que los demandantes descendieron de las vallas fronterizas, se encontraban bajo el control continuo, exclusivo y de facto, de las autoridades españolas. Por lo que determinó que existió ninguna duda de que los hechos que sustentaron las violaciones sí estuvieron bajo la jurisdicción de España con arreglo al artículo 1º del Convenio.

Por otro lado, el Gobierno intentó descartar la calidad de víctimas, al no haber concurrido los denunciantes con identificación fehaciente, tras haber participado de intentos de motines al interior de la frontera y no haber aportado pruebas que acreditaran su identidad. Hecho que fue descartado por el Tribunal, quien sostuvo que si los demandantes no pudieron aportar documentos que les identificase de manera nítida entre el grupo de inmigrantes expulsados en agosto de 2014, es ante todo porque, en el momento de su expulsión, los extranjeros devueltos no fueron objeto de ningún procedimiento de identificación. Por lo mismo sostuvo que el Gobierno no puede escudarse tras la ausencia de identificación cuando él mismo es el responsable, ya que no fueron objeto de ningún procedimiento de identificación⁵⁹⁵. Parecido fue la decisión de la Corte en torno a la excepción del Gobierno de no haberse agotado las vías internas para rebatir tales medidas, toda vez que, en agosto de 2014, las autoridades españolas si hubiesen llevado a cabo una expulsión colectiva sin haber seguido ningún procedimiento de identificación de los inmigrantes y sin haber recabado ninguna información respecto de sus circunstancias personales, y que no habría estado en absoluto documentada.

⁵⁹³ Cfr. *Ibíd.*, párr. 48.

⁵⁹⁴ *Ibíd.*, párr. 51.

⁵⁹⁵ Cfr. *Ibíd.*, párr. 60.

En tal sentido el Tribunal sostuvo que la finalidad del artículo 4 del Protocolo N° 4, es la de evitar que los Estados puedan expulsar a un determinado número de extranjeros sin examinar sus circunstancias personales y, por tanto, sin permitirles exponer sus argumentos que se oponen a la medida adoptada por la autoridad competente. En efecto El TEDH recuerda que, según la Comisión de Derecho Internacional, la expulsión se debe interpretar como un acto jurídico o comportamiento imputable a un Estado por el que un extranjero está obligado a salir del territorio de ese Estado⁵⁹⁶. Asimismo, habida cuenta de las circunstancias del presente caso y del carácter inmediato de su expulsión de facto, el TEDH estima que a los demandantes les fue privado de toda vía de recurso que les hubiera permitido presentar ante una autoridad competente su queja respecto del artículo 4 del Protocolo N° 4 y obtener un control atento y riguroso de su solicitud antes de su devolución, por consiguiente, estima que ha habido igualmente vulneración del artículo 13 del Convenio puesto en relación con el artículo 4 del Protocolo N4 4 al Convenio.

Finalmente, la sentencia ha sido modificada por la Gran Sala del TEDH, que con fecha 13 de febrero de 2020⁵⁹⁷, en aplicación del artículo 37. 1, literal a) del CEDH, se pronunció, primero, respecto a la pertinencia de continuar el examen del asunto, en razón de la dificultad de contacto con los demandantes (que vivían en condiciones precarias y sin dirección fija), ya que considerada su expulsión, resultaba difícil mantener permanente contacto con sus representantes, aun cuando manifestaron su interés en la prosecución de la causa. Por ello se confirmó su vista, así como la intervención de terceros en el asunto.

Luego, sobre el fondo procedió a modificar la decisión adoptada previamente por la Sala, y a contrario de esta última, determinó que los demandantes que habían alegado la falta de recurso efectivo para impugnar la decisión policial de expulsión, debieron de haber actuado conforme las normas internas lo disponen. Es decir, el Tribunal sostuvo que, aunque la ley española otorgue la posibilidad de apelar las medidas de expulsión, son los propios requirentes los que debían cumplir con el procedimiento establecido para presentar dicha impugnación (específicamente lo dispuesto de conformidad con las secciones N° 25, 27 y 58), acorde a Ley Institucional N° 4/2000, del 11 de enero, sobre derechos y libertades de extranjeros en España y su integración social.⁵⁹⁸

En efecto, la Gran Sala sostuvo que los demandantes se plantaron en una situación ilegal, al querer al intentar entrar deliberadamente a España cruzando las estructuras de protección fronteriza de Melilla, como parte de un gran grupo de migrantes y en un lugar no autorizado. En razón de ello, es que se concluye que optaron por no utilizar los procedimientos legales que existían para ingresar legalmente al territorio español, por lo que no cumplieron con las disposiciones pertinentes del Código de Fronteras de Schengen

⁵⁹⁶ *Ibíd.*, párr. 103.

⁵⁹⁷ Cfr. Sentencia TEDH. caso N.D. Y N.T. vs. España. Sentencia de fecha 13 de febrero de 2020.

⁵⁹⁸ Cfr. *Ibíd.*, párr. 241.

con respecto al cruce de las fronteras exteriores del área de Schengen y ni la citada legislación nacional que existe sobre la materia.

En razón de lo anterior, el Tribunal llega a la conclusión de que la falta de un procedimiento de impugnación contra la medida de expulsión, fue la consecuencia de su propia conducta, al margen de lo permitido, tras intentar ingresar por un puesto no autorizado en la frontera de Melilla. Por ello no puede responsabilizarse que el Estado demandado no arbitrara un procedimiento para alegar la expulsión, ya que, como se mencionó, el actuar de los demandantes fue en desmedro de los procedimientos dispuestos para tales efectos⁵⁹⁹.

vii. Tortura, tratos inhumanos y degradantes a raíz de la privación de libertad

El artículo 3 CEDH establece que nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes⁶⁰⁰. El TEDH ha reiterado que este precepto recoge uno de los valores fundamentales de toda sociedad democrática, goza de carácter absoluto (que no permite excepciones, matizaciones, o puesta en equilibrio con otros valores), y es inderogable -ya sea en supuestos de normalidad democrática-, de contextos de lucha contra el terrorismo, ya sea en cualquier tipo de estado de excepción o emergencia⁶⁰¹. La vertiente sustantiva prohíbe taxativamente que se ejerzan malos tratos, tratos inhumanos, degradantes, y/o torturas. Dicha obligación constituye una obligación sólidamente asentada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁶⁰².

⁵⁹⁹ Cfr. *Ibíd.*, párr. 242.

⁶⁰⁰ Vid. SALADO OSUNA, Ana. “Los tratos prohibidos en el artículo 3 del CEDH”. En *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos* (3.^a ed.), Francisco Javier García Roca y Pablo Santolaya Machetti (coords.). Madrid: CEPC, 2014, pp. 85-112; SANTAMARÍA ARINAS, René Javier y BOLAÑO PIÑEIRO, María del Carmen. “Prohibición de la tortura”. En *Convenio Europeo de Derechos Humanos: Comentario Sistemático* (3.^a edición), Iñaki Lasagabaster Herrarte (dir.). Madrid: Civitas, 2015, pp. 54-95. Respecto a la relación entre España y la jurisprudencia de Estrasburgo puede verse MATIA PORTILLA, Francisco Javier. “Informe sobre España”. En *Informes nacionales sobre la actuación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Francisco Javier Matia Portilla y Ignacio Álvarez Rodríguez (dirs.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 37-70; DÍAZ CREGO, María. “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos en torno a España: una historia de acuerdos y desencuentros”. En: *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 3.^a ed., Francisco Javier García Roca y Pablo Santolaya Machetti (coords.). Madrid: CEPC, 2014, pp. 791-831.

Vid. QUERALT JIMÉNEZ, Argelia. “La vertiente procedimental del derecho a no sufrir torturas ni penas o tratos inhumanos o degradantes”. En *Conflicto y diálogo con Europa: las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Rafael Alcácer Guirao, Margarita Beladiez Rojo y José Miguel Sánchez Tomás (coords.), pp. 37 y ss.; RUILOBA ALVARIÑO, Julia. “La Sentencia del TEDH en el asunto Martínez Sala y otros c. España”. *Revista Española de Derecho Internacional - REDI*, 2005, vol. 57, núm. 1, pp. 209 y ss.

⁶⁰¹ Vid. Canosa Usera, R; *El derecho a la integridad personal*, Lex Nova, Valladolid, 2006, p. 31 y ss.

⁶⁰² Vid. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE Y ROMANÍ, Carlos. “La obligación de investigación efectiva en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Especial referencia a la práctica española”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2013, núm. 26, pp. 1-42; FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE Y ROMANÍ, Carlos. “El derecho al acceso a la justicia y a una respuesta efectiva en el marco del sistema

Desde el punto de vista subjetivo, y sin perjuicio de lo dicho antes, esta obligación es especialmente exigible a todos aquellos que detentan el poder, especialmente a sujetos cualificados tales como los agentes de la autoridad, miembros de cuerpos policiales y similares. De otra parte, desde el punto de vista objetivo, el precepto prohíbe tres conductas, que a lo largo y ancho de la jurisprudencia del TEDH son tratadas como derivadas de un nexo común: el atentado contra la dignidad más elemental del ser humano. De hecho, la primera vez que el TEDH habló de dignidad lo hizo precisamente en el marco de un litigio relacionado con este precepto⁶⁰³.

el TEDH reserva la tortura para los actos de mayor gravedad, basándose en la principal referencia en la materia: el artículo 1 de la Convención contra la Tortura de Naciones Unidas, y específicamente en el hecho de causar graves y severos daños o sufrimientos de toda índole, no tanto en el fin y objetivos perseguidos. Los tratos inhumanos están en el siguiente escalón, siendo definidos por el TEDH como aquellos sufrimientos físicos/psíquicos provocados deliberadamente con una intensidad particular, lo cual incluye indudablemente el maltrato psíquico. Incluso cabe que el TEDH aprecie un mismo acto como trato inhumano y degradante, lo que lo situaría en un estado intermedio. Por último, los tratos degradantes son los de menor intensidad, siendo aquellos «susceptibles de originar temor, angustia, e inferioridad capaz de humillar a una persona»⁶⁰⁴.

Para sentenciar una vulneración material del artículo 3 CEDH, el Tribunal ha ido estableciendo una serie de criterios mínimos que examina a conciencia, bajo la premisa de que superen ese «umbral mínimo de gravedad»²⁶, y atendiendo detenidamente a las circunstancias del caso. Así, la casuística que ha llegado a producir este precepto es casi inabarcable y goza de un patrón común: una interpretación evolutiva, expansiva y garantista²⁷. Con el paso del tiempo el TEDH ha ido estableciendo diversos factores de valoración, tales como la intencionalidad del autor; la duración e intensidad del trato; los efectos físicos y psíquicos en el presunto maltratador; su vulnerabilidad; y/o su sexo y edad, entre otros⁶⁰⁵.

regional europeo de protección de derechos humanos”. *Eguzkilore Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 2013, núm. 27, pp. 7-24. Como recuerda la doctrina, estamos ante Derecho Convencional, por lo que su origen está en los tratados y solo se aplica a quienes los hayan firmado. Vid. DÍEZ-PICAZO, Lusi María. *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson-Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2014 (4.ª edición), p. 155.

⁶⁰³ Vid. PERALES, Ascención Elvira. “La dignidad humana en el TEDH”. En *Dignidad humana y derecho fundamental*, Ricardo Luis Chueca Rodríguez (dir.). Madrid: CEPC, 2015, pp. 197-234; también puede verse CANOSA USERA, op. cit., p. 179 y ss; OEHLING DE LOS REYES, Alberto. *La dignidad de la persona*. Madrid: Dykinson, 2010; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *La dignidad de la persona, 2ª ed.* Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters, 2011; GUTIÉRREZ, Ignacio. *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*. Madrid: Marcial Pons, 2005, pp. 333 y ss.; ALZAGA VILLAAMIL, Óscar. *Comentario Sistemático a la Constitución Española, 2ª ed.* Madrid: Marcial Pons, 2016, pp. 119 y ss.

⁶⁰⁴ Vid. GIMENO SENDRA, José Vicente, et al. *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*. Madrid: Edisofer, 2017, p. 147.

⁶⁰⁵ Vid. CASADEVALL, op. cit., p. 217.

Tratándose de los hechos que marcaron los casos extractados a continuación, -que versan precisamente sobre la investigación en contra de miembros de asociaciones político militares de carácter terrorista-, cabe hacer presente que tales hechos básicamente tuvieron ocasión a raíz de la detención que sufrieron los denunciantes, quienes en calidad de inculpados en procedimientos judiciales, alegaron la ausencia de defensa e investigación efectiva por parte de las jurisdicciones internas respecto de aquellos malos tratos que alegaron haber sufrido por funcionarios de la Guardia Civil, mientras se encontraban bajo custodia policial, incomunicados y sometidos luego a detención preventiva. Sus detenciones ocurrieron en el marco de procesos de investigación a cargo de la policía nacional, por mantener los denunciantes especiales vínculos con organizaciones terroristas vinculadas al grupo separatista “ETA” y su participación en delitos de la especie. En definitiva, en su aprisionamiento las víctimas acusaron incomunicación y haber sido sometidos a malos tratos bajo la forma de amenazas y violencia psíquica y física, tras ser expuestos a métodos de interrogación y asfixia, que en definitiva promovieron la tortura de las víctimas y la imposibilidad de ellos para acreditar sus defensas y alegaciones al ser sobreseídas por falta de acreditación de los hechos.

Seguidamente, se presentaron diversas acciones ante la judicatura nacional (denuncia, recursos de reforma, apelación y finalmente recurso de amparo) todas las cuales no resolvieron la violación de fondo -a la tutela judicial efectiva- por lo que hubo que recurrir, como ultima ratio, a la intervención del Tribunal Europeo, alegando efectivamente la violación del artículo 3º del CEDH, por no haber habido investigación eficaz por parte de las jurisdicciones internas respecto de sus denuncias de torturas y malos tratos sufridos durante la detención e incomunicación.

En efecto, el Tribunal sostuvo que, cuando un individuo afirma de manera argumentada haber sufrido, de manos de la policía o de otros servicios equiparables del Estado, malos tratos contrarios al artículo 3º del Convenio, combinada con el deber general impuesto al Estado -por el artículo 1º del Convenio- de reconocer a toda persona bajo su jurisdicción, los derechos y libertades definidos en él, requiere, implícitamente, que haya una investigación eficaz⁶⁰⁶. Igualmente sostiene que la investigación debe poder conducir a la identificación y al castigo de los responsables. De otro modo, si ello no fuera así:

La prohibición general legal de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes sería ineficaz en la práctica y sería posible, en ciertos casos, que los agentes del Estado, gozando de una cuasi impunidad, pisotearan los derechos de aquellos sujetos a su jurisdicción.⁶⁰⁷

⁶⁰⁶ Cfr. Sentencia TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Ataún Rojo contra España, 7 octubre de 2014, párr. 35; STEDH. Caso Otamendi Eguiguren contra España, 16 octubre de 2012, párr. 38.

⁶⁰⁷ Cfr. Sentencia TEDH, Ataún Rojo contra España, párr. 34.

A su vez, el TEDH recalcó la importancia de adoptar las medidas necesarias, entre otras, las recomendadas por el *Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes* para mejorar la calidad del reconocimiento médico forense de las personas sometidas a detención incomunicada. Además, sostuvo que la situación de vulnerabilidad particular de las personas detenidas en régimen de incomunicación exige que la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevea medidas de vigilancia adecuadas que se apliquen de forma rigurosa con el fin de que se eviten los abusos y que la integridad física de los detenidos sea protegida⁶⁰⁸.

En tal sentido, el referido Comité, aconsejó a las autoridades nacionales, entre otras, tomar las medidas necesarias para que las personas detenidas en régimen de incomunicación, puedan entrevistarse con un abogado en privado tan pronto sean puestos en detención; velar por que las personas detenidas en régimen de incomunicación tengan el derecho a ser reconocidas por un médico de su elección; que la legislación (y los reglamentos) en vigor deben de ser modificados sin demora con el fin de prohibir la aplicación a los menores de la detención en régimen de incomunicación y que el Poder Judicial incite a los jueces a adoptar una postura más proactiva en cuanto a los poderes de vigilancia de los que disponen en virtud del apartado tercero del artículo 520 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁶⁰⁹. De esta manera, habida cuenta de la ausencia de una investigación en profundidad y eficaz en relación con las alegaciones argumentadas por los denunciantes, según las cuales habían sufrido malos tratos durante su detención preventiva, el TEDH estimó que ha habido violación del artículo 3 del Convenio en su vertiente procesal, ordenando al efecto reparación por daño moral.

viii. Inobservancia a la libertad de expresión

El primer asunto objeto de revisión comenta el ejercicio de la libertad de expresión en contexto más bien de orden político circunscrito en los hechos que a continuación se relatan, y que tuvieron como origen, en el caso de Miguel Castell, el ejercicio de ideas un tanto revolucionarias a la época en que fueron emitidos, entrada la década de los 80, en que se alegaba, de una parte, la falta de investigación, juzgamiento y responsabilidad acerca de quiénes habrían cometido crímenes en contra de personas que adherían a la disidencia del gobierno militar de esa época, post franquista, específicamente por quienes apoyaban la causa de independencia política del País Vasco.

En alusión al primero de los casos, el señor Castells, senador de la formación política que propugna la independencia del País Vasco, residente en la ciudad de San Sebastián, realizó la publicación de un artículo político que, en lo medular, junto con rendir memoria a personas desaparecidas y asesinadas, acusó al gobierno y personeros como autores de los

⁶⁰⁸ *Ibíd.*, párr. 41.

⁶⁰⁹ *Ibíd.*, párr. 28.

crimines y asesinatos cometidos durante el régimen militar en contra de un listado de ellos, respecto de las cuales sostiene que sus responsables se encuentran en el velo de la impunidad, pues no se les ha instruido procedimiento en contra; culpando, en definitiva, al sector político de gobierno por no perseguir los delitos y controlar el poder estatal, judicial y las policías. Hecho que a la postre significó que el Estado instruyera en su contra una querrela criminal por injurias graves, pidiendo para su juzgamiento el levantamiento de la inmunidad parlamentaria que gozaba la víctima, en su calidad de tal.

La defensa del acusado presentó recusaciones en contra de los jueces encargados de la instrucción de la causa, en razón de las ideas políticas y las funciones ejercidas por estos últimos bajo el régimen político anterior, ya que, en su opinión, les descalificaban para el examen de un caso relativo a la libertad de expresión. Alegó, a su vez, la figura de excepción de verdad, exigiendo al TS el poder realizar pruebas para acreditar que sus dichos no expresaban una opinión del inculpado, sino la visión de la opinión pública, a fin de establecer la veracidad de las informaciones mencionadas, las que luego fueron declaradas inadmisibles, basándose en que la excepción de verdad no regía para las injurias contra las instituciones de la Nación. Así del todo, interpuso luego ante el TC un recurso de amparo fundado en la violación del derecho fundamental del juez imparcial, el que resultó rechazado, dado que había que considerar que el derecho a la defensa no podía ser ignorado, por tanto, había que estarse al pronunciamiento de fondo que hicieran los jueces encargados de la instrucción, juicio que finalmente impuso al condenado la pena de prisión de un año y un día por el delito de injurias al gobierno.

El derecho a la libertad de expresión se encuentra consagrado en el artículo 10 del CEDH, el cual preceptúa, primeramente, que:

Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. [Luego sostiene que] el ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

De esta manera, la alegación de la víctima consiste en que la condena en sí es un atentado a su libertad de expresión, especialmente porque no se le ha dejado demostrar la veracidad de las afirmaciones que contenía su artículo, por lo que las restricciones y sanciones que impugna constituyen claramente una injerencia en el ejercicio de la

mencionada libertad⁶¹⁰, puesto que, por un lado, ni la acusación formulada contra él ni su condena ulterior perseguían un fin legítimo amparado por el referido artículo, toda vez que la injerencia no tenía por objeto proteger el orden público ni la seguridad nacional, sino más bien el honor del gobierno demandado. Así las cosas, el Tribunal sostuvo que en las circunstancias existentes en España en 1979 los procedimientos seguidos contra el demandante afectaban a la defensa del orden, en el sentido del párrafo segundo del artículo 10 del CEDH, y no solo a la protección de la reputación de otro⁶¹¹.

De otra parte, en cuanto a la necesidad de la medida por parte del gobierno, el señor Castells insistió en la importancia de la libertad de expresión para un representante elegido, intérprete de las opiniones e inquietudes de sus electores. Además, aquella merecía garantías reforzadas cuando la discusión incidía en un tema catalogado de interés público. No obstante, el gobierno indicó que la libertad de expresión no es absoluta y que impone deberes y responsabilidades, así que el denunciante había sobrepasado los límites normales de la controversia política e injuriado al gobierno con fines desestabilizadores en una época delicada para España, poco tiempo después de la aprobación de la Constitución, en el momento en que grupos de orientaciones divergentes coincidían en el recurso a la violencia⁶¹².

Ahora bien, el Tribunal precisa que la libertad de expresión, constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales para su progreso. Por lo que sin perjuicio de lo establecido en el apartado segundo del artículo 10 del CEDH, esta libertad es aplicable no solamente a las informaciones o ideas acogidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también a aquellas que resultan opuestas, lastiman o inquietan. Así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe una sociedad democrática, y lo es muy particularmente para un elegido del pueblo, que representa a sus electores, expone sus preocupaciones y defiende sus intereses. Por lo que, en el caso de injerencias en la libertad de expresión de un parlamentario de la oposición, según ocurre con el demandante, se impone al Tribunal aplicar el control más estricto⁶¹³.

Adicionalmente, el Tribunal señala que no hay que olvidar la función eminente de la prensa en un Estado de Derecho, que corresponde comunicar informaciones e ideas sobre las cuestiones políticas, así como sobre los demás temas de interés general. En efecto, la libertad de prensa proporciona a los ciudadanos uno de los mejores medios de conocer y juzgar las ideas y actitudes de sus dirigentes. Otorga, en particular, a los hombres políticos la ocasión de reflejar y comentar las preocupaciones de la opinión pública; y permite a toda

⁶¹⁰ Cfr. Sentencia TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Caso Castells vs. España, de 23 de abril de 1992, párrs. 33-34.

⁶¹¹ Cfr. *Ibíd.*, párr. 39.

⁶¹² *Ibíd.*, párrs. 40-41.

⁶¹³ *Ibíd.*, párr. 42.

persona participar en el libre juego del debate político, que resulta esencial en la noción de sociedad democrática⁶¹⁴.

En otro orden de ideas, es conveniente revisar un segundo caso que involucra al Sr. Federico Jorge Jiménez Losantos, cuya demanda ante el TEDH tuvo ocasión en el año 2010, habiendo obtenido pronunciamiento favorable mediante la sentencia de fecha 14 de junio de 2016, por medio de cual el recurrente, de profesión periodista, conformó la violación del artículo 10 del Convenio, tras sostenerse que la condena penal sufrida por el delito continuado de injurias graves con publicidad de parte de la jurisdicción penal interna, proferidas, habían vulnerado su derecho al respeto a la libertad de expresión.

Las eventuales injurias fueron transmitidas en un programa radial, del que el afectado era director, y habrían aludido a unas declaraciones efectuadas previamente por el ex alcalde de Madrid, en junio de 2006, y sus actividades políticas en relación con los atentados terroristas que habían ocurrido en Madrid el 11 de marzo de 2004, tres días antes de las elecciones legislativas, ganadas por el Partido Socialista (PSOE) ante el Partido Popular (PP), hasta entonces en el poder, atribuyéndose una connotación de carácter político que desinteresaba la investigación de los crímenes cometidos en dicho atentado.

En efecto, el aludido funcionario alegó que los calificativos que había empleado el recurrente eran formalmente vejatorios y que las manifestaciones en cuestión habían sido utilizadas, en lo que respecta a la tarea de información o de formación de la opinión, de forma gratuita y habían causado, por añadidura, un perjuicio injustificado a la dignidad del querellante. Por su parte, la víctima precisó que los aludidos comentarios no atentaban contra la reputación y el honor del funcionario, sino más bien una crítica enmarcada en el propio estilo periodístico del autor.

Así, el TEDH señala, por un lado, que la conducta tomada por las autoridades penales, a saber, la condena al demandante, constituyó una injerencia de las Autoridades públicas en su derecho a la libertad de expresión, que, no obstante, tenía como base legal el Código Penal bajo la figura de las injurias graves y que contaba con un propósito pretendido, que era el de protección de la reputación o de los derechos de la figura pública del referido alcalde. Pero asimismo advirtió que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones primordiales de su progreso y de la plenitud de cada persona y que, sin perjuicio del apartado 2 del artículo 10 del Convenio, no es solo válida para las informaciones o ideas que se reciben con agrado o que se consideran como inofensivas o indiferentes, sino también para las que hieren, ofenden o inquietan⁶¹⁵.

⁶¹⁴ Cfr. Sentencia TEDH, Caso Castells contra España, párr. 43.

⁶¹⁵ Cfr. Sentencia TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Caso Jiménez Losantos contra España, sentencia de 14 de junio de 2016, párr. 34.

Por cierto, el Tribunal consideró necesaria la ponderación del derecho a la libertad de expresión y del derecho al respeto de la vida privada, siendo necesario, para este último, considerar también la notoriedad de la persona aludida, pues los límites de la crítica admisible resultan ser más amplios sobre un hombre político que de un simple particular⁶¹⁶. Entonces, al tener más exhibición, queda mayormente expuesto al escrutinio y la opinión pública de la prensa, por lo que debiera tener un espectro mayor de tolerancia. En efecto, el Tribunal observó que las palabras proferidas por el demandante en su programa de radio tenían como objetivo al entonces alcalde de Madrid en el momento de los hechos, y que las palabras incriminadas se enmarcaban en el contexto de un debate de interés para la población, en que el margen de apreciación del que disponían las autoridades penales para pronunciarse sobre la necesidad de medida impuesta era especialmente restringido⁶¹⁷.

Frente a ello, el Tribunal sostuvo que las afirmaciones del demandante constituían, en esencia, una crítica política a las declaraciones previas del ex alcalde de Madrid, las cuales habían confirmado la falta de voluntad de este último para investigar los aludidos atentados ocurridos en 2004, en razón a sus propios planes y proyectos políticos. El órgano regional señaló que la crítica política emitida por el demandante partía de una base fáctica inicial, a saber, las declaraciones del alcalde en cuestión, y ponía de manifiesto la opinión del demandante, constatando que varios periódicos nacionales habían interpretado las declaraciones de la misma manera que el demandante, es decir, estimando que el político deseaba eludir las investigaciones de los atentados, y concluyendo que se trataba de la expresión de opiniones y críticas sobre los objetivos políticos del alcalde en funciones en el momento de los hechos, a partir de las declaraciones efectuadas previamente por este último, las que, dado el contexto, contaban con base fáctica, por lo señalado en los medios de información contrastados a la causa⁶¹⁸.

Sobre la pena a la que fue condenada la víctima, el Tribunal Europeo sostuvo que siendo totalmente legítimo que las instituciones del Estado estén protegidas por las autoridades competentes en su condición de garantes del orden público institucional y que una respuesta penal a unos hechos de difamación no es per se desproporcionada y, por tanto, incompatible. Sin embargo, estimó que la posición dominante que estas instituciones ocupan exige a las autoridades dar prueba de no uso de la vía penal o como última fórmula, o sea, deben ser aplicadas solo en circunstancias excepcionales, las que no concurrían en este caso⁶¹⁹.

⁶¹⁶ *Ibíd.*, párr. 40.

⁶¹⁷ *Ibíd.*, párr. 44.

⁶¹⁸ *Ibíd.*, párr. 46.

⁶¹⁹ *Ibíd.*, párrs. 51-52.

Finalmente, sostuvo que incluso en el supuesto de que las razones invocadas por las jurisdicciones puedan considerarse relevantes, no son suficientes para demostrar que la injerencia denunciada era necesaria en una sociedad democrática. A la vez que, no obstante el margen de apreciación de las autoridades nacionales, la condena del demandante, en combinación con la sanción que le ha sido impuesta, resulta desproporcionada al fin pretendido⁶²⁰.

En este contexto, se revisará un tercer pronunciamiento del Tribunal Europeo sobre esta materia, habida cuenta –nuevamente– de la especial relevancia que resulta en el presente trabajo observar las medidas internas adoptadas para la ejecución de esta. En lo que interesa, el asunto considera examinar la sentencia del Tribunal Europeo dictada contra el Estado español, caratulado Rodríguez Ravelo contra España, de fecha 12 de enero de 2016, en que la víctima, abogado de profesión, alegó la violación del artículo 10 del Convenio, por cuanto expuso que la condena penal dictada en su contra por el delito de calumnia consideró expresiones y apreciaciones internas usadas en el marco de una demanda patrimonial, presentada en nombre de su cliente ante un Juzgado de Primera Instancia civil, había vulnerado su derecho de libertad de expresión.

Efectivamente, las alegaciones de la víctima tuvieron como antecedente la representación asumida en un juicio civil, seguido ante un Juzgado de Primera Instancia, donde se disputaba la propiedad de un inmueble rural y se solicitaba, en consecuencia, la anulación de un juicio civil previo que declaraba reconocer derechos en el mismo inmueble y ordenaba su inscripción respectiva; todo esto de forma previa a haberse adquirido el inmueble por parte de la sociedad que representaba la víctima y sin haber tenido esta última conocimiento alguno del requerimiento de inscripción ni citación oportuna para hacer valer sus derechos. De este modo, el denunciante asumió la representación de la persona jurídica, alegando, posteriormente, la anulación del procedimiento que reconocía un derecho de tercero en la propiedad e instruyó, en 2006, a la Dirección General de los Registros y del Notariado practicar la inscripción del inmueble en el Registro Conservatorio respectivo, por adolecer ella de vicios en el procedimiento. Dichas acciones civiles fueron desestimadas por el Juez de Instrucción n.º 13 de Las Palmas, motivo por el que se confirmaba, en cambio, la decisión previa de inscribir el derecho de tercero en el predio rural, en desmedro de la sociedad propietaria que había adquirido el inmueble legítimamente mediante compra en 2001.

Luego, tras haberse recurrido el fallo por el denunciante, este precisó en sus alegaciones que, como estrategia procesal a seguir, debió -en vez de la acción civil- presentar una denuncia penal contra la titular del Juzgado de Primera Instancia por los delitos de prevaricación y falsedad documental, que finalmente no hizo, pero expresando, sin embargo, haber sido objeto de un grave error manifiesto, y de no haberlo hecho porque

⁶²⁰ Cfr. *Ibíd.*, párr. 54.

se le había inculcado personalmente por el delito de calumnias proferidas en contra del magistrado que ordenó inicialmente inscribir, por error, una propiedad correspondiente a un título de dominio diverso. Por último, a través de sentencia de 10 de octubre de 2008, la Audiencia Provincial de Las Palmas estimó la demanda de la sociedad, invalidando la decisión previa de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y ordenando la anulación del registro practicado en cumplimiento de tal decisión⁶²¹.

Ahora bien, en la arista penal que motivó la demanda interpuesta ante el TEDH, en paralelo a la acción civil iniciada con patrocinio de la víctima, el Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Canarias instruyó, en 2006, un procedimiento penal contra el demandante por el delito de calumnias -luego de habersele remitido los autos civiles seguidos ante la judicatura de Instrucción de Rosario-, tras considerar que los dichos y expresiones proferidos por el abogado en contra de la titular de dicha magistratura resultaban desmedidos, puesto que, además de errores en el procedimiento, le imputaba la comisión de hechos punibles en sus actuaciones, tales como “falsear la realidad con el único objetivo de dotar de apariencia de legalidad a lo que no era más que un ilegítimo intento de usurpar a la sociedad parte de la finca que previamente había adquirido (...)”⁶²².

Ante ello, el Juzgado de lo penal n.º 4 de Las Palmas decidió condenar al demandante por el delito de calumnias a una pena de multa de 30 euros diarios durante un periodo de nueve meses y una pena sustitutiva de privación de libertad frente al no pago de dicho monto. La víctima recurrió de aquella, pero luego, en 2008, la Audiencia Provincial de las Palmas confirmó la sentencia previa, por entenderse que la víctima profirió expresiones de ataque en descredito de la magistratura, excediendo sus alegaciones de las pretensiones civiles pretendidas en juicio. Por último, el denunciante recurrió de la resolución mediante la interposición del recurso de amparo ante el TC, el que determinó rechazar el dicho recurso por falta de especial trascendencia constitucional.

Habiéndose agotado todas las vías internas, la víctima decidió presentar una demanda ante el Tribunal Europeo, invocando la vulneración del artículo 10 del CEDH, y argumentando que la condena impuesta en su contra había resultado ser una “injerencia desproporcionada” al ejercicio de su derecho a expresarse libremente, en el ámbito de sus funciones⁶²³. También sostuvo que las expresiones usadas en juicio, más que imputar al titular del juzgado, buscaban dejar de manifiesto las infracciones cometidas por la judicatura en el curso del procedimiento, circunstancia que terminó siendo estimada por el Tribunal Europeo, el cual prescribió que la condena al delito de calumnias constituía una

⁶²¹ Cfr. Sentencia TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Rodríguez Ravelo contra España, del 12 de enero de 2016, párr. 20.

⁶²² Cfr. *Ibíd.*, párr. 22.

⁶²³ *Ibíd.*, párr. 28.

injerencia al ejercicio de libertad de expresión de la víctima⁶²⁴, que efectivamente excedía de la necesaria, tratándose de una sociedad democrática.

Precisamente sobre esto último, el Tribunal Europeo recuerda que, al ponderar las argumentaciones de las partes, debe determinar, en especial, si la injerencia en cuestión ha sido proporcional o no a los fines legítimamente perseguidos, y si los motivos aducidos por las autoridades nacionales para justificarla resultaron procedentes y suficientes⁶²⁵. Para tal objetivo advierte que “es conveniente tener en cuenta el justo equilibrio al ponderar entre los diversos intereses en juego, entre los cuales figura el derecho del público a ser informado sobre las cuestiones que afectan al funcionamiento del poder judicial, los imperativos de una buena administración de justicia y la dignidad de la profesión del hombre de ley”, anotando con ello que:

Las autoridades nacionales gozan de un cierto margen de apreciación para juzgar si hay necesidad de una injerencia en la materia, pero este margen va parejo con un control europeo respecto, a la vez de las normas oportunas, y de las decisiones que las aplican.⁶²⁶

Aun cuando, tratándose del caso en particular, no se advirtieron circunstancias especiales que justifiquen el otorgar a las autoridades nacionales un amplio margen de apreciación.

En efecto, la ponderación que realiza el TEDH acerca de los hechos se centró en determinar la existencia o no de un justo equilibrio entre la necesidad de garantizar, por un lado, la protección a la magistratura nacional y los derechos del resto, y por otro, la protección de la libertad de expresión del demandante, en razón de su calidad profesional en ejercicio. En ese sentido, el Tribunal precisa que la libertad de expresión de la que goza un abogado en el estrado no es ilimitada, y ciertos intereses, tales como la autoridad del poder judicial, son bastante importantes para justificar restricciones de este derecho, aun cuando debe ponderarse un “justo equilibrio entre la necesidad de garantizar la autoridad del poder judicial y la de proteger la libertad de expresión del demandante⁶²⁷”.

Por ello, aunque la imposición de las penas sea competencia de las jurisdicciones nacionales, el TEDH recuerda que, según su jurisprudencia, solo excepcionalmente una restricción a la libertad de expresión del abogado en su defensa, incluso mediante una leve sanción penal, puede considerarse necesaria en una sociedad democrática⁶²⁸. Por lo que, si existieren faltas de respeto y descalificaciones a la autoridad judicial de parte del profesional, que, dicho sea de paso, no se cuestiona ni rechaza, procederá aplicar sanciones disciplinarias respectivas, como en derecho corresponda. Sin embargo, ello no importa

⁶²⁴ *Ibíd.*, párr. 35.

⁶²⁵ *Ibíd.*, párr. 39.

⁶²⁶ *Ibíd.*, párr. 41.

⁶²⁷ *Ibíd.*, párr. 50.

⁶²⁸ *Ibíd.*, párr. 45.

excederse y juzgar penalmente a la víctima, a través de una condena como autor de un delito de calumnias, ya que aquello resulta desproporcionado al fin perseguido.

ix. Transgresión a la protección de la vida privada y familiar

En el presente acápite se tratará el asunto vinculado al ejercicio del derecho a la protección de la vida familiar, en razón del interés superior del niño, como consecuencia de las medidas adoptadas por las autoridades administrativas nacionales que, en opinión del Tribunal Europeo, significaron la vulneración del artículo 8º del Convenio Europeo, por los motivos que a continuación se expresan⁶²⁹.

Los hechos presentan como antecedente la migración irregular de una pareja de origen nigeriano, junto a su hijo, un menor de edad, a la ciudad Murcia durante el año 2001, cuya filiación no estaba determinada legalmente ni figuraba inscrita en el Registro Civil. Por un lado, el padre, en búsqueda de empleabilidad y residencia legal, se vio en la necesidad de moverse de la ciudad y destinarse a Barcelona, mientras que la madre, en situación irregular, quedó al cuidado del menor, cuya guarda, posteriormente, fue confiada a una pareja de amigos españoles. Tras un procedimiento ante el Juez de Instrucción n.º 3 de Murcia, la Subdelegación del gobierno acordó la expulsión de la madre fuera del territorio español y la prohibición de entrada por un periodo de diez años. Esto ocurrió habiendo sido puesto en conocimiento del juez, aun cuando sin poder acreditarse que la persona que iba a ser expulsada era madre de un niño de un año, con el fin de evitar su expulsión y su separación.

Ahora bien, durante el mismo año, el fiscal encargado de menores abrió en paralelo una investigación, como consecuencia, según el demandante, de la aparición en medios de comunicación de diversas informaciones denunciando el olvido de dos niños nigerianos en Murcia después de la expulsión de territorio nacional de sus madres. Con motivo de aquello, el fiscal encargado de menores solicitó al Servicio de protección de menores que efectuara las gestiones pertinentes ante las autoridades diplomáticas nigerianas con el propósito de conseguir la reagrupación familiar entre la madre y el niño, lo que, a la larga, tras intentos fallidos, no fue posible conseguir por desconocerse su paradero. En este escenario, el servicio consideró al menor en situación de abandono, decidiendo asumir la tutela y conceder la guarda delegada del menor, inicialmente, a la familia a quien había sido confiado de facto para luego ser entregado al centro de acogida para menores de la Comunidad Autónoma de Murcia.

El afectado se presentó ante el servicio alegando ser el padre biológico del menor, aceptando realizarse una prueba de ADN en un centro médico, la que no se llevó a cabo por el costo económico que para la víctima significaba realizar dicho examen. Así del todo, en

⁶²⁹ Cfr. Sentencia TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Casos K.A.B. vs. España, sentencia 10 de abril de 2012 y R.M.S vs. España, sentencia 18 de junio de 2013.

2002 la Comisión de protección de menores adoptó la decisión de preparar la acogida en preadopción provisional del niño por una familia de acogida, y en marzo de 2003 el Juez de Familia n.º 3 declaró iniciado el procedimiento de constitución del régimen de acogida y decidió la entrega del niño a una familia de acogida. Después, en 2004, el Servicio instó un procedimiento de adopción definitiva para el menor, el cual quedó suspendido en el mismo año por la interposición de una acción de reconocimiento de paternidad por parte del demandante.

En mayo de 2005, el Juez de Familia n.º 9 de Murcia declaró la paternidad extramatrimonial del demandante, fundamentando su decisión en el resultado positivo de la prueba de paternidad, corroborada por las declaraciones de tres testigos. Por otro lado, el Juez pidió el cese del régimen de acogida del niño y decidió notificar exoficio la sentencia al Juez encargado del Registro Civil, con el fin de inscribir al niño como el hijo del demandante y su madre. Posteriormente, el demandante presentó ante el Juez de Familia n.º 3 de Murcia una demanda de oposición a la adopción, haciendo valer la necesidad del previo consentimiento del padre para la adopción. Pidió su reagrupación con el niño, como padre biológico. A pesar de ello, en 2006, el Juez de Familia n.º 3 desestimó la pretensión de demandante porque, pese a su condición de padre biológico, su consentimiento para la adopción no era preceptivo, es decir, no era determinante, ya que, en opinión del juez, en el momento en que los servicios sociales se hicieron cargo del niño, el demandante incumplía los deberes inherentes a la autoridad parental, que es una de las situaciones previstas por el Código Civil para poder privar a los padres biológicos del ejercicio de esta autoridad.

En consecuencia, decidió que “no había lugar a proceder a la reagrupación del demandante con su hijo, pues tal actuación no tenía garantías objetivas de éxito, y el niño se encontraba en ese momento plenamente integrado en su familia de acogida”⁶³⁰. La sentencia fue apelada en 2007 ante el Juez de instrucción de Murcia, la que fue confirmada y posteriormente recurrida mediante el recurso de amparo ante el TC, el que, en último término, desestimó la acción y la declaró inadmisibile por carecer de relevancia constitucional.

Frente a esto, conviene recordar que el artículo 8º del CEDH dispone que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y su correspondencia”, y agrega que “no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho salvo cuando esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, al 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 terceros”. Para el caso en particular, el tribunal sostuvo que el concepto de familia no se limita únicamente a las relaciones basadas en el matrimonio y

⁶³⁰ Cfr. *Ibíd.*, párr. 47.

puede englobar otros vínculos familiares de facto cuando las partes cohabitan fuera de él. Por ello, un niño resultante de tal relación se incluye automáticamente en esta célula familiar, a partir de su nacimiento y por el hecho mismo de este, donde la cohabitación resulta un factor que la determina, aun cuando no es el único elemento dentro de muchos otros componentes que la integran⁶³¹.

De otra parte, también recuerda que el referido artículo 8° protege la vida privada al igual de la vida familiar. En este caso, el derecho a la reagrupación del demandante con su hijo biológico se incluye en el ámbito de aplicación del concepto de vida privada, que engloba aspectos importantes de la identidad personal⁶³². Debido a esto, el Tribunal considera que la imposibilidad de llevar una vida familiar plenamente estable no es imputable al demandante, al reconocer su deseo de restablecer contacto con su hijo, en la medida de sus posibilidades, lo cual es suficiente para demostrar el interés del demandante por recuperar a su hijo.

A su vez, el Tribunal recuerda su reiterada jurisprudencia por la que, si bien el artículo 8° del Convenio Europeo tiene esencialmente por objeto proteger al individuo contra las injerencias arbitrarias de las autoridades públicas, no se limita a imponer al Estado el deber de abstenerse de tales injerencias; es decir, a esta obligación de carácter negativo pueden añadirse obligaciones de carácter positivas inherentes al respeto efectivo de la vida privada o familiar. Ello puede implicar la aprobación de medidas relativas al respeto de la vida familiar, incluso en las relaciones de unos individuos con otros en un contexto fuera del matrimonio. En todo caso, debe respetarse el justo equilibrio entre los intereses concurrentes del individuo y los de la sociedad en su conjunto; del mismo modo, en ambas hipótesis el Estado goza de un cierto margen de apreciación⁶³³. También sostiene que, para ser adecuadas las medidas destinadas a reunir al padre y su hijo, estas deben establecerse rápidamente, ya que el paso del tiempo puede tener consecuencias irremediables para las relaciones entre el niño y los padres que no viven con él. Así del todo, el artículo 8° comporta el derecho de un padre a las medidas apropiadas para que pueda reunirse con su hijo y la obligación de las autoridades nacionales de adoptarlas⁶³⁴.

Por tanto, el Tribunal señala que no le corresponde sustituir con su valoración la de las autoridades nacionales competentes en cuanto a las medidas que habrían debido adoptarse, dado que estas autoridades están, en principio, mejor situadas para proceder a tal evaluación, sino constatar la existencia de graves faltas de diligencia en el procedimiento desarrollado por las autoridades responsables de la tutela, de la acogida del niño y su adopción. En relación con esto, el TEDH destaca, no obstante, que esta situación de abandono fue causada, al menos parcialmente, por la propia Administración, debido a la

⁶³¹ Cfr. *Ibíd.*, párr. 88.

⁶³² *Ibíd.*, párr. 90.

⁶³³ Cfr. *Ibíd.*, párr. 95.

⁶³⁴ *Ibíd.*, párrs. 97-98.

expulsión de la madre del territorio nacional sin efectuar comprobaciones previas y omitiendo tener en cuenta la información facilitada al Juez de Instrucción sobre la existencia de su hijo. Ninguna medida se adoptó al respecto por las autoridades públicas, lo que creó, al menos agravó, la situación de abandono del niño⁶³⁵.

Esta sentencia, a consecuencia de la inercia de la Administración, dio lugar a la expulsión de la madre sin tener las precauciones necesarias, la falta de apoyo y asistencia al demandante, en un primer momento, cuando su situación social y financiera era más vulnerable, así como la ausencia de ponderación de las resoluciones dictadas por las jurisdicciones internas en cuanto a la imputación de responsabilidades en la situación de abandono del menor y la conclusión sobre la falta de interés del demandante por su hijo, han contribuido de manera decisiva a la ausencia de toda posibilidad de reagrupación familiar entre el demandante y su hijo. Por tanto, habida cuenta de estas consideraciones y a pesar del margen de apreciación del Estado demandado en la materia, el Tribunal concluye que las autoridades españolas no desplegaron esfuerzos adecuados y suficientes para hacer respetar el derecho del demandante a la reagrupación con su hijo, ignorando así el derecho al respeto de su vida privada, garantizado por el artículo 8⁶³⁶.

x. Violación del derecho de igualdad y no discriminación en el ejercicio de derechos previsionales

En el caso denominado *Manzanas Martin contra España*, de 2012, se configuró la violación del artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 1º del Protocolo n.º 1, en razón de haberse verificado en la legislación interna, vigente en esa época, cierta discriminación positiva en la normativa, por el hecho de haberse denegado a la víctima la prestación de la seguridad social destinada a obtener una pensión de jubilación en favor de un exsacerdote de religión evangélica. Como señala Estrasburgo:

El demandante basa su pretensión, por una parte, en el retraso injustificado de veintidós años para proceder a la integración de los pastores evangélicos en comparación con la fecha de integración de los sacerdotes católicos y, por otra parte, en que los pastores evangélicos no pueden completar el período mínimo de cotización exigido para tener derecho a una pensión de jubilación mediante el cómputo de sus servicios religiosos, en las mismas condiciones que pueden hacerlo los sacerdotes católicos.⁶³⁷

Consiste en tratar diferente a las personas que están en una situación similar o comparable, sin que exista una justificación objetiva y razonable que la determine. Considera, en efecto, que la falta de justificación objetiva y razonable significa que la distinción controvertida no persigue un objetivo legítimo o que no hay una relación de

⁶³⁵ *Ibíd.*, párr. 108.

⁶³⁶ *Ibíd.*, párrs. 114-116.

⁶³⁷ Sentencia TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Caso *Manzanas Martin contra España*, sentencia de 3 de abril de 2012, párr. 48.

proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido⁶³⁸. Los hechos introducen la demanda interpuesta por la víctima Francisco Manzanos Martín, pastor religioso dedicado al culto, quien, al verse afectado por la denegación de su petición previa de jubilación ante la vía judicial, alegó al Tribunal de Estrasburgo la negativa del reconocimiento a esta, como consecuencia de que -pese a la integración de los pastores protestantes en el Régimen general de la Seguridad Social- no pudo acreditar el periodo de cotización mínimo exigido por la ley para beneficiarse de tal prestación, dado que no pudo adicionar al cómputo de tiempo requerido los años ejercidos en el ministerio religioso, a diferencia de lo que sucedía con otros clérigos de la comunidad católica, en que dicha posibilidad sí constaba reconocida en la legislación pertinente⁶³⁹.

Entre los años 1952 y 1991, respectivamente, el demandante ejerció como pastor de la Iglesia evangélica hasta el momento en que alcanzó la edad de la jubilación. Durante estos años percibió una remuneración pagada por la comisión permanente de la Iglesia evangélica, la cual no pagó cotizaciones a la Seguridad Social en nombre del demandante, puesto que no estaba prevista esta posibilidad por la legislación vigente. Antes de ello, había trabajado como dependiente asalariado entre enero de 1944 y octubre de 1946; después, en la misma modalidad, realizó labores entre marzo de 1974 y el 9 de septiembre de 1978, sin abandonar el ejercicio de su ministerio sacerdotal.

Así del todo, el demandante solicitó la concesión de una pensión de jubilación al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS). Por una decisión del 26 de octubre de 2004 (confirmada posteriormente en dos oportunidades en 2005), el INSS rechazó la solicitud del demandante porque no había alcanzado el periodo mínimo de cotización requerida para tener derecho a una pensión de jubilación, a saber, de 15 años. Ante ello, el demandante ejerció demanda ante la judicatura social de Barcelona, alegando haber sido objeto de discriminación en la medida en que la legislación vigente permitía a los sacerdotes católicos percibir una pensión de jubilación, ya que estaban vinculados al régimen general de la Seguridad Social.

En primera instancia, la referida judicatura falló a favor del demandante, condenando al INSS a pagarle una pensión de jubilación, debido a que se consideró que el legislador había concedido un trato diferencial en favor a los sacerdotes católicos frente a los pastores evangélicos, lo que era contrario al carácter aconfesional del Estado establecido por la Constitución de 1978. El Juez señaló que, incluso antes de la promulgación de la Constitución, el primer apartado del artículo 1 del Real Decreto 2398/1977, de 27 de agosto de 1977, ya había establecido que los sacerdotes y los Ministros de Culto de todas las iglesias y confesiones religiosas inscritas en el registro del Ministerio de Interior debían ser asimilados a trabajadores asalariados y afiliados al Régimen general de la Seguridad Social.

⁶³⁸ *Ibíd.*, párr. 19.

⁶³⁹ *Ibíd.*, párr. 44.

Sin embargo, el segundo apartado del mismo artículo solo preveía la asimilación inmediata de los sacerdotes católicos. Sumado a ello, la integración de los pastores evangélicos se efectuó 22 años más tarde que la integración de los sacerdotes católicos, mediante el Real Decreto 369/1999⁶⁴⁰, de 5 de marzo de 1999, sin incluir la posibilidad de completar el periodo mínimo de cotización exigido para tener derecho a una pensión de jubilación en las mismas condiciones que podían hacerlo los sacerdotes católicos; privando, en consecuencia, al demandante del acceso a una pensión de jubilación en iguales condiciones que las de los sacerdotes católicos, afectándose sus derechos a la igualdad y a la libertad religiosa reconocidos por la Constitución.

No obstante, de modo posterior, contra dicha sentencia el INSS interpuso recurso de suplicación. Por una sentencia de 26 de julio de 2007, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña revocó la sentencia de primera instancia. Así, el demandante insistió a través de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Por una resolución notificada el 29 de septiembre de 2009, el Alto Tribunal declaró el recurso inadmisibile por carecer de especial trascendencia constitucional.

En cuanto al derecho cuya violación fue alegada, el artículo 14 del Convenio dispone que:

El goce de los derechos y libertades, reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

A su vez, el Artículo 1 del Protocolo n.º 1 declara que “Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional (...)”.

De esta forma, el Tribunal recuerda que el artículo 14 del Convenio no tiene existencia independiente, puesto que solo es aplicable en relación con el ejercicio de los derechos y libertades garantizados por las otras cláusulas normativas del Convenio y sus Protocolos. Importa, por tanto, determinar si el interés del demandante en percibir del Estado una pensión de jubilación está incluida “bajo el mandato” o “en el ámbito de aplicación” del artículo 1 del Protocolo n.º 1, que no impone ninguna restricción a la libertad de los Estados Parte para decidir implantar o no un régimen de protección social o elegir el tipo o el nivel de las posibles prestaciones que se concedan de conformidad con tal régimen.

⁶⁴⁰ ESPAÑA. MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA. Real Decreto 369/1999, de 5 de marzo, sobre términos y condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de los Ministros de Culto de las Iglesias pertenecientes a la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España. «BOE» núm. 64.

Por el contrario, cuando un Estado contratante establece una legislación que prevé el pago de una prestación social –que la concesión de esta prestación dependa o no del pago previo de cotizaciones–, de esta legislación debe entenderse que crea un interés patrimonial que está incluido en el ámbito de aplicación del artículo 1 del Protocolo n.º 1 a favor de las personas que cumplen sus condiciones.

Así, el Tribunal Europeo observó que en aplicación de la legislación nacional en la materia únicamente se ha reconocido a los sacerdotes católicos la posibilidad de completar el periodo de cotización mínimo de 15 años requerido para tener derecho a una pensión de jubilación, mediante el pago del capital correspondiente a las anualidades que les falten. Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal consideró que los intereses patrimoniales del demandante están incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 1 del Protocolo n.º 1 y del derecho al respeto de los bienes propios, lo que es suficiente para considerar aplicable el artículo 14 del Convenio; al mismo tiempo constató que, efectivamente, el legislador español tardó mucho en integrar a los pastores evangélicos en el Régimen general de la Seguridad Social y reconocer, de esta manera, su derecho a percibir las mismas prestaciones que los sacerdotes católicos⁶⁴¹.

A su vez, el Tribunal constata que, como alega el Gobierno en sus observaciones:

Las negociaciones con el fin de llegar a los acuerdos con las Iglesias evangélicas previstos en la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio de 1980, se supeditaron a la creación de la FEREDE; y que el Acuerdo de cooperación entre el Estado y la FEREDE no se adoptó hasta 1992. Posteriormente, el Real Decreto 369/1999 fijó las condiciones para la integración de los pastores evangélicos en el Régimen general de la Seguridad Social. El Tribunal considera que, como alega el Gobierno, la integración de los ministros de culto al Régimen general de la Seguridad Social en momentos diferentes responde a razones objetivas y no discriminatorias y recuerda que el Estado dispone de un amplio margen de apreciación para introducir de manera progresiva la plena igualdad de las personas en el sistema de pensiones, habida cuenta de las implicaciones económicas y sociales, de la evolución de los sistemas de Seguridad Social, que debe tener en cuenta las particularidades de cada colectivo.⁶⁴²

No obstante, el TEDH advierte que:

La denegación del reconocimiento al demandante del derecho a percibir una pensión de jubilación y a completar a tal efecto los años de cotización que le faltan constituye, por el contrario, -tal como apreció el Juez de lo Social en su sentencia de 12 de diciembre de 2005, una diferencia de trato con relación al otorgado por la ley a la situación en la que se encuentran los sacerdotes y antiguos sacerdotes católicos, que parece similar con la única diferencia de la confesión religiosa a la cual pertenecen. En efecto, la legislación española de Derecho del trabajo ha previsto, por distintas vías, que los sacerdotes católicos que

⁶⁴¹ *Ibíd.*, Cfr. Sentencia TEDH, Manzanas Martín contra España, op. cit., párrs. 37 y 38.

⁶⁴² *Ibíd.*, párr. 53.

habían desarrollado una actividad pastoral antes de su integración al Régimen de la Seguridad Social puedan, contrariamente a lo que ocurre en el caso de los pastores evangélicos, computar sus años de ministerio religioso a efectos del cálculo de su pensión de jubilación.⁶⁴³

Toda vez que, conforme a la disposición transitoria primera de la Orden Ministerial de 19 de diciembre de 1977, relativa a la integración de los sacerdotes católicos al régimen de la Seguridad Social, se permitía a quienes fueran, en dicho momento, sacerdotes católicos y hubieran alcanzado la edad de 55 años computar hasta 10 años antes de su integración a la Seguridad Social (hasta el 1 de enero de 1967), con el objetivo de completar los años que les faltaran para alcanzar el periodo mínimo de cotización exigido para tener derecho a una pensión de jubilación (previo pago de los importes pertinentes). Por lo que se refiere a los sacerdotes católicos secularizados o que habían dejado de ejercer la profesión religiosa, pueden también computar, a efectos de la pensión de jubilación, los años anteriores a su integración al régimen de la Seguridad Social, tal como resulta de la posibilidad otorgada por los Reales Decretos 487/1998 y 2665/1998, pudiendo así completar las anualidades que les falten, con el objetivo de acreditar el periodo mínimo de cotización.

Finalmente, se indica que la denegación del reconocimiento al demandante del derecho a percibir una pensión de jubilación y a completar a tal efecto los años de cotización que le faltan constituye, al contrario, tal como apreció el Juez de lo Social en su sentencia de 12 de diciembre de 2005, (párrafo 12 anterior) una diferencia de trato con relación al otorgado por la ley a la situación en la que se encuentran los sacerdotes y antiguos sacerdotes católicos, que parece similar, con la única diferencia de la confesión religiosa a la cual pertenecen⁶⁴⁴.

2. Consideraciones comunes sobre los derechos vulnerados por el Estado de Chile en los casos presentados ante la Corte

El presente título tiene por finalidad indagar aspectos relevantes que dan cuenta, principalmente, de la influencia que ha recibido la justicia nacional chilena en la aplicación de los criterios jurisprudenciales emanados de la Corte Interamericana, justamente a la luz de los casos chilenos sometidos a su jurisdicción.

La vinculación a la Convención Americana, tanto por parte del Estado chileno como de todos sus órganos de la administración (inclusive del Poder Judicial), a raíz de los criterios jurisprudenciales impartidos por la propia CoIDH -conforme incrementa el diálogo judicial-, ha permeado la adhesión de los jueces nacionales en orden a adoptar sus fallos y

⁶⁴³ *Ibíd.*, párr. 54.

⁶⁴⁴ *Ibíd.*, párr. 54.

adecuar las decisiones según los estándares mínimos de protección dispuestos en la carta regional.

Sobre este punto se rescata la opinión de Claudio Nash, bajo la idea central de “que los jueces, cualquiera sea su ámbito competencial, estarán obligados siempre a interpretar las normas internas de forma tal que estas sean compatibles con las obligaciones internacionales del Estado y les den efectividad a los derechos consagrados interna e internacionalmente⁶⁴⁵”. Asimismo, ha sostenido que los tribunales nacionales han utilizado los derechos humanos con el propósito de no aplicar una norma interna que resulta incompatible con las obligaciones internacionales del Estado, de manera de cumplir con el mandato convencional. Esto se ha dado, sobre todo, respecto de casos vinculados con violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos. Por lo que se trata, como él lo describe “de corregir anteriores interpretaciones de la normativa interna que están enfrentadas o no resultan del todo adecuadas a la luz de los avances del derecho internacional⁶⁴⁶”.

En este sentido, ha resultado trascendental el papel que han desempeñado los tribunales nacionales para exigir, en el marco de sus competencias, que se cumplan determinadas reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana en el ejercicio de su actividad contenciosa. Asimismo, se considera que los principales desafíos del poder judicial, a la luz de los casos chilenos, importan la correcta aplicación de criterios regionales en el juzgamiento de sus causas internas; tales han sido sus efectos que en sus decisiones han optado por la no aplicación de normativas vigentes al haber sido declaradas contrarias a la Convención, como por ejemplo, tratándose de la no aplicación de leyes de amnistía, imprescriptibilidad de crímenes de lesa humanidad, reapertura y juzgamiento de casos sustraídos desde la justicia penal castrense a la justicia penal ordinaria, entre otras dignas de comentar.

Acerca de las instituciones jurídicas como la *prescripción, cosa juzgada y principio ne bis in idem*, especialmente cuando la medida de reparación consiste en investigar y, en su caso, sancionar a los responsables de las graves violaciones a los derechos humanos, la Corte Interamericana ha señalado de forma reiterada que no son admisibles las disposiciones de amnistía, de prescripción y, en general, el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones a los derechos humanos, tales como la tortura, ejecuciones sumarias o arbitrarias y desapariciones forzadas, todas las cuales se encuentran prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el DIDH.⁶⁴⁷

⁶⁴⁵ NASH ROJAS, op. cit., pp. 60-61.

⁶⁴⁶ NASH ROJAS y NÚÑEZ, op. cit., pp. 35-36.

⁶⁴⁷ *Ibíd.*, p. 325; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH. Caso Barrios Altos vs. Perú, de 14 de marzo de 2001, párr. 41 y 44; Caso Almonacid Arellano vs. Chile, op. cit., párr. 112.

Desde el punto de vista cuantitativo, es posible contabilizar el ingreso de cerca de mil cien solicitudes al Sistema Interamericano de Protección, por la vía del sistema individual previo⁶⁴⁸ en contra del Estado chileno, de las cuales cerca de 1 000 han sido admitidas a trámite por parte de la Comisión, restando aún la cantidad de 130 asuntos pendientes de estudio inicial y otras tantas a la espera de examen de admisibilidad. De todas ellas, 27 han sido admitidas para ser analizadas, en cuanto al fondo, por la respectiva Corte regional. Aun cuando, de dicho sondeo preliminar se refleja que 7 peticiones han sido inadmitidas por defectos formales, otras 12 concluidas y archivadas, 5 de las cuales registran salida alternativa amistosa, restando, finalmente, dos demandas en etapa de fondo, es decir, pendientes de dictación de sentencia⁶⁴⁹.

En efecto, a la fecha de análisis del presente capítulo⁶⁵⁰ la Corte IDH se ha pronunciado por medio de diez sentencias⁶⁵¹ declarando la responsabilidad internacional del Estado chileno por la violación de la CADH en diversos ámbitos que importan la afectación de garantías procesales y discriminación. En el siguiente apartado se desarrollarán algunos pasajes centrales de estas sentencias, agrupadas según los derechos vulnerados, refiriendo también a las acciones que se han desarrollado para su cumplimiento.

i. Libertad de expresión y acceso a la información

La Corte IDH se ha pronunciado en cuatro oportunidades sobre la vulneración de estos derechos por parte del Estado de Chile, abarcando su vasto contenido diversas esferas de aplicación⁶⁵². De entre los más recientes figura, precisamente, la sentencia de 8 de marzo de 2018 relativa al derecho de acceso a la información y consentimiento informado en materia de salud, el derecho a la salud e integridad personal⁶⁵³.

Ahora bien, previo a analizar la vulneración de derechos humanos en Chile, cabe recordar que, tal como dispone el artículo 46, numeral 1, letra a) del Pacto de San José, para

⁶⁴⁸ Estadística basada entre los años 2006 a 2017 según información oficial registrada de página web de Comisión Interamericana. Véase en: <http://www.oas.org/es/CoIDH/multimedia/estadisticas/estadisticas.html>, revisada el 11 de octubre de 2018.

⁶⁴⁹ Véase en: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH. “Casos en Etapa de Fondo (Pendiente de Emitirse Sentencia)”, consultada el 29 de junio de 2020. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/casos_en_etapa_de_fondo.cfm

⁶⁵⁰ Consultado al día 29 de junio de 2020, vista página web oficial CoIDH http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es

⁶⁵¹ Caso Ordenes Guerra y otros vs. Chile, sentencia de 29 de noviembre de 2018. Este último caso, ingresado a la Corte el 17 de mayo de 2017, se relaciona con la alegada responsabilidad del Estado por violación de los derechos a las garantías y protección judiciales como consecuencia de la aplicación de la figura de prescripción a acciones civiles de reparación relacionadas con crímenes de lesa humanidad.

⁶⁵² Cfr. IVANSCHITZ BOUDEGUER, Bárbara. “Un Estudio sobre el cumplimiento y ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el Estado de Chile”. *Estudios Constitucionales*, 2013, vol. 11, núm. 1., pp. 281-283.

⁶⁵³ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CIDH. Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C N°. 349.

activar el funcionamiento de los mecanismos de control regional será necesario que se “hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna”. Por lo que deben haberse acabado previamente todos los mecanismos internos de protección (judiciales), siendo relevante este punto, pues pasa a ser la puerta de entrada más común para dar cuenta de la violación de derechos, mediante la técnica procesal ante la Corte, ejerciendo las pretensiones por la violación de garantías del debido proceso, ya que, justamente en razón de las decisiones jurisdiccionales internas (contrañas a la convención), la vulneración de derechos de índole procesal toma relevancia y adquiere un rol principal.

En cuanto a los casos sometidos a conocimiento a la instancia regional, el primero, denominado “La Última Tentación de Cristo” o caso Olmedo Bustos y otros vs. Chile 200⁶⁵⁴, dio cuenta del actuar privativo que tuvo el Consejo de Calificación Cinematográfica al tomar la decisión de prohibir la exhibición de un filme, desencadenando un hecho de censura inédito para la exhibición de la película llamada “La Última Tentación de Cristo”, a raíz de las insistencias y presiones (judiciales y extrajudiciales) ejercidas por una parte de la sociedad civil chilena representada por un movimiento de fuerte influencia religiosa conservadora. En resumidos términos, un grupo de personas que, por y a nombre de *Jesucristo y la Iglesia católica*, presentaron un recurso de protección para impedir la exhibición definitiva del filme, el cual, después, terminó siendo acogido por la Corte de Apelaciones, prohibiéndose, en consecuencia, la exposición de la referida cinta cinematográfica que, tras ello, quedó vetada de forma absoluta al público en general (validando con ello el acto de censura previa).

El referido fallo fue requerido y confirmado de manera posterior por la Corte Suprema de Justicia, al constatar que, frente a una posible colisión de derechos entre la privacidad, intimidad y la honra, por un lado, vs. la libertad de expresión (e información), por otro, se optó por hacer valer los primeros, confirmándose también en sede judicial interna la validez de la censura o restricción previa, y no así la libertad de exhibición de la citada cinta cinematográfica⁶⁵⁵. El alto tribunal nacional consideró como argumentación el hecho de que “al establecerse que el honor de la persona de Jesucristo ha sido vulnerado por una determinada interpretación artística o filosófica, ello afecta la dignidad y la libertad de autodeterminarse de acuerdo con las creencias y valores de la persona”⁶⁵⁶ considerándolo por tanto una actitud de blasfemia reprochable por ofrecer significar un “vejamen o ridiculización de figuras o creencias religiosas sin que haya un propósito de reflexión artística, de contribución a un debate”⁶⁵⁷.

⁶⁵⁴ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C N° 73.

⁶⁵⁵ *Ibíd.*, párr. 60 (hechos probados) letras e) y f).

⁶⁵⁶ *Ibíd.*, párr. 45 letra c), p. 11.

⁶⁵⁷ Cfr. *Ibíd.*, p. 11.

Posteriormente, el asunto llegó a la Corte, la cual decretó la violación del artículo 13 de la Convención al señalar que el ejercicio de la libertad de pensamiento y de expresión bajo ningún punto de vista podían quedar sujetas a censura previa. Puesto que, además, el objeto de esta norma, a opinión de la Comisión, fue precisamente proteger y fomentar el acceso a información, a las ideas y expresiones artísticas de toda índole, junto con fortalecer la democracia pluralista en la difusión de cultura y las artes en todos sus formatos⁶⁵⁸. Por ello, al resolverse este caso, la Corte IDH finalmente constató la disconformidad que existía entre la legislación nacional y los estándares de protección internacional en materia de exhibición y libertad de expresión, por cuanto el Estado de Chile mantenía un sistema de control basado en la orden de censura previa para todo tipo exhibición y publicidad de producción cinematográfica⁶⁵⁹, que contraviniera los parámetros impuestos, conforme a la normativa constitucional vigente de la época⁶⁶⁰.

En esta sentencia, la Corte define la libertad de expresión como “la piedra angular de una sociedad democrática, y condición esencial para que esta esté suficientemente informada”⁶⁶¹. Sobre el punto también precisa que “en cuanto al contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, quienes están bajo la protección de la Convención tienen no solo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino que también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es por ello por lo que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, a saber: esta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento, representando por un lado el derecho de cada individuo; y por otro, el derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno”⁶⁶².

En el caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, la Corte abarcó otros aspectos de la libertad de pensamiento y expresión, precisando los límites y restricciones a los que pueden estar sujetos estos derechos en su ejercicio⁶⁶³. Conociendo de este asunto, la Corte IDH se pronunció respecto de la prohibición que en 1993 tuvo ocasión la publicación del libro del señor Humberto Antonio Palamara Iribarne, oficial retirado de la Armada chilena, titulado “Ética y Servicios de Inteligencia”, que abordaba aspectos vinculados a la inteligencia militar y la necesidad de adecuarla a ciertos parámetros éticos. Además, se refirió a la incautación de los ejemplares del libro, así como a la eliminación del texto íntegro del libro del disco duro de la computadora personal que se encontraba en el domicilio del señor Palamara Iribarne. Adicionalmente, según relató la CIDH, al señor Palamara Iribarne “lo

⁶⁵⁸ *Ibíd.*, párr. 61 letra b).

⁶⁵⁹ IVANSCHITZ BOUDEGUER, *op. cit.*, p. 281.

⁶⁶⁰ El artículo 19, número 12, inciso final de la Constitución Política de la República establecía la censura previa en la producción cinematográfica.

⁶⁶¹ Caso *La Última Tentación de Cristo vs. Chile*, *supra*, párr.68.

⁶⁶² *Ibíd.*, párr. 64.

⁶⁶³ IVANSCHITZ BOUDEGUER, *op. cit.*, p. 281.

sometieron a un proceso por dos delitos de desobediencia y fue condenado por ello”, y “dio una conferencia de prensa producto de la cual fue procesado y en definitiva condenado por el delito de desacato”⁶⁶⁴. Todas estas sentencias condenatorias fueron adoptadas por tribunales militares.

En agosto de 1997, la Corte Suprema, contando en su integración con el auditor general del ejército, rechazó el recurso de casación interpuesto por el señor Palamara Iribarne en contra de la resolución que lo condenaba por incumplimiento de deberes militares y desobediencia, dado que consideró que:

No se había vulnerado el artículo 6º del Código de Justicia Militar por haber sido correctamente aplicado[,] lo que trae como consecuencia que no se ha incurrido en error en el fallo atacado al aplicar los artículos 299 n° 3 y 337 n° 3 de [dicho Código], porque en ambos se exige la calidad de ‘militar’ para incurrir en hechos que deben calificarse como incumplimiento de deberes militares y desobediencia.⁶⁶⁵

Asimismo, el 20 de julio de 1995 la Corte Suprema rechazó el recurso de queja presentado por el abogado del señor Palamara Iribarne en contra de los Ministros de la Corte Marcial de la Armada, quienes lo condenaron por desacato. En este recurso, “se alegó, *inter alia*, que los ministros habían cometido “falta o abuso” al considerar que se había configurado el delito de desacato y condenado al señor Palamara Iribarne en circunstancias en que no concurrían los elementos que constituyen la esencia del delito de desacato”, lo que fue desestimado por la Corte.⁶⁶⁶

De manera adicional, el recurso de Protección interpuesto “por la esposa del señor Palamara Iribarne a su favor y de su familia para proteger garantías constitucionales a la integridad psíquica, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, el derecho a la propiedad y el derecho de autor, no resultó idóneo ni efectivo para proteger los derechos del señor Palamara Iribarne, debido a que la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, sin evaluar si se habían producido las alegadas violaciones a los referidos derechos fundamentales, consideró que la jurisdicción militar era la competente para conocer el caso y que por ello no podía pronunciarse al respecto”⁶⁶⁷.

Teniendo en cuenta los hechos ya referidos, la Corte estimó que:

(...) en el presente caso, a través de la aplicación del delito de desacato, se utilizó la persecución penal de una forma desproporcionada e innecesaria en una sociedad democrática, por lo cual se privó al señor Palamara Iribarne del ejercicio de su derecho a la libertad de pensamiento y de expresión (...) La legislación sobre desacato aplicada al señor

⁶⁶⁴ Caso Palamara Iribarne vs. Chile, párr. 2.

⁶⁶⁵ *Ibíd.*, párr. 63

⁶⁶⁶ *Ibíd.*, párr. 63.

⁶⁶⁷ *Ibíd.*, párr. 187.

Palamara Iribarne establecía sanciones desproporcionadas por realizar críticas sobre el funcionamiento de las instituciones estatales y sus miembros, suprimiendo el debate esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático y restringiendo innecesariamente el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión.⁶⁶⁸

Además, la Corte señala que:

El derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto y que el artículo 13.2 de la Convención prevé la posibilidad de establecer restricciones a la libertad de pensamiento y de expresión a través de la aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho”. No obstante lo anterior “las causales de responsabilidad ulterior deben estar expresa, taxativa y previamente fijadas por la ley, ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas, y no deben de modo alguno limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa.⁶⁶⁹

En el caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, la Corte aborda la protección del derecho de acceso a la información. Este caso se refiere a la negativa del Comité de Inversiones Extranjeras (CIE) de entregar información relacionada a un proyecto de industrialización forestal, solicitada por el señor Claude Reyes, director ejecutivo de la Fundación Terram. Posteriormente, en julio del mismo año, fue interpuesto un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago, debido a la negativa del CIE de brindar información acerca del proyecto forestal, el que fue declarado inadmisibile. A su vez, fueron rechazadas la reposición y sucesiva queja interpuesta ante la Corte Suprema.

En esta sentencia, la Corte IDH establece que, de acuerdo con lo que dispone la Convención Americana, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión comprende no solo el derecho y la libertad de expresar, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, agregando, además, que el artículo 13 de la Convención, al reconocer expresamente los derechos a buscar y a recibir información, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención⁶⁷⁰. Agrega que:

El actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública” y que “el control democrático de las gestiones estatales, por parte de

⁶⁶⁸ *Ibíd.*, párr. 88.

⁶⁶⁹ *Ibíd.*, párr.79.

⁶⁷⁰ Caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, párrs. 77- 78.

la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública.⁶⁷¹

ii. Derecho al consentimiento informado en materia de salud y el acceso a la información

Habida cuenta del reciente fallo publicado por la Corte en 2018 contra del Estado de Chile -caso Poblete Vilches y otros- la Corte Interamericana procedió a publicar la que viene a ser su novena sentencia en contra del Estado, declarando, en consecuencia, su responsabilidad internacional por la vulneración de garantías convencionales asociadas principalmente con el derecho a la salud sin discriminación (el cual emana de la conjunción de los artículos 26, 1.1 y 4 de la CADH). Con esto da paso a la inclusión, dentro del sistema de regional de protección, a los denominados Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA), cuyo fundamento recogió la construcción jurisprudencial de la propia Corte, basada en una derivación de las normas reconocidas por la Carta de la OEA, así como relativas a su interpretación, dispuestas en el propio artículo 29 de la Convención, e integridad personal en perjuicio de los familiares (artículo 5 de la CADH); acceso a la justicia (artículos 8 y 25 de la CADH) y a la información. Este último, en su faceta relativa al derecho de obtener un consentimiento informado y acceso a la información en materia de salud, sufrida en perjuicio del ya fallecido señor Poblete y de sus familiares (artículos 26, 13, 7 y 11, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana), tras no haberse tenido noticias sobre la intervención ni tratamiento adoptado a seguir.

En los hechos se alude, concretamente, a circunstancias fácticas que involucraron la falta de atención médica con carácter de “inmediata” por parte del personal clínico de un hospital público llamado “Sótero del Río”, acaecidas el año 2001 en desmedro del señor Poblete Vilches, con motivo de la omisión en la asistencia inmediata, acorde a estándares comunes desarrollados por la propia Corte (párrafo 121 de la sentencia)⁶⁷². Tal necesidad

⁶⁷¹ *Ibíd.*, párrs. 86-87.

⁶⁷² En efecto, en el presente caso la Corte Interamericana desarrolla lo que denomina “estándares mínimos” en materia de protección a la salud, esgrimiendo los siguientes elementos a efectos de determinar las prestaciones médicas de urgencia: a) Respecto a la calidad, se debe contar con la infraestructura adecuada y necesaria para satisfacer las necesidades básicas y urgentes. Esto incluye cualquier tipo de herramienta o soporte vital, así como también disponer de recurso humano calificado para responder ante urgencias médicas; b) Respecto a la accesibilidad¹⁷³, los establecimientos, bienes y servicios de emergencias de salud deben ser accesibles a todas las personas. La accesibilidad entendida desde las dimensiones superpuestas de no discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica y acceso a la información. Proveyendo de esta forma un sistema de salud inclusivo basado en los derechos humanos; c) Respecto a la disponibilidad, se debe contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud, así como de programas integrales de salud. La coordinación entre establecimientos del sistema resulta relevante para cubrir de manera integrada las necesidades básicas de la población; d) Respecto de la aceptabilidad, los establecimientos y servicios de salud deberán respetar la ética médica y los criterios culturalmente apropiados. Además, deberán incluir una perspectiva de género, así como de las condiciones del ciclo de vida del paciente.

de medidas fue considerada por esta como necesaria e indispensable para garantizar el cuidado de salud de una persona mayor en situación de emergencia y gravedad, cuya inacción significó poner en riesgo vital y, en definitiva, acarrear el posterior fallecimiento de la víctima, al no ser prestados los cuidados debidos. Acreditándose, por último, que el fallecimiento tenía como causa la negligencia del personal de atención que no prestó los cuidados intensivos acordados, al momento de requerírseles, habida cuenta la condición social y avanzada edad del paciente, su deteriorado estado de salud, entre otros factores, significando aquello un trato discriminatorio en desmedro del derecho del paciente a la protección de su salud, sin que, además, mediare información ni consentimiento de sus familiares para los tratamientos, decisiones e intervenciones practicadas. Ello sumado a los consecutivos sobreseimientos posteriores de las demandas civiles y desarchivos de querrelas criminales presentados por los familiares durante los años 2001 y 2006, respectivamente, a instancias de los tribunales nacionales, que, sin haberse declarado responsabilidad, siguen, a la fecha, sin pronunciamiento de sentencia firme que la acredite. Este motivo terminó causando el pronunciamiento de la Corte acerca de la determinación de responsabilidad internacional del Estado por violación de derechos convencionales.

Relativo al derecho al consentimiento informado en materia de salud y acceso a la información de la víctima, el Tribunal advierte que el consentimiento informado:

Forma parte del elemento de la accesibilidad de la información y por tanto del derecho a la salud. Por ello, el acceso a la información, contemplado en el propio artículo 13 de la CADH, adquiere un carácter instrumental para garantizar y respetar el referido derecho a la salud. Así el derecho al acceso a la información pasa a ser considerado una garantía para hacer realidad la derivación del derecho a la salud, con la posibilidad de que se acrediten otros derechos relacionados, de acuerdo con las particularidades del caso en concreto.⁶⁷³

En efecto, el Estado reconoció parcialmente su responsabilidad en este punto, al asumir que la víctima se encontraba inconsciente al momento de recibir la intervención quirúrgica, por ello no hubo forma de obtener su consentimiento; y que sobre los familiares, ellos no fueron debidamente informados del procedimiento que se realizaría sobre la víctima, no existiendo registros claros en que constare tal supuesto por parte del personal hospitalario.

En relación con el consentimiento por sustitución y acceso a la información en materia de salud a favor de los familiares de la víctima, la Corte manifestó que el referido derecho, conforme el mismo artículo 13 de la CADH, supone que “el derecho a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, lo cual protege el derecho de acceso

El paciente debe ser informado sobre su diagnóstico y tratamiento, y frente a ello respetar su voluntad (infrapárrafos. 161, 162 y 166).

⁶⁷³ *Ibíd.*, párr. 160.

a la información, incluyendo información relacionada con la salud de las personas”⁶⁷⁴. ”⁶⁷⁵. La propia Corte ha definido el derecho a obtener consentimiento informado como la “decisión previa de aceptar o someterse a un acto médico en sentido amplio, obtenida de manera libre, es decir sin amenazas ni coerción, inducción o alicientes impropios, manifestada con posterioridad a la obtención de información adecuada, completa, fidedigna, comprensible y accesible, siempre que esta información haya sido realmente comprendida, lo que permitirá el consentimiento pleno del individuo”⁶⁷⁶. Sin duda, la Corte entiende que el consentimiento por representación o sustitución se actualiza cuando se ha comprobado que el paciente, por su especial condición, no se encuentra en la capacidad de tomar una decisión sobre su salud, por lo cual esta potestad le es otorgada a su representante, autoridad, persona, familiar o institución designada por ley⁶⁷⁷.

Por tanto, el Tribunal sostuvo que el Estado incumplió con su obligación internacional de obtener, a través de su personal de salud pública, el consentimiento informado por parte de los familiares del señor Poblete Vilches, para la práctica de los actos médicos realizados durante su primer ingreso en el Hospital Sótero del Río. Vulnerando el derecho de acceso a la información de los familiares, al: 1) no otorgarles información clara y precisa sobre el alta al paciente y sus cuidados necesarios; y 2) no proporcionar información clara y accesible respecto del diagnóstico y atención médica otorgada a la víctima el señor Poblete Vilches. Configurándose violación al derecho de obtener un consentimiento informado y acceso a la información en materia de salud en perjuicio del señor Poblete Vilches y de sus familiares⁶⁷⁸.

iii. Derecho a la salud e integridad personal

Este derecho se considera reconocido por el artículo 26 de la respectiva Convención Americana y conforme a los Estados Parte se comprometen a desarrollar progresivamente y, como señala la CADH:

Adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Ello, aplicado a la realidad jurisprudencial chilena, lleva al caso Poblete Vilches y otros vs. Chile como el primer antecedente conforme al que la Corte IDH analiza, define y

⁶⁷⁴ *Ibíd.*, párr. 161.

⁶⁷⁵ *Ibíd.*, párr. 161.

⁶⁷⁶ *Ibíd.*, párr. 161.

⁶⁷⁷ Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, *supra.*, párr. 166.

⁶⁷⁸ *Ibíd.*, párr. 173.

complementa el derecho a la salud de las personas mayores de forma individual y autónoma⁶⁷⁹. Dentro del catálogo de derechos de la CADH, precisamente desprendido del artículo 26, a raíz de la técnica jurisprudencial de la Corte, según la cual conjugó elementos de la propia Convención dispuestos en el capítulo III, titulado Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el artículo 1.1, que confiere obligaciones generales de respeto y garantía, sumada a la interdependencia entre los derechos civiles y políticos, así como los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, integralmente y de manera conjunta como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y haciéndolos exigibles en todos los casos que corresponda, sin exclusión ante las autoridades que resultaren competentes para ello⁶⁸⁰.

De este modo, en opinión de la Corte, la CADH:

Incorporó en su catálogo de derechos protegidos los denominados derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), a través de una derivación de las normas reconocidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), y de las normas de interpretación dispuestas en el propio artículo 29 de la Convención; particularmente, en la negativa de limitar o excluir el goce de los derechos establecidos en la Declaración Americana e inclusive los reconocidos en materia interna.⁶⁸¹

Asimismo, de conformidad con una interpretación sistemática, teleológica y evolutiva, la Corte, recurriendo al corpus iuris internacional y nacional en la materia, pudo dar contenido específico al alcance de los derechos tutelados por la Convención, con el fin de derivar con ello el alcance de las obligaciones específicas que importa cada derecho. En efecto, sentenció sobre el derecho a la salud que:

Este derecho en situaciones de urgencia exige de los Estados el velar por una adecuada regulación de los servicios de salud, brindando servicios necesarios de conformidad con los elementos de disponibilidad, accesibilidad, calidad y aceptabilidad, en condiciones de igualdad y sin discriminación, brindando a su vez medidas positivas respecto de grupos en situación de vulnerabilidad”⁶⁸², tal es el caso de personas de adultez mayor. Agrega luego que como condición transversal de accesibilidad el Estado está obligado a garantizar un trato igualitario a todas las personas que accedan a los servicios de salud, por lo que de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención Americana no son permitidos tratos discriminatorios “por motivos de raza, color, sexo, [...] posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, sin caer el referido listado en una nómina taxativa, sino más

⁶⁷⁹ Empero en la sentencia del Caso Lagos del Campo vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340, párrafos. 142 y 145, la Corte desarrolló y concretó por primera vez de forma autónoma una condena específica del artículo 26 de la Convención Americana.

⁶⁸⁰ Cfr. Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, op. cit., párr. 100.

⁶⁸¹ *Ibíd.*, supra. párr. 103.

⁶⁸² Cfr. *Ibíd.*, párr. 174.

bien enunciativa, dejándolo abierto con la inclusión del término *otra condición social* para incorporar así con ello otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas.⁶⁸³

Sobre la adultez mayor de las personas, la Corte sostiene que la tercera edad también resulta ser una categoría protegida por esta norma. En este sentido, la prohibición por discriminación relacionada con la edad, cuando se trata de personas mayores, se encuentra tutelada directamente por la CADH. Ello comporta, entre otras cosas, la aplicación de políticas inclusivas para la totalidad de la población y un fácil acceso a los servicios públicos. El derecho a la salud es concebido como indispensable para el ejercicio adecuado de los demás derechos humanos, e impone a los Estados “el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios esenciales de salud, garantizando una prestación médica de calidad y eficaz⁶⁸⁴”, determinando, a su vez, la necesidad de identificar elementos esenciales e interrelacionados entre sí, los cuales deben satisfacerse, presentándose “la accesibilidad” en materia de salud como la necesidad de proveer prestaciones médicas de urgencia a todo ser humano. Tal elemento esencial dispone que “los establecimientos, bienes y servicios de emergencias de salud deben ser accesibles a todas las personas”, y que conlleva dimensiones superpuestas de “no discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica y acceso a la información. Proveyendo de esta forma un sistema de salud inclusivo basado en los derechos humanos”.⁶⁸⁵

En lo concerniente a las personas mayores en materia de salud, la Corte dispone que, en efecto, para su consideración y especial atención ha reconocido, en variados instrumentos internacionales sobre la materia⁶⁸⁶, el importante desarrollo y consolidación de estándares internacionales mínimos al respecto, cuyo respeto es imprescindible para el más alto desarrollo de la persona mayor en todos los aspectos de su vida y en las mejores condiciones posibles, destacando, en particular, el derecho a la salud. Asimismo, las personas mayores tienen derecho a una protección reforzada y, por ende, exige la adopción de medidas diferenciadas. La Corte nota que, en muchas situaciones, se presenta una particular vulnerabilidad de las personas mayores frente al acceso a la salud por diversos

⁶⁸³ *Ibíd.*, párr. 122.

⁶⁸⁴ *Ibíd.*, *supra*, párr. 118.

⁶⁸⁵ Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, *supra*, párr. 121.

⁶⁸⁶ Así el artículo 17 del Protocolo de San Salvador, contempla el derecho a la salud de las personas mayores; el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los Derechos de las Personas de Edad en África, y la Carta Social Europea; la reciente adopción de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, la cual reconoce que la persona mayor tiene derecho a su salud física y mental, sin ningún tipo de discriminación, entre otras. Asimismo los Principios de las Naciones Unidas en Favor de las Personas de Edad, el Plan de Acción Internacional de Viena sobre Envejecimiento, la Proclamación sobre el Envejecimiento, la Declaración Política y el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento, así como otros de carácter regional, tales como: la Estrategia Regional de Implementación para América Latina y el Caribe, la Declaración de Brasilia, el Plan de Acción de la Organización Panamericana de la Salud sobre la Salud de las Personas Mayores, incluido el Envejecimiento Activo y Saludable, la Declaración de Compromiso de Puerto España, la Carta de San José sobre los Derechos de las Personas Mayores de América Latina y el Caribe, párr. 126.

factores, tales como las limitaciones físicas, de movilidad, la condición económica o la gravedad de la enfermedad y posibilidades de recuperación. Dicha vulnerabilidad se encuentra incrementada en razón del desequilibrio de poder que existe en la relación médico y paciente, por lo que resulta indispensable que se garantice al paciente, de manera clara y accesible, la información necesaria y el entendimiento de su diagnóstico o situación particular, así como de las medidas o tratamientos para enfrentar tal situación⁶⁸⁷.

En vista de lo anterior, la Corte resalta la importancia de visibilizar a las personas mayores como sujetos de derechos provistos de especial protección y cuidado integral, con respeto de su autonomía e independencia; sosteniendo que, al menos, tratándose de aquellos cuyo estado es frágil, estos debieran tener protegida su salud para el caso de enfermedades crónicas y en fase terminal. Por lo tanto, respecto de las personas mayores, reconocidas como grupo en situación de especial vulnerabilidad, existe una obligación reforzada de respeto y garantía de sus derechos, en especial el de salud, traducida en el deber de brindarles las prestaciones necesarias de manera eficiente y continua⁶⁸⁸. Dichos planteamientos han considerado, además, recoger el importante desarrollo y consolidación de estándares internacionales en esta materia. En efecto, la Corte hace mención a lo dispuesto en la Observación General n.º 6 del Comité de DESC de la ONU, resaltando el deber de los Estados Parte del Pacto (PIDESC) de tener presente que mantener medidas de prevención, mediante controles periódicos, adaptados a las necesidades de las mujeres y de los hombres de edad, cumple un papel decisivo, así como la rehabilitación, conservando la funcionalidad de las personas mayores, con la consiguiente disminución de costos en las inversiones dedicadas a la asistencia sanitaria y a los servicios sociales 208. También, en la Observación General n.º 14 del Comité DESC, se detallan las cuestiones sustantivas que se derivan de la aplicación del derecho a la salud y se tratan cuestiones concretas relacionadas con las personas mayores, incluida:

La prevención, la curación y la rehabilitación destinadas a mantener la funcionalidad y la autonomía de las personas mayores y la prestación de atenciones y cuidados a los enfermos crónicos y en fase terminal, ahorrándoles dolores evitables y permitiéndoles morir con dignidad.⁶⁸⁹

Asimismo, destacando el diálogo jurisprudencial que ocurre con su par regional europeo, ha hecho cita del pronunciamiento del TEDH sobre la protección de los derechos de las personas mayores contemplado en sus fallos (Sawoniuk vs. Reino Unido, n.º 63716/00. Sentencia de 20 de mayo de 2001; Caso Farbtuhs vs. Letonia (Fondo y Satisfacción Equitativa), n.º 4672/02. Sentencia de 2 de diciembre de 2004, y Caso Dodov vs. Bulgaria, n.º 59548/00. Sentencia de 17 de enero de 2008), del que se extraen los siguientes planteamientos: i) los Estados deben establecer normas y procedimientos que

⁶⁸⁷ Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, op. cit., párr. 131

⁶⁸⁸ *Ibíd.*, supra. párr. 132.

⁶⁸⁹ Cfr. *Ibíd.*, párr. 128

obliguen a los hospitales, ya sean públicos o privados, a adoptar medidas apropiadas para proteger la vida de sus pacientes y establecer medios judiciales independientes y efectivos, a fin de que el personal médico que incurre en faltas o negligencias pueda ser juzgado y sea posible determinar su propia responsabilidad e imponer sanciones y multas; y ii) en caso de que la vida de una persona haya sido aparentemente perjudicada, dañada o violentada, a consecuencia de un tratamiento negligente por parte del personal auxiliar médico de asistencia. Ello no obsta o impide el deber que recae en los Estados de regular las actividades de las instituciones de salud pública y proporcionar los recursos necesarios en casos de negligencia médica, así como establecer procedimientos que permitan determinar las responsabilidades funcionarias del caso, en la medida que sus actos pongan en riesgo la vida de sus pacientes, más aún cuando la capacidad de estos para cuidarse por sí mismos es limitada, atendida su avanzada edad como en el caso *sublite*⁶⁹⁰.

Así también como indica la Corte Interamericana, se corrobora la necesidad que todo “Estado deba implementar medidas positivas para proteger la vida de las personas bajo su jurisdicción y velar por la calidad de los servicios de atención a la salud y asegurar que los profesionales reúnan las condiciones necesarias para su ejercicio a fin de proteger la vida de sus pacientes”⁶⁹¹. Citando al efecto similar razonamiento del TEDH, este ha sostenido que:

Entre las disposiciones fundamentales de la Convención Europea, se exige a los Estados, la obligación de adoptar las medidas necesarias para proteger la vida de las personas bajo su jurisdicción, principios que también se aplican en el ámbito de la salud pública, en donde las obligaciones positivas suponen el establecimiento por parte del Estado de un marco de entidades reguladas, sean públicas o privadas, adoptando las medidas requeridas para proteger la vida de sus pacientes.⁶⁹²

En consecuencia, el incumplimiento de dicha obligación surge cuando se le niega el acceso a la salud o no se garantiza su protección, pudiendo también ocasionar la vulneración colateral de otros derechos relacionados, como es del presente caso, en la afectación al derecho a la vida de la víctima e integridad personal de los familiares. Las negligencias asumidas por el servicio de atención de salud, así como la posibilidad de ingresar a la unidad de cuidados requerida y no ser trasladado a otro centro que pudiera brindarle tales medidas, en parte por su condición de adulto mayor, redujeron de manera considerable las posibilidades de recuperación y sobrevivencia del paciente, por lo que su fallecimiento resultó ser imputable al Estado. En cuanto al derecho a la integridad personal, particulares

⁶⁹⁰ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Caso *Dodov vs. Bulgaria*, N° 59548/00. Sentencia de 17 de enero de 2008, párrs. 80 y 81.

⁶⁹¹ Caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*. *Supra.*, párr. 146.

⁶⁹² TEDH. Véase Caso *Lazar*, *supra*, párr. 66; Caso *Z vs. Polonia*, *supra*, párr. 76, Caso *Calvelli y Ciglio vs. Italia*. N° 32967/96. Sentencia de 17 de enero de 2002, párr. 49, Caso *Byrzykowski vs. Polonia*. No 11562/05. Sección 40 Cuarta. Sentencia de 27 de junio de 2006, párr. 104, y Caso *Silih vs. Eslovenia*. No. 71463/014. Sentencia de 9 de abril de 2009, párr. 192.

situaciones derivaron en que, durante al menos cinco días, el señor Poblete Vilches experimentara diversos sufrimientos con motivo de la desatención a sus particulares condiciones de salud. Igualmente, con sus familiares, por cuanto ciertas afectaciones, que repercutieron en el seno familiar y en el desarrollo de sus planes de vida, tanto por la atención brindada en el hospital como los procesos de búsqueda de justicia y esclarecimiento de los hechos, y frente a ello la respuesta ofrecida por las autoridades en distintas instancias, quienes no fueron capaces de determinar responsabilidad por las omisiones incurridas.

iv. Derecho a la igualdad y prohibición de discriminación

El artículo 24 de la Convención Americana dispone que “todas las personas son iguales ante la ley”, por tanto, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley. Si bien es cierto que la orientación sexual no aparece mencionada expresamente como un criterio de no discriminación enunciado en el artículo 1.1, “(...) 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)⁶⁹³, ella no es más que enunciativa, hecho que ha sido confirmado por la Corte, la que se ha encargado de precisar que no es taxativa, sino más bien descriptiva. En efecto ha señalado:

Los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término “otra condición social” para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. La expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1. de la Convención debe ser interpretada por la Corte, en consecuencia, en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo.⁶⁹⁴

En ese sentido, la Corte ha reiterado que “mientras la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en la Convención Americana, el artículo 24 protege el derecho a “igual protección de la ley”. Es decir, el artículo 24 de la Convención prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no solo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho

⁶⁹³ Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, supra., párr. 72.

⁶⁹⁴ Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, supra., párr. 85.

debe analizarse a la luz del artículo 24 de dicha Convención”⁶⁹⁵. De esta forma, la Corte ha establecido, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que los Tratados son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos.⁶⁹⁶ Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de hermenéutica consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En este sentido, al interpretar la expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1. de la Convención, debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano⁶⁹⁷.

a) En el caso *Atala Riffo*, luego del análisis de los argumentos expuestos y decisiones adoptadas por las autoridades judiciales locales, que motivaron la alegación ante el organismo interamericano y posterior condena, la Corte fue enfática al concluir en el caso sub-lite haberse configurado una diferencia de trato “discriminatoria” fundada en la orientación sexual de la señora Atala, pues la Corte Suprema, al decidir sobre el cuidado personal y tuición de sus hijas, otorgó relevancia significativa a su condición de homosexualidad⁶⁹⁸, por ejemplo, al hacer referencia a la presunta discriminación social que habrían sufrido las menores como consecuencia de la sexualidad de la madre, la alegada confusión de roles maternos y paternos que estas habrían tenido, la supuesta prevalencia que la madre habría dado a su vida personal, y el derecho de las niñas a vivir en el seno de una familia tradicional y estructurada normalmente⁶⁹⁹, como fundamentos discriminatorios en contra de la madre de las menores.

Respecto a la inclusión de la orientación sexual como categoría de discriminación prohibida, el TEDH ha señalado que la orientación sexual es “otra condición” mencionada en el artículo 1498 del Convenio Europeo, el cual prohíbe tratos discriminatorios⁷⁰⁰. En efecto, el Artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos dispone:

El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

⁶⁹⁵ *Ibíd.*, párr. 82.

⁶⁹⁶ *Ibíd.*, párr. 83.

⁶⁹⁷ *Ibíd.*, párrs. 82-84.

⁶⁹⁸ Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, *supra*, párrs. 56, 92, 97 y 146.

⁶⁹⁹ *Ibíd.*, párrs. 97-98.

⁷⁰⁰ Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, *supra*, párr. 87. Cfr. Cfr. T.E.D.H., Caso *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*, (No. 33290/96), sentencia de 21 de diciembre de 1999. Final, 21 de marzo de 2000, párr. 28; Caso *L. y V. vs. Austria* (No. 39392/98 y 39829/98), Sentencia de 9 de enero de 2003. Final, 9 de abril de 2003, párr. 45; Caso *S. L. vs. Austria*, (N° 45330/99), Sentencia de 9 de enero de 2003. Final, 9 de abril de 2003, párr. 37, y Caso *E.B. vs. Francia*, (N° 43546/02), Sentencia de 22 de enero de 2008, párr., 50.

Sobre este punto, la Corte condenó el lenguaje usado por los tribunales nacionales en relación con vivir “en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio”. La Corte constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto único y cerrado de familia ni mucho menos se protege solo un modelo “tradicional” de esta. Además, reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio⁷⁰¹. En ello también es coherente la jurisprudencia internacional. En el caso *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*, el Tribunal Europeo consideró que la decisión de un tribunal nacional de retirar a un padre homosexual la custodia de su hija menor de edad, con el argumento que la niña debería vivir en una familia portuguesa tradicional, carecía de relación razonable de proporcionalidad entre la medida tomada (retiro de la custodia) y el fin perseguido (protección del interés superior de la menor de edad).⁷⁰² Además, la Corte IDH constata que el lenguaje utilizado por la Corte Suprema de Chile, relacionado con la supuesta necesidad de las niñas de crecer en una “familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social”, y no en una “familia excepcional”, refleja una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia, la “familia tradicional”⁷⁰³.

A su vez, sobre el concepto de familia, diversos órganos internacionales de derechos humanos han indicado que no existe un modelo único de familia, por cuanto este puede variar (ejemplo: Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General n.º 21, 13º periodo de sesiones, 1994 La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, párrafo 13; Comité de los Derechos del Niño, Observación General n.º 7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia, párrafos 15 y 19; Comité de Derechos Humanos, Observación General n.º 19 (39º periodo de sesiones, 1990). La familia, artículo 23 y Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General n.º 16, 32º periodo de sesiones, 1988. Derecho a la intimidad, artículo 17).

De igual forma, el Tribunal Europeo ha interpretado el concepto de familia en términos amplios, es por ello por lo que, respecto a parejas de diferente sexo, ha señalado reiteradamente que:

La noción de familia bajo esta norma no está circunscrita a relaciones basadas en el matrimonio y puede abarcar otros vínculos de familia de facto donde las partes están viviendo juntas fuera del matrimonio. Un niño nacido en tal relación es ipso jure parte de tal unidad familiar desde ese momento y por el mero hecho de su nacimiento. Por tanto, existe entre el niño y sus padres un vínculo que implica vida familiar. Además, el Tribunal

⁷⁰¹ Caso *Atala Riffó y Niñas vs. Chile*, supra, párrs. 57, 113 y 141.

⁷⁰² *Ibíd.*, párrs. 95 y 143.

⁷⁰³ *Ibíd.*, párrs. 141-143 y 145.

recuerda que el goce mutuo de la compañía del otro entre los padres y el niño constituye un elemento fundamental de la vida familiar, aunque la relación de los padres esté rota, y[, en consecuencia,] medidas nacionales que limiten tal goce, conllevan una interferencia con el derecho protegido por el artículo 8 del Convenio. (Caso Schalk y Kopf vs. Austria, , (No. 30141/04), Sentencia de 24 de junio de 2010, 22 de noviembre de 2010, párr. 91; Caso Elsholz vs. Alemania, (n°25735/94), G.C., Sentencia de 13 de julio de 2000, párr. 43; Caso Keegan vs. Irlanda, (n° 16969/90), Sentencia de 26 de mayo de 1994, párr. 44).⁷⁰⁴

El TEDH, siguiendo el concepto amplio de familia, reconoció que un transexual, su pareja mujer y un niño pueden configurar una familia, al señalar que “al decidir si una relación puede considerarse como ‘vida familiar’, una serie de factores pueden ser relevantes, incluyendo si la pareja vive junta, la duración de su relación y si se ha demostrado el compromiso mutuo al tener hijos conjuntamente o por otros medios”. Además, recalca el hecho que “la noción de vida familiar abarca a una pareja del mismo sexo que convive en una relación estable de facto, tal como abarcaría a una pareja de diferente sexo en la misma situación”, ya que consideró “artificial mantener una posición que sostenga que, a diferencia de una pareja heterosexual, una pareja del mismo sexo no puede disfrutar de la vida familiar en los términos del artículo 8 del Convenio Europeo”⁷⁰⁵ (Caso Schalk y Kopf vs. Austria, párr. 94).

La Corte IDH también se pronuncia acerca de las sanciones disciplinarias que, en condición de jueza titular de un tribunal de letras, se le impusieron a la señora Atala por parte de su superior jerárquico (Corte de Apelaciones de Temuco), el cual, a instancias de una denuncia previa del Comité de Jueces y consecutivo apersonamiento de un ministro visitador, decidió realizar una investigación disciplinaria y condenarla a un llamado de atención público, motivado, entre otras cosas, por una indagación disciplinaria relacionada exclusivamente por su orientación sexual⁷⁰⁶. Al respecto, la Corte también concluyó que “la orientación sexual o su ejercicio no pueden constituir, bajo ninguna circunstancia, fundamento para llevar a cabo un proceso disciplinario, pues no existe relación alguna entre el correcto desempeño de la labor profesional de la persona y su orientación sexual”⁷⁰⁷. En virtud de lo señalado, la Corte determina que el Estado había vulnerado el artículo 24 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de la señora Karen Atala Riffo⁷⁰⁸.

⁷⁰⁴ Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, supra. párr. 172. Cfr véase también y Caso Johnston y otros vs. Irlanda, (N° 9697/82), Sentencia de 18 de diciembre de 1986, párr. 56; Caso Alim vs. Rusia (No. 39417/07), Sentencia de 27 de septiembre de 2011, párr. 70; Caso Berrehab vs. Países Bajos, (No. 10730/84), Sentencia de 21 de junio de 1988, párr. 21, y Caso L. vs. Países Bajos, (No. 45582/99), Sentencia de 1 de junio de 2004. Final, 1 de septiembre de 2004, párr. 36.

⁷⁰⁵ Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, supra, párr. 174.

⁷⁰⁶ *Ibíd.*, párr. 222.

⁷⁰⁷ Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, supra, párrs. 210-215, 218, 221 y 222.

⁷⁰⁸ *Ibíd.*, párr. 146.

Asimismo, es importante destacar que la responsabilidad del Estado chileno en la violación de este derecho no se originó como consecuencia de una discriminación normativa, omisión de su Carta Fundamental o por la existencia de preceptos manifiestamente arbitrarios y/o falta de leyes internas que promuevan la igualdad en todas sus dimensiones, sino que derivó, más bien, de la propia actuación arbitraria de los tribunales nacionales de justicia, configurándose con ello una discriminación de carácter jurisdiccional conforme a lo constatado por la Corte.⁷⁰⁹

La Corte verifica que:

En el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos, lo cual se evidencia en la aceptación social de parejas interraciales, las madres o padres solteros o las parejas divorciadas, las cuales en otros momentos no habían sido aceptadas por la sociedad. En este sentido, el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos.⁷¹⁰

En efecto complementando su argumentación, arguye referencia directa del TEDH, cuando este último ha sostenido que:

En un caso sobre discriminación por orientación religiosa, en el contexto de una decisión judicial sobre la custodia de menores de edad, el Tribunal Europeo rechazó el argumento de un tribunal nacional, según el cual el interés superior de dos menores de edad podría verse afectado por el riesgo de una estigmatización social por las creencias de la madre, perteneciente al grupo religioso de los Testigos de Jehová. (Caso Hoffmann vs. Austria, (No. 12875/87), Sentencia de 23 de junio de 1993, párr. 15 y 33 a 36).

Por otro lado, en el ámbito de protección del derecho a la vida privada, ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al coincidir en señalar que aquel va más allá del derecho a la privacidad misma. Sobre esto, el Tribunal Europeo ha preceptuado que el derecho a la vida privada abarca la identidad física y social, el desarrollo y la autonomía personales de una persona, así como su derecho de establecer y desarrollar relaciones con otras personas y su entorno social; incluyendo el derecho de establecer y mantener relaciones con personas del mismo sexo (caso Pretty vs. Reino Unido (n.º 2346/02), Sentencia de 29 de abril de 2002. Final, 29 de julio de 2002, párr. 61)⁷¹¹. Sumado a esto, sostuvo que el derecho a mantener relaciones personales con otros individuos, en el marco del derecho a la vida privada, se extiende a la esfera pública y profesional (caso Peck vs. Reino Unido, (n.º 44647/98), Sentencia de 28 de enero de 2003. Final, 28 de abril de 2003, párr. 57).

⁷⁰⁹ Cfr. IVANSCHITZ BOUDEGUER, op. cit., p. 286.

⁷¹⁰ Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, supra, párr. 120.

⁷¹¹ Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Supra., párr. 135.

Referente al caso Norín Catrimán, de mayo de 2014, la Corte estableció que el origen étnico de las personas es una categoría protegida por la Convención Americana, por lo que se encuentra comprendida dentro de la expresión “cualquier otra condición social” de su artículo 1.1. Como resultado, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su origen étnico.⁷¹² Por ello, está proscrita por la Convención Americana cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la etnia de la persona.

En lo que respecta a la alegada utilización de estereotipos y prejuicios sociales en las sentencias penales internas, el Tribunal sostuvo que puede haber una aplicación discriminatoria de la ley penal si el juez o tribunal condena a una persona basándose en un razonamiento fundado en estereotipos negativos que asocien a un grupo étnico con el terrorismo para determinar alguno de los elementos de la responsabilidad penal. En particular, la Corte consideró que la sola utilización de esos razonamientos que denotan estereotipos y prejuicios en la fundamentación de las sentencias condenatorias de las víctimas configuraron una violación del principio de igualdad y no discriminación, así como el derecho a la igual protección de la ley, consagrados en el artículo 24 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento.⁷¹³

En el caso Vilches Poblete vs. Chile (2018), la Corte se pronunció sobre la discriminación sufrida por la víctima en desmedro de su propia salud, considerando, al efecto, la situación desventajosa experimentada en la asistencia y atención médica, habida cuenta de su condición de avanzada edad. En efecto, precisó que “el paciente requería de una atención médica urgente y de calidad, que el sistema de salud pública no proveyó, por lo que dicha situación derivó en una discriminación por su condición de persona mayor”⁷¹⁴. Decretando en tanto, por unanimidad de sus integrantes, la responsabilidad del Estado de Chile, como consecuencia, entre otros factores, al no haberse garantizado que los servicios de salud brindados al señor Poblete Vilches cumplieran con los estándares mínimos debidos, incumpliendo con ello el deber que les compete a los servicios públicos de salud de brindar todas las medidas básicas necesarias e inmediatas vinculadas al derecho a la salud de personas mayores en situación de emergencia⁷¹⁵.

Por tanto, en opinión de la Corte IDH, referida al caso en concreto, el derecho a la igualdad y no discriminación puede abarcar dos concepciones: *una negativa*, relacionada con la prohibición de establecer diferencias de trato arbitrarias, y *una positiva*, estrechamente vinculada con la obligación convencional que recae en los Estados de crear

⁷¹² Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CIDH. Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile, sentencia de 29 de mayo de 2014, supra, párrs. 194, 202 y 206.

⁷¹³ Cfr. *Ibíd.*, párrs. 210, 222, 224, 228 y 421

⁷¹⁴ Cfr. Corte IDH, Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, supra párr., 142.

⁷¹⁵ Op Cit. Corte Interamericana de Derechos Humanos, comunicado de prensa CP-24/18, p. 4.

condiciones de igualdad real frente a grupos sociales minoritarios que han sido históricamente excluidos, marginados e invisibilizados, o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados por su condición. Por ello, la Corte IDH reitera que “la adopción de medidas positivas se acentúa en relación con la protección de personas en situación de vulnerabilidad o de riesgo social, quienes debieran tener garantizado el acceso a los servicios médicos de salud en vías de igualdad”⁷¹⁶. Esto quiere decir que la condición de adulto mayor debe ser considerada, a fin de no caer en tratos desiguales y discriminatorios, por ser el derecho a la salud un derecho fundamental garantizable, respecto de cualquier persona sin distinción.

v. Derecho a las garantías judiciales

v.1 Juez natural

La figura del juez natural, tal cual fuere analizada en capítulo I del presente instrumento, importa, según lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 8 de la respectiva CADH, que toda persona goce del derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por ley. Ello importa, según la Corte, la existencia de un juez competente, independiente e imparcial como un presupuesto del debido proceso, por cuanto:

Si una persona es juzgada o su litigio es resuelto por cualquier individuo u órgano que carezca de los citados atributos, el procedimiento que se sigue no merece la calificación de proceso y la resolución en la que culmina no constituye una auténtica sentencia.⁷¹⁷

En los casos nacionales elevados a la CoIDH, han sido vistos y juzgados en sede nacional bajo un sistema especial castrense que, en un contexto histórico-político de golpe de Estado y consecutiva dictadura militar para el país, desencadenó la violación sistemática de derechos humanos, sufrida por parte del pueblo chileno, masivas desapariciones forzadas de personas, presos y exonerados políticos, militantes, exiliados, familias y menores de edad, bajo el pretexto de no seguir el régimen militar de una época marcada entre los años 1973 a 1990, respectivamente, que no deja de ser una realidad comúnmente trágica experimentada por varios de los países de la región americana⁷¹⁸. En ellos la concentración

⁷¹⁶ *Ibíd.*, supra, párr. 123.

⁷¹⁷ Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 6. Cfr. Corte IDH, Caso Usón Ramírez vs. Venezuela. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207.

⁷¹⁸ Junto a la toma del poder de Santiago de Chile en septiembre de 1973, las fuerzas armadas lideradas por ex-Gral. Augusto Pinochet Ugarte organizaron un golpe de Estado que acarrió el derrocamiento del gobierno y presidente socialista de aquel entonces Salvador Allende y con ello una dictadura militar por 16 años consecutivos. Constan además otras cuatro revoluciones militares ocurridas en: a) Argentina: ex-Gral. Jorge Videla encabezó el 24 de marzo de 1976 el golpe de Estado que derrocó a Martínez de Perón. Luego cerró el

de los casos y violaciones han visto tratado, además de la vida misma, torturas, genocidios, desapariciones, tratos inhumanos, violaciones de garantías procesales o del debido proceso, la protección judicial debida de los desaparecidos, torturados y sus familiares, quienes, en su mayoría, han visto frustradas sus reivindicaciones por la vía judicial, al no existir para ellos las debidas garantías procesales tendientes a buscar la verdad, reparación y no repetición, junto con las responsabilidades penales, civiles y administrativas de los servicios y del personal encargado de ejecutar y violar masivamente los derechos humanos de ciudadanos chilenos.

En este escenario, particularmente en dos casos: *Almonacid Arellano* y *Palamara Iribarne*, la Corte advirtió que la aplicación de leyes especiales y consecutiva sustracción del conocimiento de los asuntos desde la justicia ordinaria hacia la jurisdicción militar constituye una infracción a esta garantía jurídica consagrada en la Convención. En el caso *Almonacid Arellano*, citando el caso previo *Palamara Iribarne* tenido a la vista, la Corte IDH sostuvo que “en un Estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Por ello, solo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar”. En este sentido, precisa que “actuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia”⁷¹⁹. La Corte también preceptúa que “el juzgamiento de personas civiles corresponde a la justicia ordinaria”⁷²⁰.

En cuanto a la garantía procesal de independencia e imparcialidad, la Corte precisó, en el caso *Palamara Iribarne*, que:

Congreso y dio inicio al Proceso de Reorganización Nacional, que finalizó en 1983; b) en Paraguay: Alfredo Stroessner llegó al poder el 4 de mayo de 1954. Fue reelecto en ocho periodos, ya que era el único candidato, con el apoyo de las fuerzas militares suprimió las garantías constitucionales, prohibió los partidos políticos y ejerció una dura presión. Durante su régimen fueron asesinadas entre 3 mil y 4 mil personas debido a sus tácticas de tortura contra la disidencia; c) en Bolivia: En agosto de 1971 Hugo Banzer derrocó al general Juan José Torres, cuando tenía 45 años. Gobernó el país durante siete años; su primer gobierno fue uno de los más prolongados de la historia de Bolivia. Prohibió partidos políticos y sindicatos, clausuró universidades, limitó a dirigentes políticos y sindicales y ejerció la represión en contra de sus opositores. En 1974, se da la matanza de campesinos de Cochabamba. Resultó ser seis veces candidato presidencial, ganando dos elecciones (1985 y 1997) y d) en Nicaragua: Anastasio Somoza Debayle enfrentó la creciente oposición de obreros, campesinos y estudiantes molestos desde 1940. Para evitarlo, llevó adelante una fuerte represión, a través de un incremento de los miembros las fuerzas policiales y militares, la creación de numerosas cárceles, la persecución, los secuestros y la aplicación de torturas por parte de la Guardia Nacional, entre las dictaduras más atroces y tristemente recordados por violaciones de derechos ocurridas en el contexto americano.

⁷¹⁹ Cfr. Corte IDH, Caso *Almonacid Arellano* y otros vs. Chile, supra, párr. 131.

⁷²⁰ Cfr. Corte IDH, Caso *Palamara Iribarne* vs. Chile, supra., párrs. 124 y 143.

La estructura orgánica y composición de los tribunales militares supone que, en general, sus integrantes sean militares en servicio activo, estén subordinados jerárquicamente a los superiores a través de la cadena de mando, su nombramiento no depende de su competencia profesional e idoneidad para ejercer las funciones judiciales, no cuenten con garantías suficientes de inamovilidad y no posean una formación jurídica exigible para desempeñar el cargo de juez o fiscales. Todo ello conlleva a que dichos tribunales carezcan de independencia e imparcialidad [...] respecto de la necesidad de que un juez o tribunal militar cumpla con las condiciones de independencia e imparcialidad, es imprescindible recordar lo establecido por la Corte en el sentido de que es necesario que se garantice dichas condiciones de cualquier juez [o tribunal] en un Estado de Derecho. La independencia de cualquier juez supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento, con una duración establecida en el cargo, garantías de inamovilidad y con una garantía contra presiones externas.⁷²¹

Respecto al caso *García Lucero*, con fecha 16 de septiembre de 1973, que fue detenido por Carabineros en Santiago de Chile y trasladado a diversos centros de detención y campos de concentración, a fin de ser torturado, incomunicado, sin que se formularan cargos en su contra y recluso por el periodo inicial de 13 meses. Con posterioridad, fue trasladado a otro centro de detención en que estuvo privado de libertad por tres meses, para luego ser expulsado de Chile el 12 de junio de 1975. La Corte, sobre alegados obstáculos normativos a la investigación, en lo que se refiere a la aplicación del Decreto-Ley n.º 2.191 (sobre amnistía por delitos de tortura en régimen militar), resaltó y reiteró que, con base en lo determinado en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, dicha norma:

Carece de efectos jurídicos y no puede seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos [...], ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puede tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en Chile.

En el caso *Poblete Vilches*, la Corte recuerda que de las querrelas criminales presentadas en el año 2001 y 2005 por parte de los familiares del señor Poblete Vilches, ambas han sido sobreseídas; así, ordenó el sobreseimiento de la causa, pero el 17 de febrero de 2007 desarchivó la causa. El 30 junio de 2008 nuevamente dictó el sobreseimiento de la causa y el 5 de agosto de 2008 ordenó su desarchivo. A la fecha, no se han establecido las responsabilidades penales correspondientes por los hechos del presente caso⁷²².

Acerca del caso *Norín Catrimán*, la Corte ilustra, a la luz del diálogo jurisprudencial, una faceta distinta entendida por el TEDH, que abarca el tema de la imparcialidad judicial, cuya falta puede comprender, por un lado:

⁷²¹ *Ibíd.*, párrs. 155 y 156.

⁷²² Cfr. Corte IDH, *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, *supra.*, párr. 182.

El ámbito de la imparcialidad funcional que se refiere a aspectos tales como las funciones que le son asignadas al juez dentro del proceso judicial. Por otra parte, se encuentra la imparcialidad personal, que se refiere a la conducta del juez respecto a un caso específico.

El TEDH ha indicado que el cuestionamiento a esos ámbitos de la imparcialidad puede ser analizado desde el punto de vista subjetivo (*subjective test*) o desde el punto de vista objetivo (*objective test*). Un cuestionamiento al aspecto personal de la imparcialidad puede ser evaluado desde ambos test, y un cuestionamiento al aspecto funcional de la imparcialidad puede ser analizado desde un punto de vista objetivo.

La Corte Interamericana ha precisado que la recusación es un instrumento procesal que permite proteger el derecho a ser juzgado por un órgano imparcial e independiente⁷²³. Además, el Tribunal Europeo ha señalado que la imparcialidad personal de un juez puede determinarse, según las circunstancias concretas del caso, con base en el comportamiento del juez durante el procedimiento, el contenido, los argumentos, el lenguaje utilizado o los motivos para llevar a cabo la investigación, los cuales indiquen una falta de distancia profesional frente a la decisión, como argumento sostenido en el Caso Kyprianou vs. Cyprus, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Grand Chamber), Application n.º 73797/01, Sentencia de 15 de diciembre de 2005, párrafos 130 a 133.

Asimismo, la Corte cita otro fallo del TEDH, en el que destaca que:

En cuanto al tipo de evidencia que se necesita para probar la imparcialidad subjetiva de los jueces, el Tribunal Europeo ha indicado que se debe tratar de determinar si el juez ha manifestado hostilidad o si ha hecho que el caso sea asignado a él por razones personales. (Caso Kyprianou vs. Chipre, No. 73797/01, sentencia de 27 de enero de 2004, párr. 118 y 119).⁷²⁴

v.2 Amnistía y derecho a la protección judicial

Para garantizar el derecho de acceso a la justicia y el respeto de las garantías judiciales que la CADH consagra, la Corte IDH se ha pronunciado en sus sentencias condenatorias, constatando la responsabilidad del Estado de Chile como consecuencia de la aplicación de normativa interna, adopción de prácticas contrarias a las disposiciones de la Convención y de otros tratados internacionales de derechos humanos.

En particular, como ya se ha mencionado en las sentencias de los casos Almonacid Arellano, García Lucero y Maldonado Vargas, relacionados con graves crímenes de derechos humanos ocurridos en dictadura, cuyas víctimas se vieron limitadas para acceder a justicia y reparación por parte del Estado, la Corte fue tajante al señalar que la aplicación

⁷²³ Cfr. Corte IDH, Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile, supra. voto conjunto disidente de los jueces Manuel E. Ventura Robles y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 30.

⁷²⁴ Cfr. Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Supra. párr. 234.

de leyes de autoamnistía⁷²⁵ y la declaración de prescripción de crímenes de lesa humanidad vulneran la garantía de protección judicial consagrada en los artículos 8 y 25 del Pacto de San José⁷²⁶. Respondiendo a este criterio jurisprudencial, la Corte Suprema ha asumido una posición sostenida y uniforme en cuanto a dejar de aplicar el Decreto Ley 2.191 de amnistía y declarando en sus sentencias la imprescriptibilidad penal y civil de los crímenes de lesa humanidad ocurridos en dictadura⁷²⁷, lo que ha contribuido a extender la sanción de los responsables de estos delitos graves y la reparación a las víctimas.

⁷²⁵ Particularmente, en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* la Corte precisó que “a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados parte tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello por lo que los Estados parte en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de amnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. En opinión de la Corte “Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente”.

También en el caso *García Lucero*, la Corte señaló que: “dada su naturaleza, el Decreto-Ley N°. 2.191 carece de efectos jurídicos y no puede seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos (...), ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puede tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en Chile”.

⁷²⁶ La Corte IDH se pronunció respecto de esta materia en el caso *Almonacid*, señalando que “los crímenes de lesa humanidad van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad toda. El daño que tales crímenes ocasionan permanece vigente para la sociedad nacional y para la comunidad internacional, las que exigen la investigación y el castigo de los responsables. En este sentido, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad claramente afirmó que tales ilícitos internacionales “son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido”. Asimismo, precisa que: “Aun cuando Chile no ha ratificado dicha Convención, esta Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (*ius cogens*), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, Chile no puede dejar de cumplir esta norma imperativa”.

⁷²⁷ Así, la Corte Suprema, siguiendo el criterio aplicado en el caso “*Almonacid y otros vs. Chile*” por la Corte IDH en 2006, señaló en una sentencia de diciembre de 2016 que “como ha resuelto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los crímenes contra la humanidad incluyen la comisión de actos inhumanos, como el asesinato, cometidos en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil, bastando “un solo acto cometido por un perpetrador” en tal contexto, sin que sea necesario que este cometa “numerosas ofensas para ser considerado responsable”.⁷²⁷ La prohibición de cometer estos crímenes “es una norma de *ius cogens*, y la penalización de estos crímenes es obligatoria, conforme al derecho internacional general”.

Por su parte, en la sentencia de 8 de Julio de 2010, respecto a la aplicación del DL de amnistía y la prescripción de los crímenes de lesa humanidad, la Corte precisó que “Los principios de acuerdo a los cuales se consagran la imprescriptibilidad de tales delitos, la imposibilidad de amnistiarlos y el establecimiento de circunstancias excluyentes de responsabilidad, que pretenden impedir la investigación y sanción de los responsables, determinan que los convenios, pactos y tratados en que se reconocen los derechos humanos y las garantías a nivel de tribunales nacionales, gozan de primacía constitucional; de este postulado se sigue que de acuerdo a una interpretación progresiva y finalista de la Carta Fundamental, prevalecen sobre el orden jurídico interno, puesto que se entiende que la prefieren, perfeccionan y complementan, siendo, por tanto, una normativa invocable por todos los individuos, atendido el compromiso moral y jurídico del Estado ante la comunidad internacional de respetar, promover y garantizar los derechos fundamentales del individuo”.

La Corte IDH también se ha pronunciado sobre la aplicación de leyes de autoamnistías ante crímenes ocurridos en dictadura y la posible contravención a la garantía de protección judicial. Particularmente, en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, la Corte precisó que a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados parte tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello por lo que los Estados Parte en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. En opinión de la Corte:

Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.⁷²⁸

Igualmente en el caso *García Lucero*, la Corte señaló, en lo que se refiere al Decreto-Ley n° 2.191 (Ley de Amnistía) que, en atención a lo determinado en su Sentencia sobre el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*:

Dada su naturaleza, el Decreto-Ley N°. 2.191 carece de efectos jurídicos y no puede seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos [...], ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puede tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en Chile.⁷²⁹

Entre otros antecedentes, citando sus propios argumentos, advierte dos ideas entrelazadas, primero:

Que la obligación conforme al derecho internacional de enjuiciar y, si se les declara culpables, castigar a los perpetradores de determinados crímenes internacionales, entre los que se cuentan los crímenes de lesa humanidad, se desprende de la obligación de garantía consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana. Los crímenes de lesa humanidad producen la violación de una serie de derechos inderogables reconocidos en la Convención Americana, que no pueden quedar impunes⁷³⁰ [y segundo:] son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas

⁷²⁸ Cfr. Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, supra., párrs. 127 y 128.

⁷²⁹ Cfr. Corte IDH, *Caso García Lucero y otras vs. Chile*, supra., párr. 150.

⁷³⁰ Cfr. *Ibíd.*, párrs. 110-111 y 151.

prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.⁷³¹

Sobre este asunto, bajo la realidad del CEDH, conviene hacer presente un caso, a propósito de la competencia *ratione temporis*, que tiene relación con el juicio Gutiérrez Dorado y Dorado Ortiz vs. España, sobre la desaparición del parlamentario Luis Dorado Luque mientras efectuaba un viaje de Madrid a Málaga en el año 1936. Según la demanda, el 18 de julio de 1936 el señor Dorado Luque habría sido llevado y trasladado por miembros del Ejército al cuartel en Córdoba. Los demandantes no tuvieron información confiable de su destino desde 28 de julio de 1936, cuando 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 mismo cuartel.

Los demandantes iniciaron diversas acciones judiciales entre los años 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 una acción penal iniciada en 2006, ante el Juzgado de Instrucción n.º 2 de Córdoba, por el secuestro y posible asesinato de 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 2008. Finalmente, los peticionarios demandaron al Estado español ante el TEDH por la desaparición de su padre y abuelo, 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 Europeo.

Precisamente el asunto planteaba la competencia del TEDH para conocer de hechos ocurridos con anterioridad a la aplicación del Convenio Europeo en España, pero basado en que las obligaciones procesales -de investigar- derivadas del artículo 2 del CEDH 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 de Franco, incluso con posterioridad, ya que la Ley de Amnistía de 1977 les impidió cualquier posibilidad de instar a las autoridades la apertura de una investigación después de 1977. Aun cuando todos los trámites procesales exigidos por el artículo 2 ocurrieron tras la entrada en vigor del Convenio Europeo, por lo que alegaban estaban bajo la jurisdicción *ratione temporis* del Tribunal Europeo.

Considerando las circunstancias del caso y la jurisprudencia constante del TEDH sobre casos previos de desapariciones forzadas, especialmente sostenida sobre la continuidad de las violaciones derivadas del artículo 2 del CEDH, se esperaba una respuesta

⁷³¹ Cfr. Corte IDH. Caso García Lucero y otras vs. Chile, supra, CoIDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, supra, párr. 112; Caso Barrios Altos vs. Perú. Fondo, supra, párr. 41.

al respecto⁷³². Sin embargo, el Tribunal Europeo empezó por delimitar el ámbito temporal de su competencia contenciosa para señalar 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”⁷³³, 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 14 años antes de la adopción del CEDH, el 4 de noviembre de 1950, 43 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 caso, 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 fecha de entrada en vigor del CEDH. Así, en relación con 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 demandantes.

En efecto, el TEDH 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, esta 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 desaparición⁷³⁴.

De lo anterior, se infiere que, aunque 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*

⁷³² Vid. CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier. “Tribunal Europeo de Derechos Humanos Desaparición forzada de personas durante la Guerra Civil española - Incompetencia (sobrevvenida) respecto a la obligación autónoma, independiente y continuada de investigar”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2013, núm. 45, pp 741-759.

⁷³³ TEDH, Gutiérrez Dorado y Dorado Ortiz vs. España, párr. 32-34 y ss.

⁷³⁴ STEDH Gutiérrez Dorado y Dorado Ortiz vs. España, párr.39.

del TEDH, entonces, toma en cuenta la fecha a partir de que el derecho de demanda individual podía ser ejercido, pero también de la aceptación de la jurisdicción del TEDH en su momento 687 para conocer de los asuntos sometidos en las demandas individuales⁷³⁵.

v.3 Imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad

La Corte IDH se ha pronunciado respecto a esta materia, dejando clara su postura. Primeramente, para el caso Almonacid, cuando cristaliza el criterio regional distintivo del sistema interamericano al precisar que “los crímenes de lesa humanidad van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad toda”, siendo, por tanto, objeto de una categoría distintiva que los hace condenables, independiente del transcurso del tiempo. En tal sentido, resalta que “el daño que tales crímenes ocasionan permanece vigente para la sociedad nacional y para la comunidad internacional, las que exigen la investigación y el castigo de los responsables, por ello la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad claramente afirmó que tales ilícitos internacionales son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido”⁷³⁶. Asimismo, añade que “...aun cuando Chile no ha ratificado dicha Convención, esta Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (del *ius cogens*), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, Chile no puede dejar de cumplir esta norma imperativa”⁷³⁷.

En otra arista del mismo asunto, más específicamente referida a la prescripción de las acciones civiles derivadas de crímenes de lesa humanidad cometidas en régimen de dictadura, la Corte, a propósito del caso García Lucero y otros, ha notado que “aun cuando el artículo 2332 del Código Civil chileno establece la prescripción en cuatro años desde la ocurrencia del delito, los tribunales internos han admitido demandas relacionadas con delitos cometidos durante el régimen militar relacionados con violaciones de derechos humanos”⁷³⁸. Ello apoyado al hecho de citar como argumentos complementarios el Sistema Universal de Protección, conforme el cual debe tenerse en consideración que en el ámbito de Naciones Unidas el Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos, mediante la Lucha contra la Impunidad, señala que:

La prescripción de una infracción penal, tanto en lo que respecta a las diligencias como a las penas, no podrá correr durante el período en que no existan recursos eficaces contra esa infracción. La prescripción no se aplicará a los delitos graves conforme el derecho internacional que sean por naturaleza imprescriptibles. Cuando se aplica, la prescripción no podrá invocarse en las acciones civiles o administrativas entabladas por las víctimas para

⁷³⁵ CÁRDENAS VELÁSQUEZ, op. cit., pp. 188-192.

⁷³⁶ *Ibíd.*, Caso Almonacid Arellano y otros, párr. 152 y punto resolutivo 255 N° 4

⁷³⁷ *Ibíd.*, párr. 153.

⁷³⁸ Cfr. Corte IDH, Caso García Lucero y otras vs. Chile, supra., párr. 204.

obtener reparación. (Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. Comisión de Derechos Humanos. 61º Período de sesiones).

Y declaraciones que apuntan que, “tratándose de crímenes de lesa humanidad, la imprescriptibilidad de acciones penales debería de hacerse extensiva a las acciones civiles” o conforme a las cuales, “habida cuenta de que la tortura surte efectos permanentes, no debe estar sujeta a prescripción, pues con ello se privaría a las víctimas de la reparación, la indemnización y la rehabilitación a que tienen derecho” (Comité contra la Tortura. Observación General n.º 3 (2012), párr. 26).

Un último antecedente, analizado más adelante en torno a la violación del derecho de acceso a la justicia, en el marco de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, reconocidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención, referido a la figura de las prescripciones de las acciones civiles, es el caso Órdenes Guerra y otros vs. Chile, el cual tuvo como desenlace la Responsabilidad estatal de Chile por la aplicación de la prescripción a las acciones civiles por sus tribunales nacionales, relativas a demandas reparatorias cuya causa encuentra la tortura y crímenes de lesa humanidad.

El caso consiste en la presentación de acciones civiles indemnizatorias por parte de familiares de víctimas de detenidos desaparecidos en dictadura militar, quienes buscaban, entre otras alegaciones, el resarcimiento patrimonial de las familias de víctimas secuestradas y desaparecidas durante el referido régimen. En específico, la naturaleza indemnizatoria de las acciones planteadas y rechazadas ante los juzgados civiles entre los años 1997 y 2001, para luego ser confirmadas por los altos tribunales nacionales, con base en la aplicación del plazo de la figura de prescripción establecida en el Código Civil chileno.

En efecto, el Código Civil de Chile, en su cuarto libro *De las Obligaciones en General y de los Contratos*, título XXXV “De los Delitos y Cuasi Delitos”, establece, en su artículo 2332, que “las acciones que concede este título por daño o dolo, prescriben en cuatro años contados desde la perpetración del acto”. Asimismo, en su título XLII “De la Prescripción”, el artículo 2514 establece que “la prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo, durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible.⁷³⁹ Por dichos motivos, los tribunales nacionales rechazaron las acciones, esgrimiendo motivos de extinción de las acciones para no entrar a conocer el fondo de estas. Ello se contrapone totalmente con la postura que al respecto tiene la Corte Interamericana, que, para casos de graves violaciones de derechos humanos y de manifiesta obstrucción de justicia, ha considerado que en ciertas circunstancias el Derecho Internacional prescribe como inadmisibles e inaplicables la prescripción, así como las disposiciones de amnistía y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, con el propósito de mantener vigente en

⁷³⁹ Cfr. Corte IDH, Caso García Lucero y otras vs. Chile, supra, Sentencia CoIDH, Caso Órdenes Guerra y otros vs. Chile, párrs. 40 y 41.

el tiempo el poder punitivo del Estado sobre conductas cuya gravedad hace necesaria su represión para evitar que vuelvan a ser cometidas.

En opinión de la Corte:

Tales institutos jurídicos o disposiciones son inadmisibles cuando pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.⁷⁴⁰

Sin perjuicio de ello, habiendo en la causa sublite un reconocimiento expreso de responsabilidad internacional por parte del Estado de Chile, asumido con ello un cambio en la postura actual que han tenido los tribunales internos a la hora de conocer y fallar sus acciones, ha existido una actual tendencia, apoyada principalmente en los estándares internacionales que sobre la materia imponen los derechos humanos a los países, de inclinarse por la teoría jurisprudencial que reconoce la imprescriptibilidad de las acciones civiles que han derivado de crímenes, torturas y genocidios a los derechos humanos.

Sobre este último punto, cabe reiterar lo dicho por la Corte en el sentido reconocer que la jurisprudencia de los últimos años de la Corte Suprema de Justicia chilena ha variado sustancialmente, declarando en numerosos casos concretos la imprescriptibilidad de la acción civil indemnizatoria por daños derivados de delitos de lesa humanidad, integrando para ello argumentos de DIDH. Así, por ejemplo, en el fallo 23.583-2014 de 20 de mayo de 2015, que ha expresado que sobre los delitos de desapariciones forzadas en dictadura, la comunidad internacional ha calificado como de lesa humanidad la acción civil deducida en contra del Fisco, que tiene por objeto obtener la reparación íntegra de los perjuicios ocasionados por el actuar de un agente del Estado, conforme fluye de los tratados internacionales ratificados por Chile y de la interpretación de las normas de derecho interno, en conformidad con la Constitución Política de la República. En efecto, este derecho de las víctimas y sus familiares encuentra su fundamento en los principios generales del DIDH y la consagración normativa en los tratados internacionales ratificados por Chile, los cuales obligan al Estado a reconocer y proteger este derecho a la reparación íntegra, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5° y en el artículo 6° de la Constitución Política⁷⁴¹.

Además, se expresa que no resultan atinentes las disposiciones del derecho interno previstas en el Código Civil sobre prescripción de las acciones civiles comunes de indemnización de perjuicios, invocadas por el Fisco de Chile, al estar en contradicción con las normas del DIDH, que protegen el derecho de las víctimas y familiares a recibir la

⁷⁴⁰ Cfr. *Ibíd.*, párr. 77.

⁷⁴¹ Cfr. *Ibíd.* párrs. 85-86.

reparación correspondiente, estatuto normativo internacional que ha sido reconocido por Chile; y que, en suma, pesando sobre el Estado la obligación de reparar a la víctima y sus familiares, consagrada por la normativa internacional sobre Derechos Humanos, el derecho interno no deviene en un argumento sostenible para eximirlo de su cumplimiento, por lo que, en esas condiciones, resulta efectivo que los jueces del grado incurrieron en un error de derecho al momento de acoger la excepción de prescripción de la demanda civil incoada en contra del Estado, yerro que ha influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia, de suerte tal que el recurso de casación en el fondo será acogido⁷⁴².

v.4 Deber de iniciar investigación de forma inmediata

En el caso *García Lucero y otros*, la Corte IDH estableció la responsabilidad del Estado por haber faltado a su obligación de iniciar una investigación de forma inmediata, en tanto, entre el conocimiento estatal de los hechos al inicio del procedimiento el 7 de octubre de 2011 transcurrieron al menos 16 años, 10 meses y 7 días. En consecuencia, la Corte consideró que el Estado ha faltado a su obligación de iniciar una investigación de forma inmediata.⁷⁴³ En efecto, se ha acreditado que el Estado incurrió en una demora excesiva para iniciar la investigación, después de más de 16 años de tener noticia de los hechos. Especial consideración también del hecho que el señor *García Lucero* hace 40 años espera que se haga justicia. Además, se trata de una persona de edad avanzada, pues tiene de 79 años y sufre una discapacidad permanente.

En este escenario, la Corte ha tenido oportunidad de considerar la especial importancia de la celeridad de los procesos judiciales en relación con personas en situación de vulnerabilidad, como lo es una persona con discapacidad, dada la incidencia particular que la demora puede tener en tales individuos. Así las cosas, ha tenido en consideración jurisprudencia del TEDH, que consideró que la avanzada edad de personas vinculadas a un proceso judicial conllevaba el requerimiento de una especial diligencia de las autoridades en la resolución del proceso respectivo⁷⁴⁴.

Referente al caso *Maldonado y otros*, se logró constatar por la Corte que se habían desarrollado dos investigaciones penales en los años 2001 (causa ROL 1058-2001) y 2013 (causa ROL 179-2013), respectivamente, para efectos de determinar las responsabilidades criminales de quienes habrían torturado a los peticionarios. La primera de ellas trajo como resultado la condena en perjuicio de dos personas por el delito de tormentos o rigor

⁷⁴² Cfr. Corte IDH. Corte Suprema de Justicia de Chile. 23583-2014. Imprescriptibilidad de la acción reparatoria en contra del Fisco por violación a derechos humanos. 20 de mayo de 2015.

⁷⁴³ Caso *García Lucero y otras vs. Chile*, supra, párr. 127.

⁷⁴⁴ Cfr. Corte IDH, Caso *García Lucero y otros vs. Chile* supra párr., 246; Sentencia TEDH. caso *Jablonská vs Polonia*, (No.60225/00), Sentencia de 9 de marzo de 2004. Final, 9 de junio de 2004, párr. 43; Caso *Codarcea vs Rumanía*, (No. 31675/04), Sentencia de 2 de junio de 2009. Final, 2 de septiembre de 2009, párr. 89; Caso *Styranowski vs. Polonia*, (No. 28616/95), Sentencia de 30 de octubre de 1998, párr. 57, y Caso *Krzak vs Polonia*, (N° 51515/99), Sentencia de 6 de abril de 2004, final, 7 de julio de 2004, párr. 42.

innecesario causando lesiones graves⁷⁴⁵. Mientras que en la segunda causa constaron la realización de variadas diligencias investigativas, la que se encontraba aún en curso a la época de dictación de la sentencia regional⁷⁴⁶. Con base en estos hechos, el Estado fue encontrado responsable por la violación del artículo 8.1 de la Convención Americana, en relación con su artículo 1.1, y los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana contra la Tortura, por la demora en iniciar la investigación por los hechos de tortura y malos tratos sufridos, considerando que una de las investigaciones penales ya referida fue iniciada en 2013, es decir, luego de 12 años que el Estado tuviera conocimiento de los hechos⁷⁴⁷.

v.5 Derecho a ser oído por un tribunal independiente e imparcial

En el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* la Corte, dispuso que:

Toda persona sujeta a un juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea imparcial y actúe en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete.⁷⁴⁸

Ello considerando que, en el presente caso, el Poder Judicial aplicó el Decreto Ley n.º 2.191, lo que tuvo como efecto inmediato el cese de las investigaciones y el archivo del expediente, dejando en la impunidad a los responsables de la muerte del señor Almonacid Arellano. De acuerdo con esto, se impidió a los familiares que ejercieran el derecho a ser oídos por un tribunal competente, independiente e imparcial, a través de un recurso efectivo y adecuado que repare las violaciones cometidas en perjuicio de su ser querido y les permitiera conocer la verdad⁷⁴⁹. Por tanto, la búsqueda de responsabilidad instó al Comité Interamericano solicitar al Tribunal que realizara una investigación completa, imparcial y efectiva de los hechos, con el objeto de establecer la verdad y sancionar a los responsables materiales e intelectuales del homicidio del señor Almonacid Arellano.

Así, la Corte fue clara al determinar que en el caso sub-lite el Estado violó el Artículo 8.1 de la Convención Americana, en conjunto con su artículo 1.1 al otorgar competencia a la jurisdicción militar para que conozca, juzgue y decida cuándo aquella no cumple con los estándares de competencia, independencia e imparcialidad⁷⁵⁰. A su vez, señaló que respecto del principio *non bis in ídem*:

(...) aun cuando se trata de un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable cuando:
(...) ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad

⁷⁴⁵ Cfr. Corte IDH, Caso Maldonado Vargas y otros vs. Chile, Supra, párrs. 57 y 58.

⁷⁴⁶ *Ibíd.*, párrs. 61- 69.

⁷⁴⁷ *Ibíd.*, párr. 178.

⁷⁴⁸ Cfr. Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, supra., párrs. 130.

⁷⁴⁹ *Ibíd.*, supra., párr. 126.

⁷⁵⁰ *Ibíd.*, párr. 133.

con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia (...).⁷⁵¹

Estos fundamentos fueron extractados por la Corte del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional, U.N., 17 de julio de 1998, artículo 20; Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, 1993, artículo 10 y Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, 8 de noviembre de 1994, artículo 9.

Sobre el caso Palamara Iribarne, la Corte sostiene que la imparcialidad de un tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada o preferencia por alguna de las partes y que no estén involucrados directamente en la controversia⁷⁵². También señaló, acerca del derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial, que este es una garantía fundamental del debido proceso; es decir, se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio. Asimismo, la independencia del Poder Judicial frente a los demás poderes estatales es esencial para el ejercicio de la función judicial⁷⁵³.

Además, la Corte dispuso que la estructura orgánica y composición de los tribunales militares supone que, en general, sus integrantes sean militares en servicio activo, estén subordinados jerárquicamente a los superiores a través de la cadena de mando, su nombramiento no depende de su competencia profesional e idoneidad para ejercer las funciones judiciales, no cuenten con garantías suficientes de inamovilidad y no posean una formación jurídica exigible para desempeñar el cargo de juez o fiscales. Todo ello conlleva a que dichos tribunales carezcan de independencia e imparcialidad⁷⁵⁴.

En cuanto a la necesidad de que un juez o tribunal militar cumpla con las condiciones de independencia e imparcialidad, es imprescindible recordar lo establecido por la Corte en el sentido de que es necesario que se garanticen dichas condiciones respecto de cualquier juez o tribunal (ordinario o especial) en un Estado de Derecho. La independencia de cualquier juez supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento, con una duración establecida en el cargo, garantías de inamovilidad y con una garantía contra presiones externas⁷⁵⁵. Finalmente, la Corte ha determinado que los procesos penales que se llevaron a cabo en la jurisdicción penal militar en contra del señor Palamara Iribarne no revestían las garantías de competencia, imparcialidad e independencia

⁷⁵¹ Cfr. *Ibíd.*, párr. 154.

⁷⁵² Cfr. Corte IDH, Caso Palamara Iribarne vs. Chile, *supra.*, párr. 146.

⁷⁵³ *Ibíd.*, *supra.*, párr. 145.

⁷⁵⁴ *Ibíd.*, párr., 155.

⁷⁵⁵ Cfr. Corte IDH, Caso Palamara Iribarne vs. Chile, *ibíd.*, párr. 156.

necesarias en un Estado democrático para respetar el derecho al juez natural y el debido proceso⁷⁵⁶.

v.6 Protección judicial

El artículo 8.1 de la CADH dispone el derecho que toda persona tiene a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial. El artículo 25.1, en tanto, dispone el derecho de toda persona a un recurso efectivo ante los tribunales competentes, a fin de brindarles protección frente a actos que vulneren sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la Convención. Por esta razón, se establece la obligatoriedad para los Estados de proveer procedimientos, recursos judiciales y garantías efectivas que permitan solucionar los conflictos que se le presenten y resolver las eventuales infracciones de Derechos Humanos.

La Corte Interamericana ha señalado:

Que los Estados Parte en la Convención Americana están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los Derechos Humanos (artículo 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1), todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1).⁷⁵⁷

En el caso Palamara Iribarne, de 2006, la Corte se manifestó indicando:

Que la salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público es el objetivo primordial de la protección internacional de los Derechos Humanos. En este sentido, la inexistencia de recursos internos efectivos coloca a una persona en estado de indefensión. El artículo 25.1 de la Convención establece, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer a todas las personas sometidas a su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales.⁷⁵⁸

Bajo esta perspectiva, se ha señalado que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el citado artículo 25.1 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino que es preciso que sean efectivos, o sea, se debe brindar a la persona la posibilidad real de interponer un recurso sencillo y rápido que permita alcanzar, en su caso, la protección judicial requerida ante la autoridad competente. Esta Corte ha manifestado que la existencia de estas garantías constituye uno de los pilares básicos, no solo de la

⁷⁵⁶ *Ibíd.*, párr. 253.

⁷⁵⁷ *Ibíd.*, párr. 163.

⁷⁵⁸ *Cfr. Ibíd.*, párr. 183.

Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención⁷⁵⁹.

En el presente asunto, al sustraerse el caso del señor Palamara desde la jurisdicción ordinaria e impedirle su juzgamiento ante un juez natural, trajo como consecuencia:

Que todos los recursos que este interpusiera en contra de las decisiones militares que le fueron adversas y afectaban sus derechos fueran resueltos por tribunales militares que no revestían las garantías de imparcialidad e independencia y no constituían el juez natural, por lo cual el Estado violó el derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante jueces o tribunales competentes.⁷⁶⁰

En el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, relativo a la aplicación del Estado de una ley de amnistía contraria a la Convención, la Corte fue consciente en señalar que:

A la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Parte tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello por lo que los Estados Parte en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a Derechos Humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.⁷⁶¹

En el caso *García Lucero y otros*, el Tribunal constató la responsabilidad del Estado porque faltó a su obligación de iniciar una investigación de forma inmediata. En consecuencia, la Corte concluyó que resultó excesiva la demora del Estado en iniciar la investigación. Al respecto, entre el conocimiento estatal de los hechos y el inicio del procedimiento el 7 de octubre de 2011, transcurrieron al menos 16 años, 10 meses y 7 días (párrafo 127).

Acerca del caso *Maldonado y otros*, y de los hechos de tortura en perjuicio de las víctimas del caso, tuvieron ocasión 2 investigaciones penales en 2001 y 2013. La primera de ellas trajo como resultado la condena en perjuicio de dos personas por el delito de tormentos o rigor innecesario causando lesiones graves. La segunda consta de diligencias investigativas y se encuentra aún vigente a la época de dictación de sentencia, por cuanto

⁷⁵⁹ *Ibíd.*, supra., párr. 184.

⁷⁶⁰ *Ibíd.*, párr. 185.

⁷⁶¹ Cfr. Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, supra., párr. 127.

el Estado resultó responsable por la demora en iniciar la investigación por los hechos de tortura y malos tratos sufridos, ya que una de las investigaciones fue iniciada en 2013, es decir, luego de 12 años de que el Estado tuviera conocimiento de los hechos, por lo que fue encontrado responsable por la violación del artículo 8.1 de la Convención Americana, en relación con su artículo 1.1, y los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana contra la Tortura.

En cuanto al derecho a la protección judicial y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno por la alegada falta de un recurso de revisión adecuado y efectivo, el Estado es responsable por haber violado el derecho a la protección judicial, contenido en el artículo 25.1 de la Convención, y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, contenido en el artículo 2 de la Convención, en relación con la obligación de respeto y garantía contenida en el artículo 1.1 de esta, en perjuicio de las doce víctimas del caso, por la inexistencia del recurso de revisión en la normatividad interna chilena anterior al año 2005. Sobre hechos posteriores a la reforma constitucional de 2005, el Estado es responsable por la violación al deber de adoptar disposiciones de derecho interno contenido en el artículo 2 de la Convención, en relación con el artículo 25 del mismo instrumento, por la falta de un recurso que sea adecuado y efectivo para revisar las sentencias de condenas emitidas por los Consejos de Guerra.

En el caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros, fue declarada la responsabilidad del Estado por no haberse brindado a las víctimas un recurso efectivo para revisar las sentencias de condena que fueron proferidas en un proceso penal militar que tomó en cuenta pruebas obtenidas mediante tortura. La Corte concluyó que las personas condenadas por las sentencias de los Consejos de Guerra durante la dictadura siguen sin contar con un recurso adecuado y efectivo que les permita revisar las sentencias en el marco de las cuales fueron condenadas. En consecuencia, este Tribunal concluye que el Estado es responsable por la violación al deber de adoptar disposiciones de derecho interno contenido en el artículo 2 de la Convención, en relación con el artículo 25 del mismo instrumento, por la falta de un recurso que sea adecuado y efectivo para revisar las sentencias de condenas emitidas por los Consejos de Guerra en perjuicio de Omar Humberto Maldonado Vargas, Álvaro Yáñez del Villar, Mario Antonio Cornejo Barahona, Belarmino Constanzo Merino, Manuel Osvaldo López Oyanedel, Ernesto Augusto Galaz Guzmán, Mario González Rifo, Jaime Donoso Parra, Alberto Salustio Bustamante Rojas, Gustavo Raúl Lastra Saavedra, Víctor Hugo Adriazola Meza, e Ivar Onoldo Rojas Ravanal.

En el paquete de reformas de la Constitución, aprobadas en la Ley n.º 20.050 del año 2005, incluyó un cambio con el objetivo de suprimir el inciso primero del art. 79 del art. del Código de Justicia Militar que excluía de la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema a los tribunales militares en tiempo de guerra, ganando, por lo tanto, la competencia que antes le faltaba (vinculado al art. 70-A numeral 2 del referido Código Militar relativo, que solo le entregaba competencia a la CS para revisar

fallos dictados en tiempos de paz). Aun cuando esto no ha sido suficiente, toda vez que los criterios argumentativos de la CS para valorar los nuevos hechos que fundamentan las pretensiones de las víctimas no han sido considerados conforme a los parámetros de la CoIDH a la luz de la aplicación del CADH.

En otro orden de ideas, sobre el principio de legalidad, en el caso Norín Catrimán y otros, y la aplicación del artículo 1° de la Ley n.° 18.314 sobre terrorismo que contenía una presunción legal del elemento subjetivo del tipo, que establecía que se presumirá la finalidad de producir dicho temor en la población en general, salvo que conste lo contrario. La CoIDH sentenció que dicha norma era violatoria del principio de legalidad consagrado en el artículo 9 de la Convención, y asimismo de la presunción de inocencia prevista en el artículo 8.2 de esta. También que la vigencia de dicha norma y su aplicación configuraron una vulneración del principio de legalidad y el derecho a la presunción de inocencia (párrafo 172), protegidos en los artículos 9 y 8.2 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar los derechos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, establecidas en los artículos 1.1 y 2 de ese tratado.

En este mismo caso, a propósito de las detenciones preventivas que sufrieron las víctimas y el secreto de la investigaciones, pruebas y medidas para esclarecer los hechos por parte del ente nacional persecutor, se arguyó la necesidad de mantenerlas con objeto de cuidado y resguardo de las fuentes, así como de la propia investigación. En el primer sentido, la CoIDH, promoviendo el constante diálogo entre ambas, ha citado jurisprudencia del TEDH que avala dicha postura basándose en que “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos al pronunciarse sobre la detención en un caso relacionado con la investigación de un delito de carácter terrorista, sostuvo que se puede presentar la situación de que un imputado es detenido fundándose en información fiable pero que dicha información no pueda ser revelada al imputado ni producida ante un tribunal para no poner en riesgo la fuente de la misma. El Tribunal Europeo determinó que, aún si por las dificultades propias a la investigación y procesamiento de delitos de terrorismo lo “razonable” no siempre puede ser evaluado correspondiendo a los mismos estándares que un crimen convencional, “las exigencias derivadas de enfrentar la delincuencia terrorista no pueden justificar la expansión de la noción de “razonabilidad” hasta el punto de afectar a la esencia de la salvaguardia garantizada por el artículo 5.1 c)” del Convenio Europeo”⁷⁶²

En segundo término, sobre si resultare necesario mantener en todo momento las diligencias probatorias fuera del alcance del imputado y defensa, con motivo del éxito de la

⁷⁶² Cfr. Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile. Párr. 319, sobre sentencia del TEDH, en Caso O’Hara vs. Reino Unido, No. 37555/97, de 16 de octubre de 2001, párrafos. 33 a 35. El Tribunal Europeo ha señalado que “las exigencias que suponen la demora en la decisión respecto de un crimen terrorista no pueden justificar el estiramiento de la noción de “razonabilidad” hasta el punto en que la esencia de la salvaguardia garantizada por el Artículo 5.1 del CEDH se vea violentada”.

investigación, la Corte no le queda suficientemente argumentado la necesidad de mantener y justificar su procedencia a todo respecto, en efecto sostuvo que “En el presente caso no consta que el secreto de todas las actuaciones del sumario durante toda esa etapa procesal (ni de los “cuadernos reservados” aún después de ella) respondiera a una medida necesaria para proteger información que pudiera afectar la investigación. Consecuentemente, la defensa del imputado no tuvo la oportunidad de conocer ninguna de las actuaciones y pruebas en que se fundó su privación de libertad. Adicionalmente, la afirmación efectuada por el Ministro Instructor en el auto de procesamiento de que existían presunciones fundadas para estimar que al señor Ancalaf le ha correspondido participación en calidad de autor de los tres delitos investigados, no estuvo acompañada de información específica que el imputado y su defensa pudieran controvertir” En consecuencia, la Corte determina que el Estado no cumplió el requisito de establecer la existencia de elementos de convicción suficientes que permitan suponer razonablemente que personas ha participado en el delito que se investiga”⁷⁶³, citando al efecto nuevamente jurisprudencia del TEDH (en el caso *A y otros vs. Reino Unido*, No. 3455/05. Sentencia de 19 de febrero de 2009, párr. 220).

Por la violación del derecho de acceso a la justicia, en los términos de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial (artículos 8.1 y 25.1 de la CADH), tuvo lugar la reciente sentencia dictada por la Corte Interamericana en el caso *Órdenes Guerra y otros vs. Chile 2018*⁷⁶⁴. el cual tuvo como motivo la presentación de diversas acciones indemnizatorias presentadas por un grupo de familiares de detenidos desaparecidos en época militar, declarando posteriormente la Corte la responsabilidad del Estado de Chile, en específico del poder judicial chileno, al no haber acogido, en sede civil ordinaria ni de forma posterior por sus tribunales de alzada, ninguna de las alegaciones impetradas de parte de los familiares, cuyas causas vinculaban delitos y crímenes de lesa humanidad cometidos durante el gobierno militar entre los años 1973 y 1974. Estas acciones civiles que, en definitiva, buscaban la reparación de los familiares de las víctimas, que fueron inadmitidas e impedidas de examinar su fondo, por considerar los tribunales nacionales la figura de la prescripción ordinaria civil como causal para el rechazo de las acciones impetradas, como excepción de tal ejercicio, al haber transcurrido más de 4 años desde que hubieren ocurrido los hechos que se denuncian y que motivaron la interposición de acciones resarcitorias del daño moral causado.

Sin embargo, también es dable considerar el reconocimiento parcial de responsabilidad manifestado por el Estado chileno, que, en su afán por promover, adecuar el ordenamiento interno y con ello las decisiones de los tribunales nacionales a los estándares internacionales de la CADH y los fallos de la Corte, hizo hincapié en reconocer

⁷⁶³ Caso *Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. párr. 312 b) y 320.

⁷⁶⁴Cfr. Corte IDH. Caso *Órdenes Guerra y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2018. Serie C No. 372.

que las personas fueron detenidas, secuestradas y/o desaparecidas y ejecutadas por agentes del Estado durante la dictadura militar en los años 1973 y 1974 y que, a pesar de ello, los familiares de las víctimas reconocidas por el Estado no han recibido una reparación económica por la vía judicial interna. Así, ha afirmado que:

Chile viene en reconocer su responsabilidad internacional total por la violación de los derechos a las garantías judicial y a la protección judicial, consagrados en los artículos 8.1 y 25.1 de la CADH, en conexión con la obligación general de respetar los derechos de la CADH y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, establecidas en sus artículos 1.1 y 2, respectivamente.⁷⁶⁵

En consonancia con el hecho de haber revisado y reunido los criterios contenidos en las sentencias de la Corte, sobre los derechos de acceso a la justicia, a la verdad y a la reparación, así como la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, considerando que tales estándares “constituyen las variables de análisis para su declaratoria de responsabilidad internacional”⁷⁶⁶. Lo anterior aun cuando, dando a entender que las sentencias internas dictadas, al encontrarse debidamente sentenciadas y ejecutoriadas, no permiten reabrir los procesos para conocer del fondo, ya que sobre este ya consta una decisión pasada con autoridad de cosa juzgada.

Otro argumento interesante esgrimido por el Estado dice relación con la aplicación de la imprescriptibilidad de las acciones que provienen de delitos de lesa humanidad. Ello en atención a la aplicación de criterios internacionales derivados principalmente de la costumbre internacional sobre derechos humanos, reforzando el postulado en cuanto a la necesidad de elevar la obligatoriedad de aquellas por emanar precisamente de la costumbre internacional de los derechos humanos. En efecto, los representantes indicaron lo siguiente:

El Estado comparte que las reclamaciones de reparación por violaciones flagrantes de los derechos humanos no se encuentran sujetas a prescripción; este es un principio que tiene asidero en la costumbre internacional, anterior a los tratados internacionales de derechos humanos, por lo que el transcurso del tiempo no puede ser impedimento para que las víctimas y sus familiares obtengan una reparación integral por los daños causados.⁷⁶⁷

Ello ha motivado, en adelante y en razón de la presentación de estos primeros casos ante la justicia civil nacional, que sean los propios tribunales internos los que hayan cambiado su postura o visión al respecto y adhieran a dichos postulados impuestos por la Corte Interamericana, en pro de la protección a los derechos humanos, sometiendo el criterio la imprescriptibilidad de las acciones civiles indemnizatorias por los crímenes de lesa humanidad cometidos en la nación durante la dictadura militar, como un parámetro

⁷⁶⁵ *Ibíd.*, párr. 15.

⁷⁶⁶ Cfr. Corte IDH, Caso Órdenes Guerra y otros vs. Chile, *ibíd.*, párr. 15.

⁷⁶⁷ *Ibíd.*, párr. 19.

internacional y límite al ejercicio del poder, fundado justamente en la protección de los derechos humanos.

Asimismo, ha quedado de manifiesto que la jurisprudencia de los últimos años de la Corte Suprema de Justicia chilena ha variado sustancialmente, declarando en numerosos casos concretos la imprescriptibilidad de la acción civil indemnizatoria por daños derivados de delitos de lesa humanidad, integrando para ello argumentos del DIDH. Así, por ejemplo, en el fallo n.º 23.583/2014, de 20 de mayo de 2015, la Corte Suprema consideró que, tratándose de delitos como los investigados, que la comunidad internacional ha calificado como de lesa humanidad, la acción civil deducida en contra del Fisco tiene por objeto obtener la reparación íntegra de los perjuicios ocasionados por el actuar de un agente del Estado, conforme fluye de los tratados internacionales ratificados por Chile y de la interpretación de las normas de derecho interno, en conformidad con la Constitución Política de la República. En efecto, este derecho de las víctimas y sus familiares encuentra su fundamento en los principios generales del DIDH y la consagración normativa en los tratados internacionales ratificados por Chile, los cuales obligan al Estado a reconocer y proteger este derecho a la reparación íntegra, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5º y en el artículo 6º de la Constitución Política.

No obstante, pese al dicho reconocimiento de responsabilidad, la Corte estimó necesario condenar al Estado chileno, dada la falta de pronunciamiento sobre el fondo de las acciones. Precisamente este es uno de los problemas del sistema, puesto que, a pesar de la condena internacional, las causas judiciales a que se ha hecho referencia a nivel interno han sido tramitadas completamente y las decisiones pronunciadas cuentan con el carácter de cosa juzgada, lo que hace imposible que jurídicamente puedan retrotraerse los procesos judiciales para conocer y dictar nuevas sentencias sobre el fondo. Sobre este punto, el representante de las víctimas, en su escrito, precisa sobre el punto que:

En efecto las víctimas no han podido obtener una reparación, por lo que urge que se haga justicia mediante una decisión jurisdiccional o un acuerdo que resuelva el asunto, sobre todo considerando que fueron los primeros peticionarios que abrieron el camino al resto de víctimas que presentaron demandas civiles contra el Estado, provocando un cambio jurisprudencial sustantivo que significó que hoy el Estado cumpla con su obligación de reparar a víctimas de esos crímenes.⁷⁶⁸

Aún más, en sus alegaciones reitera la necesidad de generar un mecanismo interno dispuesto para anular dichas sentencias, y advierte, en su punto n.º 2), que El Estado, a través del Poder Judicial o del órgano que determine, podría definir un mecanismo jurídico que permita dejar sin efecto o anular los fallos judiciales denunciados, únicamente en lo relativo a la declaración de la prescripción de la acción civil o en su parte civil, por tratarse de crímenes de derecho internacional, o bien, definir algún remedio jurídico, administrativo

⁷⁶⁸ Cfr. Corte IDH, Caso Órdenes Guerra y otros vs. Chile, párr. 22.

o de cualquier naturaleza, por el cual se dé lugar a la reparación e indemnizaciones que correspondan, resguardando que sea un mecanismo rápido, efectivo y eficaz.

Relativo a las garantías vinculadas con la protección judicial y el deber de juzgar, no existe duda de que el velar por su cumplimiento recae, primeramente, en el Estado y en toda su división de poderes, en específico el judicial, no solo por su acatamiento a las normas convencionales, sino más bien por obedecer a un imperativo de su carta fundamental, que eleva al rango constitucional los derechos fundamentales y con ello las garantías del debido proceso. Lo anterior impone, en el orden interno, precisamente el establecimiento de garantías para dar un efectivo cumplimiento a las decisiones regionales, importando la necesidad de crear herramientas jurídicas, procedimentales y normativas que den la posibilidad de reabrir procesos finalizados con sentencia firme, y anular las decisiones judiciales internas decretadas en contravención a la Convención. Esto es reafirmado por la Corte al disponer:

Que tal criterio impidió que los tribunales analizaran en su mérito la posibilidad de determinar una indemnización por los daños y perjuicios morales ocasionados a las víctimas, restringiendo la posibilidad de obtener una reparación justa. Es decir, no hay duda de que en este caso las violaciones de derechos reconocidos en la Convención se produjeron por una serie de decisiones de órganos judiciales del Estado que impidieron a las víctimas acceder materialmente a la justicia para reclamar su derecho de obtener una reparación.⁷⁶⁹

En efecto, la Corte sostiene que:

En ciertas circunstancias el Derecho Internacional considera inadmisibles e inaplicables la prescripción penal, así como las disposiciones de amnistía y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, a fin de mantener vigente en el tiempo el poder punitivo del Estado sobre conductas cuya gravedad hace necesaria su represión para evitar que vuelvan a ser cometidas”. Tales institutos jurídicos o disposiciones son inadmisibles cuando “pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.⁷⁷⁰

En el caso Órdenes Guerra contra Chile se declara la violación de los derechos a las garantías y protección judiciales como consecuencia de la aplicación de la figura de prescripción a acciones civiles de reparación relacionadas con crímenes de lesa humanidad. Las presuntas víctimas, siete grupos de personas, interpusieron acciones civiles de reparación debido a la desaparición y/o asesinato de sus familiares por parte de agentes estatales en los años 1973 y 1974 durante la dictadura militar. Tales acciones fueron rechazadas, en última instancia, por la judicatura interna, dada la aplicación del plazo de

⁷⁶⁹ *Ibíd.*, párr. 90.

⁷⁷⁰ *Cfr. Ibíd.*, párr. 77

prescripción establecido en el Código Civil. Sin embargo, la Comisión consideró que la existencia de un programa administrativo de reparación no excluye la posibilidad de que las víctimas de graves violaciones opten por reclamar la reparación por la vía judicial y que, tratándose de crímenes de lesa humanidad, resultaba desproporcionado negar los derechos de las víctimas a una reparación, bajo el argumento de la seguridad jurídica que sustenta la figura de la prescripción en materia civil para la alegación de las acciones.

Ante esto, el 29 de noviembre de 2018, la CoIDH dictó de forma posterior Sentencia, mediante la cual declaró responsable internacionalmente al Estado de Chile, en razón de que sus autoridades judiciales rechazaron varias demandas civiles de indemnización por perjuicios morales, interpuestas por el referido grupo de personas entre los años 1997 y 2001. Tales acciones judiciales fueron rechazadas entre 1999 y 2003, con base en la aplicación del plazo de la figura de prescripción establecida en el Código Civil.

El Estado manifestó que los familiares de las víctimas forman parte de la nómina de víctimas de violaciones a derechos humanos reconocidas por el Estado de Chile en el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (Comisión Rettig) del 8 de febrero de 1991, y que ellas no habían recibido una reparación económica por la vía judicial, aunque señala que la mayoría ha recibido diferentes beneficios administrativos y otras bonificaciones amparados en cuerpos legales dictados como parte de la política de reparaciones del Estado una vez restablecida la democracia. A su vez, señaló que reconocía su responsabilidad internacional total por la violación de los derechos a las garantías y a la protección judiciales en perjuicio de las víctimas, por no haber determinado su derecho a obtener una reparación en el ámbito civil ni hacer lo necesario para remediar violaciones a derechos humanos, reconocidas como delitos de lesa humanidad por el propio Estado a través de la referida comisión de verdad.

También reconoció que la aplicación de la prescripción civil a las acciones judiciales interpuestas por las víctimas imposibilitó el otorgamiento de una justa reparación; además, comparte el criterio de que las reclamaciones de reparación por violaciones flagrantes de los derechos humanos no se encuentran sujetas a prescripción y que no puede excusarse en el mero paso del tiempo (fundamento de la prescripción) para no dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales de investigar, sancionar y reparar las graves violaciones a los derechos humanos, ocurridas durante el periodo 1973-1990, lo que incluye su arista indemnizatoria. A la vez, precisó que la práctica judicial ha sido corregida en los últimos años con el cambio de criterio jurisprudencial en la materia, principalmente por parte de la Corte Suprema de Justicia de Chile, en conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos⁷⁷¹.

⁷⁷¹ Cfr. Corte IDH. Caso Ordenes Guerra, y otros contra Chile, 29 de noviembre de 2018, párr. 92,

Lo anterior fue especialmente resaltado por la Corte Interamericana al sostener que la jurisprudencia de los últimos años de la Corte Suprema de Justicia ha variado sustancialmente, declarando en numerosos casos concretos la imprescriptibilidad de la acción civil indemnizatoria por daños derivados de delitos de lesa humanidad; integrando, para ello, argumentos del DIDH. Por lo tanto, llega a la conclusión que no resulta aplicable el instituto de la prescripción civil a las acciones que procuren reparaciones por daños y perjuicios ocasionados por ese tipo de hechos.

En este orden de ideas, el Estado señaló que, respecto de dichas acciones, hasta el año 2015 la jurisprudencia de la Corte Suprema había oscilado entre declarar prescrita la acción civil indemnizatoria en atención a las normas establecidas en el Código Civil, o por el contrario, afirmar la imprescriptibilidad de la acción con base en los artículos 1.1 y 63.1 de la CADH y la obligación de reparar a víctimas de violaciones graves, masivas y sistemáticas a los derechos humanos, no pudiendo excusarse en la legislación interna. La diversidad de criterios en la jurisprudencia en esta materia se debía, sobre todo, a la forma que tiene la Corte Suprema de conocer las causas judiciales por medio de salas especializadas. Así, la sala penal conocía las acciones civiles cuando estas habían sido interpuestas; de manera conjunta con la penal y la sala civil conocía aquellas que se presentaban de modo independiente. De esta forma, en aras de unificar la jurisprudencia en la materia, la Corte Suprema, mediante el Auto Acordado de fecha 16 de enero de 2015 - que distribuye las materias que conocen las salas especializadas-, determinó un cambio en la distribución de las causas. Consecuencia de esto es que, en la actualidad, la Corte Suprema conoce únicamente a través de la Segunda Sala (penal) estas acciones civiles, cualquiera sea su forma de interposición.

Desde entonces, la Corte Suprema ha centrado su argumentación en a) la necesidad de los órganos estatales de cumplir con la obligación internacional del Estado de dar reparación integral a las víctimas de graves violaciones, desestimando, en general, los razonamientos tendientes a no otorgar reparación; b) ha establecido una jerarquía normativa, bajo la cual las normas legales solo pueden aplicarse mientras no estén en contradicción con los principios y normas del DIDH; y c) ha sostenido que, de acuerdo con su propia jurisprudencia y en busca de darle unidad y coherencia, la acción civil no puede entenderse prescrita si la acción penal por delitos de lesa humanidad se considera imprescriptible. Así, ha determinado que ambas esferas -penal y civil- son ámbitos distintos, pero complementarios de la reparación integral⁷⁷².

Finalmente se advierte que el Estado destacó que, en paralelo al cambio jurisprudencial referido, la Corte Suprema ha reconocido el carácter complementario que tienen las reparaciones económicas otorgadas por medio de las leyes promulgadas desde la

⁷⁷² Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CIDH. Caso Órdenes Guerra, y otros contra Chile, 29 de noviembre de 2018, párr. 93.

recuperación de la democracia en 1990 con las indemnizaciones obtenidas por la vía judicial, indicando que el otorgamiento de pensiones de la Ley n.º 19.123 no impide a las víctimas obtener indemnizaciones por la vía de la demanda indemnizatoria de daño moral, desestimando razonamientos que consideraban la reparación administrativa como excluyente de la reparación judicial⁷⁷³.

CAPÍTULO V: MEDIDAS DE REPARACIÓN ADOPTADAS EN LOS ASUNTOS ANTE LA JURISDICCIÓN REGIONAL

1. Medidas de reparación bajo el Sistema Europeo en los casos previamente analizados

Es menester recordar que, dada la naturaleza declarativa de las sentencias regionales, con la dictación del fallo condenatorio por parte del Tribunal de Estrasburgo, se declarará la violación del Convenio por parte del Estado infractor, aun cuando sin identificar, en específico, a los responsables del daño ni precisar –en términos generales– cuáles serán las medidas internas concretas tendientes a restituir a la víctima, ello habida consideración a que el Convenio Europeo no reviste de tales potestades al órgano regional, siendo el margen de apreciación nacional el que se impone en materia de ejecución y cumplimiento bajo la mirada del Comité de Ministros y del Departamento de Ejecución de Sentencias del TEDH, respectivamente, que ejercen la supervigilancia.

Tal cual fuera indicado en el capítulo III del presente instrumento, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 41 del CEDH, una vez que haya sido declarada por el Tribunal Europeo la sentencia estimatoria contra el Estado responsable, procederá, analizando caso a caso, según corresponda, a la reparación del daño causado (satisfacción equitativa),

⁷⁷³ Cfr. *Ibíd.*, párr. 97.

poniendo énfasis para cuando resulta imposible retrotraer la situación al estado anterior y el derecho interno no contempla mecanismos efectivos de restitución a la víctima o solo permitiere, de manera imperfecta, reparar las consecuencias de dicha violación, siendo incompleta.

Enseguida, con base en el artículo 46 del CEDH, es preciso recalcar que las sentencias condenatorias resultan jurídicamente vinculantes para los Estados contra los cuales se pronuncian, surgiendo el deber específico del Estado de poner término a dicha violación. Para ello precisamente existe, a diferencia de la realidad de la Jurisdicción Regional Americana, un mecanismo de supervisión de sentencias a cargo de un órgano distinto, el referido Comité de Ministros del Consejo de Europa, que actúa controlando, se dé cumplimiento a las medidas adoptadas por el responsable, a fin de lograr resarcir a la víctima.

Según puede entenderse, resarcir a la víctima de los daños implica para el Estado una serie de propósitos (medidas generales y particulares), según las peculiaridades del caso, para la adopción de la solución más efectiva que, primeramente, buscará poner término a la violación, si aquella sigue activa al momento del fallo. Seguidamente, de ser posible, restablecerá a la víctima a la situación originaria en que se encontraba antes de haber sufrido vulneración; y, en su caso, cuando esto no sea posible, procederá a compensarla económicamente. Por último, las medidas también buscan realizar todo aquello que sea necesario para evitar que la violación causada vuelva a presentarse (como garantía de no repetición), publicar la sentencia de forma interna e indicar la adopción del criterio regional para “que la fuerza de cosa interpretada pueda considerarse realmente incorporada al contenido del Convenio”⁷⁷⁴.

Después, habida cuenta de su naturaleza declarativa, contrastada al margen de apreciación de los Estados para adoptar las medidas, el TEDH no está facultado para referirse a tales materias (a excepción de los casos Piloto), siendo de cargo del Estado infractor, como regla general, el determinarlas. Aun cuando se infiere del contenido mismo de sus fallos que, precisamente atendiendo las argumentaciones y fundamentos jurídicos que desarrollan en su texto, se vislumbran ciertas guías y sugerencias sobre cómo debieran adoptarse los remedios necesarios para restablecer a la víctima.

La satisfacción equitativa, como reparación para cuando sea imposible retrotraer la situación anterior a la violación o el responsable del daño no disponga de mecanismos ni regulación *ad-hoc* para resarcir de forma adecuada a la víctima, actúa como cláusula de cierre para cuando no sea posible subsanar los defectos que ocasiona la vulneración. Esta puede considerar diversas soluciones, tales como la publicación interna del fallo y la

⁷⁷⁴ NIÑO ESTÉBANEZ, *Fuerza obligatoria...*, op. cit., p. 118.

asunción del criterio determinado por el TEDH, compensar al denunciante mediante una retribución económica, según sea el caso.

Por ende, tal institución de reparación, que actúa frente a la imposibilidad de retrotraer los efectos al alero del derecho interno, se convierte, en muchos casos, en una especie de compensación pecuniaria que actúa por defecto, ya que suele ocurrir, atendida la gravedad de los hechos y la imposibilidad de deshacer lo resuelto, que sea imposible retroceder la situación al estado anterior. En la práctica opera de forma recurrente, dada la congestión del sistema y la falta de elementos propios para otorgar otras medidas. Como ya se mencionó, las medidas de ejecución son controladas, sobre todo, por el Comité de Ministros del Consejo de Europa. Si bien los Estados tienen el deber de acatar y dar cumplimiento a las sentencias regionales, gozan de un margen de apreciación para definir los medios necesarios para dar cumplimiento. Como se dijo, el TEDH no interviene directamente, puesto que no dispone de competencias para ello; sin embargo, al detectar defectos estructurales, puede contribuir por medio de la dictación de sentencias pilotos⁷⁷⁵ que corrijan defectos estructurales o sistemáticos en el ordenamiento interno.

Seguidamente, la ejecución de sentencias también requiere medidas generales para prevenir situaciones similares verificadas en la instancia regional, principalmente modificaciones y cambios legislativos o de criterios jurisprudenciales, que garanticen eficacia en los mecanismos internos para ejecutar las sentencias de Estrasburgo. De este modo, se pasará a dar cuenta de algunas de las medidas adoptadas en los casos extractados en el título anterior, así como de otras generales que resultaron ser de especial trascendencia para este estudio, dado su contenido y alcance (al influir en potenciales reformas legislativas), poniendo énfasis, sin embargo –tal como ha sido el centro del presente trabajo–, en la efectividad de la tutela judicial ejercida por el TEDH, en aquellos casos en que la violación convencional tuvo como causa una resolución judicial firme, y las repercusiones en su cumplimiento habida cuenta de la reforma que tuvo la Ley Orgánica del Poder Judicial en 2015, a efectos de introducir una nueva causal al recurso de revisión, que diere cabida a la ejecución interna de las sentencias del TEDH.

Para tales efectos, se ha considerado la información disponible de casos en supervisión y que consta en la página web a cargo del Departamento de Ejecución de Sentencias del TEDH, sumado al sitio oficial del Ministerio de Justicia del gobierno de España, que da cuenta de la jurisprudencia del TEDH en los asuntos en los que España ha sido parte. Respecto de los asuntos aún pendientes y no cerrados, en etapa de supervisión es posible hacer seguimiento en la página web del Comité de Ministros y en la referida base de datos del departamento de Ejecución.

⁷⁷⁵ El art. 61 RTEDH: base normativa de las sentencias piloto, fue incorporado en febrero de 2011 al Reglamento del TEDH.

a) Medidas en el caso Bultó

Sobre el caso en particular, cabe recordar que este tuvo trascendencia en la escena nacional básicamente por dos motivos. Inicialmente, por tratarse de la primera sentencia estimativa dictada por el TEDH en contra del gobierno de España, en el año 1988, y luego -en lo que a medidas de reparación interesa-, a pretexto de ejecutar el fallo regional, el Tribunal Constitucional, a falta de procedimiento interno ad-hoc, por la vía de la descomposición del recurso de amparo interpuesto por las víctimas para tales fines, determinó excepcionalmente, de forma única y exclusiva, ejecutar la sentencia de Estrasburgo, anulando, en consecuencia, los fallos preliminares internos que condenaban a las víctimas, tras ser considerados contrarios al Convenio (artículo 6.1. de la defensa judicial); y, en definitiva, instruyó restablecer a las víctimas a la situación anterior, lo que importaba ponerles en libertad a la brevedad y se iniciare un nuevo juicio para que se ponderaran, esta vez de manera correcta, todos los elementos probatorios y debida defensa a quienes resultaron ser condenados por la judicatura nacional con omisión de tales garantías (derecho a un proceso justo, por la omisión de pruebas relevantes, en presencia de los acusados y en audiencia pública).

La sentencia del Tribunal Constitucional n.º 245/1991, de 16 de diciembre de 1991, en ejecución de la Sentencia del TEDH de 1988, declaró la nulidad de las decisiones judiciales impugnadas y ordenó la retrotracción de las actuaciones al momento anterior a que se produjera la vulneración del art. 6.1 CEDH. De este modo, se concedió el amparo e instó a los poderes públicos a establecer cauces procesales adecuados con el propósito de dar cumplimiento a las sentencias del TEDH cuando fuera preciso revisar sentencias internas firmes.

Así del todo, el TC, con base en su criterio jurisprudencial inédito, se arrogó la competencia para ejecutar las sentencias condenatorias del TEDH en aquellos casos en los que la condena supusiera una vulneración actual de los derechos de los demandantes, lo que justamente ocurría, pues los condenados, mientras se ventilaba el asunto, permanecían en prisión a raíz de sus condenas. También afirmó que, aunque las sentencias del Tribunal Europeo carecieran de fuerza ejecutiva en España, la imposibilidad de acceso a la revisión de una resolución judicial firme, necesaria para el cumplimiento de una sentencia del Tribunal, constituye en sí una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24 de la Constitución española⁷⁷⁶. Ahora bien, en torno a la medida sobre satisfacción equitativa solicitada, esta fue inicialmente pospuesta por el TEDH, hasta que, con fecha 13 de junio de 1994, se dictó un auto sobre la concesión de una satisfacción equitativa, ordenando al Estado abonar cierta cantidad de dinero a favor de las víctimas,

⁷⁷⁶ Cfr. CARMONA, op. cit., p. 9.

habida cuenta de los siguientes hechos que ocurrieron con posterioridad a la sentencia dictada en 1988.

El 4 de abril de 1989, los actores comunicaron que el 30 de marzo de ese año se había presentado ante la Audiencia Nacional un recurso de nulidad del auto por medio del cual se les había condenado, y rogaron al Tribunal que suspendiera el procedimiento relativo a la aplicación del artículo 50. Luego, el 29 de junio de 1989, por una decisión de la Audiencia Nacional, mediante la que se trasladaba el expediente a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, tras declararse incompetente, y se ordenaba la suspensión de la ejecución de las penas impuestas a los actores por el Auto del 15 de enero de 1982, así como la inmediata puesta en libertad de estos. Posteriormente, el 4 de abril de 1990, por un auto del TS que desestimaba el recurso de nulidad de los actores y dejaba sin efecto la suspensión de la ejecución en su pena; de esta forma, al día siguiente, por decisión de la Audiencia Nacional, se ordenó su reingreso a prisión.

Ulteriormente, el 20 de julio de 1990, por un fallo del Tribunal Constitucional que suspendía la ejecución del auto del TS del 4 de abril de 1990 y resolvía la puesta en libertad de los actores en las condiciones previstas por la decisión de la Audiencia Nacional. Más adelante, el 16 de diciembre de 1991, por un fallo del Tribunal Constitucional que anulaba el del TS, acogía la demanda de los actores del 30 de marzo de 1989 y ordenaba la reapertura del proceso ante la Audiencia Nacional. Por último, el 30 de octubre de 1993, mediante un fallo -con carácter definitivo- de la Audiencia Nacional, se absolvía a los actores por falta de pruebas suficientes⁷⁷⁷.

Así, luego de la relación anterior, el TEDH, por sentencia dictada en 1994, reconoció la importancia del fallo del Tribunal Constitucional en lo que respecta a la ejecución de los fallos del TEDH, destacando que las altas magistraturas nacionales habían demostrado su aprecio por el Convenio y la jurisprudencia del Tribunal. Por otra parte, no subestima tampoco los esfuerzos de las jurisdicciones españolas, en especial de la Audiencia Nacional, para proporcionar a los actores, en el segundo procedimiento, las garantías necesarias de defensa.

A pesar de aquello, el mantenimiento en prisión de los actores en el tiempo intermedio fue consecuencia directa del proceso, que, según el Tribunal, había infringido el Convenio Europeo de Derechos Humanos. En efecto, a la luz del fallo definitivo de la Audiencia Nacional del 30 de octubre de 1993, advirtió que no se podía suponer que, incluso en el caso de que el primer juicio se hubiera llevado respetando todas las garantías del Convenio, el resultado hubiere sido más favorable para las víctimas. En cualquier caso,

⁷⁷⁷ Cfr. Sentencia TEDH, Caso Barberá, Messegué y Jabardo contra España, artículo 41 (Satisfacción equitativa -antiguo art. 50-) Sentencia de 13 de junio de 1994.

estas sufrieron una pérdida real de poder defenderse en juicio bajo el referido artículo 6 y alcanzar, de esa manera, un resultado más favorable.

Según el Tribunal, existió un vínculo de causalidad manifiesto entre el perjuicio alegado por los actores y la infracción del Convenio. De esta forma, aun cuando se haya fallado a favor de los requirentes, se pusiere en libertad y en definitiva absolvieren de los cargos imputados, ello, en opinión del TEDH, no podía constituir en sí misma una reparación integral de los perjuicios derivados de su detención⁷⁷⁸. Por lo que, finalmente, el tribunal estimó que debía concederse a los afectados una indemnización pecuniaria basada en las cifras expresadas en el referido fallo..

b) Medidas en el caso Ruiz Mateos

pronunciamiento acerca de la violación del artículo 6.1 del CEDH, eso sí, con un resultado diverso en lo que concierne a su cumplimiento. Cabe recordar que la Sentencia del TEDH en el asunto Ruiz Mateos, de 1993, condenó al gobierno por violar el derecho a un proceso equitativo dispuesto por el artículo 6 del CEDH, en aquella dimensión que atañe el derecho a la igualdad de armas. Lo anterior, ya que los recursos de amparo deducidos por el requirente resultaron ser desechados mediante dos providencias dictadas por el TC en enero de 1994.

El primero de ellos fue declarado inadmisibles por su manifiesta falta de relación con la sentencia del TEDH (puesto que ponía en cuestionamiento la sentencia desestimatoria del recurso de inconstitucionalidad promovida contra la Ley Rumasa, hecho que, en su opinión, no había sido juzgado en Estrasburgo). Luego, el segundo amparo fue desechado dado que cuestionaba el procedimiento desarrollado en torno a la cuestión de inconstitucionalidad porque, a diferencia de lo que había ocurrido en el caso Bultó, la víctima no se encontraba privada de libertad, en ejecución de una sentencia contraria al CEDH. Además, el recurso de amparo iba dirigido contra una resolución del propio TC, estándole vedado a este el revisar sus propias sentencias, que gozan de efecto de cosa juzgada (art. 164.1 CE).

Así las cosas, el Constitucional debía resolver sobre una acción de amparo que pretendía que se anulara una decisión que previamente había dictado. Asimismo, el Tribunal Constitucional -basado en la doctrina de la lesión actual de los derechos- renunció a la posibilidad de recurrir al amparo constitucional como vía de ejecución a partir de las providencias de inadmisión de 1994, con motivo de la STEDH en el asunto Ruiz Mateos, por lo que, a diferencia de lo ocurrido en el caso Bultó, la vía del amparo resultó insuficiente

⁷⁷⁸ Cfr. Sentencia TEDH, Caso Barberá, Messegué y Jabardo contra España, op. cit., 2 Resumen de la sentencia, I. Perjuicios, párr. 2.

para declarar la nulidad de las decisiones judiciales impugnadas y retrotraer las actuaciones al momento anterior a que se produjera la vulneración al Convenio⁷⁷⁹.

De esta manera, hubo un quiebre en el incipiente razonamiento del TC, puesto que sucesivamente sus pronunciamientos posteriores han resultado restrictivos a la hora de admitir la posibilidad de utilizar la acción de amparo constitucional como mecanismo para dotar de eficacia interna a las sentencias condenatorias del TEDH, por lo que puede decirse que esta vía de ejecución únicamente ha servido para ejecutar una sola sentencia regional⁷⁸⁰. No obstante, también es cierto que el Tribunal Constitucional ha instado a los poderes públicos a establecer cauces adecuados para dar cumplimiento a las sentencias regionales, cuando tocara la revisión de una sentencia judicial interna.

c) Medidas en el caso García Mateos

En el presente asunto el Tribunal Regional declaró la violación del artículo 6.1, en el presente asunto, el Tribunal Regional declaró la violación del artículo 6.1, en relación con el artículo 14 del Convenio, tras haberse constatado discriminación por motivos de género, luego de verificarse el incumplimiento de una sentencia dictada previamente por el Tribunal Constitucional, que reconocía a la víctima la discriminación de género habida en su contra por el hecho de no habersele permitido la reducción de jornada laboral para atender deberes de cuidado de su hijo menor, otorgando una satisfacción equitativa, en aplicación del artículo 41 del aludido CEDH, para indemnizar los daños morales causados, toda vez que, dada la edad del menor, en el tiempo intertanto en que se ventilaron las acciones judiciales internas, ya no podía ser ejercido dicho beneficio de reducción de jornada por sobrepasar la edad permitida por ley. Evidentemente, el problema fue la excesiva demora y negativa de parte de la judicatura social en conceder el beneficio.

La sentencia regional fue traducida, publicada y difundida. Sobre otras medidas, al ser el incumplimiento de la referida sentencia del TC un hecho aislado, el Tribunal de Estrasburgo no ameritó otras medidas, tras constatar que, en general, la posibilidad de obtener una indemnización por un error judicial sí estaba previsto en la normativa española. Posteriormente, el Comité de Ministros, en su faceta supervisora, invitó al gobierno, de acuerdo con el artículo 46.1 de la Convención, a cumplir con todas las sentencias finales en los casos en que haya sido parte, además del pago de cualquier suma otorgada por el Tribunal Europeo, así como la adopción por parte de sus autoridades, cuando sea necesario, de medidas individuales para poner fin a la violación establecida y borrar sus consecuencias,

⁷⁷⁹ Cfr. MONTESINOS, op. cit., p. 104.

⁷⁸⁰ Cfr. CARMONA, op. cit., p. 10.

con el propósito de lograr, en la medida de lo posible, la *restitutio in integrum*; y medidas generales, a fin de prevenir eventuales situaciones similares de vulneración⁷⁸¹.

Ulteriormente, con fecha 20 de septiembre de 2018, el Comité de Ministros, tras haber examinado el informe de cumplimiento remitido por el Estado, con las medidas propuestas al presente asunto, declaró haberse satisfecho todas las medidas dispuestas por el referido artículo 46, y, por ende, dar por cerrado el examen de cumplimiento del presente asunto. En el informe respectivo, de fecha 13 de febrero de 2018, el Estado indicó haber efectuado el pago de la indemnización acordada por el tribunal, como satisfacción indica el reconocimiento que hizo previamente el TC al reconocer en su sentencia la discriminación por razón de sexo sufrida por la víctima respecto de la resolución previa adoptada en su contra por la judicatura social, haber dado publicidad a esta, y la posibilidad contemplada bajo la Constitución española (artículo 106.2 y 121) de recurrir por los daños causados a consecuencia del error judicial cuando esta última ha incurrido en una administración anormal de justicia. Advierte que el derecho a indemnización, establecido en los artículos 292 a 296 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, viene a implementar concretamente esta obligación.

Por último, el gobierno señala que para cuando el daño sea causado por el propio TC también existe un procedimiento para obtener una indemnización, según la Ley n.º 13/2009, de 3 de noviembre. Sobre la reforma de la legislación procesal para el establecimiento de la nueva Oficina Judicial se agregó un párrafo 5º al artículo 139 de la Ley n.º 30/1992, de 26 noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, según el cual “El Consejo de Ministros fijará el monto de la indemnización que deberá pagarse cuando el Tribunal Constitucional haya declarado, a solicitud de la parte interesada, la existencia operación incorrecta en el procesamiento recursos de amparo o cuestiones de inconstitucionalidad”⁷⁸².

d) Medidas en el caso Atutxa Mandiola

El presente asunto significó, al igual que los anteriores, la vulneración del artículo 6.1 del CEDH, pues el Tribunal Europeo dictaminó que la condena sufrida previamente por las víctimas, de parte del TS, no consideró que las cuestiones allí ventiladas sí requerían la valoración directa del testimonio de los demandantes; al contrario, el órgano nacional desestimó su intervención y ser oídos en audiencia pública, valorándose subjetivamente la prueba rendida con anterioridad ante el juez de Instancia, motivo por el que, finalmente, el TEDH concluyó que los demandantes habían sido privados de su derecho a defenderse en

⁷⁸¹ Resolution CM/ResDH(2018)343. Execution of the judgment of the European Court of Human Rights García Mateos against Spain (adopted by the Committee of Ministers on 20 September 2018 at the 1324th meeting of the Ministers' Deputies).

⁷⁸² CM. DH-DD(2018)103-rev 13/02/2018.

el marco de un debate contradictorio. En consecuencia, consideró que hubo violación del derecho a un proceso equitativo garantizado por el Convenio.

Por aplicación del artículo 41 del CEDH, el Tribunal de Estrasburgo observó que las costas y multas que los demandantes han debido satisfacer (para llevar el asunto ante la instancia regional), tienen su origen en la sentencia del TS, la que consideró haber sido dictada contraviniendo las exigencias del Convenio, por lo que sostuvo que la manera más adecuada para reparar la violación del artículo 6.1 consiste en procurar que los demandantes estén, en la medida de lo posible, en la situación en que se encontrarían si esta disposición no hubiere sido ignorada. En efecto, apunta que el derecho interno prevé la posibilidad de revisar las resoluciones firmes declaradas contrarias, por sentencia del TEDH, a los derechos reconocidos en el Convenio⁷⁸³.

Por tanto, estima que la manera más adecuada de reparación sería, siempre que los demandantes lo solicitaran, la revisión del procedimiento con arreglo a las exigencias del referido artículo 6.1., en aplicación de las disposiciones del artículo 954.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

e) Medidas en el caso Del Río Prada

Únicamente cabe comentar, de forma breve y en lo que interesa a esta etapa, que la “doctrina Parot” surgió de una práctica jurisprudencial interna, reiterada, basada en la aplicación de una técnica procesal usada por la judicatura nacional para determinar el cómputo de las penas asociadas a delitos conexos, que, en consideración de los parámetros regionales, imponía penas totalmente desproporcionadas a la realidad. Esta técnica, seguida por los tribunales nacionales, es comúnmente conocida como tal⁷⁸⁴, y se ejercía para retrasar la salida de la cárcel de los imputados, aplicando un modo especial de reducción de condenas mediante un cómputo desproporcionado –en opinión del TEDH–, promovido por el TS de acuerdo con una metodología que consideraba la sumatoria individual de todas las penas asociadas a los delitos atribuidos para efectos de su cómputo.

La Corte Europea resolvió, para aquel caso, que dicho razonamiento interno se contraponía a dos artículos de la Convención Europea: el n.º 7 (Principio de Legalidad de las penas) y el n.º 5 (Derecho a la Libertad), respectivamente. Según la decisión del TEDH, los Estados Miembros de la UE son libres de cambiar sus políticas criminales y reformar los criterios punitivos por delitos, pero esta potestad no permite la violación del principio de irretroactividad en virtud del artículo n.º 7 de la Convención (respecto a la irretroactividad de las leyes penales desfavorables). Por lo tanto, lo impugnado no tuvo que ver únicamente con la legalidad de la propia “doctrina Parot”, sino, además, con la

⁷⁸³ Sentencia TEDH, Caso Atutxa Mendiola y otros vs. España, párrs. 51 y 52.

⁷⁸⁴ Sentencia TEDH. Caso Del Río Prada Vs España. 2/10/2013

aplicación del carácter retroactivo de las penas, en perjuicio de la prisionera, pues la decisión del TS en el caso produjo un aumento irrisorio para el cumplimiento de la pena ya impuesta. Este caso motivó la posterior reforma legislativa al recurso de revisión en 2015, el cual será analizado en detalle más adelante, en el capítulo IV, relativo a los comentarios de jurisprudencia en casos españoles.

En definitiva, la gran medida fue dejar sin efecto la práctica jurisprudencial ejercida de parte del TS para calcular los plazos máximos de las sentencias dictadas en juicios correlativos, y que aumentaba el tiempo en prisión, haciéndolo, de esta forma, aplicable, retroactivamente, a las víctimas condenadas con anterioridad a su adopción. Ante aquello, el Comité de Ministros informó sobre las siguientes medidas⁷⁸⁵:

i) Constató que el solicitante había sido puesto en libertad el 22 de octubre de 2013, a raíz de una decisión de la Audiencia Nacional y acogió con satisfacción la respuesta dada a la medida individual urgente indicada por el Tribunal Europeo –que era la de dejar libre a la víctima; ii) respecto al pago de la satisfacción equitativa, consideró que la compensación hecha por las autoridades, en razón de los montos otorgados por el Tribunal Europeo, resulta consistente; iii) observó, además, que la práctica de los tribunales nacionales establecidas por la sentencia del TS n.º 197, de 28 de febrero de 2006, aplicable a las remisiones de condena, había sido dejada sin efecto mediante el acuerdo adoptado el 12 de noviembre de 2013 por la sala penal del TS bajo los mismos lineamientos establecidos por el TEDH en su sentencia; iv) decidiendo, en consecuencia, clasificar y examinar este caso según el procedimiento estándar y a la luz de la información remitida por las autoridades.

En conclusión, la víctima fue puesta en libertad el 22 de octubre de 2013 por decisión de la Audiencia Nacional. En cuanto a las medidas generales, la violación en este caso tiene un carácter histórico, dado que afectaba no solo a las víctimas del presente asunto, sino también a todos quienes hubieren sido condenados antes 2006, es decir, bajo el Código Penal antiguo (vigente entre los años 1973 y 1995). Así, a raíz del pronunciamiento de la sentencia del Tribunal Europeo, los tribunales nacionales suspendieron la aplicación de la citada doctrina a todas aquellas condenas inspiradas en dicha práctica jurisprudencial, hecho que fue asumido luego por acuerdo del TS en 2013. Así del todo, en el intertanto, el Tribunal Constitucional ha devuelto todos los casos pendientes a la Audiencia Nacional para efectos que retrotraiga la situación anterior a las sentencias, para efectos de que se dicten nuevas decisiones, siendo puestos en libertad todos aquellos que previamente habían sido condenados por aplicación de la referida doctrina.

De este modo, por las razones extractadas anteriormente, el Comité de Ministros, por decisión adoptada el 9 de julio de 2014, decidió, bajo el amparo del artículo 46.2 de la

⁷⁸⁵CM. Communication from Spain concerning the case Del Rio Prada against Spain (Application No. 42750/09).

CEDH, tras haberse ejercitado por parte del gobierno todas acciones necesarias para poner fin a la violación y reparar a las víctimas, dar por cerrado el examen de supervisión respectivo⁷⁸⁶.

f) Medidas en el caso N.D - N.T. y otros

Estos casos trataron sobre las medidas de expulsión adoptadas por las autoridades policiales en contra de migrantes de nacionalidades maliense y marfileño, respectivamente. A ellos puede sumarse el asunto A.C. y otros vs. España, cuya sentencia data del 22 de abril de 2014, por presentar similitudes en cuanto tratarse de situaciones donde, al parecer, la medida de fondo es evitar la expulsión masiva de migrantes del territorio nacional, por diversos motivos que hayan conestado para alegar violación del respectivo artículo 13. En este último asunto, producido por la aparente falta de remedio efectivo para impugnar los actos de la administración, y que dieron cuenta del rechazo a la solicitud de 30 demandantes de asilo de origen Saharui, quienes pedían a las autoridades nacionales protección internacional para evitar ser expulsados a territorio marroquí por el peligro de verse expuestos a menoscabos y maltratos físicos, así como el temor de perder sus vidas.

En todos ellos fue declarada la violación del artículo 13 del Convenio por parte del Tribunal Europeo, en los primeros asuntos vinculados con el artículo 4 del Protocolo n.º 4 y en el último asociado con los artículos 2 y 3 del Convenio, respectivamente. No obstante, en el reciente fallo de 2020, la Gran Sala desestima la violación del primero de los asuntos por las razones expuestas previamente en el acápite que toca dicho asunto. Aun cuando, para el caso N.D y N.T., la Sala en 2017 había dispuesto, como satisfacción equitativa, habida cuenta de la expulsión de los demandantes, la indemnización y consecutivo pago de cierto monto indicado en la sentencia por los daños causados.

Ahora bien, acerca del asunto A.C., de conformidad con el artículo 46 de la Convención, el Tribunal Europeo sostuvo que la violación del artículo 13 habida en el presente caso se produjo dada la falta de efecto suspensivo de los procedimientos judiciales relacionados con la impugnación de las solicitudes de protección internacional hechas por solicitantes, cuya vista, al momento de emitir su sentencia, aún estaba pendiente ante los tribunales españoles. Por lo tanto, indicó que el Estado debía garantizar, legal y materialmente, la permanencia de los solicitantes en territorio Español, al menos durante el tiempo que dure el examen de sus solicitudes -habiendo llegado los primeros demandantes solicitantes de asilo a España en enero de 2011⁷⁸⁷- y hasta que la decisión interna sobre su petición de asilo y protección sea resuelta de forma definitiva. En cuanto a la aplicación del

⁷⁸⁶ CM. Resolution CM/ResDH(2014)107, de fecha 09/07/2014. Execution of the judgment of the European Court of Human Rights Del Río Prada against Spain.

⁷⁸⁷ Cfr. Sentencia TEDH.. Asunto A.C y otros contra España, sentencia de 22 de abril de 2014. párrs. 112-114.

artículo 4,1 se constata que los demandantes no presentaron ninguna solicitud de satisfacción equitativa.

Mediante informe del Gobierno enviado al respectivo Comité, el 16 de mayo de 2018⁷⁸⁸, se procedió a dar cuenta de las siguientes medidas individuales adoptadas: i.- que ninguno de los solicitantes resultó ser expulsado mientras los procedimientos estuvieron pendientes, por lo que a esa fecha todos continúan residiendo en territorio Español; ii.- el procedimiento concluyó para 11 solicitantes. Con respecto a los 19 restantes, el TS ordenó al Ministerio del Interior que examinara sus solicitudes de protección internacional, de acuerdo con el procedimiento ordinario, que garantiza los recursos con efecto suspensivo automático en cada una de sus etapas. Esto, a la vez, garantiza que los solicitantes puedan permanecer en territorio español hasta que se tome una decisión final sobre sus solicitudes de protección internacional, en concordancia con lo indicado por el Tribunal Europeo.

Como medidas generales, las autoridades apuntaron a que una nueva jurisprudencia del TS, establecida a partir de 2013, garantizaba que la Ley n.º12/2009, sobre asilo y protección subsidiaria, se aplicara en pleno cumplimiento del derecho a un recurso efectivo garantizado por el artículo 13 del Convenio. En efecto, las autoridades se refirieron a dos decisiones del TS (que constan con fecha 27 de marzo de 2013, recursos de casación n.º 2429/2012 y 2526/2012, respectivamente) que anularon las decisiones administrativas que habían aplicado erróneamente el procedimiento en los casos en que no se cumplían los criterios para la aplicación de ese procedimiento, consolidando, así, esta aplicación jurisprudencial para el resto. El TS especificó que el procedimiento breve y sumario solo podía usarse aplicando estrictamente de forma excepcional, por lo que sobre la materia cabía aplicar el procedimiento ordinario, como regla general. Por lo tanto, si en aplicación de esa jurisprudencia los tribunales nacionales concluyen que el procedimiento breve ha sido usado erróneamente, los asuntos se remitirán al Ministerio del Interior para que se procesen de acuerdo con el ordinario, que garantiza los recursos con efecto suspensivo automático en cada uno de sus casos y etapas.

Las autoridades subrayaron, además, que las personas cuyas solicitudes de protección internacional eran rechazadas por el Ministerio del Interior, en virtud del procedimiento breve, pueden obtener una revisión judicial de estas decisiones y solicitar, como medida provisional, la suspensión de su expulsión hasta que no proceda la revisión judicial definitiva. La solicitud de medidas provisionales tiene efecto suspensivo automático en la legislación nacional. Asimismo, las autoridades proporcionaron información detallada sobre el procedimiento seguido para decidir sobre tales solicitudes, el cual es regulado por la ley n.º 29/1998, sobre el procedimiento contencioso administrativo. Acentuaron que el efecto suspensivo desencadenado por la presentación de una solicitud de medidas provisionales dura, al menos, hasta que se tome una decisión final

⁷⁸⁸ CM. DH-DD(2018)285-rev, Date: 16/05/2018.

sobre tal medida. Por tanto, la orden de expulsión no es ejecutable mientras las apelaciones que puedan presentarse en el marco de este procedimiento estén pendientes de vista.

Finalmente, el gobierno concluye que no se espera que vuelva a ocurrir una situación similar a la del caso de A.C. y otros, pues la nueva jurisprudencia del TS garantiza que las decisiones que apliquen erróneamente el procedimiento breve se considerarán nulas y sin validez, por lo que los afectados podrán, a través de una solicitud de medidas provisionales, obtener una suspensión de la medida de expulsión hasta que se tome una decisión final de conformidad con la jurisprudencia del TS.

g) Medidas en los casos Otamendi Eguiguren y Ataún Rojo

El asunto Otamendi Eguiguren tuvo como eje central la violación del artículo 3 del CEDH por la falta de investigación exhaustiva y efectiva de las alegaciones del solicitante, tras ser sometido a malos tratos durante su detención e incomunicado por parte de las autoridades policiales. Con fecha 17 de mayo de 2018, las autoridades nacionales procedieron a informar al respectivo Comité sobre las medidas adoptadas a esa fecha.

El referido órgano, mediante informe de fecha 28 de mayo de 2018, señaló, con respecto a las medidas individuales, que las autoridades nacionales habían informado sobre el particular que la Fiscalía ha evaluado la posibilidad de reabrir la investigación en este caso. Según tal evaluación, la víctima puede obtener la reapertura de la investigación en presencia de nuevos hechos o pruebas que no se hubiesen conocido al momento de la decisión adoptada, una vez concluida la investigación inicial. Sin embargo, el Fiscal indica que la falta de pruebas durante la investigación inicial hubiera sido criticada por el Tribunal Europeo, su aportación para una eventual revisión posterior, no podrían ser consideradas como pruebas nuevas. Vinculado a ello, cumple con informar que el solicitante no ha solicitado la reapertura de la investigación en razón de lo mencionado, lo que está siendo materia de evaluación por parte del Comité. Acerca de las medidas generales, aplicables al presente asunto y al caso Ataún Rojo, se informa que aquellas han sido examinadas por el Comité de Ministros en conjunto a los casos de San Argimiro Isasa y Etxebarria Caballero (CM / Res. DH (2017) 281).⁷⁸⁹

Por otro lado, relativo al asunto Ataún Rojo, sobre la investigación por las autoridades españolas de las alegaciones de malos tratos que presuntamente habían sufrido los demandantes durante su detención en régimen de incomunicación. Se recuerda que el caso aludía a la detención e incomunicación de las víctimas en el marco de un procedimiento judicial por el presunto delito de pertenencia a una organización terrorista ETA. Debido a esto, el Tribunal declaró vulnerado el artículo 3º (prohibición de tratos

⁷⁸⁹ CM. DH-DD(2018)526. De 28/05/2018.

inhumanos o degradantes) en cuanto a la falta de investigación efectiva sobre las denuncias de malos tratos de los demandantes.

El examen de supervisión de cumplimiento de las medidas para el presente asunto, a cargo del Comité de Ministros, fue visto en conjunto con otros dos asuntos que versaron sobre la misma violación del referido artículo 3º, a saber, en Arratibel Garciandia contra España, sentencia de 5 de mayo de 2015 y en Beortegui Martínez contra España, sentencia de 31 de mayo de 2016, respectivamente. Al efecto, el referido Comité, en septiembre de 2015, procedió a examinar el estado de la sentencia, en razón de la remisión de informes por parte de las autoridades nacionales.

Sobre esto indica que las autoridades españolas presentaron informes el 23 de marzo de 2016 en el caso Ataún Rojo, y el 19 de mayo de 2016 en el caso Arratibel Garciandia. Luego, en febrero y mayo de 2018, respectivamente, proporcionaron nuevos informes que dan cuenta sobre medidas individuales adoptadas. En efecto, en todos estos casos la Fiscalía evaluó la posibilidad de reabrir las investigaciones impugnadas por el Tribunal Europeo. Esta evaluación señala que los requirentes pueden obtener la reapertura de estas investigaciones en presencia de nuevos hechos o pruebas que no se conocían en el momento de las decisiones que terminaron las investigaciones iniciales. Sin embargo, el Ministerio Público vuelve a precisar, tal como ocurre en el caso Otamendi, que a pesar de que las pruebas no consideradas durante la investigación inicial hayan sido reprochadas por el Tribunal Europeo, no pueden considerarse como pruebas nuevas para efectos de una nueva revisión.

Sobre el particular, advierte que a la fecha de la revisión del asunto ninguno de los solicitantes ha solicitado la reapertura de la investigación, aun cuando el requirente en el caso Arratibel Garciandia solicitó la reapertura del procedimiento bajo la aplicación de nuevas disposiciones que establecen la posibilidad de obtener la revisión de las decisiones judiciales firmes, para cuando el Tribunal Europeo ha encontrado una violación del Convenio (Ley n.º 41/2015, de 5 de octubre de 2015, que establece modificaciones a la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

No obstante, da cuenta que su solicitud de reapertura fue rechazada debido a que la sentencia del Tribunal Europeo en este caso había finalizado antes de la entrada en vigor de la ley mencionada, y que las disposiciones transitorias de la referida ley limitaban la aplicación de sus disposiciones únicamente a los juicios que pasaren a ser definitivos con posterioridad a su entrada en vigor. Sin perjuicio que este asunto relativo a las modificaciones de la Ley Orgánica del poder judicial sobre la aplicación del recurso de revisión, será visto con mayor detención en el capítulo final del presente estudio. Cabe precisar, en lo que interesa, que dicha disposición transitoria establece lo siguiente:

1. Esta ley se aplicará a los procedimientos penales incoados con posterioridad a su entrada en vigor.;
2. El artículo 954 se aplicará también a las sentencias que adquieran firmeza tras su

entrada en vigor. El supuesto previsto en el apartado 3 del artículo 954 se aplicará a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que adquieran firmeza tras su entrada en vigor.

h) Medidas en el caso Castells

El presente asunto dio cuenta de la condena, en 1983, del Sr. Castells, abogado y senador de la coalición Vasca Herri Batasuna, a una pena de prisión por injurias al gobierno tras la publicación de un artículo en el que responsabilizaba a las autoridades gubernamentales de la impunidad de la que se beneficiaban ciertos grupos armados. Tras constatarse la vulneración del artículo 10 del CEDH, el Tribunal determinó que la propia publicación sentencia regional constituye reparación.

En relación con el perjuicio moral alegado, el requirente solicitó una compensación por daños morales. En respuesta, el Tribunal sostuvo que no se excluye que haya sufrido daño, pero estima que, en las circunstancias del caso, el reconocimiento de la infracción que se hace en la sentencia constituye de por sí una satisfacción equitativa suficiente, por concepto de costas y gastos se ordenó que el Reino de España debía abonar al demandante, en un plazo de tres meses, la cantidad indicada en la sentencia.

Cabe hacer presente, de conformidad con la información recabada en las diversas plataformas de los servicios regionales, que la supervisión del presente asunto se encuentra cerrada, con base en la decisión final tomada con fecha 6 de junio de 1995. A pesar de ello, no ha sido posible obtener información detallada sobre las medidas adoptadas, toda vez que su texto está siendo objeto de revisión y será publicado en una fecha posterior, según indica una reseña de la página web a cargo del Departamento de Ejecución de sentencias. Por último, cumple con señalar que, respecto del presente asunto, el gobierno ha remitido cinco informes de cumplimiento, cuyo detalle puede ser consultado, en su idioma oficial, por medio de los enlaces digitales que al efecto dispone el Comité de Ministros⁷⁹⁰.

i) Medidas en los casos Rodríguez Ravelo y Jiménez Losantos

Estos asuntos fueron revisados de forma simultánea por el Comité de Ministros, toda vez que al versar ambos sobre la vulneración del artículo 10 del CEDH pasaron a ser catalogados como casos repetitivos. Sobre el primero consta haberse emitido de parte del gobierno de Chile dos informes de cumplimiento, de fechas 21 de agosto de 2019⁷⁹¹ y 3 de

⁷⁹⁰ CM. DD(2015)587 - Communication from the Spanish authorities - 03.06.2015; DD(2015)745 (English) and DD(2015)745 (French) - Communication from the Spanish authorities - Action report - 02.07.2015; DD(2015)924 - Communication from the Spanish authorities - 01.09.2015; DD(2016)473 - Communication from the Spanish authorities - Updated action report - 23.03.2016; DD(2018)221 - Communication from the Spanish authorities - Action report - 20.02.2018.

⁷⁹¹ CM. DH-DD(2019)881, de fecha 21/08/2019.

abril de 2017⁷⁹² y 3 de abril de 2017⁷⁹³, respectivamente. Para el segundo asunto figura la remisión de un informe de seguimiento, de fecha 16 de noviembre de 2018⁷⁹⁴.

En efecto, para el asunto Rodríguez Ravelo la violación tuvo como causa la condena penal sufrida por un delito de calumnia, pronunciada en razón de expresiones que había utilizado en contra del juez, el marco de una demanda civil presentada por escrito en nombre de su cliente ante el Juzgado de Primera Instancia. Por lo que, en opinión del TEDH, habida violación de su derecho a la libertad de expresión. En el caso de Jiménez Losantos, el Tribunal Europeo determinó que el derecho de libertad de expresión del periodista había sido transgredido debido a la condena penal sufrida en su contra en 2008, la que se consideró desproporcionada, ya que se fundaba en los comentarios hechos por la víctima contra el entonces alcalde de Madrid a través de un programa de radio del que fue director en 2006.

Sobre la ejecución de las referidas sentencias, cabe señalar, primeramente, que las medidas individuales adoptadas para el caso de Rodríguez Ravelo significaron el pago de una cantidad de dinero atribuible como satisfacción equitativa. Para el caso Jiménez Losantos, en cambio, la Corte no otorgó dicha satisfacción. A su vez, consta de parte del Comité de Ministros haberse informado que, como resultado de las sentencias penales previas, los requirentes nunca estuvieron privados de libertad, puesto que las medidas de detención previstas en caso de impago de la multa nunca fueron ejercidas. Además, constata que las condenas penales de los demandantes ya no figuran en los registros penales de los solicitantes (Registro de Antecedentes Penales) ni en el archivo de medidas provisionales del Ministerio de Justicia de España, como tampoco en el sistema de registro administrativo que respalda la actividad judicial (SIRAJ).

Se deja constancia de que el TS ha establecido instrucciones detalladas para permitir que cualquier persona que haya sido objeto de un proceso penal y que desee reabrirlo con posterioridad, en razón de una sentencia estimatoria del Tribunal Europeo, está premunido de la facultad para presentar un acción judicial para su revisión, de acuerdo con el derecho interno español en proceso penal, debido a la última modificación a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que data de 2015.

Ahora bien, acerca de las medidas generales aplicables a los presentes asuntos, se informa que las sentencias han sido traducidas al español por el Ministerio de Justicia y difundidas directamente tanto a los órganos judiciales intervinientes, como a todas las autoridades judiciales, a través de la base de datos HUDOC y la página de Internet del Ministerio de Justicia. Las autoridades españolas destacan la reciente jurisprudencia de los altos tribunales nacionales (a saber, del Tribunal Constitucional y TS) para demostrar que

⁷⁹² CM. DH-DD(2019)881, de fecha 21/08/2019.

⁷⁹³ CM. DH-DD(2017)389, de fecha 03/04/2017.

⁷⁹⁴ CM. DH-DD(2018)112, de fecha 16/11/2018.

los principios establecidos por el Tribunal Europeo se aplican efectivamente (informe de acción del Tribunal Constitucional n.º 112/2016, de 20 de junio de 2016; n.º 65/2015 del 22 de mayo de 2015, y en las decisiones del TS en sentencia n.º 482/2016 del 04 de febrero de 2016)⁷⁹⁵.

Por último, sobre los detalles del caso Rodríguez Ravelo, las autoridades españolas han indicado que, en situaciones similares, una sanción disciplinaria prevista en la ley debería ser preferible a una sanción penal, que resulta ser, por aplicación del criterio regional, desproporciona al fin perseguido.

j) Medidas en el caso K.A.B.

Las medidas informadas por las autoridades nacionales en el presente asunto todavía no constan disponibles para su vista, puesto que, como comunica su texto, se encuentra bajo revisión, por lo que se procederá a su publicación en una fecha posterior⁷⁹⁶. Aun cuando, de la información disponible en el sitio web del Departamento de Ejecución, consta haberse adoptado resolución final del asunto por parte del Comité, mediante decisión n.º CM/Res. DH(2018)150, con fecha 4 de abril de 2018, habida cuenta de las medidas informadas⁷⁹⁷ por el gobierno con fecha 22 de marzo de 2017.

Atendido lo anterior, manifiesta haberse dado cumplimiento a la medida de satisfacción equitativa, respecto del pago de las sumas otorgadas por este concepto; informa haber traducido y comunicado inmediatamente del fallo a las autoridades españolas, con un anexo explicativo sobre cada decisión tomada, así como publicado en páginas web del Ministerio de Justicia y en la base de datos HUDOC.

Como medidas generales, es consiente para el presente asunto que las sentencias regionales no objetan ni critican ninguna disposición normativa interna, sino que, más bien, apuntan a apreciaciones casuísticas sostenidas por los tribunales internos. No obstante, se ha considerado igualmente la adopción de ciertas medidas generales significativas, por ejemplo, con lo ocurrido con la sentencia del TS n.º 65/2009, de 31 de julio, a través del cual determina criterios vectores, con el objetivo de proporcionar a toda la judicatura interna, en la decisión que concierna la reintegración familiar, tendientes a priorizar el interés superior del menor. Aquello, en opinión de las autoridades, ha sido de suma relevancia para aclarar y unificar el criterio judicial otorgado por los jueces de familia que conocen de estos asuntos.

⁷⁹⁵ CM. DH-DD(2017)389. Decisión del Comité de Ministros emitida con fecha 12/04/2016.

⁷⁹⁶ CM. ResDH(2018)150 de 04/04/28018.

⁷⁹⁷ CM. DH-DD(2017)367, DE FECHA 24/03/2017.

A su vez, dio lugar a la creación del “Observatorio Nacional de la Infancia”, organismo nacional encargado exclusivamente de la protección de niños, lo que permite que, aunque la revisión judicial se inicie de modo posterior, todas las reclamaciones se centralicen en un solo organismo que queda a cargo. Sumado a esto, en la región de Murcia, donde tuvieron ocasión los hechos, también tuvo lugar la creación de un observatorio familiar, inaugurado el 1 de octubre de 2009, a cargo de la Consejería de Política Social, Mujer e Inmigración, denominado “Observatorio de la Familia de la Región de Murcia”.

Finalmente, destaca un significativo hito normativo en 2015, con la aprobación de la Ley n.º 26/2015, de 28 de julio, que dispone modificaciones al sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. El citado informe agrega que la presente Ley modifica la anterior Ley de Protección Legal de Menores, ante la necesidad de modificar el sistema legal español para la protección de la infancia y la adolescencia, incluidas las medidas para otorgar protección general a los niños en las situaciones más variadas. En su preámbulo, la ley señala que fue creada en aplicación del Convenio Europeo sobre la Adopción de Niños, firmado por España en 2008, el Convenio del Consejo de Europa sobre la Protección de los Niños contra la Explotación Sexual y el Abuso Sexual, firmado por España en 2010, y el Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos del niño de 1996, ratificado en noviembre de 2014⁷⁹⁸.

k) Medidas en el caso Manzananas Martin

En cuanto a esto, la sentencia refiere a la discriminación contra los ministros del culto evangélico en relación con los sacerdotes y religiosos de la Iglesia católica, en la aplicación del artículo 1º del Protocolo Primero, al no haber sido previsto, con ocasión de su integración en el Sistema de la Seguridad Social, un régimen transitorio que permitiese computar como cotizados, a efectos de la pensión de jubilación, periodos de ejercicio de su ministerio anteriores a dicha integración.

Sobre el particular, el Tribunal Europeo dictaminó en su fallo discriminación y afectación al derecho de propiedad (del artículo 14 en relación con el artículo 1 del Protocolo n.º 1º) al notar la diferencia injustificada de trato que existía en las normativas vigentes a ese entonces entre sacerdotes evangélicos y católicos, acerca de la cantidad de años de actividad pastoral que se consideraban en uno y otro caso para calcular los derechos de pensión. Efectivamente, los sacerdotes católicos habían sido admitidos en el régimen general de seguridad social 22 años antes y, por lo tanto, habían podido cumplir con el periodo mínimo de servicio pensionable, lo que no era igualmente regulado para sacerdotes evangélicos.

⁷⁹⁸ CM. DH-DD(2017)367, de fecha 24/03/2017.

Asimismo, dada la trascendencia normativa de las medidas adoptadas para este asunto, conviene recordar que el demandante basó su pretensión, por una parte, en el retraso injustificado de 22 años para proceder a la integración de los pastores evangélicos en comparación con la fecha de integración de los sacerdotes católicos; y, por otra parte, en que los pastores evangélicos no pueden completar el periodo mínimo de cotización exigido para tener derecho a una pensión de jubilación mediante el cómputo de sus servicios religiosos, en las mismas condiciones que pueden hacerlo los sacerdotes católicos.

El Tribunal Europeo añade que, en efecto, el legislador español había tardado mucho en integrar a los pastores evangélicos al Régimen general de la Seguridad Social, y reconocer, así, su derecho a percibir las mismas prestaciones que los sacerdotes católicos. De otro lado, suponiendo incluso que el derecho a percibir una pensión de jubilación existiera para los pastores evangélicos en el momento en que el demandante alcanzó la edad de jubilación, aquel se habría visto, no obstante, en la imposibilidad de completar las anualidades que le faltaban para alcanzar el periodo mínimo de cotización exigido para tener derecho a una pensión de jubilación mediante el cómputo de sus años de actividad pastoral pagando el costo correspondiente a los años de cotización que le faltaban.

Posteriormente, el Comité de Ministros, habiendo recibido informa de parte de las autoridades españolas en diciembre de 2015, que da cuenta de las medidas adoptadas, conviene consignar, que como medida de satisfacción equitativa, el gobierno hizo presente el haber pagado pertinentes sumas de dinero por conceptos de daño moral, gastos y costas del juicio, así como una cantidad considerable, por mutuo acuerdo, para cubrir los atrasos en la pensión debida, fijando también un monto de pensión mensual en adelante.

Sobre las medidas generales, en lo que interesa, dada su trascendencia normativa, la administración considera los argumentos dictaminados previamente por el TEDH en su sentencia, y conforme a ello señala que para completar la ejecución de la sentencia, el Reino de España procedió a modificar el Real Decreto n.º 369/1999 -que establece las condiciones para la integración de pastores evangélicos en el Sistema General de Seguridad Social-, integrando en su texto un sistema similar al establecido para los sacerdotes católicos en el Real Decreto n.º 2398/1977, de 27 de agosto, y en la Orden Ministerial de 19 de diciembre de 1977.

Además, se publica en el Boletín Oficial del 22 de septiembre de 2015 el Real Decreto n.º 839/2015, de 21 de septiembre, cambiando las condiciones para la asimilación de pastores de iglesias integradas en FEREDE (Federación de Entidades Religiosas Evangélicas Españolas); en el Esquema General de Seguridad Social ha sido publicado, con efecto retroactivo a partir del 1 de enero de 2015. Aquello significó que el referido Real

Decreto abrochara una equivalencia total entre el tratamiento de los pastores de distintos credos y religiones⁷⁹⁹.

Finalmente, el Comité, con fecha de 6 de septiembre de 2016, tras haber analizado las medidas informadas por el Estado, resuelve dar por finalizado el examen de supervisión de cumplimiento, en razón de haber verificado que el referido Real Decreto 839/2015, en cierta medida, corrigió las condiciones previsionales para los sacerdotes de las iglesias integradas en la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, y que aquello comporta cumplimiento de lo premunido por el artículo 46.1 del Convenio Europeo⁸⁰⁰.

2. Medidas de reparación integral en el sistema interamericano a raíz de los casos chilenos

De conformidad con lo establecido en el Pacto de San José de Rica, no se advierte ninguna especie de listado o numeración taxativo que determine e imponga a la Corte Interamericana el establecimiento de medidas específicas de reparación ni cómo debe proceder su aplicación. Su imposición, entonces, emana de la labor jurisprudencial de la misma CoIDH, recogida de la interpretación de los artículos 1.1 y 2 de la Convención, en su artículo 63, determinando que las medidas que se imponen a los Estados deben establecerse no solo para indemnizar los perjuicios a las víctimas, sino que además importen la adopción de otros remedios que busquen corregir, en el fondo, los problemas que puedan detectar en el orden normativo, administrativo y judicial interno, bajo el pretexto de restablecer el goce integral de los derechos de las víctimas cuando ello sea posible (*restitutio in integrum*).

Con base en lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Convención Americana, la Corte ha indicado que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente, y que esa disposición recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado⁸⁰¹.

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Convención Americana, una vez se declara la responsabilidad internacional de un Estado, el Tribunal dispondrá que se garantice al lesionado y restablezca en el goce de su derecho o libertad conculcados, disponiendo, al efecto, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de tales derechos conculcados, más el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. Ello se colige con lo dispuesto en el capítulo VII del Reglamento Interno de la Corte Interamericana, precisamente en su artículo 65, sobre el

⁷⁹⁹ CM.DH-DD(2015)1306, de fecha 02/12/2015.

⁸⁰⁰ CM. Resolution CM/ResDH(2016)205, de 06/09/2016.

⁸⁰¹ Cfr. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, op. cit., párr. 25.

contenido de las sentencias, la contendrá, entre otros, el pronunciamiento sobre las reparaciones y costas, englobando tales disposiciones las prerrogativas que dicho órgano regional dispone para ordenar las medidas reparatorias integrales en favor de las víctimas de violación.

Por cierto, en el Estado reside la obligación de reparar a las víctimas, lo que importa que se adopten todas las medidas necesarias para cesar con la violación y cumplir con la obligación convencional, lo cual supone cumplir con la *restitutio in integrum*, compensaciones y todo otro tipo de medidas de reparación. La Corte ha establecido que las reparaciones deben tener un nexo causal con los hechos del caso, las violaciones declaradas, los daños acreditados, y con las medidas solicitadas para reparar los daños respectivos. Por lo tanto, la Corte deberá analizar dicha concurrencia para pronunciarse debidamente y conforme a derecho⁸⁰². La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución, que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto factible, el Tribunal determinará medidas para garantizar los derechos conculcados y reparar las consecuencias que las infracciones produjeron⁸⁰³.

En consideración de las violaciones a la Convención, declaradas en el texto de las sentencias, la Corte procede a analizar las pretensiones presentadas por la Comisión y los representantes, así como los argumentos del Estado, a la luz de los criterios fijados en su jurisprudencia en relación con la naturaleza y alcance de la obligación de reparar, con el objeto de disponer las medidas dirigidas a reparar los daños ocasionados a las víctimas⁸⁰⁴.

En función de lo anterior, habiéndose analizado el contenido de los derechos vulnerados por el Estado de Chile en los casos expuestos, toca revisar en este acápite las medidas de reparación comunes impuestas por la Corte para subsanar las consecuencias negativas que significaron para las víctimas las infracciones de los deberes impuestos por la Convención. Como ya se mencionó, la reparación del daño causado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución, es decir, poder restablecer la situación anterior a la violación.

De no ser ello factible, como ocurre en la mayoría de los casos de violaciones a derechos humanos, el Tribunal determinará medidas para garantizar los derechos conculcados y reparar las consecuencias que las infracciones produjeron. Por tanto, la Corte ha considerado la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación, con el propósito de resarcir los daños de manera integral, por lo que, además de las compensaciones

⁸⁰² Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH. Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191, párr. 110.

⁸⁰³ Cfr. Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez. Reparaciones, supra, párr. 26.

⁸⁰⁴ Cfr. Caso Velásquez Rodríguez. Reparaciones, supra, párr. 189.

pecuniarias, las medidas de restitución, satisfacción y garantías de no repetición tienen especial relevancia por los daños ocasionados⁸⁰⁵.

En efecto, tratándose de los casos previamente comentados, toca extractar las siguientes medidas comunes de reparación acogidas por la Corte: i.- declarar que la propia sentencia constituye por sí una medida de reparación; ii.- la publicación de un extracto o resumen de la sentencia en el Diario Oficial de la nación y en un periódico de circulación nacional; y de forma integral en una página web oficial del gobierno; iii.- indemnización de perjuicios a favor de las víctimas y sus familiares por los daños materiales e inmateriales causados; iv.- obligación de pagar los gastos y costas generadas en virtud del proceso respectivo.

También se han dispuesto otras medidas de reparación integral, tales como i.- modificar el ordenamiento jurídico interno en un plazo razonable, con el fin de suprimir el sistema de censura previa⁸⁰⁶; ii.- adecuar los estándares internacionales en materia de libertad de pensamiento y de expresión, y establecer, a través de su legislación interna, límites a la competencia material y personal de los tribunales militares, de modo tal que en ninguna circunstancia un civil se vea sometido a la jurisdicción de los tribunales penales militares⁸⁰⁷; iii.- garantizar el derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, de acuerdo con el deber general de adoptar disposiciones del derecho interno establecido en el artículo 2 de la CADH⁸⁰⁸ y asegurar que el Decreto Ley n.º 2.191 no siga representando un obstáculo para la continuación de las investigaciones de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano, así como la investigación, juzgamiento y sanción ante otras violaciones similares ocurridas en Chile, además del castigo de sus responsables⁸⁰⁹; iv.- garantizar el debido proceso en la jurisdicción penal militar y la protección judicial sobre las actuaciones de las fuerzas armadas y policiales; v.- permitir la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”⁸¹⁰ y publicación del libro *Ética y Servicios de Inteligencia*, junto con restituir a su autor todo el material incautado⁸¹¹; vi.- capacitar a los órganos, autoridades y agentes públicos encargados de atender las solicitudes de acceso a la información, bajo el control del Estado, sobre la normativa que rige este derecho, que incorpore los parámetros convencionales que deben respetarse en materia de restricciones al acceso a dicha información⁸¹² y seguir implementando, en un plazo razonable, programas y cursos permanentes de educación y capacitación dirigidos a

⁸⁰⁵ Cfr. Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia, párr. 294, y Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 342.

⁸⁰⁶ Sentencia CIDH, Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, op. cit., supra, párr. 103.4.

⁸⁰⁷ Sentencia CIDH, Caso Palamara Iribarne vs. Chile, op. cit., supra, párr. 269.13-14.

⁸⁰⁸ Sentencia CIDH, Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, op. cit., supra., párr. 174.7.

⁸⁰⁹ Sentencia CIDH, Caso Almonacid Arellano vs. Chile, op. cit., supra., párr. 171.5-6.

⁸¹⁰ Sentencia CIDH, Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, supra, párr. 103.4

⁸¹¹ Sentencia CIDH, Caso Palamara Iribarne versus Chile, op. cit., supra, párr..269.9.

⁸¹² Sentencia CIDH, Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, op. cit., supra, párr. 174.8.

funcionarios públicos a nivel regional y nacional, particularmente a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial⁸¹³; vii.- realizar un acto público de reconocimiento de la responsabilidad internacional del Estado por los hechos cometidos en los casos anteriormente vistos; viii.- asimismo, con base en la nueva modalidad de sentencias, se suma, en el orden que se indica, proceder a la reparación de las víctimas, implicando con ello el deber de investigar los hechos e identificar, y, en su caso, sancionar a los responsables; medidas de satisfacción, restitución y rehabilitación de víctimas y familiares, en su caso; y garantías de no repetición vinculadas a la adecuación del derecho interno en relación con los deberes y obligaciones que impone la Convención⁸¹⁴.

De esta manera, cabe consignar, a propósito de los casos chilenos, que las medidas impuestas buscan no solo reparar el daño causado, sino también prevenir que en un futuro no vuelvan a ocurrir situaciones que impliquen nuevas infracciones de los Estados a su compromiso de elevar el estándar de protección debida de los Derechos Humanos, destacando el carácter integral en su reparación y la adecuación interna de los estándares mínimos que impone la Corte, por intermedio de sus fallos, a los derechos y obligaciones que impone la respectiva CADH.

a) Medidas para el Caso Poblete Vilches y otros

Habiéndose declarado la responsabilidad internacional del Estado, por sentencia de fecha 8 de marzo de 2018, la Corte Interamericana, en ejercicio de sus facultades y habida cuenta de las violaciones a la CADH allí declaradas, procedió a disponer de las medidas necesarias con el objeto de reparar los daños ocasionados a las víctimas en el presente asunto.

Como medidas impuestas, destaca la solicitud de parte de la Comisión a que el Estado realice una investigación completa y efectiva, de modo que se esclarezca lo sucedido y, de resultar necesario, se impongan las sanciones correspondientes. En este sentido, la Comisión declaró que el Estado debe continuar la investigación que fue reabierta en el 2008 o iniciar una nueva investigación tal que pueda superar los obstáculos que impidieron la obtención de justicia en la primera. Al respecto, la Corte, en su jurisprudencia, ha señalado que la prescripción en materia penal determina la extinción de la pretensión punitiva por el transcurso del tiempo y que, generalmente, limita el poder punitivo del Estado para perseguir la conducta ilícita y sancionar a sus autores.

En vista de lo anterior, y siendo que los hechos del caso están prescritos de conformidad con la legislación chilena, la Corte estima que, tomando en cuenta el tipo de

⁸¹³ Sentencia CIDH, Caso Atala Riffo y otros vs. Chile, op. cit., supra, párr. 314-5.

⁸¹⁴ Sentencia CIDH. Casos: García Lucero y Otros vs. Chile (2013); Caso Norín Catrimán y Otros (Dirigentes, Miembros Y Activista Del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile (2014); Maldonado Vargas y Otros vs. Chile (2015) y Caso Poblete Vilches y Otros vs. Chile (2018).

violación acreditada, no resulta procedente en el presente caso ordenar al Estado una reapertura de las investigaciones penales sobre hechos relacionados con el fallecimiento del señor Vinicio Antonio Poblete Vilches en febrero del año 2001. Sin perjuicio de esto, la Corte dispondrá de otras medidas para satisfacer los derechos vulnerados⁸¹⁵.

Como medidas de satisfacción, la Corte dispuso la necesidad de publicar la sentencia en el Diario Oficial, y por el tiempo de un año debería mantenerse en un sitio web del gobierno. Igualmente, ordenó que el Estado debe realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional en Chile, en el cual deberá hacer referencia a las violaciones de derechos humanos declaradas en la presente sentencia.

A su vez, determinó la medida de rehabilitación al estimar pertinente que, de ser solicitado por las víctimas (familiares sobrevivientes del fallecido señor Vinicio Poblete Vilches), se les brinde atención psicológica profesional como medida de las afectaciones psicológicas y emocionales que sufrieron como consecuencia de los hechos del presente caso. Por lo tanto, la Corte dispone la obligación a cargo del Estado de brindar, a través de sus instituciones de salud, la atención médica psicológica de manera gratuita e inmediata a las víctimas, atendiendo a sus necesidades específicas⁸¹⁶.

Como garantías de no repetición, la Corte valora todas las acciones y avances implementados por el Estado, con el propósito de dar cumplimiento a sus obligaciones en relación con la implementación del consentimiento informado, de conformidad con los estándares internacionales en la materia. En este sentido, reconoce los esfuerzos del Estado chileno en la promulgación de la Ley n.º 20.584 y su respectivo Reglamento, los cuales regulan la forma en que debe ser obtenido el consentimiento informado y las obligaciones de los prestadores de los servicios de salud sobre la información que deben brindar a los pacientes⁸¹⁷. Sin embargo, a la luz de la información remitida, la Corte estima pertinente dictar las siguientes medidas como garantías de no repetición para que en el plazo de un año informe sobre i.- la adopción programas de educación y formación permanentes dirigidos a los estudiantes de medicina y profesionales médicos, así como a todo el personal que conforma el sistema de salud y seguridad social, incluyendo órganos de mediación sobre el adecuado trato a las personas mayores en materia de salud desde la perspectiva de los derechos humanos e impactos diferenciados; ii.- a) los avances que ha implementado, a la actualidad del informe, en infraestructura de la Unidad de Cuidados Intensivos de dicho Hospital; b) los protocolos vigentes de atención frente a urgencias médicas; c) las acciones implementadas para la mejora en la atención médica de los pacientes.

Además, se conmina al Estado a fortalecer el Instituto Nacional de Geriátrica y su incidencia en la red hospitalaria, así como diseñar una publicación o cartilla que desarrolle

⁸¹⁵ Cfr. Corte IDH. Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, op. cit., párrs. 219-220.

⁸¹⁶ Cfr. *Ibíd.*, párr. 231.

⁸¹⁷ Cfr. *Ibíd.*, párr. 236.

los derechos de las personas mayores en materia de salud. Seguidamente, el Estado debe adoptar las medidas necesarias, a fin de diseñar una política general de protección integral a las personas mayores. Desde la perspectiva de la compensación, se instruye al pago de suma determinada por daños patrimoniales y morales sufridos al efecto.

Mediante reciente resolución de supervisión, de fecha 14 de mayo de 2019⁸¹⁸, se ha decretado el cumplimiento parcial únicamente respecto de haber informado el Estado la publicación y la difusión de la Sentencia, restando a la fecha pendiente de supervisión el resto.

b) Caso Órdenes Guerra y otros (pendiente de supervisión)

Conviene precisar que, dada la dictación de la presente sentencia, aún se encuentra pendiente de supervisión por parte de la Corte. No obstante, se pasarán a revisar algunas de las medidas instruidas como necesarias para restablecer a la víctima.

En lo que interesa, la Corte ha hecho notar que las acciones civiles intentadas por las víctimas han sido objeto de decisiones que, hoy en día, tienen carácter de cosa juzgada. En este orden de ideas, es claro que el instituto de la cosa juzgada es un principio garantizador que debe ser respetado en un Estado de derecho. A la vez, no cabe duda de que los hechos que originaron las referidas acciones civiles constituyen graves violaciones de derechos humanos, particularmente desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales de familiares de las víctimas, calificadas como crímenes contra la humanidad.

En ciertos casos en que la violación a la Convención ha sido ocasionada por decisiones judiciales internas, la Corte ha dispuesto como medida de reparación, entre otras, que el Estado deje sin efecto tales decisiones⁸¹⁹. Sin embargo, es oportuno hacer notar que en este caso no ha sido alegado que se haya configurado algún supuesto en que los procesos internos, que han llegado a decisiones definitivas o con carácter de cosa juzgada, sean producto de la apariencia, el fraude o de una voluntad de perpetuar una situación de impunidad, supuestos que permitirían al Tribunal considerar la procedencia de disponer, excepcionalmente, que un Estado reabra tales procesos⁸²⁰.

Sobre el punto anterior, queda el interrogante, como indica la Corte en sus observaciones finales, sobre si el Estado ha adoptado o no una solución general y duradera

⁸¹⁸ Cfr. Resolución CoIDH, de 14 de mayo de 2019. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Caso Poblete Vilches y otros.

⁸¹⁹ Cfr. Corte IDH, *mutatis mutandis*, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Caso Palamara Iribarne vs. Chile, Caso Kimel vs. Argentina, Caso Tristán Donoso vs. Panamá, Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina, Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile, Caso Cantoral Benavides vs. Perú y Caso de Personas Dominicanas y Haitianas. *Vid.*, *mutatis mutandis*, caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica.

⁸²⁰ Cfr. Corte IDH, Caso Órdenes Guerra y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2018, serie C N° 372, párr. 113.

para cumplir con las medidas de no repetición recomendadas, pues el propio gobierno reconoció que el criterio jurisprudencial de la Corte Suprema ha oscilado entre declarar la prescripción y afirmar la imprescriptibilidad de tales acciones y, si bien esto último es la tendencia actual, este criterio depende de la concentración del conocimiento de las acciones de reparación por la Segunda Sala de la Corte Suprema, por lo que una distribución o composición distintas en el futuro, podría significar que se modifique el criterio. Adicionalmente, señaló que el Estado reconoció que en Chile las decisiones judiciales, incluyendo las de la Segunda Sala, tienen efectos únicamente entre las partes y no explicó por qué las instituciones de defensa estatal continúan oponiendo la excepción de prescripción frente a este tipo de acciones⁸²¹.

De ese modo, consideró que la información presentada por el Estado no permite acreditar, en términos de seguridad jurídica, que actualmente la imprescriptibilidad de esas acciones resulte un criterio obligatorio para las autoridades judiciales, y que, en efecto, ha tomado conocimiento de un fallo reciente de la Corte de Apelaciones de Santiago, en la que se aplicó la prescripción civil en un asunto similar. En razón de esto, la Comisión estima necesario que la Corte disponga un cambio legislativo, en el cual se determine expresamente la inaplicabilidad de dicha figura en el contexto de acciones civiles por crímenes de lesa humanidad y que efectúe un llamado a las autoridades judiciales chilenas a realizar un control de convencionalidad para asegurar que, mientras se completa la reforma legislativa, no se aplique tal figura.

Por lo mismo, para su cumplimiento es deber, al igual que en otros casos, aplicar el criterio de control de convencionalidad. Sin perjuicio de lo anterior, también es necesario recordar que la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas o los actos estatales y la Convención Americana incumbe a todos los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, en todos los niveles, y debe ser realizada ex officio en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes⁸²².

En consecuencia, sin duda, igualmente corresponde a todas las instancias judiciales en todos los niveles, y no solo a la Corte Suprema, mantener coherencia de criterio acerca de un tema que, en atención al referido cambio jurisprudencial, al reconocimiento de responsabilidad efectuado por el Estado y a la evolución de las políticas públicas chilenas

⁸²¹ Cfr. Corte IDH, Caso Órdenes Guerra y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2018. Serie C N° 372, párr. 128.

⁸²² Cfr. Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, op. cit., párr. 124.

en materia de justicia, verdad y reparaciones para víctimas de graves violaciones de derechos humanos, en este momento se encuentra resuelto⁸²³.

En virtud de lo anterior, si bien la emisión de una ley que determine expresamente la En virtud de esto, aunque la emisión de una ley que determine expresamente la inaplicabilidad de la figura de la prescripción en ese tipo de acciones civiles, podría ser una vía pertinente para cerrar, en definitiva, futuras interpretaciones contrarias a la Convención; así, la Corte considera que no han sido aportadas suficientes razones para considerar que ello sea una medida absolutamente indispensable para garantizar la no repetición de los hechos, por lo cual no corresponde ordenarlo. Corresponderá a las autoridades legislativas del Estado determinar la viabilidad y pertinencia de ello en el marco de sus competencias. Sin perjuicio de esto, es función actual y futura de todos los órganos vinculados a la administración de justicia del Estado, en todos los niveles, ejercer un adecuado control de convencionalidad en causas similares a las presentadas en este caso.

En cuanto a la Corte, esta ha señalado reiteradamente que el principio de complementariedad informa transversalmente el SIDH, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la Convención Americana, “coadyuvante o complementario de la protección que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos”⁸²⁴. Por tanto, el sistema de protección instaurado por la Convención no sustituye a las jurisdicciones nacionales, sino que las complementa⁸²⁵. De ese modo, tomando en cuenta el reconocimiento estatal, el tiempo transcurrido y la duración adicional que podría implicar la habilitación de un recurso judicial o el inicio de nuevas causas, y a efectos de que las víctimas reciban de forma pronta alguna reparación, el Tribunal estima pertinente disponer, en aplicación del principio de complementariedad, que el Estado otorgue directamente una compensación a cada una de las víctimas del presente caso.

c) Medidas adoptadas en el caso Maldonado Vargas y otros

En opinión de la CoIDH, para el presente asunto correspondía al Estado responsable el deber de investigar, juzgar y sancionar penalmente las alegadas torturas cometidas en perjuicio de las víctimas de este caso. Además, ordenó establecer las responsabilidades penales y/o administrativas a que haya lugar por la omisión de investigar las torturas padecidas por las víctimas del presente caso, que fueron puestas en conocimiento de las autoridades judiciales chilenas. Los representantes agregaron que, con el objetivo de lograr una investigación eficaz para las víctimas de este caso, se le debe ordenar al Estado “garantizar al Ministro en Visita a cargo del caso, acceso pleno a los documentos de la

⁸²³ Cfr. Corte IDH, Caso Órdenes Guerra y otros vs. Chile, op. cit., párr. 135.

⁸²⁴ Cfr. Corte IDH, Caso Duque vs. Colombia, párr. 128.

⁸²⁵ Cfr. Corte IDH, Caso Órdenes Guerra y otros vs. Chile, op. cit., párr. 118.

Comisión Valech que puedan identificar nombres de torturadores, otras víctimas de tortura y pruebas que puedan ayudarlo en su labor jurisdiccional”⁸²⁶.

Debido a las querellas presentadas por el Estado en 2013, para efectos de realizar investigaciones por los hechos de tortura ligados al presente caso, la Corte dispuso que el Estado debe continuar y concluir, eficazmente, en un plazo razonable y con las debidas diligencias, las investigaciones relacionadas con los hechos de tortura en perjuicio de las víctimas, con el fin de identificar y, en su caso, procesar y sancionar a los responsables⁸²⁷. En particular, para tales efectos, el Estado deberá **a)** asegurar el pleno acceso y capacidad de actuar de las víctimas y sus familiares en todas las etapas de estas investigaciones, de acuerdo con la ley interna y las normas de la Convención Americana; **b)** por tratarse de una violación grave de derechos humanos y en consideración de las particularidades y del contexto en que ocurrieron los hechos, el Estado debe abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía en beneficio de los autores, así como ninguna otra disposición análoga, la prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, *non bis in idem* o cualquier eximente similar de responsabilidad para excusarse de esta obligación; **c)** garantizar que las investigaciones y procesos por los hechos del presente caso se mantengan, en todo momento, bajo conocimiento de la jurisdicción ordinaria; y **d)** divulgar públicamente los resultados de los procesos para que la sociedad chilena conozca la determinación judicial de los hechos objeto del presente caso. Del mismo modo, el Estado deberá divulgar el resultado de una eventual revisión de las condenas de las 12 víctimas de este caso en un medio de difusión interno de las Fuerzas Armadas de Chile, con la finalidad de que este sea conocido por todos sus miembros.

Sobre esta medida, dada su especial trascendencia en la escena nacional, mediante resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, de fecha 30 de agosto de 2017, la CoIDH concluye que se encuentra pendiente de cumplimiento la medida de reparación relativa a la obligación de investigar, ordenada en el punto resolutivo quinto de la Sentencia. Se requiere que Chile presente información completa, detallada y actualizada sobre el proceso penal en curso, la cual debe abarcar los avances en las diligencias y el estado actual en que se encuentra el proceso penal causa Rol n.º 179-2013. Asimismo, considerando que la referida causa penal comprende tanto la investigación de los hechos de tortura ocurridos a las víctimas del caso, como de otros hechos delictivos presuntamente cometidos en contra de otras personas, es necesario, para valorar el cumplimiento de esta medida, que el Estado explique cuáles son los avances que se han dado en relación con la investigación y a la determinación de los responsables de los hechos ocurridos a las víctimas. Asimismo, es

⁸²⁶ Sentencia CIDH, Maldonado Vargas y Otros vs. Chile de 2015, párr. 154.

⁸²⁷ *Ibíd.*, párr. 155-156.

necesario que en el informe que presente el Estado se indiquen las fechas en las que son practicadas las diligencias⁸²⁸.

También se ordenó la celebración de un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional, en el cual se deberá hacer referencia a las violaciones de derechos humanos declaradas en la presente Sentencia. En cuanto a las autoridades estatales que deberán estar presentes o participar en dicho acto, el Tribunal, como lo ha hecho en otros casos, señala que deberán ser de alto rango, correspondiendo al Estado definir a quiénes se encomienda tal tarea. Sin embargo, deberá existir representación del Poder Judicial en el acto, y la sentencia deberá constar disponible, en su integridad, al menos por un periodo de un año, en el sitio web de los diversos organismos públicos comprometidos, aparte del Poder Judicial⁸²⁹. Adicionalmente, los representantes requirieron que la Corte ordene la publicación de la sentencia en un diario de circulación nacional, así como en los sitios web de los organismos del Estado pertinentes, especialmente en el sitio del Poder Judicial.

De la misma manera, se dispuso la revisión de las sentencias dictadas en justicia militar (recurso judicial efectivo), conminando al Estado para disponer la revisión inmediata, sin un nuevo impulso procesal por parte de las víctimas, de las sentencias del proceso 1-73 sobre las 12 víctimas del presente caso. La Corte ordenó al Estado poner a disposición de las víctimas de este caso un mecanismo que sea efectivo y rápido para revisar y/o anular las sentencias de condena que fueron proferidas en la referida causa en su perjuicio⁸³⁰. En efecto, como garantía de no repetición, la Corte solicitó que el Estado adopte medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole, con el objeto de adecuar la legislación y las prácticas chilenas a los estándares interamericanos en materia de tortura y protección judicial, y medidas para prevenir la repetición de hechos similares a los relacionados con el presente caso.

Sobre el estado de cumplimiento de esta medida, el Estado informó a esta Corte que, para el cumplimiento de dicha reparación, se creó un subcomité liderado por la Secretaría General de la Presidencia, encargada de evaluar el mejor modo de proceder. Agregó que los representantes de las víctimas sugirieron una propuesta por medio de la que el Estado, a través del Consejo de Defensa, solicitara al Fiscal Judicial de la Corte Suprema presentar un recurso de revisión para anular las sentencias dictadas por los Consejos de Guerra. Indicó que, teniendo en cuenta esa propuesta, en abril de 2016 se presentó dicho requerimiento por parte del Consejo de Defensa y que en mayo de 2016 el Fiscal Judicial de la Corte Suprema presentó el recurso de revisión sugerido por dicho Consejo, el cual fue resuelto el 3 de octubre de 2016 por sentencia definitiva de la Segunda Sala de la Corte Suprema. Chile

⁸²⁸ Cfr. Resolución CIDH, de 30 de agosto de 2017, Supervisión de cumplimiento de sentencia, párr. 10.

⁸²⁹ Sentencia CIDH, Maldonado Vargas y Otros vs. Chile, 2015, párr. 160-161.

⁸³⁰ *Ibíd.*, párr. 167.

sostuvo que, con base en lo resuelto en la referida sentencia de revisión, fundamentalmente en los considerandos trigésimo quinto y trigésimo séptimo, se encuentra cumplida esta reparación tanto para las víctimas como en lo referido a la garantía de no repetición⁸³¹.

Vinculado a lo anterior, la referida sala de la Corte Suprema dispuso, en el considerando trigésimo quinto de su decisión, que se anularán las sentencias dictadas por el Consejo de Guerra en los autos Rol n.º 1-7344 respecto de todos los condenados en ellas, y no solo a favor de aquellos que acudieron ante la Corte IDH, los condenados en esa causa eran 84 personas, incluyendo a las 12 víctimas de este caso. También declaró, en el considerando trigésimo octavo de dicha decisión, que se les absuelve, por haber sido probada satisfactoriamente su completa inocencia, de los cargos formulados en su contra en el referido proceso⁸³².

Seguidamente, en beneficio de las víctimas de este caso y de los demás condenados en el mismo proceso, la Segunda Sala de la Corte Suprema también dispuso importantes consideraciones que repercuten de forma positiva en el cumplimiento del aspecto de la reparación, ordenado como garantía de no repetición. La Corte Suprema dispuso, en el considerando trigésimo séptimo de su decisión, que, tal como lo fue en esta causa de revisión y anulación de las sentencias de la causa Rol n.º 1-73, el recurso de revisión previsto en el título VII del libro III del Código de Procesamiento Penal es la herramienta que entonces debe ser la vía procesal para que quienes fueron condenados en otros Consejos de Guerra distintos al objeto de esta causa puedan instar la revisión de las respectivas sentencias, de estimar quiénes fueron condenados en ellas o terceros con legitimación legal para accionar, que las circunstancias en que se dictaron dichos fallos ameritan su invalidación por configurarse en el caso alguna causa legal que lo amerite⁸³³.

Sobre las garantías de no repetición, se instó a las autoridades nacionales a adoptar medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole, con el propósito de adecuar la legislación y las prácticas chilenas a los estándares interamericanos en materia de tortura y protección judicial, y medidas para prevenir la repetición de hechos similares a los relacionados con el presente caso. En el orden judicial se traduce en un mecanismo que sea efectivo para revisar y anular las sentencias de condena que fueron proferidas en procesos que pudieron tomar en cuenta prueba y/o confesiones obtenidas bajo tortura.

De acuerdo con lo ya expuesto, la Corte considera que, a través de las acciones implementadas por el Estado, se ha asegurado el adecuado cumplimiento de la reparación integral. Asimismo, la Corte valora positivamente que se haya cumplido con esta medida dentro del plazo de un año. En consecuencia, se declara que Chile ha dado cumplimiento total a la medida de reparación relativa a poner a disposición de las víctimas y de las demás

⁸³¹ Cfr. Resolución CoIDH, de 30 de agosto de 2017. Supervisión de cumplimiento de sentencia, párr. 25.

⁸³² Cfr. Resolución CoIDH, de 30 de agosto de 2017. Supervisión de cumplimiento de sentencia, párr. 35.

⁸³³ Cfr. *Ibid.*, párr. 36.

personas que fueron condenadas por Consejos de Guerra durante la dictadura militar chilena, un mecanismo efectivo y rápido para revisar y/o anular las sentencias de condena que fueron dictadas en su perjuicio, ordenada en el punto resolutivo noveno de la Sentencia⁸³⁴.

Por último, la Corte declara mantener abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento de las siguientes medidas de reparación: i.- continuar y concluir, en un plazo razonable, la investigación de los hechos del presente caso; y ii.- pagar la cantidad fijada en el párrafo 179 de la Sentencia, por concepto de indemnización por daño inmaterial, en lo que respecta únicamente al pago de la indemnización fijada a favor de Gustavo Raúl Lastra Saavedra, la víctima fallecida.

d) Medidas adoptadas en el Caso Norín Catrimán y otros

En el presente asunto, como principal medida de restitución ordenada por la CoiDH, destaca la solicitud de dejar sin efecto las condenas penales impuestas a las víctimas. Al efecto, dispuso que el Estado debía adoptar, en el plazo de seis meses a partir de la notificación de la sentencia, todas las medidas judiciales, administrativas o de cualquier otra índole, necesarias para dejar sin efecto en todos sus extremos las sentencias penales condenatorias emitidas. Ello comprende i.- dejar sin efecto la declaración de las ocho víctimas de este caso como autores de delitos de carácter terrorista; ii.- dejar sin efecto las penas privativas de libertad y penas accesorias, consecuencias y registros, a la mayor brevedad posible, así como las condenas civiles que se hayan impuesto a las víctimas; y iii.- disponer la libertad personal de las víctimas que aún se encuentren sujetas a libertad condicional. Asimismo, el Estado deberá, en el plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, suprimir los antecedentes judiciales, administrativos, penales o policiales que existan en contra de las ocho víctimas en relación con las referidas sentencias, así como la anulación de su inscripción⁸³⁵.

Seguidamente, como garantía de no repetición, se ordenó la necesidad de adecuación del derecho interno en cuanto al derecho de la defensa a interrogar testigos. La Corte estima que, en el marco del ordenamiento jurídico chileno aplicado al caso, resulta adecuado ordenar a Chile que, para evitar violaciones como las declaradas en la presente Sentencia, regule con claridad y seguridad la medida procesal de protección de testigos relativa a la reserva de identidad, asegurando que se trate de una medida excepcional, sujeta a control judicial con base en los principios de necesidad y proporcionalidad, y que ese medio de prueba no sea utilizado en grado decisivo para fundar una condena, así como regular las correspondientes medidas de contrapeso que aseguren que la afectación al derecho de defensa sea suficientemente contrarrestada, de acuerdo con lo establecido en la

⁸³⁴ Cfr. *Ibíd.*, párr. 44.

⁸³⁵ Cfr. Corte IDH, Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile, *supra*, párrs. 420-422.

presente Sentencia⁸³⁶. De modo adicional, el Tribunal recuerda que, a fin de garantizar el derecho de la defensa a interrogar testigos, las autoridades judiciales deben aplicar esos criterios o estándares establecidos por la Corte en ejercicio del control de convencionalidad.

En otro orden de ideas, en lo tocante a los estereotipos discriminadores en el Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena mapuche), la Corte nuevamente consideró que la sola utilización de los razonamientos que denotan estereotipos y prejuicios en la fundamentación de las sentencias configuraron una violación del principio de igualdad y no discriminación, y el derecho a la igual protección de la ley, consagrados en el artículo 24 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento⁸³⁷.

Lo anterior está relacionado con la alegada discriminación por razones de origen étnico en perjuicio de las presuntas víctimas, sea por la supuesta existencia de una aplicación selectiva de la Ley Antiterrorista en contra de integrantes del Pueblo indígena Mapuche, sea porque las sentencias penales internas contienen expresiones que se estima que constituyen o revelan discriminación de la índole indicada. Sobre el punto, la Corte ha determinado que una diferencia de trato es discriminatoria cuando esta no tiene una justificación objetiva y razonable; es decir, cuando no persigue un propósito legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido. Por lo que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto⁸³⁸.

De otra parte, la procedencia y eficacia del recurso de nulidad -introducido por la Ley n.º 19.696 de 2000- es el único medio interno para recurrir e invalidar el juicio oral y las sentencias definitivas dictadas en sede penal. El artículo 373 del Código de Procedimiento Penal dispone, entre sus causales, que procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia a) cuando, en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes. Al respecto, la CoIDH estimó que el rechazo a los recursos presentados por las víctimas de violación por parte de Altas Judicaturas Nacionales (Corte Suprema y C. Apelaciones de Temuco) resultaron contrarios a la Convención, ya que los referidos tribunales no realizaron un examen integral de la decisión recurrida, tampoco analizaron todas las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas impugnadas en que se basaban las sentencias condenatorias. Ello indica que no tuvieron en cuenta la interdependencia que existe entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho,

⁸³⁶ Cfr. *Ibíd.*, párr. 436

⁸³⁷ Cfr. *Ibíd.*, párr. 228.

⁸³⁸ Cfr. *Ibíd.*, párrs. 200 y 201.

de forma tal que una determinación errónea de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho⁸³⁹.

Enseguida, en resolución de supervisión de cumplimiento, de fecha 28 de noviembre de 2018, en lo que interesa, la Corte manifestó que sobre la medida de dejar sin efecto las sentencias penales condenatorias emitidas en contra de las víctimas, Chile no había presentado información que acredite que haya sido dejada sin efecto la declaración de las ocho víctimas como autores de delitos de carácter terrorista. Tal declaración fue realizada en las sentencias penales condenatorias que la Corte determinó en su Sentencia como arbitrarias e incompatibles con la Convención Americana⁸⁴⁰.

A pesar de lo declarado en dicha resolución, el 26 de abril de 2019 se dio a conocer, por parte del Tribunal Pleno de la Corte Suprema, una decisión que marcará un hito en la judicatura nacional, toda vez que en aplicación del fallo regional procedió a privar de sus efectos todas las sentencias penales dictadas en contravención al Convenio, tras constatar que, dados los antecedentes y el análisis de vulneración de derechos fundamentales que ha hecho la CoIDH y que se ha verificado en los procedimientos que culminaron con las sentencias de instancia reseñadas precedentemente, se ha declarado la existencia de graves transgresiones a los tratados internacionales vigentes, los que coinciden con las garantías consagradas en los numerales 2°, 3° y 7° del artículo 19 de la Constitución Política.

Por lo que se informa, en razón de lo dispuesto en los artículos 5°, inciso segundo y 76 de la Constitución, y 63.1 y 68.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, las referidas decisiones condenatorias no pueden permanecer vigentes, atendido que su subsistencia supone la de las conductas lesivas de las garantías fundamentales reseñadas y que han sido verificadas por el tribunal internacional competente, por lo que esta Corte Suprema declarará que los fallos condenatorios citados han perdido los efectos que les son propios.

Como es dable advertir, la Corte Suprema, mediante sentencia posterior dictada al efecto, de fecha 16 de mayo de 2019, precisa que no obstante la Convención Americana sobre Derechos Humanos no contemple un mecanismo específico para el cumplimiento de los fallos que emanan de la CoIDH, pues no se ha implementado un procedimiento coactivo para la ejecución de sus sentencias. Ninguna hipótesis que se pueda formular en ese plano puede ser obstáculo para su acatamiento, pues no cabe duda de que sus decisiones judiciales deben cumplirse fielmente por los Estados Parte, por el Pacta Sunt Servanda y el Principio de la buena fe, de modo tal que tampoco puede ser un óbice real y serio para su ejecución.

Asimismo, señala que la circunstancia de que el ordenamiento jurídico nacional - *Lex Fori*- no haya previsto un cauce procesal autónomo de cumplimiento para las sentencias

⁸³⁹ Cfr. *Ibíd.*, párrs. 270 d) y 287.

⁸⁴⁰ Cfr. Resolución CoIDH de 28 de noviembre de 2018. Supervisión de cumplimiento de sentencia, párr. 6

dictadas por el Alto Tribunal Interamericano como una vía procedimental directa e idónea para su ejecución, puesto que tal determinación de la máxima relevancia que compromete el imperio de la Corte Internacional no puede quedar entregada a la mera voluntad del Estado obligado. En ese orden de ideas, y al no existir en el ordenamiento jurídico interno recursos procesales ni de otra índole que sean capaces de impugnar el fallo emitido por la CoIDH, a la Corte Suprema, ergo únicamente le corresponde acatar en todos sus extremos la ya comentada decisión judicial internacional, de un modo práctico y directo, exento de cuestionamientos de ninguna especie, puesto que una vez que se haya constatado la autenticidad de la sentencia de la Corte IDH, como acontece en la especie, nada, ni nadie puede interponerse entre la mencionada resolución condenatoria y su cumplimiento de parte de la Corte Suprema de Justicia.

Sobre el segundo aspecto de la reparación, relativo a dejar sin efecto las penas privativas de libertad, penas accesorias y condenas civiles impuestas a las víctimas, el Estado solo presentó información respecto a la eliminación de las penas accesorias relacionadas con la inhabilitación de las víctimas para el ejercicio de derechos políticos. Las autoridades nacionales informaron que las víctimas se encuentran habilitadas para ejercer el derecho al sufragio, aun cuando no han hecho referencia a las demás penas (privativas de libertad y otras accesorias) ni a las condenas civiles impuestas a las víctimas. La Corte hace notar que el cumplimiento de este extremo de la reparación ordenada depende, fundamentalmente, de que el Estado cumpla con dejar sin efecto las sentencias penales que declararon a las víctimas como autores de delitos de carácter terrorista, sobre lo cual se ha requerido a Chile que remita información⁸⁴¹.

Empero, aunque Chile no hubiere presentado información sobre dejar sin efecto las penas privativas de libertad impuestas a las víctimas, sí presentó información acerca de la eliminación de órdenes de detención que tenían algunas de ellas. En tal sentido, en su escrito de julio de 2015, las autoridades nacionales afirmaron que se habían eliminado las órdenes de detención que permanecían vigentes en el Servicio de Registro Civil e Identificación⁸⁴².

En cuanto al deber del Estado de disponer la libertad de las víctimas que se encontraran en libertad condicional, el Tribunal advierte que no ha sido aportada información por parte del Estado o de los intervinientes comunes de los representantes de las víctimas de la cual se desprenda que alguna de estas se encuentre sujeta a libertad condicional por las sentencias penales internas objeto del presente caso. Consecutivamente, respecto a la eliminación de los antecedentes judiciales, administrativos, penales o policiales que existan en contra de las ocho víctimas en relación con las sentencias penales condenatorias por delitos de carácter terrorista, la Corte constata, con base en lo informado

⁸⁴¹ Cfr. *Ibíd.*, párr. 7

⁸⁴² Cfr. *Ibíd.*, párr. 8.

por el Estado y lo observado por los representantes de las víctimas, que se eliminaron antecedentes de las víctimas⁸⁴³.

e) Medidas en el caso García Lucero y otras

En el presente asunto, la Corte decretó que el Estado de Chile debe continuar y concluir, en un plazo razonable, la investigación (referida a la medida de satisfacción sobre la obligación de investigar los hechos e identificar y, en su caso, sancionar a los responsables) por las violaciones a los derechos humanos sufrida por la víctima durante la dictadura militar. Según este fallo de la Corte, Chile incurrió en una demora excesiva para iniciar la investigación sobre las torturas infligidas a Leopoldo García Lucero, luego de su arresto en septiembre de 1973. El Estado había tomado conocimiento de los hechos de tortura de los cuales García Lucero fue víctima en 1993, pero solo en octubre de 2011 dio recién inicio a las investigaciones. Además, reiteró la necesidad de que la investigación se realice de conformidad con la normativa internacional correspondiente, en particular, con la Convención Americana y con la Convención Interamericana contra la Tortura, de las que Chile es Estado Parte⁸⁴⁴.

Por otro lado, según lo indicado sobre la posibilidad de una acción civil en el marco de la investigación de los hechos y el proceso penal respectivo, el Estado debe posibilitar que, llegado el caso, el señor García Lucero interponga reclamos de medidas de reparación previstos por la normativa interna aplicable. Asimismo, conminó al Estado que el Decreto-Ley n.º 2.191 (de amnistía) no puede presentar un obstáculo para el desarrollo de las acciones dirigidas a investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables⁸⁴⁵.

En relación al retardo en la iniciación de la investigación por los hechos de tortura ocurridos entre 1973 y 1975, y posterior conocimiento del Estado en 1993 (demora excesiva para iniciar la investigación, después de más de 16 años de tener noticia de los hechos), el Tribunal dispone que el Estado debe continuar y concluir, en un plazo razonable, con la investigación de tales hechos en la jurisdicción ordinaria, sustentándola en la normativa interna que permita, efectivamente, identificar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables, considerando que los referidos hechos ocurrieron dentro de un patrón sistemático de violaciones de derechos humanos.

Como es dable advertir, por las particularidades del caso es relevante recabar en la investigación penal el testimonio de la víctima y hacerle un examen forense físico y psicológico. También cabe señalar que la investigación se realice de conformidad con la normativa internacional correspondiente, en particular, con la Convención Americana y con

⁸⁴³ Cfr. *Ibíd.*, párr. 10-11.

⁸⁴⁴ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH. Caso García Lucero y Otras vs. Chile, sentencia de 28 de agosto de 2013 (excepción preliminar, fondo y reparaciones), párr. 220.

⁸⁴⁵ Cfr. *Ibíd.*, párrs. 222-223.

la Convención Interamericana contra la Tortura, respecto de las cuales Chile es Estado Parte.

En cuanto a las medidas informadas por las autoridades, el Estado señala, mediante informe realizado en 2013, haber informado sobre algunas diligencias realizadas en cumplimiento del fallo regional, informando que algunas de ellas se encontraban aún pendientes. Entre ellas, la tramitación de dos exhortos internacionales, uno para que se tomara la declaración del señor García Lucero en el Reino Unido, y otro para que se ubicara, citara y tomara la declaración de la persona indicada como presunta responsable de los hechos. Asimismo, señaló que en enero de 2014 la Corte de Apelaciones de Santiago designó un “Ministro en Visita” con competencia para que continuara con la investigación judicial de los hechos denunciados por el señor García Lucero en la causa rol n.º 1261-2011.

Agregó que, en julio de 2014, la abogada representante del señor García Lucero en Chile dedujo querrela criminal en contra de todos los responsables por los delitos de secuestro o detención ilegal y torturas que habría sufrido su representado, y que el Ministro en Visita tuvo por interpuesta dicha querrela y la acumuló a la causa citada. De igual forma, el Estado presentó copia de un informe del Ministro en Vista designado, en el cual comunicó todas las diligencias que se han efectuado hasta el momento en la investigación. El Estado destacó que entre los avances experimentados está el próximo viaje del señor García Lucero a Chile, a fin de declarar en la causa y ser sometido a pericias médicas por los hechos de tortura denunciados⁸⁴⁶.

En lo concerniente a la resolución de supervisión de cumplimiento, la Corte, con fecha 17 de abril de 2015, emitió pronunciamiento para el presente asunto, concluyendo, en lo que interesa, que la medida de reparación relativa a la obligación de investigar los hechos del presente caso aún se encuentra pendiente de cumplimiento. De este modo, requiere que en su próximo informe el Estado presente información completa, detallada y actualizada sobre el proceso penal en curso, la cual debe abarcar: i.- los avances en las diligencias y el estado actual en que se encuentre el proceso penal Rol n.º 1261-2011; ii.- las acciones emprendidas por el Estado en relación con la identificación de otros responsables de los hechos ocurridos al señor García Lucero entre septiembre de 1973 y junio de 1975. iii.- el estado actual del exhorto internacional Rol n.º 3052-2013, tramitado para la ubicación y toma de la declaración de la única persona que ha sido individualizada, hasta el momento, como presunto responsable de los hechos (supra Considerando 16); y iv.- aclaración sobre la forma en la que se recabará el testimonio y se realizarán los

⁸⁴⁶ Cfr. Resolución CIDH, de 17 de abril de 2015. Supervisión de cumplimiento de sentencia, párr. 6.

exámenes forenses al señor García Lucero, así como información sobre el estado actual en que se encuentre esta diligencia⁸⁴⁷.

Por lo tanto, resuelve mantener abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento respecto de la medida de reparación ordenada en el punto resolutivo séptimo de la Sentencia, relativa a la obligación del Estado de “continuar y concluir, en un plazo razonable, la investigación de los hechos ocurridos al señor García Lucero entre el 16 de septiembre de 1973 y el 12 de junio de 1975, a partir del momento de los que tomó conocimiento el Estado, sin que el Decreto Ley N° 2.191 constituya un obstáculo para el desarrollo de dicha investigación”, dado que, de conformidad con el Considerando 21 de la presente Resolución, se encuentra pendiente de acatamiento. Además, dispone que el Estado adopte, en definitiva y a la mayor brevedad, todas las medidas que sean necesarias para dar efectivo y pronto cumplimiento al punto pendiente de la Sentencia de excepción preliminar, fondo y reparaciones emitida en el presente caso, de acuerdo con lo considerado en la presente Resolución, y con lo estipulado en el artículo 68.1 de la CADH⁸⁴⁸.

f) Medidas en el Caso Atala Riffo y niñas

En este asunto se adoptaron, como medidas de reparación integral, realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional. En cuanto a las autoridades estatales que deberán estar presentes o participar en dicho acto, el Tribunal, como lo ha hecho en otros casos, señala que deberán ser de alto rango. Corresponderá al Estado definir a quiénes se encomienda tal tarea. Sin embargo, deberá existir representación del Poder Judicial en el acto.

Como garantías de no repetición, la Corte destacó que algunos actos discriminatorios analizados se relacionaron con la reproducción de estereotipos que están asociados a la discriminación estructural e histórica que han sufrido las minorías sexuales⁸⁴⁹, particularmente en cuestiones relacionadas con el acceso a la justicia y la aplicación del derecho interno.

Por ello, algunas de las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que tengan un efecto no solo restitutivo, sino también correctivo hacia cambios estructurales que desarticulen aquellos estereotipos y prácticas que perpetúan la discriminación contra la población LGTBI. Así, la Corte ordenó que el Estado continúe implementando programas y cursos permanentes de educación y capacitación en i) derechos humanos, orientación sexual y no discriminación; ii) protección de los derechos de la comunidad LGBTI; y iii) discriminación y superación de estereotipos de género en contra

⁸⁴⁷ Cfr. *Ibíd.*, párr. 21.

⁸⁴⁸ Cfr. *Ibíd.*, resolutivos n° 2 y 3.

⁸⁴⁹ Cfr. Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, op. cit., párrs. 92 y 267.

de la población LGTBI⁸⁵⁰. Los cursos deben estar dirigidos a funcionarios públicos a nivel regional y nacional, y, en particular, a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial para la proscripción de la discriminación por orientación sexual y la obligación de todas las autoridades y funcionarios de garantizar que todas las personas, sin discriminación por su orientación sexual, puedan gozar de todos y cada uno de los derechos establecidos en la Convención.

Conforme a lo ha establecido en su jurisprudencia, prescribe que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico; pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin⁸⁵¹.

Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer exoficio un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que de este ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana⁸⁵².

En síntesis, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales, administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal en el presente caso. Ello es de particular relevancia en relación con lo señalado en el presente caso sobre la proscripción de la discriminación por la orientación sexual de la persona de acuerdo con lo estipulado en el artículo 1.1. de la Convención Americana.

Ahora bien, en específico referidos a los cursos y capacitaciones en el orden judicial (particularmente dirigido a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial), se advierte, conforme a las resoluciones de supervisión de cumplimiento de 2013⁸⁵³ y 2017⁸⁵⁴ respectivamente, las siguientes gestiones del PJUD:

⁸⁵⁰ Cfr. *Ibíd.*, párr. 271.

⁸⁵¹ Cfr. *Ibíd.*, párr. 281.

⁸⁵² Cfr. *Ibíd.*, párrs. 282-283.

⁸⁵³ Cfr. Resolución CoIDH de 26 de noviembre de 2013, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.

⁸⁵⁴ Cfr. Resolución CoIDH de 10 de febrero de 2017. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia,

Primero, durante el 2012 se impartió el Curso de Formación de la Academia, dictado por representantes de la Oficina Regional para América del Sur del ACNUDH, en el que se analizaron conceptos fundamentales de los derechos humanos en el Sistema de las Naciones Unidas. Agregó que:

En esta misma línea de trabajo en conjunto entre el ACNUDH y la Academia Judicial con fecha 8 de febrero de 2012, se pactó una intención de cooperación para fortalecer su relación institucional en iniciativas dirigidas a la promoción y protección de los derechos humanos. Ambas instituciones se comprometieron a llevar adelante mancomunadamente un curso de perfeccionamiento denominado “Utilización judicial del derecho internacional de los derechos humanos por los operadores de justicia” para jueces de todo el país.⁸⁵⁵

Segundo, durante el año académico 2013, la Academia Judicial tenía contemplados los siguientes cursos de perfeccionamiento destinados a funcionarios del escalafón primario del Poder Judicial: sobre la aplicación del Derecho Internacional, cuyo objetivo era que los asistentes conozcan, analicen y debatan acerca de los principios básicos que rigen la protección de los derechos esenciales de la persona humana en el orden internacional, especialmente desde la perspectiva de la CADH y de la CoIDH; otros cursos durante ese mismo año sobre el Sistema Interamericano de Protección de Derechos y Control de Convencionalidad; Cuestiones sobre identidad sexual y discriminación por razón de sexo, género y orientación sexual; y otros cursos, en general, que serían abordados en conjunto con el Ministerio de Justicia desde la perspectiva de ciertos grupos vulnerables que están más expuestos a la discriminación, como son los inmigrantes, las personas con discapacidad, los pueblos originarios y la población LGBTI.

Por último, la dictación de curso denominado “Cuestiones sobre identidad sexual y discriminación por razón de sexo, género y orientación sexual”, que forma parte del “Programa de Perfeccionamiento” de la Academia Judicial, el cual busca mejorar o brindar nuevos conocimientos y habilidades a los funcionarios del Poder Judicial⁸⁵⁶. Añade, en atención a la referida resolución de supervisión de 2013, que el Estado deberá adoptar todas las medidas que sean necesarias para dar efectivo y pronto acatamiento a los puntos pendientes de cumplimiento, señalados en el punto resolutivo segundo, de conformidad con lo estipulado en el artículo 68.1 de la CADH, por lo que mantiene abierto el procedimiento de cumplimiento de los puntos resolutivos 2 y 5 de la Sentencia, a saber, relativos a las obligaciones del gobierno de brindar la atención médica, psicológica o psiquiátrica gratuita y de forma inmediata, adecuada y efectiva, a través de sus instituciones públicas de salud especializadas a las víctimas que así lo soliciten, de acuerdo con lo establecido en los párrafos 254 y 255 de la Sentencia; y continuar implementando, en un plazo razonable,

⁸⁵⁵ Cfr. Resolución CoIDH de 26 de noviembre de 2013, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, párr. 30.

⁸⁵⁶ Cfr. *Ibíd.*, párrs. 31 y 32.

programas y cursos permanentes de educación y capacitación dirigidos a funcionarios públicos a nivel regional y nacional, particularmente a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial⁸⁵⁷.

Además, según lo afirmado por Chile, el referido curso se mantendría dentro de la oferta de perfeccionamiento para el año 2016. Otros cursos sobre la materia destacan también sobre género y derecho: estereotipos de género. El Tribunal observa, a partir de lo informado por el Estado, que estos se habrían incorporado desde el 2015 a la malla curricular del Programa de Formación de la Academia Judicial y que serían de carácter obligatorio para los postulantes al escalafón primario (ministros, jueces y secretarios) del Poder Judicial al cual se dirige dicho programa; y el curso denominado “Interseccionalidad y Acceso a la Justicia: construyendo una Justicia con Igualdad de Género”, realizado en el segundo semestre del 2014 en el marco de un encuentro de Magistradas de Iberoamérica, en el que se impartió un panel sobre “los derechos humanos de las mujeres de riesgo social mujeres de la diversidad sexual”.

Posteriormente, en lo referente a la resolución de supervisión, de 10 de febrero de 2017, la Corte sostuvo que, en razón de lo anteriormente informado por el gobierno y autoridades judiciales, es preciso concluir que el Estado de Chile ha dado cumplimiento total a la reparación relativa a brindar tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico que requieran las víctimas, y considera que puede dar por concluida esta medida, ordenada en el punto dispositivo segundo de la Sentencia. Aun cuando el Tribunal enfatiza que deberá cumplir con tales tratamientos por el tiempo de cuatro años para cada víctima, de conformidad con lo ordenado en la Sentencia⁸⁵⁸.

Por otro lado, en punto resolutivo segundo, se advierte, no obstante, mantener abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento sobre la medida de reparación relativa al deber del Estado de continuar implementando, en un plazo razonable, programas y cursos permanentes de educación y capacitación dirigidos a funcionarios públicos a nivel regional y nacional, particularmente a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial.

g) Medidas en el Caso Almonacid Arellano y otros

Sobre el particular, conviene recordar que en 1978 el gobierno de facto que regía en el país dictó el Decreto Ley n.º 2.191, por medio del cual se concedió amnistía a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores hubieren incurrido en hechos delictuosos durante la vigencia de la situación de Estado de Sitio, comprendida entre el 11

⁸⁵⁷ Cfr. *Ibíd.*, resolutivo 2.

⁸⁵⁸ Cfr. Resolución CoIDH., de 10 de febrero de 2017, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, párrafo 18.

de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, siempre que no se encuentren actualmente sometidas a proceso o condenadas. Asimismo, se concedió amnistía a las personas que a la fecha de vigencia del presente decreto ley se encuentren condenadas por tribunales militares, con posterioridad al 11 de septiembre de 1973.

En cuanto a las medidas adoptadas previamente por el Estado de Chile, en atención al referido decreto ley, que consigna la sentencia estimatoria de fecha 26 de septiembre de 2006, se informa que hasta esa fecha fueron presentados 6 proyectos de ley tendientes a modificar el Decreto Ley n.º 2.191. Dos de ellos pretendían que, a través de una ley, se interpretara el decreto ley señalado, estableciendo que este no es aplicable a los crímenes de lesa humanidad, por su carácter de inadmisibles e imprescriptibles (Boletín n.º 654-07, presentado el 7 de abril 1992, y Boletín n.º 1718-07, presentado el 11 de octubre de 1995). Un tercero pretendía ampliar el periodo cubierto por el Decreto Ley hasta el 11 de marzo de 1990 (Boletín n.º 1.622-07, presentado el 6 de junio 1995). Un cuarto proyecto (Boletín n.º 1632-07, presentado el día 14 de junio 1995) buscaba impedir que se inicie proceso alguno destinado a hacer valer la responsabilidad de quienes aparezcan en ellos como autores, cómplices o encubridores, entendiéndose extinguida toda acción penal o civil que de ellos haya emanado, y proponía el sobreseimiento definitivo sin más trámite de los juicios que se encontraran pendientes. Añade un quinto proyecto (Boletín n.º 1657-07, presentado el 19 de julio de 1995), el cual tenía el propósito de reglar la aplicación del Decreto Ley y establecer que, en caso de personas detenidas-desaparecidas, el juez continuaría las investigaciones con el solo propósito de esclarecer el destino de la víctima o de sus restos.

Sin embargo, ninguno de estos proyectos fue aprobado. Adicionalmente, se presentó un sexto proyecto (boletín n.º 4162-07, presentado el 21 de abril de 2006), que fue recientemente presentado con la finalidad de declarar la nulidad del derecho público del Decreto Ley n.º 2.191. La Corte desconoce el estado del trámite legislativo de este último proyecto, aun cuando de su revisión es posible advertir que se encuentra en el Senado, en la primera etapa de trámite constitucional, último movimiento habido en 201⁸⁵⁹. Del mismo modo, se deja constancia que en los últimos años el Poder Judicial chileno ha inaplicado el Decreto Ley n.º 2.191 en un grueso número de causas internas.

Ahora bien, en lo que interesa a las medidas ordenadas, se impone el deber de adecuación del derecho interno a la Convención Americana y obligación del Estado de continuar con las investigaciones del presente caso, identificar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables. En efecto, dicha medida se justifica, pues la CoIDH considera que las leyes de amnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de

⁸⁵⁹ Proyecto de ley que declara la nulidad del Decreto Ley N° 2.191, de 1978. Disponible en: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=4555&prmBL=4162-07> (consultada el 13/07/2020)

la impunidad de los crímenes de lesa humanidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana e indudablemente afectan derechos consagrados en ella. Ello constituye *per se* una violación de la Convención y genera responsabilidad internacional del Estado. En consecuencia, dada su naturaleza, el Decreto Ley n.º 2.191 carece de efectos jurídicos y no puede seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, tampoco puede tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en Chile⁸⁶⁰.

Igualmente, la Corte dispone que, al pretender amnistiar a los responsables de delitos de lesa humanidad, el Decreto Ley n.º 2.191 es incompatible con la Convención Americana y, por tanto, carece de efectos jurídicos; por tanto, el Estado debe i) asegurar que no siga representando un obstáculo para la investigación de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano y para la identificación, y, en su caso, sanción de los responsables; y ii) asegurar que el Decreto Ley n.º 2.191 no siga representando un obstáculo para la investigación, juzgamiento y, en su caso, sanción de los responsables de otras violaciones similares acontecidas en Chile⁸⁶¹.

Siendo así, el Tribunal declaró la violación de los derechos contenidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en relación con su artículo 1.1, que se produjo por dos causas: i) por el otorgamiento de competencia a la jurisdicción militar para que conociera el caso por la muerte del señor Almonacid Arellano, y ii) por la aplicación del Decreto Ley n.º 2.191. La primera violación fue producto de la resolución de la Corte Suprema de 5 de diciembre de 1996, mientras que la segunda fue consecuencia de las sentencias de 28 de enero de 1997 del Segundo Juzgado Militar de Santiago y de 25 de marzo de 1998 de la Corte Marcial (*supra* párr. 82.21). En vista de lo anterior, este Tribunal dispone que el Estado debe dejar sin efecto las citadas resoluciones y sentencias emitidas en el orden interno, y remitir el expediente a la justicia ordinaria para que, dentro de un procedimiento penal, se identifique y sancione a todos los responsables de la muerte del señor Almonacid Arellano⁸⁶².

Efectivamente declara que el Estado no podrá hacer valer ninguna ley ni disposición de derecho interno como pretexto para eximirse de la orden de la Corte de investigar y sancionar penalmente a los responsables de la muerte del señor Almonacid Arellano. Chile no podrá volver a aplicar el Decreto Ley n.º 2.191. Pero, además, el Estado no podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal ni el principio *non bis in ídem*, así

⁸⁶⁰ Cfr. Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C N° 154, párr. 119.

⁸⁶¹ Cfr. *Ibíd.*, párr. 145.

⁸⁶² Cfr. *Ibíd.*, párrs. 146-147.

como cualquier excluyente similar de responsabilidad para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables⁸⁶³.

El Tribunal refuerza lo anterior señalando que, por constituir un crimen de lesa humanidad, el delito cometido en contra del señor Almonacid Arellano, además de ser inamnistiable, es imprescriptible. Los crímenes de lesa humanidad van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad toda.

El daño que tales crímenes ocasionan permanece vigente para la sociedad nacional y para la comunidad internacional, las que exigen la investigación y el castigo de los responsables. En este sentido, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad⁸⁶⁴ claramente afirma que tales ilícitos internacionales son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido.

Aunque Chile no ha ratificado dicha Convención, la Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma del Derecho Internacional General (*ius cogens*), que no nace con tal Convención, sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, Chile no puede dejar de cumplir esta norma imperativa.

Ahora bien, acerca de las medidas cuya supervisión da cuenta la resolución, de fecha 18 de noviembre de 2010. Sobre las medidas para poner fin a la aplicación del referido decreto de amnistía, el Estado informa haber ingresado tres iniciativas a trámite. La primera trata de un proyecto de ley de reforma al Código de Justicia Militar, que entró a tramitación ante el Congreso Nacional el 3 de julio de 2007, y entre sus modificaciones apunta la tarea de adoptar como regla de competencia para la jurisdicción militar que esta sea ejercida sobre militares para juzgar asuntos de jurisdicción militar y pretende que la jurisdicción y las competencias de la justicia militar alcancen solo a delitos militares contra la soberanía del Estado y su seguridad interior y exterior, cuando sean cometidos por militares⁸⁶⁵. La

⁸⁶³ Cfr. Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Párrafo 151.

⁸⁶⁴ Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2391 (XXIII) de 26 de noviembre de 1968. Entró en vigor el 11 de noviembre de 1970.

Véase en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/WarCrimes.aspx>. Su aprobación por el Congreso Nacional se encuentra en trámite.

Véase en: <file:///C:/Users/Administrador/Downloads/HL20357.pdf> (página consultada el 15/06/18); y Proyecto de reforma constitucional que establece que los crímenes y delitos de guerra, lesa humanidad y genocidio no puedan prescribir ni ser amnistiados, por mensaje de S:E: la Presidenta de la República, Mensaje N° 968-362/. Disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/chile/doc/ch111.html>

En Chile consta la vigencia de la Ley 20.357 que Tipifica Crímenes de Lesa Humanidad y Genocidio y Crímenes y Delitos de Guerra, publicada el 18 de julio de 2009.

Véase en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1004297>

⁸⁶⁵ Cfr. Resolución CoIDH de 18 de noviembre de 2010, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, párr. 6, literal c).

segunda apunta a la tramitación de un proyecto de ley destinado a interpretar el artículo 93 del Código Penal, con el objeto de que la amnistía, el indulto y la prescripción no fueran aplicables en los casos de delitos de guerra, genocidio y lesa humanidad. Según lo informado por el Estado, este proyecto de ley busca dar cumplimiento a la Sentencia de la Corte respecto a que el Decreto Ley 2.191 no constituya un obstáculo para la investigación, juzgamiento y, en su caso, sanción de los responsables de violaciones a los derechos humanos acontecidas en Chile durante el periodo 1973-1978⁸⁶⁶.

La tercera iniciativa normativa trataba de un proyecto de ley para modificar el artículo 657 del Código de Procedimiento Penal, estableciendo un nuevo canal de revisión en caso de violaciones a los derechos humanos. El texto propone un artículo único bajo el siguiente tenor: El texto del segundo proyecto de ley presentado por el Estado propone en su artículo único que agrega al artículo 657 del Código de Procedimiento Penal dos nuevas causales para el recurso de revisión: i. cuando aparezcan hechos establecidos en una resolución judicial que acrediten que la sentencia está basada en confesiones obtenidas bajo tortura; y ii.- cuando la sentencia haya sido dictada en contravención a obligaciones contraídas por el Estado de Chile, en virtud del derecho internacional consuetudinario, convencional, principios generales del derecho y las normas del *ius cogens*, en materia de crímenes de guerra o de lesa humanidad.

Sobre la posibilidad de establecer causales específicas para la interposición de un recurso de revisión en casos de violaciones graves de derechos humanos, el Tribunal observa que tal supuesto podría permitir una revisión judicial de estos casos, en el entendido de que dicha revisión no se vería obstaculizada por la aplicación del principio de legalidad y de retroactividad de la ley penal⁸⁶⁷.

Finalmente, la Corte estima necesario que el Estado de Chile explique cómo las reformas legislativas mencionadas permitirían garantizar que el Decreto Ley n.º 2.191 no sea aplicado por órganos y autoridades internas en la investigación y sanción de violaciones similares a las acontecidas en el presente caso. De otro parte, el Tribunal observa que el Estado informó sobre el inicio de la tramitación del proyecto de ley que interpretaría las causales de exclusión de responsabilidad penal en mayo de 2008, y más de dos años después el proyecto se encontraría en tramitación ante el Senado, puesto que esta medida de reparación debía cumplirse dentro de un plazo razonable. La Corte insta al Estado a adoptar las medidas que fueren necesarias para dar un pronto y efectivo cumplimiento a la presente medida de reparación⁸⁶⁸.

En consecuencia, el Tribunal considera que el punto resolutivo sexto de la sentencia se encuentra pendiente de cumplimiento y solicita al Estado que continúe informando, en

⁸⁶⁶ Cfr. *Ibíd.*, párr. 17.

⁸⁶⁷ Cfr. *Ibíd.*, párr. 21.

⁸⁶⁸ Cfr. *Ibíd.*, párr. 22.

forma detallada, oportuna y completa, sobre los avances alcanzados en la tramitación de los referidos proyectos de ley y las medidas desarrolladas o que desarrollare para su adopción, así como sobre la efectividad de dichas reformas legislativas para el cumplimiento de la presente medida de reparación.

h) Medidas para el Caso Claude Reyes y otros

En lo que interesa, la sentencia regional de 2006 dispuso que el Estado de Chile debía adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la protección al derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, dentro de las cuales debe asegurar la efectividad de un procedimiento administrativo adecuado para la tramitación y resolución de las solicitudes de información que fije plazos para resolver y entregar la información, y que se encuentre bajo la responsabilidad de funcionarios debidamente capacitados⁸⁶⁹. Asimismo, realizar la capacitación a los órganos, autoridades y agentes públicos sobre el derecho de acceso a la información bajo el control del Estado. Al igual que el resto de los asuntos, como satisfacción se ha prevenido la medida de publicidad del fallo en sus partes pertinentes, y remisión a las diversas autoridades nacionales como el otorgamiento de medidas de satisfacción, con el fin de indemnizar a las víctimas por el sufrimiento causado.

Dicho esto, por resolución de cumplimiento de 24 de noviembre de 2008, la Corte indica que en cuanto a la obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar el derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, establecida en el punto resolutivo séptimo de la Sentencia, el Estado informó que los días 11 y 20 de agosto de 2008, respectivamente, se promulgó y publicó en el Diario Oficial la Ley n.º 20.285 –de la Función Pública y Acceso a la Información Pública–, que consagra en su artículo 10 el derecho de toda persona a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado⁸⁷⁰ y establece, entre otros, los principios de apertura o transparencia, que dispone que y establece, entre otros, los principios de apertura o transparencia, que dispone que toda información en poder del Estado se presume pública; máxima divulgación, conforme al cual la Administración debe proporcionar información en los términos más amplios posibles, excluyendo solo las excepciones constitucionales o legales; oportunidad, consistente en que con la máxima celeridad posible y sin dilaciones la administración entregue la información dentro de los plazos legalmente establecidos; control, asegurando la fiscalización permanente y que las resoluciones que recaigan en solicitudes de acceso a la información puedan ser recurridas ante un órgano externo; responsabilidad, que prevé que el incumplimiento de las obligaciones origina responsabilidad y sanciones previstas en la ley.

⁸⁶⁹ Cfr. Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C N°151, párr. 163.

⁸⁷⁰ Cfr. Resolución CoIDH de 24 de noviembre de 2018, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, párr. 8.

Por último, el Estado informó, entre otros aspectos, sobre el procedimiento previsto en la Ley para ejercer el derecho de acceso a la información, los recursos disponibles y el funcionamiento y facultades del Consejo para la Transparencia, entidad creada por la Ley como corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propios, con facultades de protección y promoción del derecho de acceso a la información. Por lo que la Corte decide dar por concluido el caso Claude Reyes y otros, en razón de que el Estado de Chile ha dado cumplimiento íntegro a lo ordenado en la Sentencia emitida por la CoIDH el 19 de septiembre de 2006.

i) Medidas en el Caso Palamara Iribarne vs. Chile

Para el presente asunto, junto con satisfacción equitativa, medidas de publicidad del fallo, la Corte ha ordenado que se modifiquen resoluciones internas contrarias a la Convención, requiriendo del Estado que realice todas las medidas conducentes a dejar sin efecto en el plazo de seis meses, y en todos sus extremos, las sentencias condenatorias dictadas previamente en contra del señor Humberto Antonio Palamara Iribarne (por el delito de desacato dictado por la Corte Marcial, y delitos de desobediencia e incumplimiento de deberes militares, emitidas por la Corte Marcial y por el Juzgado Naval de Magallanes).

En cuanto a la necesidad de adecuar el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción penal militar, la Corte estimó que, en caso de que el Estado considere necesaria la existencia de una jurisdicción castrense, esta deberá limitarse solamente al conocimiento de delitos de función cometidos por militares en servicio activo. Por lo tanto, el Estado debe establecer, a través de su legislación, límites a la competencia material y personal de los tribunales militares, de forma tal que en ninguna circunstancia un civil se vea sometido a la jurisdicción de los tribunales militares⁸⁷¹.

En lo tocante a la tipificación penal delito de desacato, por el cual el señor Palamara fue procesado, “la Corte valora la reforma del Código Penal establecida mediante la publicación de la Ley N°. 20.048 el 31 de agosto de 2005, por la cual se derogaron y modificaron algunas normas que hacían referencia al delito de desacato. Con respecto al ordenamiento interno que continúa regulando dicho delito (criterios de la CoIDH en párrafos 92, 93 y 94), el Estado debe adoptar, en un plazo razonable, todas las medidas necesarias para derogar y modificar cualesquiera normas internas que sean incompatibles con los estándares internacionales en materia de libertad de pensamiento y de expresión, de manera tal que se permita que las personas puedan ejercer el control democrático de todas las instituciones estatales y de sus funcionarios, a través de la libre expresión de sus ideas y opiniones sobre las gestiones que ellas realicen, sin temor a su represión

⁸⁷¹ Corte IDH. Caso Palamara Iribarne vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C N° 135, párr. 256.

posterior”(párrafo 93 y 254 sobre Adecuación del derecho interno a los estándares internacionales en materia de desacato).

Sobre esta idea, la jurista nacional Judith Schonsteiner precisa que “el país fue condenado por la Corte Interamericana precisamente porque las actuales disposiciones de la Justicia Militar no satisfacen los estándares exigidos por el pacto de San José de Costa Rica, en cuanto a garantía del debido proceso y a la independencia e imparcialidad de los jueces. El Poder Judicial coincidió, más recientemente, en un informe sobre el proyecto de ley 7-2014, con esta postura⁸⁷².

Con relación a las sentencias penales emitidas en contra del señor Palamara Iribarne, la Corte ha determinado que los procesos penales que se llevaron a cabo en la jurisdicción penal militar en contra del señor Palamara Iribarne no revestían las garantías de competencia, imparcialidad e independencia necesarias en un Estado democrático para respetar el derecho al juez natural y el debido proceso. La Corte estimó que el Estado debe adoptar, en el plazo de seis meses, todas las medidas judiciales, administrativas y de cualquier otra índole necesarias para dejar sin efecto alguno los procesos penales militares instruidos en contra de la víctima y sus sentencias, incluyendo la supresión de los antecedentes penales del registro correspondiente.

Relativo a la supervisión del presente asunto, con fecha 1 de septiembre de 2016, la Corte procedió a referirse sobre lo informado por el Estado en orden a dar cumplimiento a las medidas solicitadas. Al efecto, la Corte estima que la medida ordenada en el punto resolutivo décimo tercero se encuentra pendiente de cumplimiento e insta al Estado a adoptar las medidas necesarias para lograr, a la mayor brevedad posible, la derogación o modificación de los artículos 264 del Código Penal y 284 del Código de Justicia Militar, que tipifican los delitos de amenazas y desacato, de modo que su derecho interno se adecue a los estándares internacionales en materia de libertad de expresión, en lo que respecta a responsabilidades penales ulteriores incompatibles con dicho derecho.

Lo anterior se basa en lo informado por el gobierno, a saber, sobre diversas propuestas de proyectos de ley para la derogación o reforma de los delitos de desacato y amenazas, de las cuales este Tribunal ha tomado nota en sus resoluciones. El Estado ha indicado que pretende derogar el delito de desacato del Código de Justicia Militar, ya que “se trata de un delito que no reviste de caracteres propiamente castrenses y restringe severamente el discurso público y el rol que una opinión pública informada ejerce en el seno de una sociedad democrática”. Sobre el delito de amenazas, enfatizó que “se trata de una figura jurídica que adolece de ciertos problemas técnicos” y que “no es tan claro cuál es el bien jurídico protegido”, aunque su aplicación “es prácticamente nula”⁸⁷³.

⁸⁷² Oficio N° 55-2014, 1 de julio de 2014, Informe en relación a boletín 8803-02.

⁸⁷³ Cfr. Resolución CoIDH de 1 de septiembre de 2016, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. párr. 13.

Si bien, el Tribunal valora los esfuerzos del Estado para impulsar proyectos de ley orientados a dar cumplimiento a esta reparación, resulta grave que, a más de diez años de emitida la Sentencia, los referidos tipos penales de amenazas y desacato se encuentren aún vigentes en el derecho interno. Ninguna de las propuestas legislativas referidas por Chile a lo largo de estos años ha sido aprobada.

Por otro lado, sobre las medidas para adecuar el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales, el Estado reiteró la información presentada con anterioridad a la Resolución de julio de 2011, en relación con la aprobación de la Ley n.º 20.477, que modificó la competencia de los tribunales militares. También se refirió al contenido y trámite legislativo de otros cuatro proyectos de ley relativos a la reforma de ciertos aspectos de la jurisdicción penal militar, los cuales se presentaron al Congreso entre el 2010 y el 2013 32: i) el Boletín n.º 7112-07, que limita la competencia de la jurisdicción militar al conocimiento de delitos castrenses; ii) el Boletín n.º 7887-07, que modifica el Código de Justicia Militar en materia de competencia por delitos en que aparezcan involucrados menores de edad; iii) el Boletín n.º 8472-07, que modifica el Código de Justicia Militar y la Ley n.º 20.477 en materia de competencia de los tribunales militares; y iv) el Boletín n.º 8803-02 para la derogación del Código de Justicia Militar y el traspaso del conocimiento de los delitos militares a la justicia penal ordinaria y para la creación de un Código Penal Militar⁸⁷⁴.

En este contexto, el Tribunal considera preocupante que, habiendo transcurrido casi seis años desde la emisión de la Ley N.º. 20.477 y más de diez años desde la emisión de la Sentencia, Chile no haya adoptado ninguna otra medida para completar la armonización de su derecho interno con los estándares convencionales e internacionales en materia de competencia de la jurisdicción penal militar⁸⁷⁵. Además, señala que resulta grave que a más de diez años del dictado de la Sentencia el Estado no haya adoptado ninguna medida concreta para el cumplimiento de esta reparación, y que ninguno de los proyectos de ley sobre reformas a la justicia militar a los que ha hecho referencia hayan sido aprobados aún ni presenten avances sustanciales en su trámite legislativo.⁸⁷⁶

Por lo que concluye resolviendo mantener abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento respecto de las medidas de reparación ordenadas en los puntos resolutivos décimo tercero, décimo cuarto y décimo quinto de la sentencia condenatoria.

j) Caso La Última Tentación de Cristo, Olmedo Bustos y otros

De acuerdo con el artículo 13 de la Convención, la Corte consideró en el presente asunto que el Estado debía modificar su ordenamiento jurídico con el fin de suprimir la

⁸⁷⁴ Cfr. *Ibíd.*, párr. 21.

⁸⁷⁵ Cfr. *Ibíd.*, párr. 33.

⁸⁷⁶ Cfr. *Ibíd.*, párr. 35.

censura previa para permitir la exhibición cinematográfica y la publicidad de la película “La Última Tentación de Cristo”, ya que se encuentra que está obligado a respetar el derecho a la libertad de expresión y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción. Para su cumplimiento, la Corte regional consideró, al efecto, las medidas informadas por el gobierno, que significaron, a la postre, una reforma constitucional, aprobado el 10 de julio de 2001 por el Congreso Nacional, y que fuere destinado a consagrar el derecho a la libre creación artística y a la eliminación de la censura cinematográfica, sustituyéndola por un sistema de calificación que sería regulado por ley, promulgado e incorporado a la Carta Fundamental el 25 de agosto de 2001 mediante la publicación en el Diario Oficial de Chile de la Ley n.º 19.742.

Asimismo, Chile informó que la Ley n.º 19.846 (Ley sobre Calificación de la Producción Cinematográfica) se publicó y entró en vigor el 4 de enero de 2003, y en su artículo primero estableció un sistema para la calificación de la producción cinematográfica que se realiza por edades, destinado a orientar a la población adulta sobre los contenidos de la producción cinematográfica y de proteger a la infancia y a la adolescencia, en atención a lo señalado en diversos tratados internacionales suscritos por el mencionado Estado⁸⁷⁷.

De manera adicional, y sobre el caso particular, el Estado de Chile informa que, con fecha 7 de abril de 2003, la película “La Última Tentación de Cristo” fue recalificada por el nuevo Consejo de Calificación y quedó comprendida dentro de la categoría “para mayores de 18 años”. La empresa encargada de la distribución de esta película en Chile realizó su estreno el 11 de marzo de 2003 en la sala del Cine Arte Alameda en Santiago, donde se exhibe, desde entonces, para todo público mayor de 18 años⁸⁷⁸. Debido a tales medidas, resuelve declarar que el Estado de Chile ha dado pleno cumplimiento a la sentencia de la Corte IDH de 5 de febrero de 2001, y en consecuencia da por terminado el caso “La Última Tentación de Cristo” y archiva el expediente.

3. Convergencias y divergencias en las medidas de reparación

Tanto el Sistema Interamericano como el Europeo se distinguen, evidentemente, por compartir una naturaleza definida: velar por la protección y garantía de derechos humanos en un sistema regional conformado por Estados que han ratificado y se han adherido a los convenios de derechos humanos que precisamente han dado origen a los dos sistemas.

De conformidad con el artículo 46, apartado 1, del CEDH, las Partes Contratantes están obligadas a acatar las sentencias definitivas del TEDH en los litigios en que sean parte. En virtud de esta disposición, una Parte Contratante tiene la obligación, por un lado, de adoptar, respecto del demandante, todas las medidas individuales aplicables con arreglo a su derecho interno para eliminar las consecuencias de la violación declarada en la sentencia

⁸⁷⁷ Cfr. Resolución CoIDH de 28 de noviembre de 2003, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, párr.19.

⁸⁷⁸ Cfr. *Ibíd.*, párr.20.

del TEDH (*restitutio in integrum*). Si el derecho interno de la Parte Contratante de que se trate solo permite reparar de manera imperfecta las consecuencias de esa violación, el artículo 41 del Convenio dispone que el TEDH concederá “una satisfacción equitativa” al demandante. De otro lado, una Parte Contratante está obligada a adoptar las medidas de carácter general, como una modificación de su ordenamiento jurídico interno, cambios jurisprudenciales u otro tipo de medidas, para prevenir nuevas violaciones análogas a las comprobadas por dicho Tribunal o poner término a las violaciones subsistentes en el citado ordenamiento.

No obstante, mientras la Corte Interamericana está facultada para conceder una reparación integral a la víctima, de acuerdo con el artículo 63.1 de la Convención “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 Tribunal Europeo únicamente tiene la facultad de reconocer una satisfacción equitativa: artículo 41 de la Convención Europea, en el cual se consagra que “Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o sus protocolos, y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante solo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa”.

Tal como operan estas dos instituciones puede afirmarse que en el sistema interamericano tiene mayores alcances el compromiso con el resarcimiento de los daños causados por una violación de los derechos humanos a un particular. Lo anterior debido a que, por una parte, la instancia internacional opera autónomamente con respecto a las reparaciones, es decir, que estas no se establecen en función de los defectos o insuficiencias del sistema nacional, por lo cual la Corte no está obligada a realizar una primera verificación sobre la eficacia reparadora en el ámbito interno, como sí sucede en el caso europeo⁸⁷⁹.

Desde otro ángulo, el carácter integral de la reparación en el sistema interamericano plantea la posibilidad de que las decisiones condenatorias tiendan a ser bastante más ‘complejas’ a diferencia de las simples indemnizaciones pecuniarias, típicas en el Tribunal de Estrasburgo. Sobre este último aspecto de la ‘complejidad’ de los fallos en el sistema interamericano, habría que advertir que estos parecen ser fruto de la audacia del Tribunal de Costa Rica en su función de procurar compensar no solo dinerariamente a las víctimas, sino realmente intentar satisfacer los daños conculcados, lo que en el sistema se ha entendido como reparación integral. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte, en

⁸⁷⁹ Sobre el particular véase: GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. “Las reparaciones en el sistema interamericano de derechos humanos”. San José de Costa Rica: Memoria del seminario El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI, 2003.

consonancia con otras directrices internacionales⁸⁸⁰, ha considerado que la reparación no solo cubre la forma de retribución económica ante el daño infringido, sino que implica otras categorías, a saber: restitución, compensación, satisfacción y aseguramiento, y garantías para la no repetición del acto ilícito⁸⁸¹.

Todos estos niveles de reparación han sido aceptados y concedidos por la Corte de Costa Rica en los casos concretos; sin embargo, lo primero que se procura siempre es la restitución, pues en cuanto implica el restablecimiento de la situación que existió antes de que el acto ilícito fuera cometido, resulta ser una solución ideal; no obstante, como en muchos casos esta no es posible, se acude muchas veces de forma simultánea a la compensación -como remuneración pecuniaria- y a la satisfacción, en tanto el perjuicio no pueda ser reparado por restitución o indemnización.

Por lo anterior, no es extraño encontrar en las sentencias de la Corte Interamericana condenas a un Estado que impliquen indemnizaciones monetarias por concepto de daño material presente y futuro, daño moral, daño al proyecto de vida, pagos que, además, deben ir frecuentemente acompañados por reformas legislativas, juzgamiento de los responsables de la violación, publicación de la responsabilidad del Estado en medios de comunicación, actos oficiales de desagravio, exigencias con miras a la creación de medidas preventivas de futuras violaciones, entre otros.

En un sentido diverso a este tipo de decisiones del sistema interamericano, bajo el sistema europeo se ha preferido una interpretación restrictiva del artículo 41 del Convenio, de manera que la regla general es que la ‘satisfacción equitativa’ se reduce al reconocimiento de una indemnización económica por los daños materiales y/o morales infringidos a la víctima⁸⁸², razón que quizá pueda explicar, en parte, las diferencias estadísticas en cuanto al cumplimiento de las sentencias de los dos grandes tribunales de derechos humanos, las cuales ubican al continente europeo muy por encima del americano⁸⁸³.

Ahora bien, considerando lo visto anteriormente, lo pretendido conforme el presente capítulo configura la revisión de cuestiones relativas al estudio de las medidas de reparación en ambos sistemas de protección regional y su contenido en las convenciones respectivas a

⁸⁸⁰ el artículo 34 del proyecto sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU en diciembre de 2001, se enumeran los tipos de reparación de la siguiente forma: “La reparación íntegra del perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito adoptará la forma de restitución, de indemnización y de satisfacción, ya sea de manera única o combinada...”.

⁸⁸¹ Vid. Sobre el particular véase: GARCÍA RAMÍREZ, op. cit., y VAN BOVEN, Theo. “Reparations a requirement of Justice”. San José de Costa Rica: Memoria del seminario El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI, 2003.

⁸⁸² Vid. VAN BOVEN, op. cit.

⁸⁸³ véase: CARY SIMS, John. “Compliance without remands: the experience under the European Convention on Human Rights”. *36 Arizona State Law Journal*, 2004.

la luz de la jurisprudencia regional. De este modo se ha constatado que tanto el TEDH como la CoIDH han sido proclives en pronunciarse sobre la necesidad de declarar necesariamente modificaciones legislativas en sus fallos, como medidas generales, habiéndose revisado el contenido de aquellas y los efectos -directos e indirectos- producidos en el plano interno; por lo 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 legislativas⁸⁸⁴.

En síntesis, el artículo 63.1 de la Convención Americana establece:

[Que] 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. Se entiende que la CADH concede cierto margen de discrecionalidad a la Corte IDH para establecer tipos de reparaciones. En ese marco, es una autorización para reparar el daño a las víctimas, distinto del Sistema Europeo, que propone la consideración de un doble plano reparatorio, primero ante la autoridad doméstica y después ante el órgano transnacional⁸⁸⁵ del que la Corte IDH comprendió desde su primera sentencia. 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 extrapatrimoniales. Sin que tales medidas constituyan una condena de tipo penal para el Estado ni las personas responsables de sus violaciones. Por ende, “la reparación” es el término genérico que comprende las diferentes formas en que 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 o medidas legislativas.

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

⁸⁸⁴ CÁRDENAS VELÁSQUEZ, op. cit., pp. 240-244.

⁸⁸⁵ GARCÍA RAMÍREZ, op. cit., pp. 129-160. La connotación del contenido reparator 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 of the Inter-American Court of Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pp. 233-234.

Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante solo 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 compleja 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 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 mayor⁸⁸⁶, más aún porque en la práctica del TEDH se ha empleado para la compensación monetaria.⁸⁸⁷

Luego, 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 lesión. A la vista de lo ya expuesto, 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, a través de las sentencias ordinarias en casos aislados sometidos ante su jurisdicción, como se verá enseguida⁸⁸⁸.

Ahora, en situaciones de evidente contrariedad normativa, como el caso *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

⁸⁸⁶ Según 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 in Cases of Genocide”. *Journal of International Criminal Justice*, 2007, vol. 5, núm. 4, pp. 905-912. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.1093/jicj/mqm040>

⁸⁸⁷ 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, Nueva York: Oxford University Press, 2005, p. 281.

⁸⁸⁸ CÁRDENAS, op. cit., p. 245.

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, así como 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, estas solo operan de forma más regular en las sentencias pilotos, con base en los que sí terminan declarando las enmiendas normativas como medida idónea para evitar la repetición de los hechos y, concretamente, para restituir los derechos violados, si procede, tal como ocurriera en las mencionadas (*supra*) sentencias pilotos contra Polonia. No obstante, la limitada apreciación del TEDH sobre sus facultades no ha impedido que las medidas sí tengan lugar en la práctica, bajo la libertad de medios del Estado, aunque cierto es que cada vez se acerca más al establecimiento de medidas legislativas en el sentido proferido por la Corte IDH.

CAPÍTULO VI: DESAFÍOS Y AVANCES EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS SISTEMAS REGIONALES EN LOS CASOS DE ESPAÑA Y CHILE

1. Desafíos en la ejecución de las sentencias del TEDH en España

En el plano nacional, conscientes de fortalecer el sistema europeo de protección y la labor del TEDH, el gobierno ha ido implementando algunas medidas, impulsadas principalmente por tres motivos: i.- asumir el compromiso del Estado español con el Consejo de Europa para lograr una mayor efectividad del TEDH mediante esfuerzos para conseguir la ratificación por todos los Estados firmantes del Protocolo adicional n.º 14; ii.- en el marco de un nuevo plan del gobierno⁸⁸⁹ centrado en el cumplimiento de nuevos compromisos internacionales en materia de Derechos Humanos ante Naciones Unidas; y c) especialmente en su afán de presentar su candidatura al Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas para el periodo (2018-2020)⁸⁹⁰.

a) Desafíos judiciales para el cumplimiento y ejecución de sentencias en España

El Tribunal Constitucional español en un principio fue claro en precisar que el TEDH no dispone de competencias jurisdiccionales para hacer ejecutar lo juzgado, por lo que señala que, aunque el Convenio Europeo pueda aplicarse de manera directa por las autoridades jurisdiccionales internas, no quiere decir lo mismo acerca de la ejecución de las sentencias, pues, a pesar de su vinculación, el CEDH no introduce en el derecho nacional una instancia supranacional. Precisamente:

El Convenio no obliga a dar efecto interno a las Sentencias del Tribunal Europeo mediante la anulación de la autoridad de cosa juzgada y de la fuerza ejecutoria de la decisión judicial nacional que dicho Tribunal haya estimado contraria al Convenio. Tampoco el Artículo 13 del Convenio confiere al justiciable un derecho para ampliar los motivos previstos en el derecho interno para la reapertura del procedimiento judicial que ha dado lugar a una sentencia firme y ejecutoria.⁸⁹¹

Aun así, tal apreciación deberá ser matizada con la nueva Ley Orgánica n.º 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y que agrega en el texto del artículo 5 bis el reconocimiento a las sentencias del TEDH como nuevo hecho motivo de revisión de una sentencia judicial firme. Conforme a esto, las sentencias del Tribunal Europeo pasan a adquirir ejecutividad en el ordenamiento jurídico español, no por el reconocimiento de transferencias de competencias hacia el

⁸⁸⁹ Plan de derechos humanos presentado por el Gobierno de España a la ONU en 2015.

⁸⁹⁰ Candidatura de España al Consejo de la ONU 2018-2020. Disponible en: http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/Paginas/Candidatura_Consejo_DDHH.aspx

⁸⁹¹ Sentencia N° 245/1991, op. cit.

TEDH, sino como expresión del principio de seguridad jurídica regulado en la nueva ley. En cuanto al tema, la Sala Penal del TS sostuvo que:

En efecto, el recurso de revisión, no supone un nuevo examen de lo decidido por otro Tribunal, sino que es una excepción al principio de seguridad jurídica y de inmodificabilidad de las sentencias firmes, 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.⁸⁹²

Hasta antes del año 2015 en España no existía un procedimiento específico para que las víctimas de una vulneración de derechos reconocida por el Tribunal Europeo pudieran lograr la reparación de esta en el ámbito interno. Ello se tornaba más dificultoso cuando quedaba de manifiesto que la fuente del daño provenía de una sentencia judicial firme, por ser precisamente aquella contraria a la Convención. En tal caso, la medida de reparación importaba el reexamen del fallo, lo que difícilmente era posible, dado que el ordenamiento jurídico no ofrecía los remedios para ello, peor aun cuando dicha sentencia era dictada en un proceso penal donde la víctima se encontraba privada de libertad, dificultándose su puesta en libertad.

En tal sentido, la ejecución de sentencias del TEDH se ha llevado a cabo a través de distintos cauces procesales, pero los frecuentes cambios de criterio de los tribunales internos (Tribunal Constitucional y TS, especialmente) hacían necesario que el legislador arbitrara un mecanismo específico, tal como en su oportunidad el Comité de Ministros del Consejo de Europa había recomendado. El Convenio únicamente confiere al Tribunal Europeo la potestad de juzgar los litigios que sean de su competencia, pero no la potestad de hacer ejecutar lo juzgado. El TEDH carece, por sí solo, de las facultades necesarias para, por ejemplo, derogar las normas internas de un Estado que considere incompatibles con el Convenio, para anular o dejar sin efecto las actuaciones de las administraciones públicas o resoluciones judiciales, o para ordenar la reapertura de un proceso en que se produjo la vulneración del Convenio Europeo.

A su turno, una vez declarada la sentencia estimatoria, el Estado responsable deberá arbitrar todas las medidas de ejecución que disponga, con el objetivo de restablecer el derecho íntegramente y propender al pago de la satisfacción efectiva. De otro modo, con base en el artículo 46 del CEDH, se activa el procedimiento de supervisión de ejecución ante el Comité de Ministros. En todo caso, las medidas a adoptar de forma voluntaria por la administración dependerán, en gran medida, de la naturaleza del acto que originó el daño.

⁸⁹² SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO. Auto N° 8256/2014 de 5 noviembre de 2014 Razonamiento Jurídico 2°.

Es decir, si la sentencia condenatoria del TEDH afecta una norma legal del ordenamiento interno del Estado condenado, para su ejecución el Estado puede promover una reforma legislativa; si afecta una actuación administrativa concreta, llevada a cabo por un Estado miembro, este puede proceder a la ejecución, bien dictando un acto posterior que sustituya o deje sin efecto el anterior o bien anulando el primero; si dispone el pago de una indemnización por los daños materiales y/o morales causados por la vulneración del Convenio, el Estado debe abonar esta cantidad lo antes posible⁸⁹³.

Ahora bien, si la sentencia condenatoria afecta a una resolución judicial firme, su ejecución pasa a ser más problemática, pues requerirá de un procedimiento interno instaurado ante la judicatura nacional, que a lo largo del tiempo a expuestos diversos criterios en contra de los mecanismos empleados para dar cabida a la ejecución. Hasta antes de las reformas a la Ley Orgánica del Poder Judicial en 2015, el Estado español no ofrecía ningún cauce procesal específico a través del cual canalizar la revocación o anulación de sentencias firmes ni de oficio ni a instancia de parte, por lo que, al constatarse el evidente vacío normativo en la materia, se echaba mano de diversos mecanismos disponibles, aun cuando fueren dispuestas naturalmente para satisfacer otro tipo de situaciones.

De esta manera, fueron surgiendo en la esfera interna diversas alternativas para dar respuesta a la ejecución de las sentencias estimatorias (como lo fueron los intentos de hacer valer el incidente de nulidad, recurso de amparo y el recurso extraordinario de revisión, entre otros). Precisamente en el ordenamiento español se advierten diversas alternativas procesales, de las que se echó mano antes de 2015 para llevar a efecto el cumplimiento interno de las sentencias condenatorias de Estrasburgo.

En ese contexto, el incidente de nulidad de las actuaciones se erige como alternativa para apalear el aparente vacío legal sobre la materia, aun cuando no es totalmente concordante con el fin propiamente perseguido. La ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, introdujo modificaciones al artículo 241 a la Ley Orgánica del Poder Judicial⁸⁹⁴ que, en lo pertinente, dispone lo siguiente:

1. No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario.

⁸⁹³ Cfr. CARMONA, op. cit., p. 8

⁸⁹⁴ ESPAÑA. JEFATURA DEL ESTADO. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. «BOE» núm. 157.

Se trata de un mecanismo para impugnar las resoluciones judiciales que pongan fin a un procedimiento, porque no son susceptibles de recurso alguno, por vulneración de cualquier derecho fundamental. Por ende, pasó a ser entendido como:

Un proceso especial de amparo judicial, preferente y sumario, que subraya el carácter estrictamente subsidiario del recurso de amparo constitucional; da mayor protagonismo a la jurisdicción ordinaria en la protección de los derechos fundamentales y desarrolla el mandato contenido en el artículo 53.2 de la CE.⁸⁹⁵

Este procedimiento se persiguió en una sola oportunidad, tras la sentencia del TEDH de 9 de diciembre de 1994, dictada para el caso Hiro Balani, en que declaró la violación del art. 6.1 del CEDH. Justamente, tras intentar los requirentes por esa vía dar cabida a la ejecución del fallo regional, la Sala Primera, de lo Civil, del TS rechazó dicha posibilidad en la sentencia n.º 6502/1996, de 20 de noviembre, argumentando su negativa con base en los efectos meramente declarativos de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo⁸⁹⁶.

Como segundo intento de ejecución a los fallos de Estrasburgo, se echó mano al recurso de amparo, tal como se mencionó en el acápite IV, en la sentencia regional dictada para el caso Barberá, Messegué y Jabardo (llamado caso Bultó). En efecto, tal acción constitucional es recogida en el artículo 53.2 de la Constitución española, de forma tal que:

Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1.ª del capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Luego, según el artículo 160 del mismo texto, corresponde ejercer la jurisdicción para conocer de aquellos al Tribunal Constitucional por la violación de los derechos y libertades establecidos en el referido artículo 53.2.

De este modo, el Tribunal Constitucional, mediante sentencia n.º 245/1991, de 16 de diciembre, indicó que aunque el Convenio Europeo, como instrumento internacional, no obligare a al gobierno español a reconocer en su ordenamiento jurídico la fuerza ejecutoria directa de las decisiones del TEDH ni a introducir reformas legales que permitan la revisión judicial de las sentencias firmes, ello no significa que, en el plano constitucional de protección de los derechos fundamentales, los poderes públicos hayan de permanecer impasibles ante esa declaración de violación del derecho reconocido en el Convenio. Aquello en sí suponía una vulneración a la tutela judicial efectiva, reconcomía por el artículo 24 de la Constitución, motivo por el cual terminó por atribuirse competencia directa para ejecutar la sentencia condenatoria, considerando, especialmente para tales efectos, la vulneración actual de los derechos de los demandantes.

⁸⁹⁵ NIÑO ESTÉBANEZ, op. cit., p. 128.

⁸⁹⁶ Cfr. CARMONA, op. cit., p. 9.

Sin embargo, dicha interpretación resultó ser excepcional, puesto que, en los asuntos posteriores, el TC procedió a inadmitir los recursos de amparos presentados, fundamentando carecer de jurisdicción para revisar y, en consecuencia, anular tales sentencias (por haber sido previamente dictadas por el mismo órgano o faltar el carácter actual de la violación). Otra posibilidad propuesta y utilizada en España para obtener la ejecución de sentencias del TEDH ha sido el recurso de revisión ante el TS, regulado, para el Orden Penal, en el art. 954 LECrim.

El recurso extraordinario de revisión permitía examinar las sentencias firmes, entre otros motivos, por la aparición de un hecho nuevo. En un principio, el TS había negado en reiteradas ocasiones la viabilidad de aplicar el recurso de revisión para conseguir la reapertura de un proceso con base en la sentencia del Tribunal de Estrasburgo, bajo el entendido que dicha decisión del TEDH no podía ser considerada como un hecho nuevo. No obstante, con posterioridad dicha postura fue mutando, hasta que, conociendo de un recurso de revisión interpuesto para hacer valer la pretensión de nulidad de la condena impuesta contra el requirente, dictó un Auto, de fecha 24 de abril de 2004, por medio del cual consignó que, ante la falta de respuesta del legislador, la Sala Penal del Tribunal no podía permanecer ajena a la vulneración declarada, especialmente cuando las penas impuestas en la sentencia cuestionada aún estaban pendientes de cumplimiento, lo que implicaba que había afectación actual del derecho de libertad personal, admitiendo, de esa manera, la vía del recurso de revisión como cauce apto para dar efectividad a las sentencias del TEDH⁸⁹⁷.

Es importante destacar, como antecedente adicional, la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional n.º 240/2005, de 10 de octubre, en la que se afirmó la idoneidad del recurso extraordinario de revisión como mecanismo específico para dar efectivo cumplimiento a las sentencias del Tribunal de Estrasburgo en que se apreciara vulneración del respectivo convenio⁸⁹⁸. A su vez, a raíz de la ejecución de la sentencia del TEDH en el caso del Río Prada, se adoptó el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del TS, de fecha 21 de octubre de 2014, que lleva como único punto “La viabilidad del Recurso de Revisión como vía procesal para dar cumplimiento a las resoluciones del TEDH en el que se haya declarado una vulneración de derechos fundamentales que afecten a la inocencia de la persona concernida”. Conforme tal acuerdo, se consignó 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 artículo 954 LECrim. cumple este cometido.

⁸⁹⁷ Cfr. CARMONA, op. cit., p. 11.

⁸⁹⁸ Cfr. NIÑO ESTÉBANEZ, op. cit., p. 201.

Seguidamente, la Sala Segunda del TS dictó un auto, de fecha 27 de octubre de 2014, en el que autorizó la interposición del recurso extraordinario de revisión, promovido por quien había sido condenado, respectivamente, en apelación y en casación, en cuya condena había sido declarada por Estrasburgo la violación del artículo 6º del CEDH, por no haberse respetado los principios de inmediación y contradicción en la valoración de la prueba⁸⁹⁹. En este asunto, el TEDH consideró que la condena del demandante en apelación, por la Audiencia Provincial, tras un cambio en la valoración de elementos, tales como sus intenciones y comportamiento, han sido decisivos para la declaración de culpabilidad, sin que la requirente haya tenido la ocasión de ser oída personalmente y de impugnar mediante un examen contradictorio durante una audiencia pública, lo que no es conforme a las exigencias de un proceso equitativo, como garantiza el artículo 6.1 del Convenio⁹⁰⁰. De tal modo, estos elementos le fueron suficientes al Tribunal para concluir, en este caso, que la extensión del examen efectuado por la Audiencia hacía necesaria una audiencia pública ante la jurisdicción de apelación.

En efecto, la violación en el referido asunto radicó en el hecho de haberse impuesto una condena penal contra la víctima en segunda instancia, sin celebración de vista oral y contradictoria. Ahora bien, tras la autorización de la interposición del recurso de revisión, la Sala de lo Penal del TS dictó la sentencia n.º 145/2015, de 12 de marzo, que declaró la nulidad de la sentencia de segunda instancia y ordenó retrotraer el asunto; con motivo de ello la causa volvió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, integrada por diversos jueces, tras la celebración de una audiencia oral en presencia de las víctimas, dictando, con fecha de septiembre de 2015, una nueva sentencia por la que se confirmaba la sentencia absolutoria previa de esa instancia y absolvía libremente a los acusados⁹⁰¹.

Por lo que, antes de las reformas de 2015, en razón del referido Acuerdo del Pleno del TS, se desprende que los fundamentos que inspiraron tales razonamientos descansan en tres premisas: i.- la nueva situación derivada de la ratificación por España del Protocolo n.º 14 y de la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional en su sentencia n.º 240/2005; ii.- la constatación de un cauce procesal idóneo en el ordenamiento jurídico español para cumplir internamente las sentencias condenatorias del TEDH; y iii.- la necesidad de adoptar una decisión general que ofrezca seguridad jurídica, a cargo de la referida Sala Penal del TS, como intérprete último de la ley penal⁹⁰².

En el contexto puntualizado, y habida cuenta, además, de las vías internas adoptadas en la práctica para ejecutar las sentencias regionales en España –en ausencia de un procedimiento *ad-hoc*–, en el año 2015 se dictaron dos grandes reformas a las leyes

⁸⁹⁹ Cfr. *Ibíd.*, pp. 204-205

⁹⁰⁰ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS - TEDH. Asunto *Almenara Álvarez contra España*, 25 de octubre de 2011, párrs. 49-50.

⁹⁰¹ Cfr. NIÑO ESTÉBANEZ, *op. cit.*, p. 206.

⁹⁰² Cfr. *Ibíd.*, p. 208.

procesales que posibilitaron, en definitiva, la ejecución y cumplimiento de las sentencias condenatorias del Tribunal de Estrasburgo que demandaban la reapertura de procesos internos concluidos.

En este orden de ideas, como primera medida se aprobó la Ley Orgánica n.º 7/2015, de 21 de julio, por la que se modificó la Ley Orgánica del Poder Judicial, que entró en vigencia el 1 de octubre de 2015. La signada Ley introdujo un precepto aplicable a todos los órdenes jurisdiccionales. Así, conforme lo dispone al artículo 5 bis), pasa a incluirse un nuevo motivo para interponer el recurso de revisión cuando se ha producido una sentencia condenatoria del TEDH. En efecto, el texto de la norma señala que:

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.⁹⁰³

Para los asuntos civiles, la disposición final cuarta de la signada Ley modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil n.º 1/2007, de 7 de enero, -artículos 510 a 512- para agregar un nuevo motivo de revisión. De esta forma, el nuevo artículo 510.2, con un tenor similar al transcrito, establece la posibilidad de interponer un recurso de revisión ante la Sala de lo Civil del TS contra una resolución judicial firme que haya sido declarada vulneradora de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos por el Tribunal de Estrasburgo.

Su texto dispone, al efecto:

2. Asimismo se podrá interponer recurso de revisión contra una resolución judicial firme 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, sin que la misma pueda perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas.

Seguidamente el inciso segundo del artículo 511 queda bajo el siguiente tenor “En el supuesto del apartado 2 del artículo anterior, la revisión solo podrá ser solicitada por

⁹⁰³ ESPAÑA. JEFATURA DEL ESTADO 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. «BOE» núm. 174. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-8167>

quien hubiera sido demandante ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.”. <por su parte el apartado 1 del artículo 512 prescribe:

1. En ningún caso podrá solicitarse la revisión después de transcurridos cinco años desde la fecha de la publicación de la sentencia que se pretende impugnar. Se rechazará toda solicitud de revisión que se presente pasado este plazo. Lo dispuesto en el párrafo anterior no será aplicable cuando la revisión esté motivada en una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En este caso la solicitud deberá formularse en el plazo de un año desde que adquiera firmeza la sentencia del referido Tribunal.

A su vez, para procedimientos contencioso-administrativos, la disposición final tercera de la referida Ley modifica la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa n.º 29/1998, de 13 de julio, -artículo 102.2- en los mismos términos descritos. Lo mismo aplica a la disposición final segunda con la Ley Procesal Militar n.º Orgánica 2/1989, de 13 de abril, -artículo 328.2-. Por último, en el Orden Social, el artículo 236.1 de la Ley n.º 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, se remite a lo establecido en el citado artículo 510 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en lo que se refiere a los motivos para interponer un recurso de revisión⁹⁰⁴.

En cuanto a la segunda Ley dictada en 2015, esta se encuentra circunscrita al ámbito Penal. Corresponde a la Ley que modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal n.º 41/2015, de 5 de octubre -para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales-⁹⁰⁵, que entró en vigencia el 6 de diciembre de 2015. La referida norma modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal para introducir un nuevo motivo de fundamentación del recurso de revisión, frente a resoluciones judiciales firmes. De esta forma, el nuevo artículo 954 LECrim. establece los casos en los que se podrá solicitar la revisión de las sentencias firmes y, en concreto, prevé, en su apartado 3, que:

Se podrá solicitar la revisión de una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución fue 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.⁹⁰⁶

En tal supuesto, la revisión únicamente podrá ser solicitada por quien, estando legitimado para interponer este recurso, hubiera sido demandante ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La solicitud deberá formularse en el plazo de un año desde que adquiera firmeza la sentencia del referido Tribunal. De esta manera, en el ordenamiento jurídico español pasa

⁹⁰⁴ Cfr. CARMONA, op. cit., p. 12.

⁹⁰⁵ ESPAÑA. JEFATURA DEL ESTADO. Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. «BOE» núm. 239. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-10726>

⁹⁰⁶ Cfr. CARMONA, op. cit., p. 13.

a incorporarse un nuevo motivo de revisión de resoluciones judiciales firmes en todos los órdenes jurisdiccionales, para cuando el TEDH dicte una sentencia condenatoria que afecta a una de esas resoluciones.⁹⁰⁷

Por último, conviene precisar que el procedimiento es similar en todas las jurisdicciones. En cuanto a los requisitos, es preciso que la resolución judicial interna firme y entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante la revisión. Podrá interponer este recurso de revisión quien, estando legitimado para hacerlo, haya sido demandante ante el TEDH. El plazo para hacerlo es de un año desde que haya adquirido firmeza la sentencia del Tribunal Europeo.

b) Desafíos normativos en el plano judicial interno español vinculados al control regional

A propósito de los casos analizados, y otros tantos que forman parte del abanico de asuntos españoles elevados ante la instancia de protección regional, resulta conveniente para el presente estudio realizar una breve enunciación de algunas medidas generales adoptadas –unidas a aquellas ya referenciadas en el acápite V–, las cuales representan sendas modificaciones y reformas legislativas en diversas esferas de aplicación en el ordenamiento, cuya singularización, a modo referencial, se dará cuenta a continuación.

a) Con ocasión del bullado caso Bultó, como novedad legislativa destaca el haberse modificado el recurso de casación en la jurisdicción penal. De esta forma, la actual redacción del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se modifica por la disposición final 12.6 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, por lo que su texto pasa a disponer que, “En todo caso, el recurso de casación podrá interponerse fundándose en la infracción de precepto constitucional”⁹⁰⁸. Con esta redacción, en opinión del magistrado Estébanez, “no cabe discutir que la fundamentación del recurso de casación puede referirse a la lesión de cualquier precepto constitucional que se considere infringido, principalmente los artículos 14 al 29 de la CE, así como los artículos del Convenio Europeo de Derechos Humanos”⁹⁰⁹. También destacan la reforma efectuada al incidente de nulidad de actuaciones, conforme al cual se permitió fundamentar la nulidad de actuaciones en la violación de garantías procesales esenciales, y el recurso de amparo judicial, conforme al artículo 241 de la LOPJ, incorporado por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, entre otras.

b) En razón de la STEDH, en el caso Unión Alimentaria Sanders S. A., de 7 de julio de 1989, que verificó la violación del derecho a un proceso justo causado por demoras

⁹⁰⁷ ESPAÑA. MINISTERIO DE GRACIA Y JUSTICIA. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. «GAZ» núm. 260, art. 054.

⁹⁰⁸ *Ibíd.*, art. 852

⁹⁰⁹ NIÑO ESTÉBANEZ, *Ejecución en España...*, op. cit., p. 19.

excesivas al artículo 6.1 del CEDH. El legislador aprobó la Ley n.º 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial, con la que se pretendió, de algún modo, superar y remediar las dilaciones indebidas de carácter sistémico detectadas por el TEDH.

c) Para dar cumplimiento a la STEDH, de 28 de octubre de 1998, en el asunto Pérez de Rada Cavanilles por violación del artículo 6.1, vinculado al acceso a la jurisdicción, el legislador consideró, para la redacción de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, la necesidad de regular un régimen más flexible en la comunicación de actos procesales, en el uso de medios tecnológicos e informáticos⁹¹⁰.

d) La STEDH de 25 de enero de 2000, en el caso Miragall Escolano, llevó a que el legislador incluyera en la nueva Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativo (Ley n.º 29/1998, 13 de julio), a diferencia de la antigua, que las sentencias que anularen disposiciones administrativas generales deban ser publicadas en el mismo boletín oficial donde fue publicada inicialmente la normativa derogada.

e) La STEDH de 30 de julio de 1998, en el caso Valenzuela Contreras, instó a la posterior modificación del artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (por la Ley Orgánica n.º 4/1988), a fin de garantizar la previsibilidad de la Ley en la intervención de las comunicaciones telefónicas.

f) Las STEDH de fechas 28 de octubre de 1998 (en el caso Castillo Algar) y 25 de julio de 2002 (Perote Pellón), respectivamente, fueron consideradas para realizar una significativa reforma a la configuración de la jurisdicción militar, con el propósito de adecuarla a la garantía de imparcialidad objetiva, provocando las reformas de la Ley Orgánica n.º 4/1987, de 15 de julio, -de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar- y de la Ley Orgánica Procesal Militar n.º 2/1989, de 13 de abril.

g) La STEDH, de 23 de junio de 1993, dictada en el caso Ruiz Mateos, manifestada en la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional -de los artículos 35 y 37- para garantizar la plena contradicción procesal en la tramitación en los procedimientos de Cuestión de Constitucionalidad. La referida modificación tuvo como motivo el hecho de que las autoridades evitaren análogas vulneraciones del Convenio de Roma en el futuro.

h) En la STEDH de 6 de octubre de 1988, caso Barbera, Messegué y Jabardo, se introdujeron mejoras al sistema nacional de protección de derechos fundamentales mediante modificaciones a la LOPJ del 1 julio de 1985 n.º 6; el procedimiento del Habeas Corpus ha sido regulado por Ley Orgánica n.º 6/1984, de 24 de mayo de 1984; se ha precedido a la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal n.º 7/1988, de 28 de

⁹¹⁰ Cfr. *Ibíd.*, pp. 121-122.

diciembre de 1988, relativa a la separación de las funciones de investigación y persecución del juzgamiento y fallo, adaptándose tales regulaciones al Sistema Europeo de protección.

i) STEDH de 3 de julio de 2012, caso Manzananas Martin vs. España, respecto del deber de adoptar las medidas, se instó a la modificación del Real Decreto n.º 369/1999, por el que se establecen las condiciones para la integración de los pastores evangélicos en el Régimen General de la Seguridad Social, con el fin de incorporar en su texto un sistema similar al establecido para los sacerdotes católicos en el Real Decreto 2398/1977, del 27 de agosto, y la Orden Ministerial del 19 de diciembre de 1977; también se da cuenta del Boletín Oficial, publicado el 22 de septiembre de 2015, el Real Decreto n.º 839/2015, de 21 de septiembre, que modifica las condiciones de asimilación de los pastores de las iglesias interesadas (de Federación de Entidades Religiosas Evangélicas españolas) en el Régimen General de la Seguridad Social ha sido publicado. Tiene un efecto retroactivo desde el 1 de enero de 2015.

j) STEDH 2/10/2013, caso Del Río Prada vs. España, se produce un cambio de paradigma con el término de la doctrina Parot, debido a la vulneración del principio de legalidad para determinar el cómputo de las penas de forma retroactiva.

k) STEDH ambas de 2012, caso K.A.B y SALECK BARDI, violación del artículo 8 CEDH. Como medidas consta, en 2015, haberse aprobado en España la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia. Esta normativa, que modifica la anterior Ley de Protección Legal de los Menores, aborda, desde su título, la necesidad de modificar el ordenamiento jurídico español para la protección de infancia y adolescencia, incluyendo medidas para otorgar protección general a los niños en las más variadas situaciones

l) STEDH, de 9 de junio de 2009, caso Moreno Carmona vs. España, 9/6/2009, sobre violación al artículo 6 CEDH. Se infiere que el presente asunto, unido a todos aquellos que versan sobre la misma vulneración, influyeron decisivamente para que el legislador adoptara las siguientes reformas legislativas: i.-las referidas enmiendas a la Ley Orgánica del Poder Judicial impulsadas por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, y la Ley 43/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil; ii.- La Ley Constitucional 13/2015, de 5 de octubre, por la que se modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se aprobó con el objetivo de agilizar la justicia penal; iii.- la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, de Código Penal Militar. También en relación con asuntos penales, en 2015 se aprobó la Ley del Estatuto de las Víctimas; iv.- La Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria; v.- en 2015 se incluyen la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la administración de justicia y las oficinas de registro civil.

2. Desafíos en la ejecución de las sentencias de la CoIDH en Chile

El presente apartado tiene el preciso objeto de revelar ciertos aspectos doctrinarios que dan cuenta de la influencia que ha recibido la justicia nacional en la aplicación de criterios jurisprudenciales de la Corte IDH basados en la CADH.

a) Desafíos judiciales para el cumplimiento y ejecución de las sentencias de la Corte IDH en Chile

La vinculación de Chile y todos sus órganos (inclusive el PJUD) a los parámetros regionales de protección, a la luz de la aplicación de criterios jurisprudenciales de la CoIDH, ha permitido la adopción de nuevas interpretaciones referente a la no aplicación de determinadas normativas, por ser aquellas contrarias a la Convención, que, basadas en los casos chilenos, tratan ciertas problemáticas que dicen relación con la falta de adecuación interna de normativas y legislación acordes a los estándares mínimos de protección impuestos por el propio Pacto San José de Costa Rica y criterios de la Corte. Acerca de esto, el jurista nacional Claudio Nash corrobora lo anterior al disponer “que los jueces, cualquiera sea su ámbito competencial, estarán obligados siempre a interpretar las normas internas de forma tal que sean compatibles con las obligaciones internacionales del Estado y les den efectividad a los derechos consagrados interna e internacionalmente”.⁹¹¹

Asimismo, ha sostenido el referido autor que:

Tanto las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema han utilizado el DIDH para dejar de aplicar una norma incompatible con las obligaciones internacionales del Estado, de manera de cumplir con el mandato convencional. Esto se ha dado principalmente respecto de casos vinculados con violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos. Se trata, en definitiva, de corregir anteriores interpretaciones de la normativa interna que están enfrentadas o no resultan del todo adecuadas a la luz de los avances del derecho internacional.⁹¹²

En tal sentido, ha resultado trascendental el papel que han desempeñado los tribunales nacionales para exigir que se cumplan, en el marco de sus competencias, o cumplir directamente determinadas reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana en el ejercicio de su actividad contenciosa. Igualmente, se considera que los principales desafíos del poder judicial, a la luz de los casos chilenos elevados a la CoiDH, resaltan la aplicación de criterios regionales en el juzgamiento de causas internas, basados en la no aplicación de normativas vigentes por haber sido declaradas contrarias a la Convención (no aplicación de leyes de amnistía, imprescriptibilidad de crímenes de lesa humanidad,

⁹¹¹ NASH ROJAS, op. cit., pp. 60-61.

⁹¹² NASH ROJAS y NÚÑEZ, op. cit., pp. 35-36.

reapertura y juzgamiento de casos sustraídos desde la justicia penal castrense a la justicia penal ordinaria).

Cumple con manifestar, en cuanto a las instituciones procesales de la prescripción, cosa juzgada y principio *non bis in idem*, especialmente cuando la medida de reparación consiste en investigar y, en su caso, sancionar a los responsables de las graves violaciones a los derechos humanos; la Corte ha señalado, de manera reiterada, que no son admisibles las disposiciones de amnistía, de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones a los derechos humanos, tales como la tortura, ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas las cuales se encuentran prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el DIDH.⁹¹³

En el año 2017, la Corte pudo reconocer dos ejemplos de ello respecto de casos de Chile⁹¹⁴ en que tuvo ocasión la adecuación de un mecanismo para revisar y anular las sentencias condenatorias dictadas por los Consejos de Guerra durante la dictadura militar. En una sentencia condenatoria contra el Estado de Chile⁹¹⁵, la Corte dispuso como reparaciones tanto poner “a disposición de las víctimas del presente caso un mecanismo que sea efectivo y rápido para revisar y anular las sentencias de condena”, que fueron dictadas por los Consejos de Guerra en perjuicio de las doce víctimas del caso, como también poner “dicho mecanismo a disposición de las demás personas que fueron condenadas por los Consejos de Guerra durante la dictadura militar chilena” “en procesos que pudieron tomar en cuenta prueba y/o confesiones obtenidas bajo tortura” (visto 1; punto resolutivo 9 y párrafos 167 y 170 de sentencia de fondo dictada en 2015).

En la Resolución de cumplimiento emitida en agosto de 2017, la Corte valoró que la Segunda Sala de la Corte Suprema de Chile⁹¹⁶, mediante sentencia de revisión de 3 de octubre de 2016, resolvió de forma favorable el recurso de revisión interpuesto en mayo de ese año por el Fiscal Judicial de la Corte Suprema de Chile, en atención a la solicitud realizada por el presidente del Consejo de Defensa del Estado. La referida sala de la Corte Suprema dispuso que:

Se anularán las sentencias dictadas por el Consejo de Guerra en los autos Rol N° 1-73 respecto de todos los condenados en ellas, y no solo a favor de aquellos que acudieron ante la Corte IDH. [También declaró que] se les absuelve, por haber sido probada

⁹¹³ *Ibíd.*, p. 325; CoIDH, Caso Barrios Altos vs. Perú, de 14 de marzo de 2001, párr. 41 y 44; CoIDH. Caso Almonacid Arellano vs. Chile, de 26 de septiembre de 2006, párr. 112).

⁹¹⁴ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Informe Anual 2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos = Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights 2017*, San José, C.R. 2018, p. 84

⁹¹⁵ Caso Maldonado Vargas y otros vs. Chile. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de agosto de 2017. Visto 1

⁹¹⁶ Sentencia emitida por la Segunda Sala de la Corte Suprema de Chile, del 3 de octubre de 2016.

satisfactoriamente su completa inocencia de los cargos formulados en su contra en el referido proceso.

La Segunda Sala de la Corte Suprema también dispuso importantes consideraciones que repercuten positivamente en el cumplimiento del aspecto de la reparación ordenado como garantía de no repetición. La Corte valoró de modo positivo que, a través de dicha decisión de octubre de 2016, la Segunda Sala de la Corte Suprema fue capaz de dotar al recurso de revisión de la capacidad de garantizar un mecanismo rápido y efectivo para revisar las sentencias condenatorias proferidas, en contravención de las garantías del debido proceso, durante la dictadura militar por los Consejos de Guerra. Se destaca el peso que la referida Sala de la Corte Suprema de Chile dio a la Sentencia de la Corte Interamericana en el presente caso como elemento de convicción para configurar la causal de revisión planteada y como pauta de interpretación para garantizar el cumplimiento de la reparación ordenada⁹¹⁷.

Al considerar el cumplimiento de la garantía de no repetición, la Corte Interamericana valoró que la referida jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile, tan claramente fijada, brinda seguridad jurídica suficiente sobre que tiene competencia para conocer recursos de revisión relativos a sentencias condenatorias proferidas por Consejos de Guerra y que, a futuro, a través de la causal de revisión prevista en el artículo 657 n.º 4 del Código de Procedimiento Penal, podrá analizar recursos relativos a otras personas que también fueron condenadas por Consejos de Guerra que pretendan la revisión de sus sentencias. Por otra parte, la Corte Suprema de Chile reconoció el papel fundamental que tienen los tribunales internos, incluso aquellos de máxima jerarquía dentro de un Estado, en el cumplimiento o implementación de las Sentencias de la Corte Interamericana.⁹¹⁸

Otro tema vinculado a los desafíos toca lo relativo a la incompatibilidad del fuero militar para juzgar violaciones de derechos humanos. Al respecto, la Corte reiteró su jurisprudencia constante sobre los límites de la competencia de la jurisdicción militar para conocer hechos que constituyen violaciones a derechos humanos, en el sentido de afirmar que, en un Estado democrático de derecho, la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional, y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados a las funciones propias de las fuerzas militares. Por consiguiente, tomando en cuenta la naturaleza del crimen y el bien jurídico lesionado, la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos, sino que el procesamiento de los responsables corresponde siempre a la justicia ordinaria o común⁹¹⁹.

⁹¹⁷ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH. Informe Anual 2017. CIDH. p. 85.

⁹¹⁸ *Ibid.*, pp. 85-86.

⁹¹⁹ *Ibid.*, pp. 134-135.

A su vez, en lo que se refiere a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, contrarios a los derechos humanos, en el caso chileno Almonacid Arellano y otros esto ha sido remarcado como un criterio que debe ser aplicado de conformidad con la obligación de todo Estado de respetar y proteger los derechos, adecuando la legislación y práctica interna de los órganos de la administración. En efecto, la Corte ha manifestado que el Estado no podrá sustentar ninguna ley ni disposición de derecho interno para eximirse de la orden de la Corte de investigar y sancionar penalmente a los responsables de la muerte del señor Almonacid Arellano. En 2006, la CoIDH, citando el caso Barrios Altos vs. Perú, repitió el criterio de la imprescriptibilidad de las leyes de amnistía y dijo, enfáticamente, que en el derecho interno el Estado debe dejar sin efecto las resoluciones y sentencias dictadas sobre esta problemática –que permitían la impunidad– y remitir las actuaciones a la justicia ordinaria, para que dentro de un pronunciamiento penal se identifique y sancione a todos los responsables de la muerte del señor Almonacid Arellano⁹²⁰.

Tal cual indica el jurista Gonzalo Aguilar:

La prescripción de los crímenes internacionales da lugar a una ineficacia jurídica de estos crímenes y deja a las víctimas y a sus familias sin ningún recurso judicial a través del cual se pudiese identificar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos, para imponerles los castigos correspondientes. En definitiva, en el contexto de los crímenes internacionales, la prescripción favorece la impunidad y rechaza la idea de justicia que se encuentra en el centro del principio de estado de derecho, el cual es crucial en el constitucionalismo contemporáneo.⁹²¹ [Luego precisa] en este sentido, y utilizando los argumentos de la Corte IDH, en los casos de leyes de amnistía, sostenemos que declarar la prescripción –cualquiera que esta sea, civil o penal- de los crímenes internacionales en el orden interno de los Estados, no solo agrava la situación de impunidad, sino que, “viola el derecho a la justicia que les asiste a los familiares de las víctimas de identificar a sus autores y de que se establezcan sus responsabilidades y sanciones correspondientes, y obtener reparación judicial por parte de estos.”⁹²²

Así, el Estado de Chile no podrá volver a aplicar el Decreto Ley n.º 2.191 (de amnistía):

La Corte dispone que, al pretender amnistiar a los responsables de delitos de lesa humanidad, el Decreto Ley n.º 2.191 es incompatible con la Convención Americana y, por tanto, carece de efectos jurídicos; en consecuencia, el Estado debe: i) asegurar que no siga representando un obstáculo para la investigación de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano y para la identificación y, en su caso, sanción de los responsables, y ii) asegurar que el Decreto Ley N.º. 2.191 no siga representando un obstáculo para la

⁹²⁰ Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, op. cit., párr. 148

⁹²¹ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. “Crímenes Internacionales y la Imprescriptibilidad de la Acción Penal y Civil: Referencia Al Caso Chileno”. *Ius et Praxis* [online], 2008, vol. 14, núm. 2, p. 155.

⁹²² *Ibid.*, p. 157

investigación, juzgamiento y, en su caso, sanción de los responsables de otras violaciones similares acontecidas en Chile.⁹²³

En el mismo sentido, el Estado de Chile no podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal ni el principio *non bis in idem*, así como cualquier excluyente similar de responsabilidad para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables. Sin duda, por constituir un crimen de lesa humanidad, el delito cometido en contra del señor Almonacid Arellano, además de ser inamnistiable, es imprescriptible. Los crímenes de lesa humanidad van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad toda. El daño que tales crímenes ocasionan permanece vigente para la sociedad nacional y para la comunidad internacional, las cuales exigen la investigación y el castigo de los responsables. En concordancia, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad⁹²⁴ claramente afirmó que tales ilícitos internacionales “son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido”⁹²⁵. Aun cuando Chile no ha ratificado dicha Convención⁹²⁶, la Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General *-ius cogens-*, que no nace con tal Convención, sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, Chile no puede dejar de cumplir esta norma imperativa⁹²⁷.

En opinión del jurista argentino Juan Carlos Hitters:

Resulta importante ver cómo las providencias emitidas por la Comisión IDH y por la Corte IDH se han derramado en el ámbito doméstico y observar la importancia de su control externo, que han terminado no solo por inspeccionar el cumplimiento de ciertas convenciones internacionales, sino también y, por vía excepcional, a las propias decisiones

⁹²³ Cfr. Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, op. cit., párr. 145.

⁹²⁴ Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2391 (XXIII) de 26 de noviembre de 1968. Entró en vigor el 11 de noviembre de 1970. Véase en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/WarCrimes.aspx>. Su aprobación por el Congreso Nacional se encuentra en trámite. Véase en detalle: <file:///C:/Users/Administrador/Downloads/HL20357.pdf> (página consultada el 15/06/18); y Proyecto de reforma constitucional que establece que los crímenes y delitos de guerra, lesa humanidad y genocidio no puedan prescribir ni ser amnistiados, por mensaje de S:E: la Presidenta de la República, Mensaje N° 968-362/. Véase en: <http://www.derechos.org/nizkor/chile/doc/chl11.html>

En Chile consta la vigencia de la Ley 20357 que Tipifica Crímenes de Lesa Humanidad y Genocidio y Crímenes y Delitos de Guerra, publicada el 18 de julio de 2009. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1004297>

⁹²⁵ Cfr. Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, op. cit., párrs. 151-152.

⁹²⁶ El proyecto que aprueba la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante la resolución N° 2391 (XXIII), del 26 de Noviembre de 1968. Fue ingresado a la Cámara de Diputados con fecha miércoles 06 de julio de 1994 y se encuentra pendiente de aprobación, a la fecha consta en cuenta, Segundo trámite constitucional desde el 1 de octubre de 2014. Revisada el 24 de junio de 2018. Véase en: https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=657

⁹²⁷ *Ibíd.*, párr. 153

de los jueces locales. todo ello ha logrado verdaderas mutaciones en los sistemas domésticos, tanto de origen sustancial como adjetivo. Las mismas han tenido su origen sin duda en los fallos del Tribunal regional que “progresivamente” han permeado directa o indirectamente en los distintos recovecos de los andariveles del derecho interno.⁹²⁸

Otro punto de dificultad que representa la incorporación del derecho internacional de derechos humanos en el plano nacional, en opinión de la jurista Judith Schönsteiner es precisamente:

La implementación de las decisiones del Sistema interamericano y, en general, de la incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile, es que este representa un ámbito problemático del derecho público nacional. En efecto, tanto la incorporación del derecho internacional como la implementación de las órdenes o decisiones de órganos jurisdiccionales internacionales se encuentra marcada por la falta de certeza tanto a nivel de la doctrina como de la jurisprudencia, respecto de la forma de incorporación, el estatus, la interpretación y los mecanismos de aplicación del DIDH en el sistema de fuentes del derecho chileno, ni la doctrina ni la jurisprudencia de los más altos órganos jurisdiccionales (el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema) han clarificado satisfactoriamente las relaciones entre estos órdenes normativos. Esta falta de certeza jurídica se extiende a la forma en que se deben implementar las sentencias y otras decisiones de la Corte IDH, especialmente en lo que respecta al Poder Legislativo y la judicatura nacional.⁹²⁹

En consecuencia, se advierte que la Corte Suprema de Chile ha exhibido diferentes reacciones ante fallos condenatorios al país por parte de la Corte IDH, aunque la tendencia parece ser auspiciosa, pasando de la abierta resistencia al silencio a un discurso de compromiso con el cumplimiento de las decisiones de la CoIDH⁹³⁰. En un sentido similar se pronuncia Gonzalo Aguilar al sostener:

Que tal abundante recepción e incorporación de las normas, principios y estándares del Derecho Internacional por parte de la Corte Suprema, abre horizontes desafiantes para disciplinas en las que el Derecho Internacional está teniendo un creciente rol regulador y relevancia jurídicas, tales como el Derecho del Medio Ambiente y el Derecho Comercial, para señalar algunos ejemplos. En esos casos, cuando la Corte Suprema sea llamada a pronunciarse y resolver alguna controversia en dichas áreas, probablemente, comenzará por los principios y estándares internacionales, que ya ha reconocido e incorporado en su acervo jurídico.⁹³¹

⁹²⁸ HITTERS, op. cit.

⁹²⁹ SCHONSTEINER, Judith y COUSO, Javier. “La implementación de las decisiones de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en Chile: ensayo de un balance”. *Revista de Derecho*, 2015, vol. 22, núm. 2, p. 323.

⁹³⁰ *Ibíd.*, p. 344.

⁹³¹ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. “La Corte Suprema y la aplicación del derecho internacional: un proceso esperanzador”. *Estudios constitucionales*, 2009, vol. 7, núm. 1, pp. 91-136.

En esa línea, Claudio Nash nuevamente destaca que la recepción de criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana:

Refleja, como bien señala Aparicio, que los criterios para la interpretación constitucional no solo están contenidos en las propias disposiciones del tratado que se trate, sino que se hallan también en su práctica normativa, es decir, en las decisiones, disposiciones y acuerdos que surjan de los órganos internacionales encargados de darles contenido, asegurar su cumplimiento y, en definitiva, de interpretarles (Aparicio 1989, p. 11).⁹³²

Por último, dada la relevancia que ha suscitado en la jurisprudencia de la Corte Suprema chilena, al amparo del Pacto de San José de Costa Rica, conviene recordar el reciente fallo pronunciado por dicha judicatura, en orden a declarar, por vez primera y de forma inédita, que las sentencias condenatorias dictadas en el caso Norín Catrimán y otros vs. Chile han perdido todos los efectos que les son propios. Aquello en cumplimiento de lo dictaminado por la referida sentencia, dictada previamente por la Corte Interamericana, cuya ejecución constaba pendiente.

Precisamente, con fecha 29 de mayo de 2014, la Corte IDH dictó sentencia en el caso Norín Catrimán, también conocido como el “Caso Loncos”, declarando la responsabilidad internacional del Estado chileno y disponiendo una serie de medidas de reparación y no repetición entre las que se encuentra que el Estado debe adoptar todas las medidas judiciales, administrativas o de cualquier otra índole para dejar sin efecto, en todos sus extremos, las sentencias penales condenatorias sobre las cuales la Corte se pronunció en esta Sentencia, en los términos del párrafo 422 de la referida Sentencia.

En cumplimiento de esa sentencia, el Tribunal Pleno de la Corte Suprema citó a todas las partes a audiencia celebrada el día viernes 26 de abril de 2019, ocasión en la que la Corte decidió que las referidas decisiones condenatorias no pueden permanecer vigentes, atendido que su subsistencia supone la de las conductas lesivas de las garantías fundamentales reseñadas y que han sido verificadas por el tribunal internacional competente, por lo que esta Corte Suprema declarará que los fallos condenatorios citados han perdido los efectos que les son propios. En la misma resolución se fija como fecha para comunicar la sentencia el día jueves 16 de mayo.

b) Desafíos normativos en el plano judicial interno chileno, a propósito del control regional

A continuación, se enunciarán algunas de las medidas normativas que, junto a las ya comentadas en el capítulo V, han sido adoptadas por el legislador nacional y que han tenido como motivación principal la influencia del Sistema Interamericano de Protección,

⁹³² NASH ROJAS, op. cit.

ya sea por aplicación y adecuación del Pacto de San José de Costa Rica, o en razón del acatamiento de los fallos pronunciados por la CoIDH dictados en su contra.

i.- Relativo a las leyes de amnistía durante el régimen militar

a) Proyecto de Ley que interpreta el Decreto Ley N° 2.191 de 1978 (Boletín N° 654-07)⁹³³ y otros⁹³⁴. En efecto, el primero de ellos fue ingresado con fecha 7 de abril de 1992 al primer trámite constitucional ante el Senado; tuvo como objetivo principal la dictación de una Ley Interpretativa del Decreto Ley n.º 2.191 que anulara los efectos de la amnistía en delitos que constituyen graves violaciones a los derechos humanos. Esta iniciativa legal fue planteada con el doble propósito de armonizar la ley interna con el DIDH y contribuir a una paz estable y verdadera en Chile, fundada en la justicia, “la mayor de las verdades sociales”. Luego, por Oficio n.º 327/94, fue archivada con fecha 9 de mayo de 2001 sin presentar novedades a la fecha.

b) Proyecto de ley que interpreta el Decreto Ley n.º 2.191 de amnistía, de 1978, e introduce otras normas sobre la materia. (Boletín n.º 1.632-07)⁹³⁵. Este fue ingresado al Congreso Nacional el 14 de junio de 1995. Al igual que el anterior, cumple análoga finalidad. Sin embargo, después, con fecha 5 de septiembre de 1995, por Oficio de la Comisión se comunicó que el autor de la moción había retirado el proyecto, disponiéndose su archivo.

c) Proyecto de ley que dicta normas para la aplicación de la amnistía, restringe la procedencia del sobreseimiento temporal, y establece un procedimiento judicial para determinar el paradero físico de las personas detenidas, desaparecidas o de sus restos (Boletín n.º 1.657-07)⁹³⁶. Este asunto resultó ser ingresado con fecha 19 de julio de 1995, tuvo como objetivo indispensable y razonable establecer un procedimiento adecuado para que los jueces, no obstante, el sobreseimiento definitivo decretado o que se decrete, prolonguen su actuación, orientándola exclusivamente a la determinación del destino de las víctimas. Luego se solicitó su archivo por oficio de la Comisión, la cual accede con fecha 20 de junio de 2001.

d) Proyecto de ley que interpreta el Decreto Ley n.º 2.191, tratándose de delitos que el Derecho Internacional califica de lesa humanidad (Boletín n.º 1.718-07)⁹³⁷; su ingreso figura con fecha 11 de octubre de 1995. Su finalidad fue determinar el sentido y alcance acerca de los artículos 1 y 3 de la Ley de Amnistía, indicando que extinguir la responsabilidad penal no favorece en caso alguno y, consecuentemente, no son aplicables

⁹³³ Boletín N° 654-07.

⁹³⁴ IVANSCHITZ BOUDEGUER, op. cit., pp. 312-316.

⁹³⁵ Boletín N° 1632-07.

⁹³⁶ Boletín N° 1657-07.

⁹³⁷ Boletín N° 1718-07. Consultada el 23 de junio de 2018. Disponible en: https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=582&prmBoletin=1718-07

a los autores, cómplices o encubridores de los delitos que el derecho internacional, del cual el Estado de Chile es signatario, califica como de lesa humanidad: delito de secuestro y arresto ilegal con desaparecimiento o muerte de la víctima; homicidio en cualquiera de sus formas; violencia innecesaria con resultado de muerte, cometidos por funcionario de las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad, o civiles adscritos, equiparados o asimilados a estos cuerpos armados. Luego, por Oficio n.º L-n.º 31/00 de la Comisión de Constitución, se procedió a archivar el asunto con fecha 5 de julio de 2000.

e) Proyecto de ley que declara la nulidad de derecho público del Decreto Ley n.º 2.191 de 1978, señalando los efectos que indica (Boletín n.º 4.162-07)⁹³⁸. Fue ingresado con fecha 2 de mayo de 2006 a primer trámite constitucional. Pretende desbaratar, por medio de argumentos jurídicos, doctrinarios y jurisprudenciales, cualquier tentativa para legitimar un acto de poder ilícito, contenido en el Decreto Ley n.º 2.191 de abril de 1978, bajo el rótulo de una supuesta ley de amnistía. La referida disposición no es una ley de amnistía, pues carece de los presupuestos materiales y formales, por lo que debe ser anulada y privada de efectos jurídicos. Sobre el particular, ya la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha declarado que el citado Decreto ley viola los arts. 1.1, 2, 8.1 y 25 de la CADH, también denominado Pacto de San José de Costa Rica, actualmente se encuentra en tramitación, siendo su último trámite la solicitud que retira su urgencia simple con fecha 1 de julio de 2015.

Se propuso su texto en los siguientes términos: “Art. 1º.- Declarase insanablemente nulo por inconstitucional, el Decreto Ley N° 2191 de 19 de abril de 1978; Art. 2º.- El Decreto ley N° 2.191, carece de todo efecto jurídico para el juzgamiento de las responsabilidades penales, civiles, administrativas y militares emergentes de los hechos que ella pretende cubrir, siendo en particular inaplicable a ella el principio de la ley penal más benigna establecido en el art. 18 del Código Penal; Art. 3º.- Se declara que son inamnistiables e imprescriptibles todos aquellos crímenes y simples delitos perpetrados por funcionarios públicos o particulares durante un período de interrupción constitucional, que cometidos individual o masivamente puedan ser calificados como crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad, de conformidad a los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, así como por los Principios Generales del Derecho Internacional”.

f) Proyecto de ley que interpreta el art. 93 del Código Penal, excluyendo de la extinción de la responsabilidad penal, por amnistía, indulto o prescripción, a los crímenes y simples delitos que constituyen genocidio, crímenes de lesa humanidad y de guerra, contemplados en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran

⁹³⁸ Boletín N° 4162-07. Consultada el 23 de junio de 2018. Disponible en: https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=4555&prmBoletin=4162-07

vigentes (Boletín n.º 5.918-07)⁹³⁹. Tal asunto fue ingresado el 11 de junio de 2008, el cual fue diseñado de la siguiente manera: Artículo único.- Fíjese el verdadero sentido y alcance de las causales de extinción de la responsabilidad penal que se establecen en el artículo 93 del Código Penal, en orden a que deberá entenderse que la amnistía, el indulto y la prescripción de la acción penal y de la pena no serán aplicables a los crímenes y simples delitos que constituyen genocidio, crímenes de lesa humanidad y de guerra, contemplados en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. El 18 de marzo de 2009 se puso fin a su tramitación, en consecuencia, actualmente se encuentra archivado por rechazo en general del proyecto.

ii.- Proyecto de ley sobre Acciones Constitucionales de Amparo o *Habeas Corpus* y de Protección (Boletín 2809-07)⁹⁴⁰

En relación con lo anterior, mediante una iniciativa parlamentaria, se ingresó a tramitación, con fecha 17 de octubre de 2001, el Proyecto de ley sobre Acciones Constitucionales de Amparo o *Habeas Corpus* y de Protección (Boletín 2809-07), proyecto de ley que pretende regular, en uno de sus títulos llamado “la Jurisdicción Internacional”, la ejecución de las sentencias emanadas de un Tribunal Internacional, como lo es la CoIDH.

La pretendida reforma normativa da cuenta de un anhelado proyecto, cuya finalidad, en razón del vacío normativo que en materia de ejecución de sentencias internacionales existe, busca precisamente dar cumplimiento en Chile a las sentencias dictadas por la Corte IDH, confiriéndole competencia a la Corte Suprema para asumir tales fines. No obstante, habiendo sido consultado su estado de tramitación, figura en segundo trámite constitucional ante la Cámara Alta (Senado), última gestión, dejar en despacho para que se dé Cuenta de él por parte de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, con fecha 3 de septiembre de 2019.

El texto aprobado indica:

Artículo 1.- Esta ley regula el procedimiento judicial al que debe sujetarse la tramitación de las garantías o acciones encaminadas a hacer efectivos los derechos fundamentales asegurados en la Constitución Política de la República, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

En lo que interesa, se dispone en el proyecto un:

Título Quinto. De la ejecución de las sentencias dictadas conforme al artículo 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 80.- De la ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De conformidad al mandato

⁹³⁹ Boletín N° 5918-07. Consultada el 23 de junio de 2018. Disponible en: https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=6302&prmBoletin=5918-07

⁹⁴⁰ Boletín N° 2809-07. Consultada el 14 de julio de 2020. Disponible en: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=3097>

legal del artículo 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos el Estado de Chile cumplirá las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en aquellos casos en los que sea parte. Dichas resoluciones serán comunicadas mediante oficio por el Ministerio de Relaciones Exteriores apenas este tome conocimiento de estas al Presidente de la Corte Suprema, el que la comunicará al Pleno del Tribunal. El Pleno de la Corte Suprema dispondrá en una sola resolución todas las medidas que sean necesarias para restablecer el imperio del derecho y cumplir la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de conformidad al artículo 68 de la referida Convención ratificada por Chile y vigente.

Ahora bien, se tuvo a la vista, además, oficio n.º 119-2019 de la Corte Suprema de Justicia, de 5 de junio de 2019, ingresado al Parlamento con fecha 11 de junio del mismo año para su vista, habiendo sido requerido al efecto para que informe sobre el proyecto en cuestión. En lo que interesa, a la Corte Suprema le parece conveniente que la decisión sobre la forma de cumplir una sentencia de la Corte Interamericana sea entregada a la Corte Suprema, en virtud de sus potestades jurisdiccionales. En particular, se debe tener presente lo señalado recientemente por la Corte Suprema, la cual declaró que “De esta manera, resulta evidente que, al ser el dictamen de la Corte Interamericana una sentencia de carácter jurisdiccional dictada por un tribunal al cual el Estado de Chile ha reconocido soberanamente la competencia prevista en los artículos 63 y 68 de la Convención, la ejecución de lo juzgado por ella en lo pertinente a la actividad del Estado Juez es resorte únicamente de los tribunales de justicia” (Corte Suprema, AD-1386-2014, 16 de mayo de 2019, considerando 11º).

En cuanto a la propuesta, se pueden realizar las siguientes observaciones: resulta indispensable precisar si se delimitará la competencia de la Corte a lo estrictamente jurisdiccional o a todas aquellas declaraciones que afecten al Estado. Al no establecerse restricciones, se debe entender lo segundo. En todo caso, se estima conveniente aclarar en el proyecto que la Corte Suprema solo se pronunciará sobre las medidas de carácter jurisdiccional y aquellas de carácter pecuniario o que obliguen a autoridades administrativas, pero excluyendo las de naturaleza política, legislativa y constitucional, las que deberán ser dispuestas por la autoridad competente.

Luego, el proyecto no contempla plazos de apercibimiento dentro de los cuales las autoridades deberán ejercer sus deberes legales, lo que podría llevar a que los particulares que han sido vulnerados y en cuyo favor la Corte Interamericana ha resuelto, se les impida obtener la ejecución de la sentencia. Así, por ejemplo, se podría dar el caso en que por alguna razón el Ministerio de Relaciones Exteriores no oficie al presidente de la Corte Suprema, caso en el que no se contempla una solución.

Por lo anterior, se estima conveniente establecer plazos dentro de los que deberán actuar las autoridades. En tal sentido, se debe regular un plazo para que el Ministerio de Relaciones Exteriores comunique la sentencia al presidente de la Corte Suprema, contado

desde la fecha en que la Corte Interamericana notificó al Estado de Chile de esta; un plazo para que la Corte Suprema conozca en Pleno de la solicitud de ejecución; y un plazo para que dicha Corte resuelva cuáles medidas deberán ser adoptadas.

La existencia de los plazos debe ir acompañada de apercibimientos para aquellas autoridades que no cumplan los deberes que la ley le impone, a fin de evitar dilaciones indebidas en el cumplimiento de las sentencias. Por último, se recomienda dejar expresamente establecido que la Corte Suprema, reunida en Pleno, podrá determinar las medidas que se deban realizar con el propósito de cumplir las sentencias de la Corte Interamericana en las mejores condiciones y en la mayor medida posible, con el objetivo de otorgarle amplias atribuciones para el debido cumplimiento de los compromisos internacionales que Chile ha contraído.

Adicionalmente, se previene que los ministros señor Dolmestch y señora Egnem, en lo relativo al cumplimiento de las sentencias dictadas conforme al artículo 68 de la CADH, sostuvieron que el propio texto del Proyecto, en su artículo 80 –de suyo acotado–, da cuenta de lo complejo que resultaría normar un procedimiento de esa índole, prueba de lo cual ha sido la dificultad de encontrar, para el cotejo, un cuerpo normativo que lo contenga en ordenamientos jurídicos de los países de la región. Ello se explica por la diversidad de decisiones que puede adoptar el tribunal internacional, de distinta naturaleza y entidad, de acuerdo con el marco de las facultades de que está dotado, y muy particularmente, porque no es posible vulnerar el principio de compatibilidad que impone respetar tanto la normativa que rige al tribunal internacional, cuanto aquélla del régimen interno de cada país.

Finalmente, el referido informe, como comentarios previos, consigna al efecto que hubo otros proyectos de ley para regular el recurso de protección sobre las que ha recaído la opinión de esta Corte Suprema. En cuanto a esos proyectos de ley que persiguieron regular el recurso de protección y que fueron informados por la Corte Suprema, cabe mencionar los siguientes: i.- Proyecto de ley sobre la acción de protección de las garantías constitucionales (Boletín n.º 2191-07; Oficio C. Suprema n.º 1749-1998). Tal proyecto fue archivado en abril de 2004. ii.- Proyecto de ley que establece un procedimiento para la tramitación de la acción constitucional a que se refiere el artículo 20 de la Constitución Política, y que deja sin efecto el Auto Acordado que indica (Boletín n.º 4011-07; Oficio C. Suprema n.º 101-2006). Este proyecto fue archivado en junio de 2009. iii.- Proyecto de ley para regular el recurso de protección y derogar la Ley n.º 18.971, que regula el recurso denominado de amparo económico (Boletín 11.495-07; Oficio C. Suprema n.º 26-2018). Este proyecto se encuentra paralizado desde el 6 de marzo de 2018.

iii.- Proyecto de ley que interpreta el artículo 93 del Código Penal para que la amnistía, el indulto y la prescripción no constituyan impedimentos de la acción penal en el

caso de delitos especialmente sancionados por el derecho internacional (Boletín n.º 3959-07)⁹⁴¹.

El referido proyecto, consta haber sido ingresado el 30 de agosto de 2005, se dispuso un:

ARTÍCULO ÚNICO.- Interpretase el artículo 93 del Código Penal en el sentido que sus disposiciones no exoneran al Estado de Chile de su obligación de cumplir estrictamente la legislación internacional sobre crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, de hacerlos objeto de una investigación adecuada e imparcial, y que las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes sean buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas. En consecuencia, los delitos comprendidos en esas categorías de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad ley serán imprescriptibles tanto para el seguimiento de la acción penal como para el cumplimiento de la pena; no serán susceptibles de amnistía; la obediencia debida a órdenes superiores no eximirá de responsabilidad penal alguna; y, se tramitarán siempre en la vía ordinaria y ante el fuero común. A los efectos de este artículo se entenderá que las órdenes de cometer genocidio, torturas crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra son manifiestamente ilícitas. Se encuentra pendiente en segundo trámite constitucional en la Cámara del Senado desde 19 de junio de 2008.

Este asunto se encuentra congelado en el Senado desde 19 de junio de 2008, en segundo trámite constitucional, siendo su último movimiento dar cuenta del oficio 7528 de la Cámara de Diputados, en que expresa su opinión respecto de la declaración de inadmisibilidad formulada por el Senado. Pasa a Comité.

iv.- Proyecto de ley que declara la nulidad del Decreto Ley n.º 2.191, de 1978 (Boletín 4162-07, del 21 de abril de 2006)⁹⁴². La última gestión útil que consigna el presente asunto data del 1 de julio de 2015, consta aún en primer trámite constitucional del Senado.

v.- Decreto n.º 323/2006 que crea la Comisión Coordinadora para dar cumplimiento a las obligaciones del Estado de Chile en materia del DIDH.

Siguiendo con el análisis de la regulación de los procesos de implementación de decisiones del sistema interamericano en Chile, cabe señalar que solo existe una “Comisión Coordinadora para el Cumplimiento a las Obligaciones del Estado de Chile en Materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, creada por el Decreto n.º 323, del 25 de agosto de 2006, introducida a pocos meses de la doble condena del Estado de Chile en los casos “Claude Reyes” y “Almonacid Arellano” (en septiembre de 2006). El objetivo de esta Comisión es servir de instancia de coordinación en la entrega de antecedentes que deben aportar los órganos públicos para elaborar las respuestas que el Estado de Chile, a través de

⁹⁴¹ Boletín N° 3959-07.

⁹⁴² Boletín N° 4162-07.

la Cancillería, debe proporcionar a los mecanismos internacionales de supervisión, promoción y protección del DIDH.

Esta Comisión se encuentra integrada por representantes de los ministerios de Relaciones Exteriores, Interior, Defensa, SEGPRES, Educación, Justicia, Trabajo, Salud, Planificación, el Servicio Nacional de la Mujer (Sernam), el Ministerio Público, Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones de Chile (PDI), Defensoría Nacional, Gendarmería de Chile y el Servicio Nacional de Menores (Sename). La Comisión se encuentra presidida por el Ministerio de Relaciones Exteriores y tiene como mandato:

Servir de instancia de coordinación (...) en la entrega de antecedentes que deben aportar los organismos públicos para elaborar las respuestas que el Estado (...) debe proporcionar a los diversos mecanismos internacionales (...) de derechos humanos, tanto a nivel universal como interamericano, sin perjuicio de aquellos casos en que las normas legales o tratados internacionales puedan imponer directamente a un órgano del Estado aportar la información que se les requiera en la materia (Art. 1).⁹⁴³

Cabe hacer notar que el mandato no incluye explícitamente la implementación de decisiones internacionales. No obstante, se ha interpretado que las funciones de la Dirección de DD.HH. del Ministerio de Relaciones Exteriores abarcan este aspecto, en cuanto proporciona información a los órganos internacionales sobre las medidas de cumplimiento adoptadas, utilizando a la Comisión como instancia, más allá de las conversaciones directas, para avanzar los acuerdos necesarios en términos de implementación.

La versión original del Decreto 323 fue objetado por la Contraloría, en Dictamen N° 9.987 de 1 de marzo de 2006, pues hacía alusión en diversas disposiciones a la “Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores”, la cual no se encontraba contemplada en el Estatuto Orgánico de la Cancillería, contenido el DFL N° 161 de 197846. Si bien el Decreto fue subsanado, hasta la fecha el DFL N° 1621 no contempla a la Dirección de Derechos Humanos⁹⁴⁴. No obstante, la institucionalidad antes descrita será alterada por la Ley N° 20.885⁹⁴⁵ que crea la Subsecretaría de Derechos Humanos y que asumirá, entre otras funciones, la tarea de dirigir un Comité Interministerial que remplazaría la mencionada Comisión Coordinadora.⁹⁴⁶

vi.-_Proyecto de ley relativo a la reforma de la justicia militar (Boletín legislativo 7203-026 de 2010)⁹⁴⁷

⁹⁴³ Cfr. SCHONSTEINER y COUSO, op. cit., p. 330

⁹⁴⁴ Minuta INDH relativa al proyecto de ley que crea la Subsecretaría de Derechos Humanos (boletín N° 8207-07). De junio de 2012.

⁹⁴⁵ Ley 20.885 artículo 1, n° 3) letra c)

⁹⁴⁶ SCHONSTEINER y COUSO, op. cit., p. 331

⁹⁴⁷ Boletín 7203-02 de 2010. Disponible en: https://senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=7203-02

Con fecha 9 de septiembre de 2010 fue ingresado este proyecto al Parlamento, el cual contemplaría la derogación del delito de desacato, atendiendo a que su existencia no se adecua a los estándares internacionales en la materia, y la exclusión de los delitos cometidos por civiles y menores de edad de la Jurisdicción Militar. Dicho proyecto está terminado, toda vez que dio paso a la Ley n.º 20.477.

vii.- Ley 20.477, del 30 de diciembre de 2010, que modifica competencia de Tribunales Militares⁹⁴⁸

El Estado ha dado parcial cumplimiento a la sentencia, al excluir a las personas civiles de la jurisdicción militar mediante la promulgación de la Ley 20.477 (en 2010).

Dispone:

Artículo 1º.- Restricción de la competencia de los tribunales militares. En ningún caso, los civiles y los menores de edad, que revistan la calidad de víctimas o de imputados, estarán sujetos a la competencia de los tribunales militares. Ésta siempre se radicará en los tribunales ordinarios con competencia en materia penal. Para estos efectos, se entenderá que civil es una persona que no reviste la calidad de militar, de acuerdo al artículo 6º del Código de Justicia Militar.

En efecto, la Corte reitera que valora positivamente la referida Ley n.º 20.477 emitida en el 2010, y considera que constituyó un avance en el cumplimiento de esta medida de reparación, debido a que restringió, en cierta medida, el alcance de la competencia personal de los tribunales penales militares. Los estándares o parámetros sobre limitaciones que debe observar la jurisdicción militar fueron adaptados con la referida reforma legal. En síntesis, disponen que solo puede juzgar a militares en servicio activo; solo puede juzgar la comisión de delitos o faltas (cometidos por militares activos) que atenten, por su propia naturaleza, contra bienes jurídicos propios del orden militar; y no es el fuero competente para investigar, y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de todas las violaciones de derechos humanos⁹⁴⁹.

viii.- Proyecto de ley sobre causales para la revisión de sentencias firmes (Boletín 7725-07)⁹⁵⁰ Consta con fecha de Ingreso: 15 de Junio, 2011. Actualmente fue desarchivado en Sesión 25ª, ordinaria, de 19 de junio de 2018, procediendo dar cuenta del proyecto.

⁹⁴⁸ CHILE. MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL; SUBSECRETARÍA PARA LAS FUERZAS ARMADAS. Ley 20.477 del 30 de diciembre de 2010, la cual modifica competencias de tribunales militares. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1021613&buscar=20477>

⁹⁴⁹ Cfr. Resolución CoIDH, de 1 de septiembre de 2016, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, párr. 27.

⁹⁵⁰ Boletín N° 7725-07. Consultada el 14 de julio de 2020. Disponible en: http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=7725-07

Su texto es del siguiente tenor:

Dispone: Artículo Único: Agréguese al artículo 473 del Código Procesal Penal la siguiente causal nueva: “f) Cuando se hayan utilizado procedimientos de la Ley Nº 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad, para juzgar delitos comunes; g) Cuando la sentencia haya sido dictada en contravención a obligaciones contraídas por el Estado de Chile, en virtud del derecho internacional consuetudinario, convencional, principios generales del derecho y las normas de *jus cogens*.”

Como antecedente similar, consta vigente en el ordenamiento jurídico chileno el recurso de nulidad, causal 373, literal a) del Nuevo Código de Procedimiento Penal, del siguiente tenor: “a) Cuando, en la cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes garantías aseguradas por la Constitución”. Este texto fue incorporado en virtud de la Ley n.º 20.074, Art. 1º n.º 46, D.O. 14.11.2005.

ix.- Proyecto de ley que adecua la legislación a las exigencias de los Tratados Internacionales, sobre Derechos Humanos en las materias que indica. (boletín n° 8803-02 de 2013).⁹⁵¹

Ingresado el 24 de enero de 2014, a la fecha aún está pendiente en primer trámite constitucional con oficio de la Corte Suprema, con fecha 19 marzo de 2014. Su texto señala: “Art. 1º.- Deróguese el Código de Justicia Militar; Art. 2º.- Para sustituir en el art. 473 del Código Procesal Penal, el ilativo “y” en la parte final de la letra d) pasando a la letra e) a continuación de la expresión “firme” y agregar la siguiente letra f) nueva: f) Cuando la sentencia firme hubiere sido objeto de impugnación y esta hubiere sido acogida por una sentencia dictada por una Corte o Tribunal Internacional por violación a alguno de los derechos reconocidos y garantizados por los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes; Art. 3º.- Deróguese la ley Nº20.447; Art. 4º.- Crease el siguiente Código Penal Militar.”

En el paquete de reformas de la Constitución, aprobadas en la Ley n.º 20.050 del año 2005, se incluyó un cambio con el fin de suprimir el inciso primero del art. 79 del art. del Código de Justicia Militar, que excluía de la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema a los tribunales militares en tiempo de guerra, ganando, por lo tanto, la competencia que antes le faltaba (vinculado al art. 70-A numeral 2 del referido Código Militar, relativo a que solo le entregaba competencia a la CS para revisar fallos dictados en tiempos de paz). Aunque lo anterior no ha sido suficiente, toda vez que los criterios argumentativos de la CS para valorar los nuevos hechos que fundamentan las

⁹⁵¹ Boletín Nº 8803-02.

pretensiones de las víctimas no han sido considerados conforme a los parámetros de la CoIDH a la luz de la aplicación del CADH.

El Estado, a propósito del caso Norín Catrimán y otros, indicó que la Ley Antiterrorista fue modificada a fines del 2010 por medio de la dictación de la Ley n.º 20.467, en relación con la tipificación y penalidad de delitos terroristas que restringieron el tipo penal y, en algunos casos, redujeron las penas aplicables a esos delitos. Asimismo, sin referirse específicamente a las sentencias condenatorias de las víctimas de este caso, explicó que, considerando los cambios de fondo introducidos a esta Ley, la legislación interna chilena contempla ciertos mecanismos legales para revisar sentencias penales dictadas sobre la base de leyes más onerosas para los condenados, velando por el estricto cumplimiento del principio de igualdad ante la ley entre quienes son beneficiados por una nueva ley más favorable dictada antes de la condena y quienes han sido objeto de condenas firmes por hechos análogos. Señaló que el principio de aplicación imperativa y retroactiva de la ley penal más favorable al imputado o condenado es absoluto y tiene rango constitucional; y que, según el artículo 18 del Código Penal, se extiende a las causas vigentes y a las concluidas mediante sentencia judicial, la que puede ser modificada de oficio o a petición de parte, para ajustarla a la nueva ley más benévola en cualquier tiempo, pasando por sobre la autoridad de cosa juzgada⁹⁵².

x.- Ley N° 20.357 que tipifica Crímenes de Lesa Humanidad y Genocidio y Crímenes y Delitos de Guerra, publicada el 18 de julio de 2009⁹⁵³.

La presente ley tiene como causa todos los asuntos ventilados ante la instancia regional y que versaron sobre crímenes de lesa humanidad, torturas, desapariciones forzadas y genocidios, ocurridos durante la época de dictadura militar en Chile (principalmente el 11 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1990). Regula, precisamente, las conductas tipificadas, imponiendo penas graves por los delitos allí descritos.

xi.- Ley N° 20.885, que crea la Subsecretaría de Derechos Humanos y Adecúa la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia⁹⁵⁴.

La presente ley introduce modificaciones en el Decreto Ley n.º 3.346 del Ministerio de Justicia, promulgado y publicado en el año 1980, que fija el texto de la ley orgánica del Ministerio de Justicia. De conformidad con lo establecido en el artículo 8 del referido decreto ley, corresponde a la Subsecretaría de Derechos Humanos, especialmente en lo que

⁹⁵² Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279. párr. 420.

⁹⁵³ Ley N° 20.357 que Tipifica Crímenes de Lesa Humanidad y Genocidio y Crímenes y Delitos de Guerra, publicada el 18 de julio de 2009.

⁹⁵⁴ Ley n° 20.885 que crea la Subsecretaría de Derechos Humanos y Adecúa la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia.

interesa, asistir al Ministro de Justicia y Derechos Humanos en el estudio crítico del derecho interno, con la finalidad de proponer al presidente de la República las reformas pertinentes para adecuar su contenido a los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Asimismo, colabora con el Ministerio de Relaciones Exteriores, con base en lo dispuesto en la letra d) del artículo 2°, en la elaboración y seguimiento de los informes periódicos ante los órganos y mecanismos de derechos humanos, en la ejecución de medidas cautelares y provisionales, soluciones amistosas y sentencias internacionales en que Chile sea parte, y en la implementación, según corresponda, de las resoluciones y recomendaciones originadas en el Sistema Interamericano y en el Sistema Universal de Derechos Humanos, sin perjuicio de las atribuciones de otros órganos del Estado.

3. Convergencias y divergencias en la ejecución de las sentencias de la jurisdicción regional

El Tribunal Europeo está conformado por un número de jueces correspondiente al número de Estados parte del Consejo de Europa, elegidos por la Asamblea parlamentaria del mencionado órgano, a partir de una terna presentada por el gobierno de cada Estado. Los jueces son elegidos para un periodo de nueve años sin posibilidad de reelección⁹⁵⁵.

La Corte Interamericana está integrada por un total de 7 jueces, cada uno en representación de los Estados que hacen parte de la OEA (Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 52-55). En efecto, surge una particularidad en la competencia de la Corte para decidir sobre los asuntos que se sometan a su jurisdicción, y es justamente la facultad que ostentan los Estados de decidir si le reconocen o no competencia a la Corte; de hecho, el artículo 62 de la Convención establece que el Estado deberá hacer una declaración de reconocimiento obligatorio. Situación contraria se presenta en el Sistema Europeo, pues, al ser el Estado Parte del Consejo de Europa queda tácitamente obligado a reconocer la competencia del Tribunal para dirimir las controversias que se pongan en su conocimiento. La doctrina realiza una crítica al Sistema Interamericano acerca de la legitimidad que se le otorga a la Corte Interamericana, dado que, al igual que en el Sistema Europeo, ser Estado Parte de la OEA debería constituir acto suficiente de reconocimiento a la competencia de la Corte, más aún cuando la finalidad de esta es velar por la protección y garantía de los derechos humanos.

En otro orden de ideas, la Corte Interamericana, dentro de su competencia, cuenta con dos facultades principales:

⁹⁵⁵ LÓPEZ GUERRA, op. cit., pp. 165-186.

Avocarse conocimiento sobre los casos de presunta violación de derechos humanos, que sean sometidos a su jurisdicción; y resolver las consultas, sobre interpretación de la Convención, que eleven los Estados parte. Respecto a la facultad consultiva, la Corte Interamericana ha manifestado que ella es ante todo y principalmente, una institución judicial autónoma que tiene competencia para decidir cualquier caso contencioso relativo a la interpretación y aplicación de la Convención (...) la Corte representa, además el órgano con mayor poder conminatorio para garantizar la efectiva aplicación de la Convención.⁹⁵⁶

En un sentido similar, las facultades del Tribunal Europeo no se distancian mucho de las de la Corte Interamericana, ya que, de acuerdo con el CEDH, las principales competencias del Tribunal radican, de igual manera, en conocer los casos por presunto desconocimiento del Convenio, es decir por la vulneración de los derechos consagrados en este. Por otra parte, la segunda facultad de la cual es acreedora el órgano en mención es la consultiva, en tanto el Tribunal tiene a cargo, al igual que la Corte, la interpretación del contenido del Convenio y sus Protocolos a solicitud de alguno de los Estado Parte.

No obstante, la divergencia real en este ámbito resulta del proceso definido en ambos sistemas para abordar una consulta. En el Sistema Europeo, el Comité debe realizar la solicitud, la cual se adoptará por la mayoría de las representantes con derecho a intervenir en este; mientras que, en el Sistema Interamericano, cualquiera de los Estados miembro de la OEA puede elevar la consulta a la Corte, la que señalará el alcance o límite de la Convención, según la consulta elevada. Debido a aquello, la función consultiva del Tribunal se ha visto menguada desde la entrada en funcionamiento de este órgano, pues, como se mencionaba, el procedimiento limita el desarrollo de esta función por parte del Tribunal. Tal es la situación de la facultad consultiva en el Sistema Europeo, que “hoy ha expresado tan solo dos opiniones consultivas, en cambio el sistema interamericano ha emitido veintiuna”⁹⁵⁷.

La labor interpretativa que lleva a cabo la Corte Interamericana resulta tan beneficiosa, que no solo se limita al contenido de la Convención:

(...) busca no solo desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos, sino, sobre todo, asesorar y ayudar a los Estados miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales en la materia (...) se trata de interpretaciones que contribuyan a fortalecer el sistema de protección de los derechos humanos.⁹⁵⁸

⁹⁵⁶ CoIDH. Opinión consultiva OC-1/82 del 24 de setiembre de 1982 “otros tratados” objeto de la función consultiva de la corte (art. 64 convención americana sobre derechos humanos) solicitada por el Perú.

⁹⁵⁷ CAMARILLO GOVEA, Laura. “Convergencias y divergencias entre los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos”. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, 2016, vol. 19, núm. 37, pp. 67-84. Disponible en: <https://doi.org/10.18359/prole.1680>

⁹⁵⁸ CoIDH. Opinión consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017 solicitada por la república de Colombia medio ambiente y derechos humanos, párr. 23.

Por último, el aspecto más relevante de ambos Tribunales, y en el cual más se pueden contribuir mutuamente, radica en las decisiones que profieren ambos órganos, las cuales están dotadas de vinculatoriedad para los Estados parte (en el caso americano, para los Estados que han reconocido formalmente la competencia de la Corte).

En primer lugar, una carencia común a ambos sistemas, como lo señala Camarillo⁹⁵⁹, es la ausencia de un mecanismo regional que dote de eficacia y obligatoriedad verdadera a las sentencias proferidas, bien sea por el Tribunal Europeo o por la Corte Interamericana; no obstante, en el caso europeo se atenúa esta circunstancia dada la existencia del Comité de Ministros.

En segundo lugar, frente a los efectos de las sentencias, que a todas luces se espera En segundo lugar, frente a los efectos de las sentencias, que a todas luces se espera lleven consigo el reconocimiento de un monto indemnizatorio, obviamente en el caso de que se reconozca que efectivamente hubo una vulneración a los derechos estipulados en la Convención o en el Convenio, el artículo 41 del Convenio Europeo establece lo siguiente: “Si el tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus protocolos y si el derecho interno de la alta parte contratante solo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa.” Por otro lado, el artículo 63.1 de la Convención Americana dispone que “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”.

Teniendo en cuenta lo anterior, el sistema de reparación que ha implementado la Convención se encuentra ampliamente desarrollado frente al que está establecido en el Convenio Europeo, debido a que en el Sistema Interamericano la reparación, sea cual sea esta, queda al albedrío de lo que la Corte considere pertinente; mientras que en el Sistema Europeo la indemnización queda condicionada a lo que el ordenamiento jurídico interno del Estado disponga al respecto, restando en alto grado la eficacia de la decisión proferida por el Tribunal.

⁹⁵⁹ Vid. CAMARILLO GOVEA, op. cit.

CONCLUSIONES

1. La presente investigación, que ha perseguido uno de los objetivos centrales enunciados en el plan de investigación (conforme al cual se pretende demostrar si la *fragilidad* de los sistemas regionales se debe, en gran parte, al amplio margen de discrecionalidad que disponen los Estados Parte para dar ejecutabilidad *indirecta* a las sentencias dictadas por el órgano jurisdiccional), ha girado en torno a detectar, principalmente, algunas de las problemáticas que afronta el Sistema Europeo de protección de Derechos Humanos, poniendo especial énfasis en aquellas procedidas de la ejecución de las sentencias y su adecuación por parte del ordenamiento jurídico español, habida cuenta de la ausencia de potestades directas hacia el Tribunal de Estrasburgo para hacer ejecutar lo juzgado y de mecanismos homogéneos y comunes para la ejecución por parte de los Estados Parte.
2. Se ha procedido a desarrollar una temática clave para el progreso en la aplicación del DIDH, y que enfrenta la adecuación interna de los estándares internacionales que imponen los convenios regionales sobre derechos humanos, versus el ejercicio de la soberanía interna de los Estados, a objeto de disponer una adecuada aplicación de las obligaciones internacionales dentro de los ordenamientos nacionales, sin que aquello signifique una limitación injustificada a las facultades discrecionales de los poderes públicos (en específico las del poder judicial). Este uso de criterios internacionales, conforme a los pactos internacionales y la actividad jurisdiccional de las altas cortes nacionales, se ve plasmado en la incorporación de la doctrina jurisprudencial internacional en las sentencias internas de los órganos de justicia (control difuso de convencionalidad), no solo como límite, sino al contrario, como verdadero parámetro de legitimidad de la actividad pública (judicial) nacional.
3. El enfoque utilizado buscó específicamente indagar sobre el grado de efectividad que disponen los mecanismos regionales de control jurisdiccional (a saber, la Corte Interamericana y Tribunal de Estrasburgo, respectivamente) en la supervigilancia del respeto y protección de los derechos humanos, que encara el compromiso de los Estados que adhieren, en específico Chile y España, cuando aquellos países han sido responsables por violaciones a derechos humanos. En tal escenario, esta investigación considera aspectos esenciales de la garantía de protección multinivel de los derechos, cual es el tópico sobre la ejecución de sentencias que declaran la responsabilidad internacional en el plano interno. Apreciando, al efecto, el amplio margen de apreciación interna que disponen los Estados para determinar la forma de cumplimiento y, en definitiva, la ejecución particular de las sentencias condenatorias pronunciadas por los órganos regionales.

4. Potencialmente, se realizó un estudio particular del Derecho Internacional Consuetudinario (esencialmente sobre sus normas *ius cogens*) y la Responsabilidad Internacional de los Estados, a pretexto de indagar en argumentos que permitieran sostener la necesaria efectividad que merecen las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo en los casos contenciosos que conoce. Junto con el valor atribuible a sus efectos *erga omnes*, ello en cuanto a la interpretación y aplicación judicial que se realiza del derecho, que emanan del CEDH.
5. Si bien, el derecho internacional no dispone la forma en que este debe ser incorporado ni tampoco la jerarquía con la que debe hacerlo, los Estados parte, en uso de su margen discrecional -corolario de la soberanía nacional-, bajo la misiva determinar el cumplimiento de buena fe de esta normativa -arts. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados-, con el fin de lograr un efectivo cumplimiento de las obligaciones internacionales (pactos y decisiones de las cortes regionales), realizan la ejecución indirecta de los fallos regionales.
6. El fenómeno de centralización y/o uniformidad de los derechos humanos ha tenido consecuencias institucionales, normativas y jurisprudenciales connotadas que han ido haciendo posible una convergencia creciente entre el derecho de origen nacional e internacional en materia de los derechos del hombre.
7. Aún, con la mera recepción formal de sus parámetros no es suficiente, ya que en su aspecto sustantivo requiere que los operadores jurídicos a cargo estén al tanto de los estándares regionales, con el objetivo de que puedan ser efectivamente utilizados en el plano interno.
8. La recepción sustantiva de los derechos humanos (por medio de las sentencias condenatorias de las cortes regionales) supone la incorporación de los derechos y estándares desarrollados en el ámbito internacional para resolver cuestiones al interior de los Estados parte. Esa etapa está marcada por dos procesos: a) impacto normativo y el impacto a nivel jurisprudencia. (acá quedé)
9. Tanto la normativa regional como la jurisprudencia de sus órganos de control han ido estableciendo y desarrollando estándares mínimos obligatorios para los Estados, en aspectos vinculados, por ejemplo, al debido proceso y garantías de un juicio justo (recepción sustantiva).
10. El postulado considera el siguiente punto de partida: tras la dictación de una sentencia condenatoria por el Tribunal de Estrasburgo y/o la Corte Interamericana, necesariamente ella debe ser ejecutada para producir efectos. Luego, la pregunta que surge es *¿en manos de quién queda dicha ejecución realmente?* En respuesta a este interrogante, cabe precisar que su solución no está dada directamente por los sistemas regionales de protección, pues, debido a la subsidiaridad que les asiste, carecen de atribuciones para anular una ley, procedimiento o sentencia interna. En

más, las cortes regionales no pueden hacer ejecutar lo juzgado por sí mismas, dado que ello necesariamente supondría una alteración en el ejercicio de la soberanía de los Estados.

11. A su vez, a la luz de sus convenciones internacionales, los sistemas regionales no contemplan ningún mecanismo uniforme que disponga la manera en que los Estados deben ejercer el cumplimiento de los fallos (recepción formal). En efecto, en las realidades de España y Chile el legislador no ha dispuesto procedimientos destinados a dar cabida a la ejecución de las sentencias regionales, no obstante, los esfuerzos jurisprudenciales para la revisión de los asuntos cuando estos hayan tenido como motivo la existencia de una sentencia regional condenatoria.
12. De este modo, la presente investigación se concentra concretamente en determinar si el grado de efectividad que disponen actualmente los mecanismos regionales de control jurisdiccional son suficientes para garantizar una adecuada ejecución *indirecta* de las sentencias. En específico, la idea es abordar *el cómo* estos procedimientos han operado cuando ha correspondido sustraer de efectos a una sentencia interna, erradicar una práctica jurisprudencial y/o disponer un cambio normativo, precisamente porque tales circunstancias constituyeron la vulneración.
13. Al hacer referencia a un sistema de protección de Derechos Humanos, se está describiendo un conjunto de normas y organismos -debidamente interrelacionados- que protegen aquellos derechos que se encuentran consagrados en instrumentos internacionales (Convenciones, Declaraciones, etc.).
14. El examen comparado de los dos sistemas revela semejanzas y diferencias. Entre las primeras figura la instauración de un sistema de garantía colectiva. Se aprecian, sin embargo, algunas diferencias en orden a la concepción del rol que el modelo de sociedad democrática desempeña en uno y otro sistema de protección, de manera que parecería haber sido expreso deseo de los redactores del Convenio Europeo hacer indisociables las restricciones permitidas en el ejercicio de algunos derechos y libertades reconocidos con un régimen jurídico verdaderamente democrático.
15. El Sistema Europeo de Derechos Humanos, al dar origen a un Tribunal, cuyas decisiones son expresamente vinculantes, genera un parámetro de observancia positivo para el Sistema Interamericano, pues es innegable que resta legitimidad a la Corte Interamericana el hecho de que los Estados parte de la OEA deba reconocer expresamente la competencia de la Corte.
16. Respecto a la facultad consultiva de ambos Tribunales, el procedimiento de consulta establecido en el Convenio podría incluir el establecido en el Sistema Interamericano, pues este último facilita de gran manera la labor del órgano a la hora de interpretar o definir el alcance del contenido de la Convención.

17. El Sistema Europeo carece de eficacia en cuanto la ejecución de las decisiones que profieren, específicamente en lo relacionado a las reparaciones que deben obtener los titulares de los derechos que han sido vulnerados, pues las indemnizaciones están supeditadas a lo que internamente este establecido en la normatividad de cada Estado, a diferencia del Sistema Interamericano, en el cual la forma de reparación es determinada por la Corte Interamericana sin ningún tipo de condicionamientos.
18. La carencia de un órgano o mecanismo regional que se encargue de velar por el cumplimiento de las decisiones de la Corte Interamericana, resta eficacia al buen funcionamiento de este Tribunal dado que el carácter vinculante de las decisiones se ve atenuado al no existir una herramienta que permita hacer coercitivo para los Estados miembro el cumplimiento de las sentencias. Al respecto, el Sistema Europeo se destaca, ya que cuenta con el Consejo de Ministros, encargado de supervisar el cumplimiento de las sentencias.
19. A diferencia de la Convención Americana, la Convención Europea fue redactada y aprobada, en su mayoría, por democracias liberales y genuinas con un poder judicial fuerte e independiente. En cambio, cuando la Convención Americana entró en vigor, la mayor parte de países estaban regidos por gobiernos militares.
20. Si bien es cierto la Convención Americana al igual que la Convención Europea prevén una Comisión y una Corte. Empero, a diferencia de la Convención Europea, la Convención Americana incorporó en un solo instrumento tanto los derechos garantizados como los medios para protegerlos.
21. Las diferencias se aprecian, igualmente, a nivel de procedimiento, siendo la más relevante la falta de *ius standi* de las víctimas de violaciones de la Convención Americana ante la Corte, a diferencia del régimen previsto en el artículo 34° del Convenio Europeo en su nueva redacción.
22. En el Sistema Interamericano, no existe – en contraste con el sistema europeo – un órgano especializado garante del seguimiento y verificación del cumplimiento de las sentencias de su máximo tribunal. Mientras el Consejo de Europa ha delegado esta importante función en su Comité de Ministros, el control en el escenario latinoamericano es difuso.
23. En definitiva, el TEDH ha supuesto un hito fundamental en la evolución del reconocimiento y garantía internacional de los derechos humanos, realizando una labor absolutamente necesaria, pero su funcionamiento actual plantea ciertas lagunas, dudas y problemas que habrán de resolverse en el futuro, no sin ciertas dificultades.
24. El ordenamiento jurídico multinivel que actualmente está vigente en Europa, en el ámbito de los derechos fundamentales, ha producido modificaciones sobre el

contenido protegible de los derechos fundamentales en los ordenamientos jurídicos nacionales, aunque siempre bajo la premisa de que no existen derechos fundamentales absolutos. Los derechos fundamentales no pueden ni deben ser ilimitados, sino que todos están sujetos a limitaciones.

25. Por lo tanto, el resultado de este proceso se ha plasmado en una ampliación del contenido protegible del derecho a la intimidad dentro de España, puesto que desde la posición europea se abarca un gran espectro que anteriormente no se contemplaba en dicho país. En el ámbito del Consejo de Europa, los tribunales españoles han interpretado los derechos fundamentales de la Constitución, 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.
26. Ello se ha traducido en una labor interpretativa que, en algún caso, ha venido a suplir deficiencias de la regulación legislativa, y ha asegurado la protección de los derechos del Convenio. Se ha producido, así, un diálogo entre tribunales que ha dado como resultado que el Derecho vivo se ajuste a los niveles exigidos por el TEDH. Por otro lado, es importante subrayar las similitudes que existen entre lo recogido por el CEDH y lo protegido por la CE, puesto que ambos textos jurídicos parten de la misma idea básica: cada individuo tiene derecho a delimitar las zonas de su vida que quiere mantener alejadas de las miradas indiscretas, pero en la configuración europea el concepto es mucho más amplio, porque afecta tanto al ámbito interno como al externo de las personas. Por esta razón es más dilatado, porque engloba diferentes derechos relacionados con el individuo, como son la vida privada, la vida familiar, el respeto al domicilio, el respeto a la correspondencia, el derecho a la sexualidad, etc. Dentro del ordenamiento jurídico español se trata de un concepto abierto, además de vinculado a la doctrina del Tribunal Constitucional que, a su vez, ha tenido muy presente la jurisprudencia que a este respecto ha emitido tanto el Tribunal de Luxemburgo como el de Estrasburgo, debido al constitucionalismo multinivel que actualmente está presente en España.
27. En el caso de la legislación y la jurisprudencia de la Unión Europea, también han influido en la definición del derecho a la intimidad, especialmente en todo lo relativo a la separación de este como derecho autónomo respecto de la protección de datos personales, así como del derecho al olvido. Es importante tener presente que los textos nacionales e internacionales que se encargan del reconocimiento y la protección de los derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Debido a ello, tanto el Tribunal Constitucional español como el TEDH y el TJUE deben tener en cuenta los nuevos retos que demanda la sociedad, relativos a los nuevos contenidos que debe proteger el derecho a la intimidad personal y familiar. En definitiva, España y Europa son dos ordenamientos jurídicos con vigencia

simultánea y complementaria, pues los ordenamientos jurídicos nacionales han sido “atravesados” por la jurisprudencia de los Tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo, así como por el Derecho originario y derivado de la Unión Europea.

28. Se puede afirmar que las decisiones de los tribunales internacionales, y en particular la jurisdicción de la Corte Interamericana, tienen como objetivo primordial promover la tutela efectiva de los derechos humanos. Para este fin, el SIDH cuenta con dos alternativas sucesivas, a saber: la actividad consultiva de la Comisión y la jurisdicción contenciosa de la Corte. La actuación de estos organismos internacionales ha promovido importantes avances en materia de derechos humanos, puesto que ha generado una mayor visibilidad y publicidad del SIDH en la región, convirtiéndose en un mecanismo fundamental para el resguardo y protección de los derechos de las personas y de todo tipo de minorías (étnicas, raciales, lingüísticas, religiosas y sexuales).
29. A pesar de ello, lamentablemente el Sistema Interamericano revela grandes dificultades, como ya se dijo, principalmente por la inejecución de sus pronunciamientos al no disponer de mecanismos ni órganos *ad-hoc* para exigir el cumplimiento de sus decisiones, quedando su ejecución en manos del Estado infractor. Esto no viene sino a develar una problemática aún no resuelta por el ordenamiento jurídico nacional, que es la de compatibilizar la competencia de la CIDH con la de los órganos jurisdiccionales nacionales y la facultad de imperio de la primera para hacer cumplir sus resoluciones y ejecutarlas conforme al estándar de protección internacional.
30. En este escenario, resulta de imperiosa necesidad que el debate político se centre en legislar sobre la ejecución de las sentencias de la Corte, de modo que los casos fallados por esta no se transformen en disposiciones vacías ni letra muerta que terminen debilitando el SIDH. Tratándose de Chile, al no existir procedimientos que puedan ser aplicados para cumplir las sentencias de la Corte, resulta indispensable lograr acuerdos políticos para legislar en materia de ejecución de sentencias. En esta línea, es fundamental que ante futuros fallos desfavorables para el Estado existan mecanismos efectivos que garanticen la ejecución de lo juzgado, dentro de un plazo razonable, de modo que el cumplimiento de las obligaciones internacionales y la sujeción del país a los estándares internacionales de protección de derechos humanos no quede al arbitrio del poder político de turno, sino que dependa de procedimientos independientes, ajenos a las concepciones morales, políticas y económicas de los gobiernos. Solo de esta manera será posible potenciar el Sistema Interamericano de protección y avanzar en el respeto de los derechos humanos.
31. Si bien es cierto en los casos chilenos tratados como en *La Última Tentación de Cristo*, Palamara Iribarne y Claude Reyes hubo avances que significaron la adopción de algunas reformas constitucionales (supresión de la censura) y la

aprobación de leyes, tales como la Ley de Transparencia y las reformas al Código de Justicia Militar. De la revisión de las discusiones legislativas se observa que muchas veces los criterios que emanan de las sentencias de la CIDH, o no son considerados, o son considerados como meras recomendaciones, olvidando el carácter obligatorio de las mismas. Obedeciendo muchas veces las motivaciones de estos cambios legislativos, más que al imperativo de dar cumplimiento a las obligaciones internacionales, a factores internos morales y políticos complejos.

32. Para lograr un mejoramiento del derecho interno, acorde a los organismos internacionales de protección, y en consecuencia garantizar la ejecución efectiva de sus decisiones, será necesario que el Estado, entre otras acciones, refuerce el reconocimiento nacional de la existencia de órganos internacionales encargados de controlar el cumplimiento de los fallos en materia de Derechos Humanos; ejecute los tratados internacionales, sus procedimientos y decisiones, conforme el principio internacional de buena fe; e interprete y aplique los fallos de la Corte Interamericana según el derecho internacional y la Convención por sobre el nacional.
33. Como consecuencia de la responsabilidad que le cabe al Estado infractor, otro asunto no resuelto gira en torno a la falta de compromiso político para la adopción de medidas internas realmente eficaces. Ya que cuando se dictan reparaciones de fondo por la Corte, para promover la creación de nuevas instituciones públicas, el tema se torna más complejo debido al imperativo de contar con las mayorías políticas constitucionales que permitan adaptar el derecho interno a la Convención Americana y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Quizás a nivel institucional chileno la creación en 2009 del Instituto Nacional de Derechos Humanos ha abierto una puerta para el reconocimiento por parte de Chile sobre la necesidad de crear nuevos organismos destinados a observar, denunciar y proteger a la ciudadanía frente a los atropellos arbitrarios provenientes de los poderes públicos.
34. Vinculado a lo anterior, resulta consistente entonces la hipótesis de replicar la práctica española y dotar entonces al ordenamiento jurídico interno de la institucionalidad del Defensor del Pueblo, no solo por su asistencia y resguardo de las personas, ni por conducir la actuación de los órganos de la administración, sino porque también resulta indispensable controlar y supervigilar, con independencia e imparcialidad que la actividad del Estado se adecúe a los estándares internacionales establecidos para la defensa y promoción de los Derechos Humanos a fin de fortalecer el Sistema Interamericano de protección como resultado de la responsabilidad que le cabe al Estado infractor, otro asunto no resuelto gira en torno a la falta de compromiso político para la adopción de medidas internas realmente eficaces, ya que cuando se dictan reparaciones de fondo por la Corte para promover la creación de nuevas instituciones públicas, el tema se torna más complejo debido

al imperativo de contar con las mayorías políticas constitucionales que permitan adaptar el derecho interno a la Convención Americana y al DIDH.

35. De esta manera, aún quedará tarea pendiente para el Estado en materia de cumplimiento y ejecución de las sentencias de la CIDH, al existir asuntos que requieren de una revisión exhaustiva con el propósito de garantizar una protección judicial debida y respeto de las garantías judiciales conforme la Convención. En este sentido, la deuda del gobierno se traduce, por ejemplo, en la revisión completa del sistema de Justicia Militar existente, y en la adopción de medidas efectivas que aseguren que el Decreto Ley de amnistía sea derogado o al menos no vuelva a constituir un obstáculo para la investigación de las violaciones a los derechos humanos, persecución de los infractores y el resarcimiento de las víctimas, con el objetivo de levantar el manto de impunidad con que muchos hoy en día siguen cubiertos.
36. A su turno, no se puede olvidar que la labor de la CoIDH en la promoción y protección de los derechos dentro de la región ha sido clave, toda vez que, como primer órgano del SIDH, ha concientizado y sentado las bases de la universalización de los derechos humanos en América. Por ello, también resulta vinculante el compromiso de los Estados de aportar financieramente al Sistema Interamericano que les ha permitido, entre otras cosas, visibilizar, reconocer y adecuar su organización interna en favor de la defensa internacional de los derechos humanos.
37. Seguidamente, en las relaciones con la sociedad civil organizada, cada vez más se reconoce que los mecanismos regionales de derechos humanos necesitan desarrollar relaciones de cooperación con todas las partes interesadas y actores relevantes a nivel local para asegurar la efectiva implementación de sus decisiones. Para facilitar esa cooperación se requiere fortalecer las oportunidades y formas de compromiso con las autoridades nacionales, los poderes judiciales nacionales, los grupos de víctimas y organizaciones de la sociedad civil. En ese sentido, es relevante destacar también el importante grado de participación de la sociedad civil en el Sistema Interamericano, que constituye un contraste marcado con el Sistema Europeo, por ejemplo. El órgano de supervisión central del Consejo de Europa, el Comité de Ministros, ha funcionado tradicionalmente de una manera poco transparente, con un acceso muy limitado para que la sociedad civil participe en sus procedimientos. De esta forma, la participación de la sociedad civil en el SIDH es, por lo tanto, muy importante para el Sistema Europeo.
38. Por su parte, respecto de los grupos vulnerables, los sistemas regionales han logrado importantes avances en el desarrollo tanto de sus mecanismos especiales de protección como en su jurisprudencia especializada, en sus esfuerzos por abordar la situación de los grupos vulnerables. Hay varias áreas, sin embargo, en que los recursos ofrecidos a grupos vulnerables siguen siendo insuficientes. En los casos de

violencia contra la mujer, por ejemplo, académicos y profesionales destaca la necesidad de que los órganos de derechos humanos otorguen una mayor atención a temas como la interseccionalidad, es decir, las múltiples formas de discriminación y las desigualdades estructurales que contribuyen a este tipo de abusos.

39. No obstante, diversos mecanismos de la ONU ahora incluyen el análisis basado en la interseccionalidad, estos enfoques no han obtenido mayor consideración por parte de mecanismos regionales de derechos humanos. Las resoluciones adoptadas dentro del SIDH, por ejemplo, usualmente se han centrado en la desigualdad de género, pasando por alto las discusiones de desigualdad social, de modo tal que restringen, en particular, el diseño de políticas adecuadas de reparación. Existe un amplio margen, por lo tanto, para aumentar el estratégico intercambio de los estándares de derechos humanos entre los sistemas con el fin de hacer frente a los similares retos sustantivos de los derechos humanos, particularmente en lo que refiere a grupos vulnerables.
40. Ahora bien, como desafíos, la efectiva implementación de las decisiones continúa siendo un serio reto a todas las instituciones de derechos humanos. Los sistemas regionales de derechos humanos se beneficiarían de un diálogo sostenido con respecto a las respuestas políticas y prácticas administrativas. Por ejemplo, el Sistema Europeo ha desarrollado un procedimiento piloto de juicios que ha sido respaldado con el fortalecimiento de la administración de la justicia local y con una reducción de la acumulación de asuntos pendientes.
41. En cuanto al SIDH, ha experimentado con alguna priorización de los casos estructurales, pero con una eficacia más limitada hasta la fecha. En la otra vereda la experiencia del Sistema Europeo muestra que tales procedimientos pueden, cuando se diseñan e implementan cuidadosamente, producir avances en determinadas áreas temáticas. Asimismo, el potencial y los desafíos que implican la utilización del margen de apreciación, la doctrina desarrollada por la Corte Europea merece un mayor estudio por parte de otras cortes de derechos humanos.
42. A su turno, la Corte Interamericana ha evitado históricamente esta doctrina en su jurisprudencia, pero algunos jueces han expresado su apoyo para su aplicación en las Américas. Algunos argumentan que la incorporación de este procedimiento puede ayudar a minimizar la reacción negativa de los Estados contra el Sistema Interamericano, al permitir un enfoque más respetuoso hacia el sistema de políticas públicas adoptadas por los Estados para proteger los derechos humanos. Por ejemplo, la CIDH se ha pronunciado al respecto en algunos informes de admisibilidad, restringiendo el alcance del margen nacional de apreciación de los Estados, protegiendo, en cambio, el derecho de ciertas minorías bajo el argumento que aquel no puede extenderse a concepciones sociales de restricción y/o violación de derechos humanos en el continente americano; es decir, ha indicado que la

doctrina del margen de apreciación debe ser analizada conforme a las circunstancias específicas del caso y a las concepciones prevalecientes en el periodo histórico.

43. La Corte IDH, por su lado, no la ha definido expresamente ni nominado de manera puntual en sus fallos; no obstante, en la práctica jurisprudencial se observa que el tribunal ha hecho uso de los “test de proporcionalidad”, reconociendo un margen de apreciación del Estado. Por ejemplo, en el Caso Perozo con Venezuela, en el cual la CoIDH estableció la responsabilidad internacional del Estado por la vulneración del artículo 13 sobre libertad de expresión, se reconoció el margen de apreciación del Estado, producto de los mismos límites establecidos en la CADH. En ese sentido, la CoIDH indicó que la libertad de expresión, particularmente en asuntos de interés público, es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. En lo relativo a la utilización del recurso ordinaria eficaz, contemplado en el art. 8.2 de la CADH, la Corte IDH señaló, en el Caso Herrera Ulloa, que, si bien los estados tienen un margen nacional de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho a recurrir el fallo.
44. Como fuere revisado, el tribunal expone los límites del Estado en cuanto a la protección de la libertad de expresión, libertad personal y a los derechos políticos, otorgándole un espacio al Estado para que pueda tener una visión propia -margen de apreciación- dentro de los estrictos límites fijados por la Corte. Esta posición evidencia cómo se reconoce el margen nacional de apreciación por parte de la Corte IDH.
45. La existencia de esta doctrina no ha implicado que los tribunales regionales de derechos humanos impongan decisiones a través de una uniformidad ante cualquier problema jurídico, por lo que la ausencia de consenso entre los Estados sobre temas sensibles en derechos humanos ha llevado a que el TEDH y la Corte IDH justifiquen una imposibilidad de definición en la interpretación y aplicación de algunos derechos, y procedan al reconocimiento de un principio de deferencia hacia las autoridades nacionales. Asuntos como el de la protección de los derechos de las minorías étnicas y culturales, la discusión sobre el aborto frente al derecho a la vida, la libertad de expresión frente a sus límites intrínsecos o el caso del matrimonio homosexual, son temas en los que los tribunales regionales, especialmente el europeo, han aplicado esa noción. Aquella falta de consenso conduce a una paradoja consistente en que, por un lado, se visualiza un argumento de confianza hacia el Estado en la medida en que este puede hacer uso de su imperio para restringir o suspender un derecho; mientras que, en segundo término, se plantea un argumento de desconfianza en la medida en que los tribunales regionales protegen, por medio de un control estricto, los derechos de los individuos.

46. Diálogo judicial: el potencial de diálogo judicial entre los tribunales regionales de derechos humanos y entre los tribunales nacionales e internacionales permanece ampliamente desaprovechado. Los sistemas regionales de derechos humanos operan en un fértil entorno de interlegalidad, caracterizado por una pluralidad de sistemas legales y judiciales, nacionales e internacionales. Esto proporciona un amplio margen para el diálogo e intercambio judicial. Cierta grado de diálogo judicial es, sin duda, llevado a cabo, como se evidencia en la jurisprudencia de derechos humanos, en temas como el matrimonio del mismo sexo y la aplicabilidad de las amnistías. Un diálogo genuino y sustantivo entre los órganos judiciales debe ir más allá de meras citas de jurisprudencia de otros sistemas.
47. Para cumplir con su potencial y avanzar en la protección de derechos, el diálogo judicial debe implicar interacciones de naturaleza más sostenida y consistente. La difusión y el aprendizaje, sin embargo, son conceptos atractivos, pero siguen siendo algo ambiguos. Para que el aprendizaje interregional sea eficaz, académicos y profesionales necesitan especificar qué es lo que se debe aprender; cómo se lleva a cabo el aprendizaje; y la forma de evaluar, si se ha producido o no el aprendizaje.
48. Mejorar la colaboración entre los mecanismos: los principales sistemas regionales de derechos humanos enfrentan significativos cuestionamientos a su autoridad desde algunos Estados en sus respectivas regiones. Desde Italia, pasando por Rusia y el Reino Unido, la Corte Europea enfrenta públicas negativas de los Estados al cumplimiento de sus resoluciones de alto perfil. En las Américas, la oposición al Sistema Interamericano ha llevado, incluso, a que algunos países se retiren de la jurisdicción de la Corte Interamericana (Trinidad y Tobago en 1998 y Venezuela en 2012 por comunicación dirigida al Secretario General de la OEA denunciaron, respectivamente, a la CADH). El aumento de la colaboración interregional entre los funcionarios de los distintos sistemas se ha vuelto cada vez más esencial para abordar estas nuevas formas de resistencia estatal a las instituciones internacionales de derechos humanos, pero una mayor asistencia podría obtenerse al mejorar las formas de interacción con los actores externos. En particular, los sistemas regionales podrían fomentar aún más la colaboración con instituciones académicas, con el fin de facilitar el análisis riguroso de su trabajo, lo que, a su vez, tiene el potencial para contrarrestar las declaraciones negativas formuladas por los Estados en contra de estos sistemas. Para reforzar el apoyo de las redes académicas, los mecanismos regionales de derechos humanos podrían formar alianzas estratégicas con instituciones académicas, participar en las evaluaciones académicas de sus actividades y ayudar a difundir los resultados de la investigación académica. Por otra parte, todos los sistemas regionales facilitarían la investigación académica, mejorando el acceso a sus archivos, datos operacionales y expedientes.

49. La importancia de la revisión jurisprudencial de algunos de los casos ante el TEDH y la CoIDH, por el hecho de revestir vulneraciones comunes a las realidades chilenas y españolas, y tocar aspectos del debido proceso, porque efectivamente uno de los requisitos es agotar las vías internas (arts. 46 CADH y 35 CEDH), y la mayoría de los asuntos se elevan por violación de garantías procesales. Además, hacer presente la revisión de casos emblemáticos, cuya ejecución ha supuesto importantes compromisos, no solo gubernamentales, sino también de orden legislativo y judicial. Se han promovido reformas legales, reglamentarias y criterios para una debida ejecución de la sentencias por parte de los altos tribunales nacionales.
50. Luego de dar cuenta que la investigación ha abierto el tema hacia la influencia que ha tenido la jurisprudencia regional en las decisiones judiciales internas, y la adecuación de criterios a la luz de los convenios, lo relevante es destacar que, fruto del presente avance, se ha podido identificar otra arista de la influencia que ha tenido la ejecución de las sentencias regionales en el plano interno. Es decir, que aborda más que el aspecto de la implementación de un mecanismo para la revisión de las sentencias regionales en el plano interno, sino que desde la perspectiva del impacto que han tenido las decisiones y jurisprudencia de las cortes regionales a nivel nacional y que evidentemente va más allá del caso en concreto.
51. Por ello, la revisión de aquella jurisprudencia de la corte que se estima relevante ha sido de gran impacto en el plano jurisprudencial nacional, dado que, más que dar solución al caso en concreto restableciendo a la víctima, ha sido posible trascender su esencia y ser aplicada, su argumentación, a otras situaciones similares, en donde ha sido replicado el uso de criterios jurisprudenciales internacionales para justificar y argumentar las decisiones tomadas a nivel judicial interno (protección multinivel).
52. El ejercicio de la actividad jurisdiccional reconoce un mínimo en cuanto a los estándares que en materia de derechos humanos se recogen de las sentencias regionales, que se instalan como práctica seguida por los altos tribunales nacionales, siendo aquello un reflejo de la obligatoriedad y cumplimiento que imponen no solo los convenios regionales, sino también la jurisprudencia de las cortes que muchas de las veces definen el contenido de los derechos humanos recogidos en las cartas constitucionales.
53. En definitiva, la influencia no solo va en la línea normativa y/o gubernamental que ha dado paso a la implementación de nuevas medidas, proyectos de ley para la revisión de las sentencias en el plano interno y otras reformas legales que inclusive han significado la reforma de la propia carta fundamental (Chile), sino, además, mecanismos del intento de intervenir en la ejecución indirecta e imponer la necesidad de la revisión, a fin de dar cabida a la ejecución y cumplimiento de las medidas que imponen las sentencias de los tribunales regionales de derechos humanos.

54. Es más, resulta memorable la actitud de la Corte Suprema de Chile, que, en cumplimiento de una sentencia de la Corte Interamericana en contra de Chile, para el caso *Norin Catrinam*, ha dejado de oficio sin efecto sentencias anteriores dictadas con omisión de la CADH. Así, se ven luces y avances que trascienden al caso en concreto y permiten una mayor adecuación de todos los órganos del ordenamiento jurídico interno.
55. En el capítulo cuarto se consignó el análisis jurisprudencial de casos sometidos ante los tribunales regionales de derechos humanos. Para ello se consideró realizar un análisis comparativo que aborda la vista, respectivamente, de 13 fallos dictados por el TEDH contra el Estado español y 11 sentencias pronunciadas por la CoIDH respecto del Estado chileno. El criterio utilizado para la selección de estos tiene por fundamento una temática que resulta ser clave para el progreso en la aplicación regional de los derechos humanos en Chile y España, respectivamente. Por tanto, desde una óptica judicial, esta investigación se ha centrado, principalmente, en el impacto que ha tenido la ejecución de las sentencias regionales en los ordenamientos respectivos, atendida la consideración normativa y doctrina jurisprudencial interna. De esta manera, lo novedoso del presente planteamiento es que evidencia el desarrollo de la ejecución en sí misma; es decir, desde el grado de suficiencia y eficacia se ha podido orientar el estudio hacia la problemática que significa en el plano nacional la inexistencia de un procedimiento uniforme que acceda a la ejecución y las posibles vías de solución que han sido utilizadas en el camino.
56. Acerca de la recepción sustantiva de los derechos humanos, a saber, las sentencias regionales de las tribunales regionales, supone la incorporación de los derechos y estándares desarrollados en el ámbito regional para resolver cuestiones internas de los Estados. Aquella etapa está marcada por dos procesos: el impacto normativo y la recepción jurisprudencial. Tanto la normativa regional como la jurisprudencia de sus órganos de control han ido estableciendo y desarrollando estándares mínimos obligatorios para los países en aspectos vinculados, por ejemplo, al debido proceso y garantías de un juicio justo (recepción sustantiva), que son analizados en detalle.
57. En razón de ello, la presente etapa investigativa ha considerado una revisión depurada de aquellos casos considerados relevantes, principalmente por su impacto en el derecho interno, a consecuencia de su ejecución, abarcando sus hechos relevantes, la problemática jurídica circunscrita, las medidas que han trascendido al caso en concreto, así como la forma en que internamente los tribunales desarrollan diversas vías para dar ejecución, vislumbrando, con ello, cierto progreso normativo-doctrinario en cuanto a los mecanismos para la revisión interna.
58. De otra parte, se cree que la importancia de la revisión jurisprudencial de algunos de los casos elevados ante el TEDH y la CoIDH supone la necesaria revisión de aquellas vulneraciones “comunes” de derechos, vinculados más bien a aspectos del

debido proceso, y que de alguna forma permiten comprender el contenido de estos desde una perspectiva comparada.

59. Luego, el capítulo quinto estuvo centrado en dar cuenta de las medidas de reparación integral adoptadas en el plano interno (satisfacción equitativa, medidas individuales y generales) y aportadas por cada Estado, a consecuencia de las sentencias regionales estimatorias previamente desarrolladas. El objetivo de aquello consiste en reconocer las medidas particulares que fueron tomadas, así como también otras tantas generales que resultaron ser de especial trascendencia para este estudio, dado su contenido y alcance, por ejemplo, al influir en potenciales reformas y proyectos legislativos (dado el contexto histórico en que se suscitaron), a pretexto de adecuar ciertas prácticas a los estándares internacionales mínimos de protección, o significar una determinada alternativa para la revisión interna de sentencias regionales, sobre todo cuando la causa de la violación haya tenido como origen un fallo judicial firme.
60. La revisión del capítulo sexto trató acerca de los desafíos y avances jurisprudenciales y normativos detectados en la ejecución de las sentencias condenatorias contra los Estados de España y Chile. Esto último, que es de particular importancia, suscita indagar las implicancias de la reforma legislativa española que la LOPJ modificó en 2015 -en lo referido a las causales de revisión de sentencias-, y el Proyecto de ley chileno sobre Acciones Constitucionales de Amparo o *Habeas Corpus* y de Protección (Boletín 2809-07), que pretende regular, en uno de sus títulos denominado “de la Jurisdicción Internacional”, la ejecución de las sentencias emanadas de la CoIDH.
61. A su turno, en el plano nacional español, el gobierno ha ido implementando algunas medidas, impulsadas principalmente por tres motivos: i.- asumir el compromiso del Estado español con el Consejo de Europa para lograr una mayor efectividad del TEDH mediante esfuerzos para conseguir la ratificación por todos los Estados firmantes del Protocolo adicional n.º 14; ii.- en el marco de un nuevo plan del gobierno centrado en el cumplimiento de nuevos compromisos internacionales en materia de Derechos Humanos ante Naciones Unidas; y c) especialmente en su afán de presentar su candidatura al Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas para el periodo 2018-2020.
62. Por el lado del Tribunal Constitucional Español, en un principio fue claro en precisar que el TEDH no dispone de competencias jurisdiccionales para hacer ejecutar lo juzgado, en ese sentido señala que, aunque el Convenio Europeo pueda aplicarse de manera directa por las autoridades jurisdiccionales internas, no quiere decir lo mismo sobre la ejecución de las sentencias, pues, pese a su vinculación, el CEDH no introduce en el derecho nacional una instancia supranacional. Precisamente El Convenio no obliga a dar efecto interno a las Sentencias del Tribunal Europeo mediante la anulación de la autoridad de cosa juzgada y de la fuerza ejecutoria de la

decisión judicial nacional que dicho Tribunal haya estimado contraria al Convenio. Tampoco el Artículo 13 del Convenio confiere al justiciable un derecho para ampliar los motivos previstos en el derecho interno para la reapertura del procedimiento judicial que ha dado lugar a una sentencia firme y ejecutoria.

63. Ahora bien, tal apreciación deberá ser matizada con la nueva Ley Orgánica n.º 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y que agrega en el texto del artículo 5 bis, el reconocimiento a las sentencias del TEDH como nuevo hecho motivo de revisión de una sentencia judicial firme. Conforme a lo cual las sentencias del Tribunal Europeo pasan a adquirir ejecutividad en el ordenamiento jurídico español, no por el reconocimiento de transferencias de competencias hacia el TEDH, sino como expresión del principio de seguridad jurídica regulado en la nueva ley.
64. Por otro lado, tratándose de la realidad jurisprudencial chilena, el objetivo de este título ha sido revelar ciertos aspectos doctrinarios que dan cuenta de la influencia que ha recibido la justicia nacional en la aplicación de criterios jurisprudenciales de la Corte IDH. La vinculación de Chile y todos sus órganos (inclusive del Poder Judicial) a los parámetros regionales de protección, en razón de la aplicación de criterios jurisprudenciales de la CoIDH, ha permitido la adopción de nuevas interpretaciones referente a la no aplicación de determinadas normativas por ser contrarias a la Convención, que, basadas en los casos chilenos, tratan ciertas problemáticas que dicen relación con la falta de adecuación interna acorde a los estándares mínimos de protección impuestos por el propio Pacto San José de Costa Rica y criterios de la Corte. En efecto, en tal sentido los jueces, cualquiera sea su ámbito competencial, estarán siempre obligados a interpretar las normas internas de forma tal que sean compatibles con las obligaciones internacionales del Estado y les den efectividad a los derechos consagrados interna e internacionalmente.
65. Finalmente, se enunciaron algunas de las medidas normativas, que, junto a otras comentadas en el capítulo V, han sido adoptadas por el legislador nacional y han tenido como motivación principal la influencia del Sistema Interamericano de Protección, ya sea por aplicación y adecuación del Pacto de San José de Costa Rica o en razón del acatamiento de los fallos pronunciados por la CoIDH dictados en su contra.

BIBLIOGRAFÍA

ABDELGAWAD, Elisabeth. “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la técnica de las sentencias piloto: una pequeña revolución en marcha en Estrasburgo”. *Revista de Derecho Político*, 2007, núm. 69, pp. 355-383.

ABREGÚ, Martín. “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: una introducción”. *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Martín Abregú y Christian Courtis (comp.). Buenos Aires: CELS, 1997, pp. 3-31.

ABRISKETA URIARTE, Joana. “Las sentencias piloto: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de juez a legislador”. *Revista Española de Derecho Internacional*, 2013, vol. 65, pp. 73-99.

ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. *Tribunal Europeo y Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿Escenarios idóneos para la garantía del derecho de acceso a la justicia internacional*. Bogotá, D. C.: Universidad Externado, 2007.

ACOSTA ESTÉVEZ, José B. “Normas de ius cogens, efecto erga omnes, Crimen Internacional y la teoría de los círculos concéntricos”. *REV-Anuario Español de Derecho Internacional*, 1995, vol. 11, pp. 3-22.

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. “Crímenes Internacionales y la Imprescriptibilidad de la Acción Penal y Civil: Referencia Al Caso Chileno”. *Ius et Praxis* [online], 2008, vol. 14, núm. 2, pp. 147-207.

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. “La Corte Suprema y la aplicación del derecho internacional: un proceso esperanzador”. *Estudios constitucionales*, 2009, vol. 7, núm. 1, pp. 91-136.

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. “El control de convencionalidad. Análisis en derecho comparado”, *Revista Direito GV, Sao Paulo*, 2013, vol. 9, núm. 2, pp. 721-754. Disponible en: <https://doi.org/10.1590/S1808-24322013000200015>

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. “Principios de interpretación de los derechos fundamentales a la luz de la jurisprudencia chilena e internacional”. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2016, vol. 49, núm. 146, pp. 13-59.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael, BELADÍEZ ROJO, Margarita y SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel (coords.). *Conflicto y diálogo con Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Civitas, 2013.

ALZAGA VILLAAMIL, Óscar. *Comentario Sistemático a la Constitución Española, 2ª ed.* Madrid: Marcial Pons, 2016.

APARICIO WILHELMI, Marco, BONDIA GARCÍA, David, CARRILLO LÓPEZ, Marc, FERRERES I COMELLA, Víctor, GAVARA DE CARA, Juan Carlos, ROIG BATALLA, Antonio y SÁNCHEZ, Víctor M. *Sistema español y europeo de protección de los derechos*. Módulo 2 Derechos y Libertades. Barcelona: Edición digital FUOC. Fundació para la Universitat Oberta de Catalunya, 2012.

ARAI-TAKAHASHI, Yutaka. *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*. Antwerp-Oxford-Nueva York: Intersentia, 2002.

ARROYO LARA, Eladio. “Consideraciones sobre el alcance y contenido del artículo 96.1 «in fine» de la Constitución española”. *Revista Española de Derecho Internacional - R.E.D.I.*, 1987, vol. 39, núm. 2, pp. 405-421.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Nueva York: Secretaría de las Naciones Unidas, 1976.

AA.VV. *La Europa de los Derechos Humanos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. GARCÍA ROCA, Javier y SANTOLAYA, Pablo (Coords). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, ISBN: 978-84-259-1596-3, 3ª ed. corr., Madrid: CEPC, 2014.

AA.VV. *Convenio europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Director/a LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, ISBN: 9788447053391, 3ª ed. Madrid: Civitas, 2015.

AYALA CORAO, Carlos. “La Ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Estudios Constitucionales*, 2007, vol. 5, núm. 1, pp. 127-201.

AYALA, Carlos. *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*. México: Porrúa, 2013.

BANDEIRA GALINDO, George Rodrigo. “El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: *Protección multinivel de Derechos Humanos. Guía Docente*, Bandeira Galindo, George Rodrigo, Uruña, René y Gómez Fernández, Itziar (coords.). Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2013, pp. 255-275.

BARBOZA, Julio. “Contrameditadas en la reciente codificación de la Responsabilidad de los Estados. Fronteras con la Legítima Defensa y el Estado de Necesidad”. *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, 2001-2002.

BARBOZA, Julio. *Derecho Internacional Público*. Argentina: Víctor P. de Zavalía, 2008.

BARKHUYSEN, Tom, VAN EMMERIK, Michiel y VAN KEMPEN, Piet Hein (editors). *The Execution of Strasbourg and Geneva Human Rights Decisions in the national Legal Order: Dutch Experience*. Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1999

BARRIOS GONZÁLEZ, Boris. “La cosa juzgada nacional y el cumplimiento y ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos por los Estados parte”. *Estudios Constitucionales*, 2006, vol. 4, núm. 2, pp. 363-392.

BENADAVA, Santiago. “Las Relaciones entre Derecho Internacional y Derecho Interno ante los Tribunales Chilenos”. En *Nuevos Enfoques del Derecho Internacional*, Avelino León Steffans (coord.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1992, pp. 9-59.

BENADAVA, Santiago, DURÁN BÄCHLER, Samuel, GROSSMAN GUILOFF, Claudio, LEÓN STEFFENS, Avelino y ORREGO VICUÑA, Francisco. *Nuevos enfoques del derecho internacional*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1992.

BESSON, Samantha (ed.). *La Cour européenne des droits de l'homme après le Protocole 14: premier bilan et perspectives = The European Court of Human Rights after Protocol 14: preliminary assessment and perspectives*, Schulthess Médias Juridiques, Genève, Zürich: Bâle, 2011.

BIANCHI, Andrea. "Human Rights and the Magic of Jus Cogens". *The European Journal of International Law*, 2008, vol. 19, núm. 3, pp. 491-508.

BLANC ALTEMIR, Antonio. *La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional*. Barcelona: Bosch, 1990.

BOUAZZA ARIÑO, Omar. "Condiciones de admisibilidad de las demandas presentadas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos". *Revista General de Derecho Administrativo*, 2012, núm. 29.

BROWNLIE, Ian. *Principles of public international law*. Oxford, 1990.

BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

BUERGENTHAL, Thomas. *International Human Rights in a Nutshell*. 2º ed. Saint Paul: West Group, 1990.

BUERGENTHAL, Thomas. "Implementation of the judgments". En: *Memoria del Seminario: El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*, Antônio Cançado. San José de Costa Rica: CoIDH, 2003, pp. 185-193.

BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento español*. Madrid: Tecnos, 1997.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence y UBEDA DE TORRES, Amaya. *Las Decisiones Básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Pamplona: Civitas–Thomson Reuters, 2009.

CABALLERO, José Luis. *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México*. México: Porrúa, 2009.

CAMARILLO GOVEA, Laura. “Convergencias y divergencias entre los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos”. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, 2016, vol. 19, núm. 37, pp. 67-84. Disponible en: <https://doi.org/10.18359/prole.1680>

CANÇADO TRINDADE, Antonio. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 2001.

CANÇADO TRINDADE, Alberto. *El acceso directo del individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*. Publicaciones Deusto, 2001.

CANÇADO TRINDADE, Antonio. “Vers la consolidation de la capacité juridique internationales de pétitionnaires dans le système interaméricain de protection des droits de la personnez”. *Revue Québécoise de Droit International*, 2001, pp. 208-239.

CANÇADO TRINDADE, Antonio. *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, 2a. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006.

CANÇADO TRINDADE, Antonio. *El desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos mediante el funcionamiento y la jurisprudencia de la Corte Europea y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007.

CANO MATA, Antonio. *El recurso de amparo*. Madrid: Edersa, 1983.

CANO PALOMARES, Guillen. “La existencia de un perjuicio importante como nueva condición de admisibilidad tras la entrada en vigor del protocolo num. 14 al CEDH”. *Revista española de derecho Europeo*, 2012, núm. 42, pp. 49-73.

CANO-PALOMARES, Guillem. “El procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: principales novedades desde la entrada en vigor del Protocolo n.º 14 al CEDH”. En: *El Tribunal de Estrasburgo en el espacio judicial europeo*, Argelia Queralt Jiménez (coord.). Thomas Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 27-50.

CANOSA USERA, Raúl. *El Control de Convencionalidad*. Navarra: Thomson Reuters (legal) Limited, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro. *Il controllo giudiziario di Constitucionalità delle leggi nel Diritto comparato*. Milán: Editorial Giuffrè, 1968.

CAPPELLETTI, Mauro. *La giurisdizione costituzionale della libertà*. Milán: Editorial Milano, 1971.

CARDONA LLORENS, Jorge. “Los tratados internacionales como fuente directa del ordenamiento jurídico en el artículo 96 de la Constitución Española”. Estudios en Homenaje al Profesor Diego Sevilla Andrés. Historia, Política y Derecho, tomo I. Valencia: Universidad de Valencia, 1984, pp. 207-220.

CARMONA, Encarna. “La ejecución de sentencias del tribunal europeo de derechos humanos en España”. En: Seminario internacional: “Impacto y desafíos de la supervisión de cumplimiento de sentencias de los tribunales regionales de derechos humanos”. Heidelberg, Alemania: Instituto Max Planck, 18 y 19 de julio de 2016.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Soberanía del Estado y Derecho internacional*. Madrid: Tecnos, 1976.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *IV. Vínculos entre la Declaración Universal de Derechos Humanos y el sistema europeo de protección. Asociación para las Naciones Unidas en España. La declaración Universal de los Derechos Humanos. Comentarios de artículo por artículo*. Barcelona: Icaria, 1998.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Editorial Tecnos, 2003.

CARY SIMS, John. “Compliance without remands: the experience under the European Convention on Human Rights”. *36 Arizona State Law Journal*, 2004.

CASADEVALL, Joseph. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012.

CASTILLA, Karlos. *25 años de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: de las excepciones preliminares de 1987 a los derechos interpretados en 2012*. México: Ubijus, 2013.

CASTILLA, Karlos. “Sistemas regionales de Derechos Humanos: Algunos datos para su análisis y estudio”. *Red tiempo de los derechos*, 2017, núm. 2.

CASTRO-RIAL GARRONE, Fanny. “Consideraciones a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto «Barberá Messegué» y Jabardo c España”. *Revista de Instituciones Europeas*, 1989, vol. 16, núm. 3, pp. 798-807.

CASTRO-RIAL GARRONE, Fanny. “El derecho a un juicio equitativo (Comentario a la sentencia del TEDH de 23 de junio de 1993, *Ruiz Mateos contra España*)”. *Revista de Instituciones Europeas*, 1994, vol. 21, pp. 157- 170.

CATALA I BAS, Alexandré H. *Libertad de expresión e información. La jurisprudencia del Tribunal Europeo y su recepción por el Tribunal Constitucional*. Valencia: Ediciones Revista General de Derecho, 2001.

CÁRDENAS VELÁSQUEZ, Byron. *El Control de las normas internas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos [tesis]*. Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona, 2015.

CEA EGAÑA, José Luis. *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo I. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2015.

CEDEÑO HERNÁN, Marina. “Las garantías del proceso equitativo en el ámbito penal”. En *Conflicto y diálogo con Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo*

de Derechos Humanos, Rafael Alcácer Guirao, Margarita Beladiez Rojo y José Miguel Sánchez Tomás. Madrid: Civitas, 2013.

CHERIF BASSIOUNI, M. “International Crimes: Jus Cogens and Obligation Erga Omnes”. *Law & Contemporary Problems*, 1996, vol. 59, pp. 63-74.

CHILE. MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL; SUBSECRETARÍA PARA LAS FUERZAS

ARMADAS. Ley 20.477 del 30 de diciembre de 2010, la cual modifica competencias de tribunales militares. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1021613&buscar=20477>

CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier. “Tribunal Europeo de Derechos Humanos Desaparición forzada de personas durante la Guerra Civil española - Incompetencia (sobrevvenida) respecto a la obligación autónoma, independiente y continuada de investigar”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2013, núm. 45, pp 741-759.

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. París: Naciones Unidas, 1948.

CONSEJO DE EUROPA. Convención Europea de Derechos Humanos - CEDH. Roma, 1950.

CONSEJO DE EUROPA. Guía práctica sobre la admisibilidad. División de Investigación de la Secretaría del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2010.

CONTESSE, Jorge. “Contestation and Deference in the Inter-American Human Rights System”. *79 Law & Contemporary Problems*, 2016, pp. 123-145.

CONVENCIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Convención Americana sobre Derechos Humanos - CADH. (Pacto de San José). San José de Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.

COPENHAGEN DECLARATION. The High-Level Conference meeting in Copenhagen on 12 and 13 April 2018 at the initiative of the Danish Chairmanship of the Committee of Ministers of the Council of Europe.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CIDH. Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, no 4.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CIDH. Caso Godínez Cruz, Sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C, no 5.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CIDH. Caso Fairén Garbí y Solís Corrales, Sentencia de 15 de marzo de 1989, Serie C, no 6.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CIDH. Caso Blake, Sentencia de 2 de julio de 1996, Serie C, N° 27.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CIDH. Caso Genie Lacayo, sentencia de 17 de enero de 1997, Serie C, no 30.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH. Opinión Consultiva OC 16/99 del 1 de octubre de 1999 solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, “El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal”.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH. Caso Ivcher Bronstein c. Perú, sentencia sobre la competencia, de 24 de noviembre de 1999, Serie C, n° 54.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH. Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH. Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C N°. 77.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH. Caso Barrios Altos vs. Perú, de 14 de marzo de 2001.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C N° 73.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CIDH. Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH. Caso Bulacio vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CIDH. Caso Cinco Pensionistas contra Perú, sentencia sobre el fondo, reparaciones y costas, de 28 de febrero de 2003, Serie C, n° 98.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CIDH. Caso Baena Ricardo y otros contra Panamá. de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CIDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CIDH. Caso Palamara Iribarne vs. Chile, Sentencia 22 de noviembre de 2005, Serie C N° 135.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CIDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH. Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH. Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CIDH. Caso Radilla Pacheco versus México. Excepciones Preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C N°. 209.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CIDH. Caso Mejía Idrovo versus Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de julio de 2011. Serie C N° 228.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CIDH. Caso Furlan y Familiares vs. Argentina. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C N° 246.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CIDH. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C N° 251.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH. Caso García Lucero y Otras vs. Chile, sentencia de 28 de agosto de 2013 (excepción preliminar, fondo y reparaciones).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CIDH. Caso Osorio Rivera y Familiares vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C No. 274.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CIDH. Asunto Comunidades del Jiguamiandó y del Curvaradó respecto de Colombia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 22 de mayo de 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CIDH. Caso García Lucero y Otras vs. Chile, sentencia de 28 de agosto de 2013 (excepción preliminar, fondo y reparaciones).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CIDH. Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile, sentencia de 29 de mayo de 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CIDH. Caso Maldonado Vargas y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2015. Serie C No. 300.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH. Caso Vereda La Esperanza vs. Colombia. Sentencia de 31 de agosto 2017. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH. Informe Anual 2017. CIDH.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CIDH. Caso Órdenes Guerra, y otros contra Chile, 29 de noviembre de 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CIDH. Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C N°. 349.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH. “Casos en Etapa de Fondo (Pendiente de Emitirse Sentencia)”, consultada el 29 de junio de 2020.

Disponible

en:

http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/casos_en_etapa_de_fondo.cfm

CUERDA RIEZU, Antonio. *La Doctrina Parot, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la separación de poderes*. Madrid: Iustel, 2014, pp. 50-54.

CUENCA GÓMEZ, Patricia. “En defensa de una concepción alternativa de la interpretación jurídica”. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2011, núm. 23, pp. 74-96.

DE CARRERAS SERRA, Francesc. “Función y alcance del art. 10.2 de la CE”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2000, vol. 20, núm. 60, pp. 321-342.

DE LA QUADRA SALCEDO, Tomás. *El recurso de amparo y los derechos fundamentales de la persona en las relaciones entre particulares*. Madrid: Civitas, 1981.

DE VISSCHER, Charles. *Positivisme et ius cogens*. *Revue Générale de Droit International Public - RGDIP*, 1971.

DEL TORO HUERTA, Mauricio I. “El principio de subsidiariedad en el derecho internacional de los derechos humanos con especial referencia al sistema interamericano”. En: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a Veinticinco años de su funcionamiento*, Manuel Becerra Ramírez. México, D. F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, pp. 23-61.

DELGADO DEL RINCÓN, Luis. “El TEDH y las condenas a España por la vulneración del derecho a ser juzgado en un plazo razonable: las dificultades para alcanzar una duración óptima de los procesos judiciales”. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, 2018, núm. 42, pp. 569-590.

DELMAS-MARTY, Mireille. *The European Convention for the Protection of Human Rights*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1992.

DETZNER, John. *Tribunales Chilenos y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho*

interno chileno. Santiago de Chile: Comisión Chilena de Derechos Humanos y Programa de Derechos Humanos, Academia de Humanismo Cristiano, 1988.

DÍAZ-BASTIEN VARGAS-ZÚÑIGA, Ángela. *El Acceso al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Madrid: Editorial Reus, 2014.

DÍAZ CREGO, María. “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos en torno a España: una historia de acuerdos y desencuentros”. En: *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 3ª ed., Francisco Javier García Roca y Pablo Santolaya Machetti (coords). Madrid: CEPC, 2014, pp. 791-831.

DÍEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1996.

DÍEZ-PICASO, Luis María. *Sistema de Derechos Fundamentales*, 2ª Edición. Thomson Civitas, 2005.

DONDERO UGARRIZA, Flavia. “Sistema europeo e interamericano de protección de los derechos humanos: similitudes y diferencias”, p. 10. Disponible en: https://www.usmp.edu.pe/derecho/instituto/revista/articulos/ENSAYO_DERECHOS_HUMANOS.doc

DOTHAN, Shai. “In Defense of Expansive Interpretation in the European Court of Human Rights”. *The Global Trust Working Paper*, Series 1/2014.

ESPAÑA. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS Y SENADO. Constitución Española. BOE núm. 311, de 29/12/1978.

ESPAÑA. JEFATURA DEL ESTADO. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

«BOE» núm. 157.

ESPAÑA. JEFATURA DEL ESTADO. Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas. «BOE» núm. 285.

ESPAÑA. JEFATURA DEL ESTADO. Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros acuerdos internacionales. «BOE» núm. 288.

ESPAÑA. JEFATURA DEL ESTADO 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. «BOE» núm. 174. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-8167>

ESPAÑA. JEFATURA DEL ESTADO. Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. «BOE» núm. 239. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-10726>

ESPAÑA. MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA. Real Decreto 369/1999, de 5 de marzo, sobre términos y condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de los Ministros de Culto de las Iglesias pertenecientes a la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España. «BOE» núm. 64.

ESPAÑA. MINISTERIO DE GRACIA Y JUSTICIA. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. «GAZ» núm. 260.

ESPAÑA. PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC N° 245/1991 de 16 de diciembre. Fundamentos jurídicos.

ESPAÑA. PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia N° 245/1991, de 16 de diciembre (BOE núm. 13 de 15 de enero de 1992) Fundamento Jurídico 2.

ESPAÑA. PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC 38/2007, de 15 de febrero, FJ 3. BOE núm. 63.

ESPAÑA. PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia TC 7/2015, 22 de enero (BOE núm. 47, de 24 de febrero de 2015). II. Fundamentos Jurídicos.

ESPAÑA. SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia TC 19/1981, de 8 de junio (BOE núm. 161, de 07 de julio de 1981) II. Fundamentos Jurídicos.

ESPAÑA. SEGUNDA SALA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia TC 112/2015, de 8 de junio (BOE núm. 160, de 06 de julio de 2015) II. Fundamentos Jurídicos.

FABBRINI, Federico. “The European Multilevel System for the Protection of Fundamental Rights: A ‘Neo-Federalist’ Perspective”. *Jean Monnet Working Paper* 15/10, 2010.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. “Sentencia del caso «Barberá, Messegué y Jabardo»: Tribunal Europeo de Derechos Humanos (24-122-171-173) de 6 de diciembre de 1988”. *Revista de Derecho Procesal*, 1989, núm. 2, pp. 295-352.

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*. Tercera edición. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.

FELDMANN PIETSCH, Andreas. “Algunas estrategias para potenciar al Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. En: *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y los Países Andinos*. Lima: Comisión Andina de Juristas. 2006, pp. 41 – 56.

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE Y ROMANÍ, Carlos. “La obligación de investigación efectiva en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Especial referencia a la práctica española”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2013, núm. 26, pp. 1-42.

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE Y ROMANÍ, Carlos. “El derecho al acceso a la justicia y a una respuesta efectiva en el marco del sistema regional europeo de protección de derechos humanos”. *Eguzkilore Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 2013, núm. 27, pp. 7-24

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. "Prologo". En: *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México*, José Luis Caballero. México: Porrúa, 2009.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: El nuevo paradigma para el juez mexicano". En *Estudios constitucionales*, 2011, vol. 9, núm. 2, pp. 531-622.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano". En: *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial*, Alejandro Saiz Arnaiz y Eduardo Ferrer Mac-Gregor. Editorial Porrúa, 2012.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. "Deberes de los Estados y Derechos Protegidos". En *Convención Americana sobre Derechos Humanos..*, Chistian Steiner, y Patricia Uribe (eds.). Berlín: Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2014.

FIX ZAMUDIO, Héctor. *La protección procesal de los derechos humanos*. Madrid: Editorial Civitas, 1982.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. "The European and the Inter-American Courts of Human Rights: a brief comparison". En: *Protecting human rights: the European perspective*, Paul Mahoney et al. Köln: Heymann, 2000, pp. 507-530.

FREIXAS SANJUÁN, Teresa. "Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el estándar mínimo exigible a los Estados de Europa". *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 1995, núm. 11-12, pp. 97-115.

FUENZALIDA BASCUÑÁN, Sergio. "La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente de derecho: Una revisión de la doctrina del "examen de convencionalidad"". *Revista de Derecho, Valdivia*, 2015, vol. 28, núm. 1, pp. 171-192.

GALETTA, Diana. “Il principio de proporzionalità nella Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, fra principio di necessarietà e doctrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principi”. *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1999, núm. 3-4, pp. 743-771.

GANTIER PÉREZ, Ronald Joaquín. *La Efectiva Aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Salamanca: Universidad de Valladolid, 2016.

GARCÍA JIMÉNEZ, María Encarna. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1998.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. “Las reparaciones en el sistema interamericano de derechos humanos”. San José de Costa Rica: Memoria del seminario El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI, 2003.

GARCÍA ROCA, Javier. “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el tribunal europeo de derechos humanos: soberanía e integración”. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, 2007, núm. 20, pp. 117-143.

GARCÍA ROCA, Javier. *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. Madrid: Civitas, 2010.

GARCÍA VÁZQUEZ, Sonia. “El derecho constitucional a la protección de la intimidad familiar: La impronta garantista de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2015, núm. 19, pp. 261-281.

GIMENO SENDRA, José Vicente, et al. *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*. Madrid: Edisofer, 2017.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *La dignidad de la persona, 2ª ed.* Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters, 2011.

GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, Pablo. “La doctrina del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad”. *Estudios constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca [online]*, 2017, vol. 15, núm. 1, pp. 55-98.

GONZÁLEZ PASCUAL, Maribel. “El CEDH como parte del Derecho Constitucional europeo”. En: *El Tribunal de Estrasburgo en el espacio judicial europeo*, Argelia Queralt Jiménez (coord.). Madrid: Thomson Reuters-Aranzadi, 2013.

GOZAINI, Osvaldo Alfredo. “Incidencia de la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos en el derecho interno”. *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 2006, vol. 4, núm. 2, pp. 335-362.

GOZAÍNI, Osvaldo. “El impacto de la jurisprudencia del sistema interamericano en el derecho interno”. En: *El Control de Convencionalidad*, 1ª Edición, Susana Albanese (coord.). Buenos Aires: Ediar, 2008, pp. 94-98.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar. *Conflicto y cooperación entre la Constitución española y el derecho internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

GÓMEZ-ROBLEDO, Juan Manuel. “La implementación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: una tarea pendiente”. En: *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Sergio García. 2009, pp. 127-150.

GREER, Steven. *The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights*. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2000.

GUTIÉRREZ ESPADA, Cesareo. *La responsabilidad internacional: (las consecuencias del hecho ilícito)*. Murcia: Universidad de Murcia, 2005.

GUTIÉRREZ, Ignacio. *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Madrid: Tecnos, 2017.

HEFFERNAN, Liz y KINGSTON, James (eds.). *Human Rights. A European Perspective*. Portland: The Round Hall Press, 1994.

HENKIN, Louis, *International Law. Cases and materials*. 4th edition. Saint Paul: American Casebook Series, West Publishing Co., 2001.

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*, capítulo 2, vol. 1. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2011.

HITTERS, Juan Carlos. “El control de Convencionalidad y el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana (Supervisión Supranacional. Cláusula Federal)”. *Estudios constitucionales*, 2012, vol. 10, núm. 2, pp. 535-574.

IGLESIAS, Marisa. “Subsidiarity and International Human Rights Tribunals: Deference to States or Cooperative Division of Labor”. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, 2017, núm. 79, pp. 191-222.

IVANSCHITZ BOUDEGUER, Bárbara. “Un Estudio sobre el cumplimiento y ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el Estado de Chile”. *Estudios Constitucionales*, 2013, vol. 11, núm. 1., pp. 281-283.

IX CONFERENCIA INTERNACIONAL AMERICANA. *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Bogotá, Colombia, 1948.

JANIS, Mark W., KAY, Richard S., BRADLEY, Anthony W. *European human rights law, text, and materials*. New York: Oxford University Press, 2008.

JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Buenos Aires: Albatros, 1954.

JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, Francisco Jiménez. “Derechos Fundamentales y Libertades Públicas susceptibles de ser protegidos mediante el recurso de amparo”. *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, 1985, vol. 10, pp. 1-22.

JIMÉNEZ PIERNAS, Carlos. “La codificación del Derecho de la responsabilidad internacional: un balance provisional (1988)”. En: *La responsabilidad internacional*.

Aspectos de derecho internacional público y derecho internacional privado: XIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. Carlos Jiménez Piernas (ed.). Alicante, 1991, pp. 17-109.

JUSTE RUIZ, José. “Tribunal Internacional de Justicia: Asuntos de las pruebas nucleares. Sentencia de 20 de diciembre de 1974”. *Revista Española de Derecho Internacional*, 1976, vol. 29, núm. 2/3, pp. 447-461.

JUSTUS VASEL, Johann. “El ‘Margin of Appreciation’ como elemento clave en el Derecho Constitucional Europeo”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2009, núm. 11, pp. 189-208.

KASTILLA, Carlos. “Lo bueno, lo malo, lo feo y lo deseable en la (s)elección de integrantes de la Comisión y la Corte interamericana de derechos humanos”. *Revista de Derecho Iuris Dictio, edición digital*, 2017, núm. 20, pp. 119-136.

KELSEN, Hans. *Principios de derecho internacional público*. Buenos Aires: Editorial El Ateneo, 1965.

KOTZUR, Markus. “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Un Actor Regional al Servicio de los Derechos Humanos Universales”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2012, núm. 16, pp. 225-249.

LAMBERT-ABDELGAWAD, Elisabeth. *The execution of judgments of the European Court of Human Rights*. Council of Europe, 2002.

LANDA, César. “La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales”. En *Justicia constitucional y derechos fundamentales. Fuerza normativa de la Constitución*, Victor Bazán y Claudio Nash (eds.). Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung KAS, 2011.

LANDA, César, “Jurisdicción constitucional, y jurisdicción internacional: cooperación, conflictos y tensiones”. En: *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial: una visión desde América Latina y Europa*, Alejandro Saiz y Eduardo Ferrer Mac-Gregor. México: Editorial Porrúa, 2012, pp. 309-313.

LEY FÁCIL. “Guía legal sobre: Recurso de amparo”. 11 de agosto de 2008, párr. 5-6. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/recurso-de-amparo>

LIFANTE VIDAL, Isabel. “La interpretación jurídica y el paradigma constitucionalista”. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2008-2009, núm. 25, pp. 257-278.

LLANOS MANCILLA, Hugo. *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público*, Tomo I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2009.

LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina. “Las cortes interamericana y europea de derechos humanos en perspectiva Comparada”. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2005, vol. 3, núm. 5, pp. 89-115.

LÓPEZ-BARAJAS PEREA, Inmaculada. “Hacia una mayor eficacia del proceso de amparo internacional: el Protocolo n.º 14 a la Convención Europea de Derechos Humanos”. *Revista General de Derecho Europeo*, 2010, núm. 21.

LÓPEZ GUERRA, Luis María, “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales españoles. Coincidencias y divergencias”. *Teoría y Realidad Constitucional*, 2013, núm. 32, 2013, pp. 139-158.

LÓPEZ GUERRA, Luis. “El Sistema Europeo De Protección de Derechos Humanos”. En: *Protección Multinivel de Derechos Humanos*, George Rodrigo Bandeira Galindo, René Urueña y Aida Torres Pérez (Coord.) edición digital. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 2013, pp. 180-181.

LÓPEZ GUERRA, Luis. “La evolución del Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos”. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, 2018, núm. 42, pp. 111-130.

LÓPEZ ZAMARRIPA, Norka. *El nuevo derecho internacional público: teoría, doctrina, práctica e instituciones*. México: Porrúa, 2008.

MAHONEY, Paul. “Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin”. *Human Rights Law Journal*, 1990, núm. 11, pp. 57-88.

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. “The ne bis in idem principle in Chilean criminal law”. *REJ – Revista de Estudios de la Justicia*. 2011, núm. 15, pp. 139-169.

MARIÑO, Fernando. *Derecho Internacional Público, Parte General*. Madrid: Trotta, 1999.

MARTÍN, Lorenzo, OLÁSULO, Héctor y FERRER MAC-GREGOR. *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

MATIA PORTILLA, Francisco Javier. *Los tratados internacionales y el principio democrático*. Madrid | Barcelona | Buenos Aires | São Paulo: Marcial Pons-Fundación Manuel Giménez Abad, 2018.

MATIA PORTILLA, Francisco Javier. “Examen de las sentencias del tribunal de Estrasburgo que afectan al reino de España”. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, 2018, núm. 42, pp. 273-310.

MATIA PORTILLA, Francisco Javier. “Informe sobre España”. En *Informes nacionales sobre la actuación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Francisco Javier Matia Portilla y Ignacio Álvarez Rodríguez (dirs.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 37-70.

MATIA PORTILLA, Francisco Javier y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio. *Informes nacionales europeos sobre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

MICUS, Annelen. *The Inter-American Human Rights System as a Safeguard for Justice in National Transitions*. Leiden: Brill - Nijhoff, 2015.

MIRANDA BURGOS, Marcos. “La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico interno”. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, IIDH-OEA*, 2014, vol. 60, pp. 129-146.

MONTESINOS, Carmen. “El recurso de revisión como cauce de ejecución de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo: pasado, presente y futuro”. *Revista en Cultura de la Legalidad*, 2016, núm. 10, pp. 98-113.

MORENO BOBADILLA, Ángela. “The European influence in the framework of fundamental rights in Spain, in concrete in the right to intimate”. *Estudios Constitucionales*, 2017, vol. 15, núm. 2, pp. 301-330.

MORENO CASTAÑEDA, Jeimy Catalina. *Análisis comparado de los principales componentes del sistema interamericano y europeo de protección de los derechos humanos [tesis de grado]*. Bogotá, D. C.: Universidad La Gran Colombia.

MORTE GÓMEZ, Carmen. *Cómo presentar una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: condiciones de admisibilidad y modificaciones recientes del procedimiento* 2a ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. “Margen de apreciación estatal, libertad religiosa y de crucifijos (o las consecuencias de un deficiente diálogo entre jurisdicciones)”. *Revista de Derecho Político*, 2013, núm. 86, pp. 81-128. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.86.2013.12131>

NASH ROJAS, Claudio. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*. Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, versión digital, 2012.

NASH ROJAS, Claudio. *Control de convencionalidad: de la dogmática a la implementación*. México: Porrúa, 2013.

NASH, Claudio y NÚÑEZ, Constanza. “Los Usos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia en Chile”. *Estudios constitucionales*, 2017, vol. 15, núm. 1, pp. 15-54.

NIÑO ESTÉBANEZ, Roberto. *La ejecución en España de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Fe de erratas, Madrid, 2014.

NIÑO ESTÉBANEZ, Roberto. *Fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en España: el procedimiento de revisión*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “La soberanía, las constituciones y los tratados internacionales en materia de derechos humanos: América Latina y Chile”. En: *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo II, 3º ed., Eduardo Ferrer Mac-Gregor (ed.). México: Porrúa, 2002.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia”. *Ius et Praxis [online]*. 2003, vol. 9, núm. 1, pp. 403-466. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122003000100020>

NOGUEIRA, Humberto. “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia”. *Ius et Praxis*, 2003, vol. 9, núm. 1.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2012, vol. 45, núm. 135, pp. 1167-1220.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, 4a. ed., t. 1. Santiago: Librotecnia, 2013.

NOVAK, Fabián. “El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: semejanzas y diferencias con el sistema europeo”. *La Comunita Internazionale Trimestrale della Società Italiana per l'organizzazione Internazionale*, 2002, vol. 9, núm. 18, pp. 649-681.

NUÑO, Alejandra. “Artículos 61, 62, 66 – 69. Competencia, funciones y procedimiento ante la COIDH”. En: *Convención Americana sobre Derechos Humanos*,

Christian Steiner, y Patricia Uribe (eds.). Berlín: Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2014.

NÚÑEZ DONALD, Constanza. “Apertura constitucional al Derecho Internacional de los Derechos Humanos en una nueva Constitución”. *Revista Ius et Praxis*, 2018, vol. 24, núm. 3, pp. 379-420. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122018000300379>

O'DONNELL, Daniel. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Normativa, Jurisprudencia y doctrina de los Sistemas Universal y Latinoamericano*, 2ª edición. México, D. F: Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2012.

OEHLING DE LOS REYES, Alberto. *La dignidad de la persona*. Madrid: Dykinson, 2010.

ORTEGA CARBALLO, Carlos. “Soto Sánchez c. España (STEDH de 25 de noviembre de 2003): el derecho a un proceso judicial sin dilaciones indebidas”. En *Conflicto y diálogo con Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Rafael Alcácer Guirao, Margarita Beladiez Rojo, José Miguel Sánchez Tomás (coord.). Navarra: Civitas Thomson Reuters, 2013.

OTÁROLA PEÑARANDA, Alberto. “La inserción del derecho internacional de los derechos humanos en el sistema constitucional peruano”. En: *El derecho procesal constitucional peruano, estudios en homenaje a: Domingo García Belaúnde*, Tomo II, José Palomino Manchego (coord.). Lima: Grijley, 2005.

OVEY, Clare y WHITE, Jacob. *The European Convention Human Rights*. Nueva York: Oxford University Press, 2002.

PANIAGUA REDONDO, Ramón. “La recepción, publicación y rango normativo de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico español”. *Revista Jurídica de Cataluña*, 1991, vol. 90, núm. 4, pp. 921-951.

PASQUALUCCI, Jo. M. *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pp. 233-234.

PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

PERALES, Ascención Elvira. “La dignidad humana en el TEDH”. En *Dignidad humana y derecho fundamental*, Ricardo Luis Chueca Rodríguez (dir.). Madrid: CEPC, 2015, pp. 197-234.

PETTITI, Louis Edmond, DECAUX, Emmanuel, y IMBERT, Pierre-Henri. *La Convention Européene des Droits de l'Homme, Commentaire article par article*. París: Económica, 1995.

PÉREZ SOLA, Nicolás. “El contenido del derecho a un proceso con todas las garantías en la segunda instancia penal a la luz de la jurisprudencia del TEDH”. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, 2018, núm. 42, pp. 371-393.

PÉREZ-TREMP, Pablo. *Sistema de Justicia Constitucional* (2º edición). Pamplona: Thomson Reuters, 2016.

PICHERAL, Carolina y DIDIER OLONGA, Alain. “La théorie de la marge d’appréciation dans la jurisprudence récente de la Cour Européenne des Droits de l’Homme”. *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, 1995, núm. 24, pp. 566-614.

PINTO, Mónica. *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*. Archivo de la biblioteca electrónica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, s.f.

POLAKIEWICZ, Jörg. “The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights”. En: *Fundamental Rights in Europe, The European Convention on Human Rights and its Member States, 1950-2000*, Robert Blackburn, y Jörg Polackiewicz (eds.). Oxford: Oxford University Press, 2001.

QUERALT JIMÉNEZ, Argelia. *El Tribunal de Estrasburgo: Una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

QUERALT JIMÉNEZ, Argelia. *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

QUERALT JIMÉNEZ, Argelia. “Las sentencias piloto como ejemplo paradigmático de la transformación del tribunal de europeo de derechos humanos”. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018, pp. 395-424.

REMIRO BROTONS, Antonio. *Derecho internacional público. Principios fundamentales*. Madrid: Editorial Tecnos, 1982.

REMIRO BROTONS, Antonio. *Derecho Internacional Público. 2. Derecho de los Tratados*. Madrid: Tecnos, 1987.

REMIRO BROTONS, Antonio. “De los Tratados Internacionales (arts. 93-96 de la Constitución)”. En *Comentarios a la Constitución española de 1978*, vol. VII, Óscar Alzaga Villaamil (ed.). Madrid: Cortes Generales/EDERSA, 1998.

REMOTTI CARBONELL, José Carlos. *La Corte interamericana de derechos humanos. Estructura, funcionamiento y jurisprudencia*. Barcelona: Instituto Europeo de Derecho, 2003.

REQUEJO PAGÉS, Juan Luis “Consideraciones en torno a la posición de las normas internacionales en el ordenamiento español”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. 1992, vol. 12, núm. 34, pp. 41-66.

REQUEJO PAGÉS, Juan Luis. “La articulación de las jurisdicciones internacional, constitucional y ordinaria en la defensa de los derechos fundamentales (A propósito de la STC 245/1991, Caso Bultó)”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1992, núm. 35, pp. 179-202.

REQUEJO PAGÉS, Juan Luis. *Sistemas normativos, Constitución y ordenamiento, La Constitución como norma sobre aplicación de normas*. Madrid: Mc-Graw-Hill, 1995.

REVENGA SÁNCHEZ, Miguel. “Protección multinivel de los derechos fundamentales y lucha contra el terrorismo a escala europea a propósito de las listas negras y otras anomalías de la Unión”. *Revista Vasca de Administración Pública*, 2008, núm. 82 (II), pp. 235-252.

REVENGA SÁNCHEZ, Miguel y VIANA GARCÉS, Andréa, *Tendencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008.

REY, Sebastián. “Derechos humanos, soberanía estatal y legitimidad democrática de los tribunales internacionales. ¿Tres conceptos incompatibles?”. *Revista Derechos Humanos*, 2012, vol. 1, núm. 1, pp. 73-100.

RISSO, Martín. “Interrelación entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2012, núm.16, pp. 305-328.

RIVERO EVIA, Jorge. “Corpus Iuris Internacional”, párr. 1. Disponible en: <https://mexico.leyderecho.org/corpus-iuris-internacional/>

RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro. “Jerarquía Normativa de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos”. *Ius et Praxis*, vol. 2, núm. 2, pp. 101-112.

ROBERTSON, Arthur Henry. “The American Convention on Human Rights and the European Convention: a comparative study”. *Annuaire Européen*, 1981, vol. 29, pp. 50-76.

RODRÍGUEZ, Ángel. *Integración europea y derechos fundamentales*. Madrid: Civitas, 2001.

RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia. 83 argumentos que convencen al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Jurisprudencia que afecta España. Pamplona: Thomson Reuters (Legal) Limited, 2015.

ROMERO ROA, José Carlos. “Ejecución de las resoluciones judiciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. En: *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1995.

ROTH-ARRIAZA, Naomi. “Sources in International Treaties of an Obligation to Investigate, Prosecute and Provide Redress”. En: *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, Naomi Roth-Arriaza. Oxford, Nueva York: Oxford University Press, 1995.

RUILOBA ALVARIÑO, Julia. “La Sentencia del TEDH en el asunto Martínez Sala y otros c. España”. *Revista Española de Derecho Internacional - REDI*, 2005, vol. 57, núm. 1, pp. 209-220.

RUIZ MIGUEL, Carlos. El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Madrid: Civitas, 1994.

RUIZ MIGUEL, Carlos. *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Tecnos, 1997.

SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO. Auto N° 8256/2014 de 5 noviembre de 2014 Razonamiento Jurídico 2°.

SALADO OSUNA, Ana. “Los tratos prohibidos en el artículo 3 del CEDH”. En *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos* (3.ª ed.), Francisco Javier García Roca y Pablo Santolaya Machetti (coords.). Madrid: CEPC, 2014, pp. 85-112.

SALAS, Javier. “Protección judicial ordinaria y recurso de amparo frente a violaciones de libertades públicas”. *Revista Española de Derecho Administrativo - REDA*, 1980, núm. 27, pp. 553-562.

SANTAMARÍA ARINAS, René Javier y BOLAÑO PIÑEIRO, María del Carmen. “Prohibición de la tortura”. En *Convenio Europeo de Derechos Humanos: Comentario Sistemático* (3ª edición), Iñaki Lasagabaster Herrarte (dir.). Madrid: Civitas, 2015, pp. 54-95.

SANTELICES, Tábata y FEDDERSEN, Mayra. “Ejecución de sentencias internacionales sobre Derechos Humanos en Chile”. En: Anuario de Derecho Público 2010 del Centro de Estudios de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Primera Edición, Santiago, 2010, pp. 93-94.

SANTOLAYA, Pablo. “La apertura de las Constituciones a su interpretación conforme a los tratados internacionales”. En: *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Lorenzo Martín, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Héctor Olasolo (eds.). Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013, pp. 447-456.

SÁIZ ARNAIZ, Alejandro. *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999.

SÁIZ ARNAIZ, Alejandro. “De minimis non curat praetor: el perjuicio importante y la admisión de las demandas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Revista Vasca de Administración Pública*, 2010, núm. 88, pp. 943-959.

SÁIZ ARNAIZ, Alejandro. “Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Procesos Políticos Nacionales: Democracia Convencional y Margen de Apreciación”. *Teoría y Realidad Constitucional*, 2018, núm. 42, pp. 221-245.

SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel. “Las devoluciones en caliente españolas ante el Tribunal de Estrasburgo: ¿apuntalando los muros de la Europa fortaleza?”. *Revista Española de Derecho Internacional*, 2020, vol. 72, núm. 2, pp. 235-259.

SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis Ignacio. “Los tratados internacionales como fuente del ordenamiento jurídico español”. *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1984, pp. 139-189.

SCHEININ, Martin. “International Human Rights in National Law”. En: *An Introduction to the International Protection of Human Rights*, Raija Hanski y Markku Suksi

(eds.). Turku-Abo: Institute for Human Rights Abo Akademi University, 2004, pp. 417-428.

SCHONSTEINER, Judith y COUSO, Javier. “La implementación de las decisiones de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en Chile: ensayo de un balance”. *Revista de Derecho*, 2015, vol. 22, núm 2, pp. 315-355.

SCHWARZENBERGER, Georg. “International ius cogens?”. *Texas Law Review*, 1965, vol. 43.

SENDEN, Hanneke. *Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System. An analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union*. Cambridge: Intersentia Publishing, 2011.

SHAW, Malcolm. *International Law*, VI Edición, Cambridge, 2008.

SHELTON, Dinah. *Remedies in International Human Rights Law*. Oxford, Nueva York: Oxford University Press, 2005.

SHELTON, Dinah. “Normative Hierarchy in International Law”. *American Journal of International Law*, 2006, vol. 100, núm. 2, pp. 291-323.

SOBRINO HEREDIA, José Manuel. “La réception et la place dans l’ordre juridique espagnol des normes conventionnelles internationales et des actes normatifs des organisations internationales”. *Revue française de Droit administratif*, 1990, vol. 6, núm. 6, pp. 965-968.

SOHN, Louis B. “The New International Law: Protection of the Rights of Individuals Rather than Status”. En: *La dimensión internacional de los derechos humanos*, Diego Rodríguez Pinzón, Claudia Martín y Tomás Ojea Quintana. Washington, D. C.: Banco Interamericano de Desarrollo, American University, 1999.

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? Cambridge: Center for European Legal Studies, University of Cambridge, 2012, pp. 1-30.

STEINER, Henry y AUSTIN, Phillip, *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*, Oxford: Oxford University Press, 2000, pp. 768-801.

STEINER, Cristián y URIBE, Patricia (coordinadores). *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*. México, D. F.: Fundación Konrad Adenauer, 2014.

TOMUCHAT Christian. "Reparation in Cases of Genocide". *Journal of International Criminal Justice*, 2007, vol. 5, núm. 4, pp. 905-912. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.1093/jicj/mqm040>

TORRES PÉREZ, Aida. "Fuentes Bobo y la infraejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en España". *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 21, 2007.

TORRES PÉREZ, Aida. "The judicial impact of european law in Spain: ECHR and EU law comparative". *Yearbook of European Law*, 2011, vol. 30, núm. 1, pp. 159-179.

TORRES ZÚÑIGA, Natalia. *El Control de Convencionalidad. Deber complementario del juez constitucional peruano y el juez interamericano (similitudes, diferencias y convergencias)*. Saarbrücken: Académica Española, 2013.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Sentencia nº 1474/62 de 9 de febrero de 1967, caso relativo a algunos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica, fundamento nº 3.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" vs. Belgium (merits), Application No. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, Judgment of 23 July 1968.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Nº 4451/70, Case of Golder vs. The United Kingdom, 1975.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Handyside vs. the United Kingdom, Application No. 5493/72, Judgment of 7 December 1976.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Sentencia de 7 de diciembre de 1976 n° 5493/72.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Sentencia de 18 de enero de 1978 n° 5310/71, Cuestiones de fondo, II. 2. C).

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Marckx versus Bélgica, 13 de junio de 1979.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Caso Barbera, Messegué y Jabardo vs. España, 6 diciembre 1988.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Caso Castells vs. España, de 23 de abril de 1992.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Caso Ruiz Mateos vs España, 23 junio de 1993.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS - TEDH. Case of Loizidou vs. Turkey (preliminary objections) (Application no. 15318/89) 23 March 1995.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Caso Pentelis y otros vs. Grecia, de fecha 9 de junio de 1997.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Matthews vs. Reino Unido, 18 febrero de 1999.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Caso Pellegrin vs. Francia, de fecha 8 de diciembre de 1999.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Sentencia n° 30544/96, 21 de enero de 1999, caso García Ruiz vs. España.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS - TEDH. Kudła vs. Poland, Application No. 30210/96, Judgment of 26 October 2000.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Pellegrini vs Italia, 20 julio de 2001.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Chipre vs Turquía, 10 de mayo de 2001.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Assanidze vs Georgia, 8 de abril de 2004.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Ilascu y otros vs. Moldavia y Rusia, 8 julio de 2004.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Broniowsky vs Polonia, sentencia Gran Sala de fecha 22 de junio de 2004.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Issa vs Turquía, 16 de noviembre de 2004.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Assanidze vs. Georgia de fecha 8 de abril de 2004.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Ilascu vs. Rusia de fecha 13 de mayo de 2005.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Bosphorus vs Irlanda, 30 de junio de 2005.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Caso Steel y Morris versus Reino Unido, de fecha 15 de febrero de 2005.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Caso Tabor vs. Polonia, 27 de junio de 2006.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Abdullah Altun vs. Turkey, judgment of 19 October 2006.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Majadallah vs. Italy, judgment of 19 October 2006.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Hutten-Czapska vs Polonia, sentencia Gran Sala de fecha 19 de junio de 2006 y arreglo amistoso de Gran sala 28 de abril de 2008.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Caso Dodov vs. Bulgaria, N° 59548/00. Sentencia de 17 de enero de 2008.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Igual Coll vs. España 10 de marzo de 2009.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS - TEDH. Caso Bendayan Azcantot y Benalal Bendayan vs. España, 9 junio 2009.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Caso Moreno Carmona vs España, 9 junio de 2009.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Caso Golf de Extremadura S.A. vs. España, 8 enero 2009.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Caso Ferré Gisbert vs. España, 13 octubre 2009.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Caso Llavdor Carretero vs. España, 15 diciembre 2009.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Caso Juz Albizu vs. España, 10 noviembre 2009.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Caso Marco Barrios vs. España, 21 septiembre 2010.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS - TEDH. Caso Cardona Serrat vs. España, 26 octubre 2010.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Caso García Hernández vs. España, 16 noviembre de 2010.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Caso Almenara Álvarez vs. España, 25 octubre de 2011.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Caso Lacadena Calero vs. España, 22 noviembre 2011.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS - TEDH. Asunto Almenara Álvarez contra España, 25 de octubre de 2011.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Caso Valbuena Redondo vs España, 13 diciembre 2011.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Caso Ortuño vs España, 27 septiembre de 2011.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Caso Serrano Contreras vs España, 20 de marzo de 2012.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Caso Alony Kate vs España, 17 enero 2012.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Caso Vilanova Goterris y Llop García vs. España, 27 noviembre 2012.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Caso Serrano Contreras vs. España, 20 marzo 2012.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Caso Otamendi Egiguren contra España, 16 octubre de 2012.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Caso Manzananas Martín contra España, sentencia de 3 de abril de 2012.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS - TEDH. del Río Prada contra España, de 10 de julio de 2012 (Sala) y de 21 de octubre de 2013 (Gran Sala).

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Caso Román Zurdo y otros vs. España, 8 octubre 2013.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Caso García Mateos vs España, 19 febrero 2013.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Caso Varela Geis vs. España, 5 de marzo 2013.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Casos K.A.B. vs. España, sentencia 10 de abril de 2012 y R.M.S vs. España, sentencia 18 de junio de 2013.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Caso A.C. y Otros vs. España. 22 de abril de 2014.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Ataún Rojo contra España, 7 octubre de 2014.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Caso Gómez Olmeda vs España, 19 de marzo de 2016.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Caso Jiménez Losantos contra España, sentencia de 14 de junio de 2016.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Rodríguez Ravelo contra España, del 12 de enero de 2016.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Caso Khamtokhu y Aksenchik vs. Rusia. Gran Sala, 24 de enero de 2017.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Caso N.D. Y N.T. vs España (demandas N° 8675/15 y 8697/15) de 3 de octubre de 2017.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – TEDH. Caso Atutxa Mendiola y otros vs. España, sentencia de 13 de junio de 2017.

VAN BOVEN, Theo. “Reparations a requirement of Justice”. San José de Costa Rica: Memoria del seminario El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI, 2003.

VANOSI, Jorge y DALLA VIA, Alberto. *Régimen Constitucional de los Tratados*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.

VENTURA, Manuel E. “La Corte Interamericana de Derechos Humanos: camino hacia un tribunal permanente”. En: *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Antonio Cançado y Manuel Ventura (coords.). San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, pp. 109-163.

VENTURA ROBLES, Manuel y ZOVATTO, Daniel. La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: naturaleza y principios, 1982-1987. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1989.

VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*. Madrid: Aguilar, 1974.

VIANA, Andree. “Sistemas europeo y americano de protección de derechos humanos. Coincidencias, fraccionamientos temporales y mutuas influencias”. En: *Tendencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Miguel Revenga Sánchez, Andrée Viana Garcés y Laurence Burgorgue-Larsen (coords.). Madrid: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 16-69.

VIDAL FUEYO, María del Camino. “Ruiz Mateos c. España (STEDH de 23 de junio de 1993): las garantías del proceso equitativo ante la jurisdicción constitucional”. En: *Conflicto y diálogo con Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Rafael Alcácer Guirao, Margarita Beladiez Rojo y José Miguel Sánchez Tomás (coords.). Navarra: Civitas Thomson Reuters, 2013.

VILLÁN DURÁN, Carla. *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

VIRALLY, Michel. *El Devenir del Derecho Internacional. Ensayos escritos al correr de los años*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1998.

WHITE, Robin C. A., y OVEY, Clare. *Jacobs, White, & Ovey. The European Convention on Human Rights*. Oxford: Clarendon, 1996.

YOUROW, Howard. "The Margin of Appreciation Doctrine in the dynamics of European Human Rights Jurisprudence". *Connecticut Journal of Int'l Law*, 1987, vol. 3, pp. 111-159.