



LA RELACIÓN ENTRE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LAS CORTES NACIONALES¹

Haideer MIRANDA BONILLA*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El rango de la Convención Europea de Derechos Humanos en el sistema de las fuentes nacionales.* III. *La obligación del juez nacional de realizar una interpretación convencionalmente conforme.* IV. *El margen de apreciación nacional.* V. *Las sentencias piloto y la existencia de problemas estructurales.* VI. *La ejecución de las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos.* VII. *Las conferencias sobre el futuro de la Corte Europea de Derechos Humanos.* VIII. *El protocolo número 16 y la posibilidad de plantear opiniones consultivas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.* IX. *Conclusiones.* X. *Bibliografía.*

Resumen: El presente estudio analiza la relación entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con las jurisdicciones nacionales, en particular con el estudio del rango de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades

¹ Trabajo recibido el 30 de mayo de 2020 y aprobado el 10 de septiembre de 2020.

* Doctor en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales por la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa Italia aprobando su tesis Doctoral con mención de *sobresaliente cum laude*. Especialista en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos por la Universidad de Pisa. Máster en Estudios Avanzados de Derecho Europeo y Transnacional y Especialista en Estudios Internacionales por la Facultad de Derecho de la Universidad de Trento, Italia. Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Coordinador de la Maestría en Derecho Comunitario y Derechos Humanos de la Facultad de Derechos (UCR) www.derechocomunitario.ucr.ac.cr. Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Contacto: haideer.miranda@ucr.ac.cr

** Las opiniones y comentarios contenidos en este artículo no representan necesariamente el criterio oficial de las instituciones en las que el autor labora.

*** En el presente estudio se utilizarán como sinónimos Corte y Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Fundamentales, la obligación del juez nacional de realizar una interpretación convencionalmente conforme, el margen de apreciación nacional, las sentencias piloto cuando se presentan problemas estructurales y la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo. Además, se estudiará el impacto del protocolo número 16 y la posibilidad de plantear opiniones consultivas por parte de las jurisdicciones superiores estatales ante el Tribunal Europeo.

Palabras clave: Derechos fundamentales, interpretación convencionalmente conforme, margen de apreciación nacional, Protocolo No. 16, sentencias piloto, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Abstract: This study analyzes the relationship between the European Court of Human Rights and national jurisdictions, in particular with the study of the range of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the obligation of the national judge to make a conventional interpretation conforming, the national margin of appreciation, the pilot judgments when structural problems arise and the execution of the judgments of the European Court. In addition, the impact of protocol number 16 and the possibility of raising advisory opinions by the higher state jurisdictions before the European Court will be studied.

Keywords: Conventionally conforming interpretation, European Court of Human Rights, fundamental rights, national margin of appreciation, pilot judgments, Protocol No. 16.

I. INTRODUCCIÓN

La dimensión convencional europea se caracteriza por la relación entre la jurisdicción nacional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos— en adelante Corte o Tribunal EDH— a quien le corresponde determinar las posibles violaciones a la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (1950) por parte de un Estado miembro del Consejo de Europa.² En particular en la experiencia convencional

² Sobre el Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos se puede consultar CUCARELLA GALIANA, Luis Andrés, *Estudios de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, Colombia, 2015. RANDAZZO, Barbara, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte*

Europea existen temáticas de gran actualidad como el rango o jerarquía que se le concede a la Convención Europea de Derechos Humanos, la referencia por parte de las Cortes o Tribunales Constitucionales a la jurisprudencia de la Corte EDH, la interpretación conforme a la Convención Europea de Derechos Humanos por parte del juez nacional, la doctrina del margen de apreciación nacional, regla jurisprudencial creada por la jurisdicción convencional europea que valoriza la discrecionalidad de los Estados por no existir un consenso común, así como lo relacionado con las sentencias piloto cuando existe violaciones estructurales de derecho, el procedimiento de ejecución de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo, y más recientemente la posibilidad de las “altas jurisdicciones estatales” de solicitar al Tribunal EDH opiniones consultivas relativas a la aplicación e interpretación del Convenio Europeo, el cual puede ser caracterizado como un “reenvío de convencionalidad”.

II. EL RANGO DE LA CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA DE LAS FUENTES NACIONALES

La Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1959) en el derecho nacional puede tener un rango supraconstitucional, constitucional, infra constitucional y legal.³ En el primer modelo, encontramos a Austria en donde el rango supraconstitucional de la Convención Europea de Derechos Humanos viene establecido desde la reforma de la Ley Constitucional Federal en 1964.⁴ Ello ha permitido la incorporación de la convención en el bloque de constitucionalidad con lo cual entra hacer parte a pleno título de los parámetros utilizados por el Tribunal Constitucional Austriaco. En efecto, los jueces constitucionales en materia de derechos asumen en efecto, como parámetro, las disposiciones de la Convención Europea de Derechos Humanos –en

europa dei diritti dell'uomo, Ed. Giuffrè, Milano, 2013. ZANGHÌ, Claudio, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Ed. Giappichelli, Torino, 2002.

³ Al respecto, sobre el tema existe una gran cantidad de estudios dentro de los cuáles se puede destacar: FRANCO FERRARI, Giuseppe (a cura di). *Corti nazionali e Corti europee*, Ed. Scientifiche Italiana, Napoli, 2006. POLLICINO, Oreste, *Allargamento dell'Europa a Est e rapporto tra Corti costituzionali e Corti Europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Ed. Giuffrè, Italia, 2010.

⁴ HAECK, Yves, La recepción nacional del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, en: GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y CASTAÑEDA HERNÁNDEZ, Mireya (coords.), *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte interamericana*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2009, p. 83.

Convención EDH– así como de los Protocolos adicionales, y en el proceso argumentativo, en muchos casos viene determinada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.⁵

El sistema de rango constitucional determina que los tratados se equiparan con la misma jerarquía normativa de la Constitución. Como ejemplo se puede citar el caso de Holanda.⁶ En efecto aunque no se puede encontrar una referencia explícita, los artículos 92, 93 y 94 de la Constitución constituyen una apertura al derecho internacional. La apertura hacia el derecho internacional de los derechos humanos viene reconocida en el artículo 16 de la Constitución de Portugal de 1976 el cual dispone: “1. Los derechos fundamentales proclamados en la Constitución no excluyen cualesquiera otros que resulten de las leyes y de las normas aplicables del derecho internacional. 2. Los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deberán ser interpretados e integrados en armonía con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre”.

Asimismo, el artículo 10.2 de la Constitución Española de 1978 determina: 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.⁷ En particular, el Tribunal Constitucional Español ha considerado el artículo 10.2 como un criterio hermenéutico del que se deriva que los derechos y libertades reconocidos en la Constitución y en todas las normas del ordenamiento jurídico relativas a derechos humanos deben ser interpretados de conformidad con los tratados internacionales

⁵ PARODI, Giampaolo, Corte costituzionale austriaca e Corti europee, en: FRANCO FERRARI, Giuseppe (a cura di), *Corti nazionali e Corti europee*, Ed. Scientifche Italiana, Napoli, 2006, p. 252.

⁶ HAECK, Yves, La recepción nacional del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, en: GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y CASTAÑEDA HERNÁNDEZ, Mireya (coords.) , *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, p. 83.

⁷ En la doctrina española sobre los alcances del artículo 10.2 de la Constitución existen una gran cantidad de estudios dentro de los cuáles puedo destacar: GÓMES FERNÁNDEZ, Itziar, *Conflicto y cooperación entre la Constitución española y el Derecho Internacional*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004. SAIZ ARNAIZ, Alejandro, La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos: el artículo 10.2 de la Constitución Española, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999. PÉREZ TREMPES, Pablo, La experiencia española de aplicación de las “cartas europeas” de derechos humanos por el Tribunal Constitucional, en: FRAGOLA, Massimo (a cura di) , *La Cooperazione fra Corti nella tutela dei diritti fondamentali in Europa*, Ed. Scientifica, Napoli, 2011, pp. 115-131. QUERALT JIMENEZ, Argelia, *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 2008.

que han sido ratificados.⁸ En esta línea ha determinado que los tratados internacionales de derechos humanos constituyen una fuente interpretativa obligada y valiosa y ha catalogado la interpretación conforme como un mandato constitucional.⁹ Por otra parte, la jurisdicción constitucional al interpretar las disposiciones constitucionales de derechos humanos no solo ha utilizado tratados internacionales sino que ha recurrido a decisiones, informes y resoluciones de órganos establecidos para su garantía e incluso a tratados internacionales que aún no han sido ratificados por Estados así como instrumentos de instrumentos de *soft law* que carecen de fuerza vinculante.¹⁰ Esta apertura al derecho internacional de los derechos humanos es reconocida en las Constituciones de algunos países de Europa del Este, como por ejemplo en Bulgaria (art 5 inc. 4), Armenia (art. 6), Georgia (art. 6.2), Kazagistan (art. 4), Croacia (art. 134), Albania (art. 122), Macedonia (art. 118), y Moldavia (art. 4.2), etc.¹¹

Por otra parte existen ordenamientos en donde la Convención Europea de Derechos Humanos tiene un rango infra constitucional. En particular resulta de interés, como a partir de las sentencias 348 y 349 del 2007, la Corte Constitucional Italiana le concedió formalmente un rango «subconstitucional» al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Al respecto, el artículo 117 párrafo 1 de la Constitución que entró en vigor en 2001 con la reforma del Título V dispone: “La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”.

Al respecto, en la sentencia número 348-2007 la Corte Constitucional Italiana determinó que: “L’art. 117, primo comma, Cost. condiziona l’esercizio della potestà legislativa dello Stato e delle Regioni al rispetto degli obblighi internazionali, tra i quali indubbiamente rientrano quelli derivanti dalla Convenzione europea per i diritti dell’uomo. Prima della sua introduzione, l’inserimento delle norme internazionali pattizie nel sistema delle fonti del diritto italiano era tradizionalmente affidato, dalla dottrina prevalente e dalla stessa Corte costituzionale, alla legge di adattamento, avente normalmente rango di legge

⁸ Tribunal Constitucional Español, Sentencias números 78/1982, 36/1991 y 97/1999.

⁹ Tribunal Constitucional Español, Sentencia número 236/2007.

¹⁰ Tribunal Constitucional Español. Sentencia número 12/2008.

¹¹ Cfr. POLLICINO, Oreste, *Allargamento dell'Europa a Est e rapporto tra Corti costituzionali e Corti Europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Ed. Giuffrè, Italia, 2010.

ordinaria e quindi potenzialmente modificabile da altre leggi ordinarie successive. Da tale collocazione derivava, come naturale corollario, che le stesse norme non potevano essere assunte quali parametri del giudizio di legittimità costituzionale”.¹²

Asimismo, en la sentencia número 349-2007 la Corte señaló: “Ciò non significa, beninteso, che con l’art. 117, primo comma, Cost., si possa attribuire rango costituzionale alle norme contenute in accordi internazionali, oggetto di una legge ordinaria di adattamento, com’è il caso delle norme della CEDU. Il parametro costituzionale in esame comporta, infatti, l’obbligo del legislatore ordinario di rispettare dette norme, con la conseguenza che la norma nazionale incompatibile con la norma della CEDU e dunque con gli “obblighi internazionali” di cui all’art. 117, primo comma, viola per ciò stesso tale parametro costituzionale. Con l’art. 117, primo comma, si è realizzato, in definitiva, un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi, al parametro, tanto da essere comunemente qualificata “norma interposta”; e che è soggetta a sua volta, come si dirà in seguito, ad una verifica di compatibilità con le norme della Costituzione”.¹³

Lo anterior, conlleva que en el ordenamiento italiano los tratados internacionales que han sido ratificados tienen un rango superior a la ley ordinaria pero inferior a la Constitución. Los tratados internacionales asumen el valor de “*norme interposte*” a un nivel intermedio entre la legislación ordinaria y la Constitución. Ello conlleva a que el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos tenga un rango «subconstitucional». Además, en las sentencias se precisó que los jueces ordinarios tienen que presentar la cuestión de legitimidad constitucional ante la Corte cuando consideren que existe un conflicto insanable entre un tratado internacional y una norma legislativa y en ninguna hipótesis proceder a la desaplicación de ésta última.

Por último existen ordenamientos en donde el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales tiene un rango legislativo como por ejemplo en Francia, Polonia, Hungría, Bélgica y el Reino Unido.¹⁴ En este último por ejemplo el Convenio Europeo ha tenido un estatus especial con la promulgación de la “*Human Rights Act*”.

¹² Corte Constitucional Italiana, Sentencia número 348 del 22 de octubre del 2007, párr. 4.2.

¹³ Corte Constitucional Italiana, Sentencia número 349 del 22 de octubre del 2007, párr. 6.2.

¹⁴ FRANCO FERRARI, Giuseppe, (a cura di), *Corti nazionali e Corti europee*, p. XX.

III. LA OBLIGACIÓN DEL JUEZ NACIONAL DE REALIZAR UNA INTERPRETACIÓN CONVENCIONALMENTE CONFORME

En las sentencias 348 y 349 del 2007, conocidas comúnmente como «*sentenze gemelle*»,¹⁵ la Corte Constitucional Italiana no solo le concedió un rango «subconstitucional» al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, sino que estableció la obligación del juez nacional de llevar a cabo una interpretación convencionalmente conforme.

En primer lugar, la Corte *Costituzionale* estableció diferencias entre el sistema comunitario de la Unión Europea y el sistema convencional del Consejo de Europa. Al respecto indicó: “Con l’adesione ai Trattati comunitari, l’Italia è entrata a far parte di un “ordinamento” più ampio, di natura sopranazionale, cedendo parte della sua sovranità, anche in riferimento al potere legislativo, nelle materie oggetto dei Trattati medesimi, con il solo limite dell’intangibilità dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione. La Convenzione EDU, invece, non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti. Essa è configurabile come un trattato internazionale multilaterale – pur con le caratteristiche peculiari che saranno esaminate più avanti – da cui derivano “obblighi” per gli Stati contraenti, ma non l’incorporazione dell’ordinamento giuridico italiano in un sistema più vasto, dai cui organi deliberativi possano promanare norme vincolanti, omissio medio, per tutte le autorità interne degli Stati membri”.¹⁶

Por otra parte, en las citadas sentencias la Corte se refirió a la incidencia de la Convención Europea de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico interno a la luz de

¹⁵ Las sentencias números 348 y 349 del 2007 de la Corte Constitucional fueron ampliamente comentadas en doctrina italiana, en particular se puede consultar: NAPOLI, Cristina, *La nuova collocazione della CEDU nel sistema delle fonti e la conseguenti prospettive di dialogo tra le Corti*, (véase en: www.forumcostituzionale.it). PIGNATTELLI, Nicola, *La dilatazione della tecnica della “interposizione” (e del giudizio costituzionale)*, (véase en: www.forumcostituzionale.it). PINELLI, Cesare, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti*, (véase en: www.associazionedeicostituzionalisti.it). RUGGERI, Antonio, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale –astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d’inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, (véase en www.forumcostituzionale.it). TEGA, Diletta, *L’ordinamento costituzionale italiano e il “sistema” CEDU: accordi e disaccordi*, en: MANES, Vittorio, ZAGREBELKY, Vladimiro (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, Ed. Giuffrè, Milano, 2012, pp. 193-235. ZANGHI, Claudio, *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell’uomo ed interpreta l’art. 117 della Costituzione: le sentenze n. 348 e 349 del 2007*, (véase en: www.giurcost.org)

¹⁶ Corte Constitucional Italiana, Sentencia número 348 del 22 de octubre del 2007, párr. 3.3.

lo dispuesto en el artículo 117 de la Constitución que entró en vigor con la reforma al Título V en el 2001. En particular, se afirmó que las normas de la Convención Europea pueden ser objeto del control de constitucionalidad “proprio perché si tratta di norme che integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre ad un livello sub-costituzionale, è necessario che siano conforme a Costituzione. La particolare natura delle stesse norme, diverse sia da quelle comunitarie sia da quelle concordatarie, fa sì che lo scrutinio di costituzionalità non possa limitarsi alla possibile lesione dei principi e dei diritti fondamentali, ma debba estendersi ad ogni profilo di contrasto tra le “norme interposte” e quelle costituzionali”¹⁷. Asimismo afirmó la exigencia de que las normas interpuestas sean conformes a la Constitución “è assoluta e inderogabile, per evitare il paradosso che una norma legislativa venga dichiarata incostituzionale in base ad un’altra norma sub-costituzionale, a sua volta in contrasto con la Costituzione”.

En esta lógica, la Corte determinó una serie de obligaciones que debe llevar el juez nacional quién debe de verificar: “a) se effettivamente vi sia contrasto non risolvibile in via interpretativa tra la norma censurata e le norme della CEDU, come interpretate dalla Corte europea ed assunte come fonti integratrici del parametro di costituzionalità di cui all’art. 117, primi commi, Cost.; b) se le norme della CEDU invocate come integrazione del parametro, nell’interpretazione ad esse data dalla medesima Corte, siano compatibili con l’ordinamento costituzionale italiano”¹⁸.

En tercer plano, en esta construcción metodológica la Corte estableció que el juez debe de llevar a cabo una «interpretazione conforme agli obblighi internazionali».¹⁹ En particular modo en la sentencia número 349 señaló: “Ne consegue che al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme. Qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale “interposta”, egli deve investire questa Corte della relativa questione di legittimità

¹⁷ Corte Constitucional Italiana, Sentencia número 348, párr. 4.7.

¹⁸ Corte Constitucional Italiana, Sentencia número 348 del 2007, párr. 5.

¹⁹ MALFATTI, Elena, *Attorno al modello di «interpretazione convenzionalmente conforme» e di «verifica di costituzionalità della CEDU»*, suggerito dalla giurisprudenza recente, en: D’AMICO, Marilisa, RANDAZZO, Barbara (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentativa*. Atti del convegno di Milano svoltosi il 6-7 giugno 2008, Quaderno del “Gruppo di Pisa”, Ed. Giappichelli, Torino, 2009.

costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primi commi, come correttamente è stato fatto dai rimettenti in questa occasione”.²⁰

Posteriormente, en la sentencia número 80 del 2011 la Corte *Costituzionale* precisó: “spetta al giudice comune interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti in cui ciò sia consentito dal dato testuale; mentre, qualora tale operazione non sia possibile – esclusa una diretta disapplicazione della norma interna da parte del giudice – quest’ultimo deve investire la Corte costituzionale della relativa questione di legittimità costituzionale, in riferimento al parametro anzi indicato”.²¹

Lo anterior determina que en aquellos supuestos donde la normativa interna este en contradicción con la Convención Europea de Derechos Humanos, el juez tiene la obligación de llevar a cabo una «interpretación convencionalmente conforme». En esa labor hermenéutica deberá tomar en cuenta no sólo lo dispuesto formalmente en el texto convencional, sino los criterios interpretativos desarrollados por la Corte de Estrasburgo.²² En este sentido, la jurisprudencia constitucional no hace diferencia entre sentencias emitidas contra Italia y sentencias emitidas con relación a los otros países miembros del sistema.²³ Por otra parte, en aquellos supuestos en donde el juez no puede llevar a cabo una interpretación convencionalmente conforme a la norma interna deberá de plantear la cuestión incidental ante la Corte Constitucional Italiana. No obstante, el juez *a quo* debe demostrar haber intentado o realizado adecuadamente una interpretación conforme, pues de lo contrario la Corte emite una resolución de «*manifesta inammissibilità*».

El juez nacional no tiene competencia para desaplicar “la norma legislativa ordinaria ritenuta in contrasto con una norma CEDU, poiché l’asserita incompatibilità tra le due si presenta come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell’art. 117, primo comma, Cost., di esclusiva competenza del giudice delle leggi”. En tal sentido, en la sentencia número 348 del 2007 la Corte reprocha la actuación de algunos

²⁰ Corte Constitucional Italiana, Sentencia número 349 del 22 de octubre del 2007, párr. 6.2.

²¹ Corte Constitucional Italiana, Sentencia número 80 del 7 de marzo del 2011.

²² En las sentencias números 39 del 2008, 311 y 317 del 2011 la Corte *Costituzionale* afirmó que: “a partire dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, la giurisprudenza costituzionale sia costante nel ritenere che le norme della CEDU – nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, specificamente istituita per dare a esse interpretazione e applicazione (art. 32, paragrafo 1, della Convenzione) – integrino, quali «norme interposte», il parametro costituzionale espresso dall’art. 117, primo comma, Cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali”.

²³ Corte Constitucional Italiana, Sentencias 311 del 2009, 138 del 2010, 113 del 2011.

jueces en desaplicar directamente las normas legislativas en contraste con la Convención EDH como interpretadas por la Corte de Estrasburgo.

A partir de las sentencias «*gemelle*» la Corte Constitucional Italiana no solo le concedió un rango sub constitucional a la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales sino que valorizó el rol del juez ordinario para que determine la compatibilidad de las leyes internas con el Convenio Europeo–interpretado y aplicado por la Corte de Estrasburgo teniendo la obligación de realizar dentro de los límites que le es permitido llevar a cabo una interpretación convencionalmente conforme y solo en aquellos supuestos que no le es posible deberá de plantear la cuestión incidental ante la Corte *Costituzionale*. La construcción metodológica de ese circuito jurisdiccional reafirma la tesis de las jurisdicciones constitucionales como mediadores de las doctrinas supranacionales en derechos humanos que los convierte en interlocutores privilegiados en este caso con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

IV. EL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL

En la interacción entre la Corte EDH y las autoridades nacionales la jurisprudencia convencional clarifica que los Estados parte tienen un margen de apreciación en el modo de como aplicar y dar actuación a la Convención Europea de Derechos Humanos, según las circunstancias del caso y los derechos y libertades en juego.²⁴ Esa doctrina creada de forma jurisprudencial por el Tribunal EDH tiene como fundamento el «principio de subsidiaridad» que presupone que los derechos y libertades reconocidos en la Convención deben ser protegidos primero y principalmente a nivel nacional. Los Estados tienen el deber de supervisar la conformidad de su legislación y prácticas administrativas con las exigencias de la Convención y con la jurisprudencial Tribunal.

El margen de apreciación va de la mano con la supervisión de conformidad con el sistema de la Convención. Ello refirma el carácter subsidiario de la Convención respecto a la tutela de los derechos humanos a nivel nacional y que las autoridades nacionales se

²⁴ Cfr. ACOSTA ALVARO, Paola y NÚÑEZ POBLETE, Manuela (coords.), *El margen de apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: proyecciones regionales y nacionales*, Ed. UNAM, México, 2012. DONATI, Filippo, MILAZZO, Pietro, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, (véase en: www.associazionedeicostituzionalisti.it). GARCIA ROCA, Javier, *El margen de apreciación nacional en el Convenio Europea de Derechos Humanos*, Ed. Civitas, Madrid, 2010.

encuentran en línea de principio en una mejor posición respecto a una corte nacional para evaluar las exigencias y las condiciones locales. A este propósito, el rol de la Corte es aquel de verificar si las decisiones adoptadas por las autoridades nacionales son compatibles con la Convención, tomando en cuenta el margen de apreciación del Estado. Precisamente es la doctrina del margen de apreciación la que establece el punto de equilibrio entre el mantenimiento de la plena soberanía, o sea de la libertad de valoración de los Tribunales estatales, y desarrollo de las funciones que el Convenio asigna al Tribunal, doctrina que sin embargo, no siempre ha sido utilizada en modo coherente.²⁵

El concepto del margen de apreciación nacional es una construcción jurisprudencial consolidada por la Corte EDH por medio de la cual se ha reconocido a las autoridades nacionales la capacidad para efectuar la ponderación de los derechos en conflicto. En este sentido, el reconocimiento de un margen de apreciación ha sido generalmente evaluado atendiendo al derecho convencional, las especificaciones de la Convención y a la existencia de un consenso europeo sobre la materia discutida. En aquellos supuestos en donde no existe un consenso europeo sobre la materia la Corte de Estrasburgo deja márgenes de discrecionalidad a los Estados parte como por ejemplo lo que aconteció en materia de símbolos religiosos en la sentencia de la Gran Chambre *Lautsi vs. Italia* y más recientemente en materia de fecundación heteróloga en la sentencia de la Gran Chambre *S.H. and others vs. Austria*. Por su parte, la Corte IDH en su jurisprudencia utiliza con menos incidencia la doctrina del margen de apreciación nacional pues en muchas de sus decisiones es más activista, tal y como lo evidencia, por ejemplo la sentencia *Artavia Murillo* en donde creo como derecho convencional la fecundación *in vitro*.

V. LAS SENTENCIAS PILOTO Y LA EXISTENCIA DE PROBLEMAS ESTRUCTURALES

En el Sistema Europeo de Derechos Humanos se ha desarrollado la figura de las sentencias piloto, la cual fue introducida el 21 de febrero del 2001.²⁶ Esta tipología de resoluciones

²⁵ DE VERGOTINI Giuseppe, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Ed., II Mulino, 2010, p. 149.

²⁶ ABRISKETA URIARTE, Joana, Las sentencias piloto: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de juez a legislador, *Revista Española de Derecho Internacional*, volumen LXV/1, enero-junio 2013, Madrid, pp. 73-99. LAMBERT ABDELGAWAD, Elisabeth, El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la técnica de las

tiene como fundamento lo dispuesto en los artículos 1, 41 y 46 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales, así como el numeral 61 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal EDH el cual determina: “1. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos podrá decidir aplicar el procedimiento de la sentencia piloto y adoptar una sentencia piloto cuando los hechos que originen una demanda que le haya sido interpuesta revelen la existencia, en la Parte Contratante afectada, de un problema estructural o sistémico o de otra disfunción similar que haya dado lugar o sea susceptible de dar lugar a la formulación de otras demandas análogas”.

Esta tipología denominada también por la doctrina como “macro sentencias” o “sentencias estructurales” son un instrumento útil, en la medida en que buscan, precisamente, activar a los órganos del Estado que han incumplido en sus obligaciones convencionales o constitucional, motivo por el cual también ha sido utilizada por algunas Cortes o Tribunales Constitucionales.²⁷

La sentencia piloto es aquel procedimiento en el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos selecciona una demanda de entre varias que obedecen a la misma causa, de tal manera que ésta sirve como referente en la resolución de un elevado número de casos idénticos.²⁸ Los efectos provocados por una sentencia piloto son de gran trascendencia para el Estado implicado, en tanto que le obliga a adoptar leyes internas — medidas generales— que corrijan el problema estructural que, precisamente, origina la violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Justamente porque el Tribunal EDH constata la existencia de un problema sistémico, suspende los procesos sobre casos idénticos (produciendo una especie de efecto dominó) y exige al Estado que adopte medidas generales. El demandante (y todos los individuos afectados por el problema estructural) verá aplazado su proceso hasta que el Estado adopte dichas medidas. Con esto se ponen en evidencia dos tendencias: a) La inclinación del Tribunal EDH a adoptar sentencias que van más allá de ser meramente declarativas. b) La orientación hacia la

sentencias piloto: una pequeña revolución en marcha en Estrasburgo, *Revista de Derecho Político*, número 69, Universidad Estatal a Distancia, UNED, 2007, pp. 355–383.

²⁷ MIRANDA BONILLA, Haideer, Las sentencias estructurales en la actuación de la Sala Constitucional de Costa Rica, en *Revista Jurídica IUS Doctrina*, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, número 2, 2018, pp. 1–41.

²⁸ ABRISKETA URIARTE, Joana, *Las sentencias piloto: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de juez a legislador*, op. cit., p. 78.

objetivación de los recursos con la consiguiente desafección del Tribunal por el derecho subjetivo individual.²⁹

VI. LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

En el Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos, uno de los temas procesales de gran actualidad se refiere a la obligación de los Estados parte de ejecutar una sentencia emitida por la Corte EDH.³⁰ En primer plano, la ejecución de las sentencias de la Corte de Estrasburgo conlleva la obligación del Estado de hacer cesar la violación de derechos fundamentales y eliminar las consecuencias, y solo en aquellos casos donde no es posible que la Corte EDH conceda a la víctima una suma de dinero como forma reparación equitativa. La jurisprudencia convencional deja amplios márgenes de discrecionalidad a los Estados para cumplir con lo ordenado tal y como lo dispone el artículo 46 de la Convención siempre y cuando las actuaciones sean compatibles con las conclusiones contenidas en las sentencias de la Corte. No obstante, en algunos casos la Corte de Estrasburgo solicita la adopción de medidas generales como la abrogación, promulgación o la reforma de una ley e incluso el cambio de un criterio jurisprudencial por ser contrario a la Convención. En estos supuestos adquiere especial relevancia la ejecución de una sentencia convencional que se refiere propiamente a una decisión de jueces internos que se encuentra en firme «*in giudicata*». En Francia con las leyes 516 del 2000 y 307 del 2002, se modificó el artículo 626 del Código Procesal Penal el cual contempla entre los casos de revisión de sentencias, la existencia de una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la que se acreditó la vulneración del artículo 6 de la Convención. En Italia la reapertura de un proceso penal ante la existencia de una sentencia condenatoria por parte de la Corte de Estrasburgo no se encuentra prevista en el Código Procesal Penal, lo cual ha planteado

²⁹ *Ibidem*, p. 74.

³⁰ Sobre el tema se puede consultar los estudios de: MANES, Vittorio y ZAGREBELKY, Vladimiro (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Ed. Giuffrè, Milano, 2012. RANDAZZO, Barbara, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Ed. Giuffrè, Milano, 2013, pp. 105–133. LÓPEZ GUERRA, Luis, Los derechos humanos como derechos efectivos: La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la ejecución de sus sentencias, en: AA.VV., *Derecho Constitucional Contemporáneo. Homenaje al profesor Rubén Hernández Valle*, Ed. Investigaciones Jurídicas. S.A., San José, 2015, pp. 437-450.

grandes problemas e incluso la intervención en diferentes oportunidades de la Corte Constitucional Italiana, tal y como se analizará a continuación.

Lo anterior, pone en evidencia una problemática a la que no es ajena el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pues únicamente dos ordenamientos Colombia y Perú han previsto normativa interna que permite ejecutar una sentencia emitida por la Corte IDH. En este sentido, se podría argumentar que el carácter más incisivo de las medidas de reparación ordenadas por la Corte de San José tiene como fundamento factores como la falta de una regulación interna, así como el hecho de que en el pasado muchos de los ordenamientos fueron dictaduras, sin embargo, en muchos casos las medidas ordenadas parecieran exceder el caso en concreto y convertirse en políticas públicas que exceden los fines por los cuáles fue creada.

El segundo aspecto, se refiere al órgano encargo de vigilar o supervisar el cumplimiento de las sentencias emitidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos función que le es encomendada al Comité de Ministros de conformidad con el artículo 46 de la Convención y no a la Corte EDH. Ello determina una de las diferencias con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en donde la labor de supervisión del cumplimiento de sus sentencias es llevada a cabo por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos quién no archiva el caso hasta que se acredite el cumplimiento efectivo de las medidas de reparaciones ordenadas. En este sentido, la Corte de San José lleva a cabo audiencias con las partes y dicta resoluciones de cumplimiento de sentencias en las que evidencia los avances y puntos por cumplir ordenado en una sentencia.

En el Sistema del Consejo de Europa llama la atención como de conformidad con el artículo 46 inciso 3) de la Convención, el Comité de Ministros tiene dentro de sus competencias el poder solicitar a la Corte de Estrasburgo con la finalidad de que se pronuncie sobre un problema de interpretación que obstaculiza la ejecución de una sentencia. La decisión de remisión al Tribunal se tomará por mayoría de dos tercios de los votos de los representantes que tengan derecho a formar parte del Comité. En aquellos supuestos en donde un Estado se niega a cumplir una sentencia convencional, el Comité de Ministros podrá por decisión adoptada por la mayoría de dos tercios de los votos de los representantes que tengan derecho a formar parte del Comité, remitir la cuestión a la Corte EDH, de conformidad con el inciso 4) del citado numeral. En aquellos supuestos en donde

el Tribunal determina que se ha producido un incumplimiento remite el asunto al Comité de Ministros para que examine las medidas que sean preciso adoptar, tal y como lo dispone el inciso 5) del artículo 46 en mención. Por otra parte, en el caso de aquellos Estados que de forma reiterada incumplen el deber de ejecutar las sentencias de la Corte de Estrasburgo, el Consejo de Ministros como autoridad del Consejo de Europa podrá suspender el derecho de representación en el Consejo del Estado con fundamento en lo dispuesto en el artículo 8 del Estatuto de esa organización.

En este sentido, se evidencia como con la entrada en vigencia del Protocolo número 14 cada vez con más frecuencia la fase de ejecución de sentencias es parte integrante del proceso ante la Corte EDH.³¹ Ello determina la necesidad de que entre la jurisdicción convencional y el Comité de Ministros exista una estrecha cooperación y vínculos de comunicación, en particular modo en aquellos casos de Estados que incumplen reiteradamente sus sentencias.

VII. LAS CONFERENCIAS SOBRE EL FUTURO DE LA CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

En el Sistema Europeo de Protección se han realizado diferentes conferencias en donde se ha analizado el futuro de la Corte o Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En este sentido como resultado de esas conferencias se han emitido una serie de declaraciones que llevan el nombre de las ciudades en donde se realizaron las conferencias, dentro de las cuales se puede citar: Interlaken (2010), Izmir (2011), Brighton (2012), Oslo (2014), Bruselas (2015) y Copenhagen (2018) que han establecido importantes cambios.

En la Declaración de Interlaken se enfatiza la necesidad de introducir recursos efectivos en el ordenamiento nacional, así como reforzar el conocimiento y aplicación de la Convención Europea de Derechos Humanos por las instituciones nacionales. La Declaración alude a la ejecución de las sentencias pidiendo la incorporación de medidas que permitan al Comité de Ministros cumplir su función de supervisión no solo en los asuntos urgentes, sino de aquellas sentencias que revelen la existencia de problemas estructurales en el Estado condenado. Asimismo expresa un llamado de atención a la Corte

³¹ RANDAZZO, Barbara, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Ed. Giuffrè, Milano, 2013, p. 111.

EDH sobre la necesidad de garantizar una jurisprudencia clara y coherente y por otra parte que la jurisprudencia convencional europea no se convierta en una cuarta instancia volviendo a examinar cuestiones de hecho o de interpretación del derecho nacional ya resueltas por los tribunales nacionales.

En la Declaración de Izmir se discutió sobre la imposición de un depósito previo a la interposición de la demanda, la regulación de un sistema de multas para aquellos demandantes que interpongan demandas abusivas y la obligación de asistencia letrada desde el inicio del procedimiento. Posteriormente, en la Declaración de Brighton se reitera el deber de los Estados parte en dar actuación a la Convención Europea de Derechos Humanos a través de la adaptación de recursos eficaces. En particular reafirma la obligación de los jueces nacionales de tener en cuenta la Convención y la jurisprudencia de la Corte, lo cual permitiría reducir el número de violaciones y por ende de recursos ante el Tribunal EDH, para lo cual es de trascendental importancia la capacitación de los funcionarios públicos, en particular sobre las obligaciones que derivan de la Convención, de la jurisprudencia convencional y los criterios de admisibilidad.

En la interacción entre la Corte y las autoridades nacionales el punto número 11 de la Declaración de Brighton determina que la jurisprudencia convencional clarifica que los Estados parte tienen un margen de apreciación en el modo en como aplicar y dar actuación a la Convención, según las circunstancias del caso y los derechos y libertades en juego. Ello reafirma el carácter subsidiario de la Convención Europea respecto a la tutela de los derechos humanos a nivel nacional ~~y que las autoridades nacionales encuentran en línea de principio en una mejor posición respecto a una corte nacional, para evaluar las exigencias y las condiciones locales.~~ El margen de apreciación va de la mano con la supervisión de conformidad con el sistema de la Convención. En este sentido, el rol del Tribunal EDH es verificar si las decisiones adoptadas por las autoridades nacionales son compatibles con la Convención, tomando en cuenta el margen de apreciación del Estado.

Al respecto, el punto 12 inciso c) de la Declaración de Brighton indica que acoge con satisfacción y les anima a fortalecer un diálogo entre la Corte EDH y los Estados parte como medio para desarrollar una mejor comprensión de los respectivos roles en la actuación de sus responsabilidades compartidas respecto a la aplicación de la Convención, y en particular los diálogos entre la Corte EDH: *i)* los más altos órganos jurisdiccionales de

los Estados partes; *ii*) el Comité de Ministros, también respecto al principio de subsidiaridad y a la claridad y coherencia de la jurisprudencia de la Corte, y *iii*) los agentes del gobierno, y los expertos jurídicos de los Estados parte, en particular sobre las cuestiones procesales y a través de la consulta de las propuestas de modificación de los Reglamentos de la Corte. Asimismo, en el punto d) se indica que la interacción entre la Corte y las autoridades nacionales se podría reforzar con la introducción de un ulterior poder de la Corte, con el cual los Estados parte tendrían la facultad de solicitar que exprese opiniones consultivas relativas a la interpretación de la Convención en el contexto de una causa específica a nivel nacional, sin perjuicio por el carácter no vinculante de las opiniones para los Estados parte. Por tal motivo, se solicitó al Comité de Ministros elaborar un protocolo facultativo de la Convención.

En la Declaración de Bruselas se analizó el tema de la aplicación de la Convención Europea como una responsabilidad compartida. En este sentido, se resalta la importancia de dar actuación a la Convención y a las sentencias de la Corte EDH por parte de los Estados de conformidad con los principios de subsidiaridad y responsabilidad, pues ello permitiría reducir la carga de trabajo de la jurisdicción europea, lo cual le permitirá resolver en un tiempo razonable los nuevos casos. Además, se solicitó a los Estados la ratificación de los Protocolos números 15 y 16 y resaltó la importancia de la adhesión de la Unión Europea a la Convención Europea.

Por su parte, en la Declaración de Copenhague se reafirma una vez más la importancia del principio de subsidiaridad y define en modo más claro, los respectivos roles, con la finalidad de garantizar la efectividad del sistema convencional, a través de la aplicación y la interpretación de la Convención por parte de la Corte EDH. En particular afirma que en la protección de los derechos humanos existe una responsabilidad compartida, la cual es necesaria para garantizar un adecuado equilibrio, motivo por el cual es fundamental la existencia de recursos eficaces, pues el gran desafío que existe es la carga de trabajo del Tribunal EDH sobre lo cual se necesitan acciones más concretas.

En este sentido es importante mejorar el diálogo entre los Estados y el Tribunal EDH motivo por el cual se indicó: “33. For a system of shared responsibility to be effective, there must be good interaction between the national and European level. This implies, in keeping with the independence of the Court and the binding nature of its

judgments, a constructive and continuous dialogue between the States Parties and the Court on their respective roles in the implementation and development of the Convention system, including the Court's development of the rights and obligations set out in the Convention. Civil society should be involved in this dialogue. Such interaction may anchor the development of human rights more solidly in European democracies. 34. An important way for the States Parties to engage in a dialogue with the Court is through third-party interventions. Encouraging the States Parties, as well as other stakeholders, to participate in relevant proceedings before the Court, stating their views and positions, can provide a means for strengthening the authority and effectiveness of the Convention system. Por último, la Declaración reitera la necesidad de cooperar en la ejecución de las sentencias, así como en la selección y elección de los jueces convencionales europeos”.

VIII. EL PROTOCOLO NÚMERO 16 Y LA POSIBILIDAD DE PLANTEAR OPINIONES CONSULTIVAS ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El Protocolo número 16 adoptado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 2 de octubre del 2013 crea un novedoso procedimiento, que permite a los tribunales nacionales solicitar al Tribunal EDH opiniones consultivas relativas a la aplicación e interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, motivo por el cual puede ser caracterizado como un “reenvío de convencionalidad”.³² Este instrumento ha sido plasmado, no obstante las numerosas diferencias, mirando a la cuestión prejudicial ante la Corte de Justicia de la Unión Europea, definido por esta razón como el “*hermano mayor*”.³³

³² Sobre esta temática se puede consultar: ASTA, Gabriele, *Il Protocollo n. 16 alla Cedu: chiave di volta del sistema europeo di tutela dei diritti umani?*, en la Comunità Internazionale, número 4, 2013, pp. 773–791. CONTI, Roberto, *La richiesta di “parere consultivo” alla Corte europea delle Alte corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla Cedu ed il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia Ue. Prove d’orchestra per una nomofilachia europea*, p. 6, (véase en: <http://www.giurcost.org/studi/conti2.pdf>). LÓPEZ GUERRA, Luis, Los Protocolos de reforma n. 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, *Revista Española de Derecho europeo*, número 49, enero-marzo, 2014, p. 11 – 29. RIVERA, Ilaria, *Il protocollo n. 16 Cedu e la richiesta di parere consultivo ovvero una forma di “rinvio convenzionale” alla Corte di Strasburgo: alcune considerazioni a tre anni dall’adozione*, en: Studi sull’integrazione europea, número 2-3, 2016, pp. 455–474. ROMBOLI, Silvia, *El Protocolo n. 16 al CEDH: ¿refuerzo u obstáculo al ya complicado “dialogo entre tribunales” para la protección de los derechos*, *Revista Advocacia Pública Federal*, volumen 3, 2019, ?, pp. 28–45, (véase en: <https://seer.anafenacional.org.br/index.php/revista>).

³³ CONTI, Roberto, *La richiesta di “parere consultivo” alla Corte europea delle Alte corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla Cedu ed il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia Ue. Prove d’orchestra per una nomofilachia europea*, p. 6, (véase en: <http://www.giurcost.org/studi/conti2.pdf>)

Al Tribunal Europeo se le asignó una nueva competencia que le acercaría a las Cortes o Tribunales Constitucionales nacionales, por lo menos por lo que concierne a aquellas funciones desarrolladas a través de las tipologías de decisiones que, sin declarar necesariamente la inconstitucionalidad de la norma enjuiciada, proporcionan un principio (más o menos general y genérico, según la circunstancia) al que la actividad del legislador y del juez tiene que atenerse.³⁴ En efecto, se ha subrayado la trascendencia de la articulación –de manera distinta respecto de lo que en muchas ocasiones ha sucedido utilizando la prejudicial constitucional y aquella europea– de un diálogo directo entre los jueces nacionales y el Tribunal de Estrasburgo, con efectos favorables desde distintas perspectivas. En primer lugar, por la eventual reducción del contencioso ante el Tribunal Europeo,³⁵ gracias a la superación de las dificultades que acarrea para los jueces nacionales obtener principios y reglas generales de una jurisprudencia casuística y la mayoría de las veces sujeta al supuesto concreto, favoreciéndose así, de un lado, una mayor difusión de la cultura y de los contenidos del Convenio y, de otro, que la tutela de los derechos contenidos en el mismo se cumpla principalmente a nivel “local”, convirtiéndose en excepcional el recurso a la Corte de Estrasburgo.³⁶

En este sentido, el ex Presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *DEAM SPIELMANN* lo caracteriza como el “Protocolo del Diálogo”,³⁷ pues es un instrumento que desarrollara un diálogo o interacción entre la jurisdicción convencional y las cortes nacionales en la óptica de una siempre mayor implementación de la Convención Europea según los principios de *subsidiaridad y complementariedad*. No obstante, lo anterior dependerá claramente de su aplicación práctica y del rol y de la posición del CEDH en el sistema de fuentes del Derecho de cada ordenamiento nacional.³⁸

En cuanto a los sujetos legitimados, el artículo 1 del Protocolo dispone que las altas jurisdicciones de los Estados pueden presentar a la Corte EDH solicitudes de opiniones consultivas relativas a la aplicación e interpretación del Convenio Europeo de Derechos

³⁴ ROMBOLI, Silvia, *op. cit.*, p. 32.

³⁵ LÓPEZ GUERRA, Luis, *Los Protocolos de reforma n. 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, *Revista Española de Derecho europeo*, número 49, enero-marzo, 2014, p. 12.

³⁶ ROMBOLI, Silvia, *op. cit.*, p. 32.

³⁷ Discurso del juez Dean Spielmann, actual Presidente de la Corte EDH en la 123 sesión del Comité de Ministros el 16 de mayo del 2013. El texto del discurso se puede consultar en el sitio web del Tribunal Europeo: www.echr.coe.int

³⁸ ROMBOLI, Silvia, *op. cit.*, p. 32.

Humanos y sus protocolos. En este sentido serán los Estados quienes determinarán las altas jurisdicciones legitimadas para presentar la opinión consultiva.

La limitación a los “más altos tribunales” de los Estados busca sin duda evitar una “proliferación de peticiones” que podrían llevar a complicar el sistema de tutela de la Convención Europea.³⁹ En este sentido, las únicas posibilidades para los órganos judiciales “inferiores” serían entonces esperar que a través del sistema de recursos la más alta jurisdicción se demuestre sensible ante la misma duda, de un lado, o, de otro, plantear al juez constitucional una cuestión de constitucionalidad y solicitarle la petición de la opinión consultiva al TEDH, creando una suerte de vínculo virtuoso entre la prejudicial constitucional y la europea.⁴⁰

La solicitud de opinión consultiva la pueden presentar las “altas jurisdicciones” que hayan sido elegidas como sujetos legitimados en el momento de la ratificación por los Estados, lo cual conlleva a que tengan un carácter facultativo y no obligatorio, pudiendo incluso la autoridad judicial renunciar en cualquier momento a la petición. Las razones de esta elección, que diferencia la prejudicial europea de aquella constitucional y eurounitaria, según algunos comentaristas, se averiguan en la distinta tipología de las normas objeto de estos instrumentos. En el caso del Derecho de la Unión Europea, por ejemplo, se trata de una regulación muy específica que necesita una interpretación uniforme para todos los Estados miembros; las normas del Convenio Europeo, sin embargo, se caracterizan por un contenido más amplio e imponen, en la mayoría de los casos, obligaciones sobre el “resultado”, y no averiguar una solución igual para todos.⁴¹

La jurisdicción que presenta la solicitud lo puede únicamente hacer en relación a un caso pendiente de resolución, debiendo motivar la solicitud y hacer referencia a los elementos pertinentes inherentes al contexto jurídico y a los hechos del proceso. En cuanto al objeto del reenvío de convencionalidad el artículo 1 del Protocolo hace referencia a cuestiones de principio relativas a la interpretación o aplicación de los derechos y libertades reconocidos en el “parámetro de convencionalidad”, es decir, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos o en sus protocolos.

³⁹ LÓPEZ GUERRA, Luis, *Los Protocolos de reforma n. 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, *op. cit.*, p. 12.

⁴⁰ ROMBOLI, Silvia, *op. cit.*, p. 36.

⁴¹ ROMBOLI, Silvia, *op. cit.*, p. 32.

El artículo 2 del Protocolo determina que un colegio de 5 jueces de la Gran Cámara es el que decide si acoge la solicitud de opinión consultiva. El rechazo de la solicitud debe ser motivado. Posteriormente, si el reenvió es admitido, la *Gran Chambre* emite una opinión consultiva pudiendo los jueces emitir votos particulares y razones adicionales. Las opiniones consultivas no tienen efectos vinculantes para el juez remitente, ni para el país al que este pertenece, según lo establecido en el art. 5 del Protocolo.

En la guía explicativa del Protocolo se afirma que las opiniones se insertan en un contexto de diálogo entre el Tribunal EDH y las autoridades nacionales y que: “el órgano remitente decide sobre los efectos de la opinión consultiva en el procedimiento nacional”. Asimismo se que las opiniones no surtirán efectos en los eventuales recursos de apelaciones sucesivos sin embargo, sí formarán parte de la jurisprudencia del Tribunal Europeo, junto con las sentencias y las decisiones. La interpretación del Convenio Europeo y de sus protocolos contenida en dichas opiniones consultivas tendrá los mismos efectos que los principios interpretativos establecidos por el Tribunal en las sentencias y en las decisiones”.⁴²

La interpretación conforme que provenga de Estrasburgo no puede llegar a tener los efectos de la de Luxemburgo, es decir: no podrá claramente consentir al juez nacional inaplicar, con fundamento en una opinión consultiva, el Derecho interno. No obstante, la lectura proporcionada por el Tribunal Europeo podrá sin duda orientar una interpretación del juez ordinario conforme al Convenio o inducir al mismo a plantear una cuestión de constitucionalidad ante el Constitucional denunciando la violación de las obligaciones internacionales.⁴³

En fecha 10 de abril de 2019, el Tribunal EDH emitió su primera opinión consultiva planteada por la *Cour de Cassation* en relación con el reconocimiento en el derecho interno de una relación jurídica paterno-filial entre un niño nacido mediante gestación subrogada en el extranjero y la madre comitente.⁴⁴ En la resolución se analizó si la negativa de la República Francesa de inscribir a dos niñas gemelas –Fiorella y Valentina– como hijas del matrimonio Mennesson, nacidas en el 2000 como consecuencia de un contrato de maternidad subrogada celebrado en el Estado de California de los Estados Unidos

⁴² El texto integral puede ser consultado en: https://www.echr.coe.int/Documents/Guidelines_P16_ENG.pdf

⁴³ ROMBOLI, Silvia, *op. cit.*, p. 39.

⁴⁴ El texto integral puede ser consultado: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["003-6380464-8364383"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

utilizando gametos del Sr. Mennesson y óvulos donados, configuraba una violación a los derechos humanos protegidos por la Convención Europea. Las temáticas planteadas en el reenvío de convencionalidad se referían al interés superior del menor, así como el margen de apreciación nacional en el reconocimiento de ese tipo de relaciones filiales.

La solicitud de opinión consultiva planteó las siguientes interrogantes: 1. Al negarse a transcribir el estado civil que surge del certificado de nacimiento de un niño nacido en el extranjero de una madre sustituta, que se refiere a la madre intencional como la madre legal, mientras que la transcripción ha sido aceptada respecto del padre intencional cuando es el padre biológico del niño, ¿un Estado parte excede su margen de apreciación según el art. 8 del CEDH? en este sentido, ¿es necesario distinguir entre si el niño está concebido o no con los gametos de la madre de intención?. 2. Si la respuesta a una de las dos preguntas anteriores es afirmativa, ¿la posibilidad de que la madre de intención adopte al hijo biológico de su esposo, que constituye un medio para establecer una familia para ella, cumple con los requisitos del art. 8 de la Convención Europea?.

En la resolución el Tribunal EDH resalta que la opinión consultiva busca reforzar la aplicación de la Convención Europea de Derechos Humanos, de conformidad con el principio de subsidiariedad, es decir permitiendo a los tribunales nacionales designados solicitar al TEDH que emita una opinión sobre «cuestiones de principio» relacionados con la interpretación o aplicación de los derechos y libertades definidos en la Convención o en sus Protocolos en el contexto de un caso pendiente ante ellos –sin perjuicio que estos lineamientos sirvan también para casos similares–, pero que corresponde al tribunal que solicita la Opinión resolver el caso. Por otra parte, en relación a las cuestiones de fondo que le fueron planteadas afirmó que el derecho del niño al respeto de la vida privada reconocido en el artículo 8 del Convenio Europeo exige que la legislación nacional ofrezca la posibilidad de que se reconozca una relación legal entre padres e hijos con la madre de intención, legalmente designada en el certificado de nacimiento establecido en el extranjero como la madre legal. Asimismo, señaló que el derecho del niño al respeto de la vida privada no requiere que dicho reconocimiento tome la forma de inscripción de los detalles del certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero en el registro de nacimientos, matrimonios y fallecimientos, pues se pueden utilizar otros medios, como la adopción del niño por la madre prevista.

La cuestión o reenvío de convencionalidad sin lugar a dudas fortalecerá el diálogo judicial en derechos humanos entre la Corte EDH y las jurisdicciones nacionales teniendo un rol fundamental los jueces supremos y las Cortes y Tribunales Constitucionales quienes sin lugar a dudas son interlocutores privilegiados en el marco de esa cooperación judicial que si bien no esta ajena a los conflictos interpretativos es un instrumento muy valioso en la consolidación del patrimonio constitucional europeo.

IX. CONCLUSIONES

La dimensión convencional europea se caracteriza por la relación entre la jurisdicción nacional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a quien le corresponde determinar las posibles violaciones a la Convención Europea por parte de un Estado miembro del Consejo de Europa. En el espacio convencional europeo, existen temáticas de gran actualidad como el rango o jerarquía que se le concede a la Convención Europea de Derechos Humanos, la referencia por parte de las Cortes Constitucionales a la jurisprudencia de la Corte EDH, la interpretación conforme a la Convención Europea de Derechos Humanos por parte del juez nacional la cual ha sido reconocido como una obligación en las sentencias 348 y 349 del 2007 por parte de la Corte Constitucional Italiana y el margen de apreciación nacional, regla jurisprudencial creada por la jurisdicción convencional europea que valoriza la discrecionalidad de los Estados por no existir un consenso común.

La técnica de la interpretación convencionalmente conforme y la obligación del juez nacional de llevarla a cabo, tal y como lo reconoció la Corte Constitucional Italiana, es sin lugar a dudas un mecanismo de cooperación entre jurisdicciones que potencia la aplicación directa de la Convención Europea de Derechos Humanos. Otro tema de gran actualidad es la ejecución de sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos. En Italia esa problemática se presenta con la reapertura de un proceso penal cuando existe una sentencia emitida por la Corte de Estrasburgo que estableció la vulneración del artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Al respecto, en la sentencia 113 del 2011 la Corte Constitucional Italiana declaró la inconstitucional del artículo 670 del Código Procesal Penal por no prever dentro de las causas de reapertura de un proceso penal en firme cuando existiere una sentencia condenatoria de Estrasburgo. En diferentes sentencias

“monito” la Corte había recomendado al legislador italiano que emitiera una norma a fin de remediar esa omisión sin que a la fecha lo realizara, motivo por el cual procedió a la declaración de inconstitucionalidad de la norma.

Por otra parte, el Protocolo número 16 adoptado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 2 de octubre del 2013, creó un nuevo procedimiento, que permite a los tribunales nacionales solicitar del Tribunal Europeo opiniones consultivas relativas a la aplicación e interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Ello puede ser caracterizado como la introducción de una “cuestión o reenvío de convencionalidad” que si bien a corto plazo no reducirá la excesiva carga de trabajo del Tribunal EDH, si tendrá un efecto preventivo, pues reafirmará su rol de interprete auténtico del texto de la Convención Europea de Derechos Humanos que sin lugar a dudas permitirá a la autoridad nacional tener la certeza de que interpretación llevar a cabo cuando existan en la jurisprudencia convencional tesis diferentes o incluso contradictorias, motivo por el cual favorecería, el diálogo judicial la certeza del derecho y la uniformidad de los criterios interpretativos en materia de derechos humanos. La introducción de un instrumento a través del cual la Corte de Estrasburgo pueda aclarar la interpretación del contenido del CEDH, en un diálogo directo con las altas jurisdicciones nacionales, no puede que recibirse con entusiasmo.⁴⁵

El tema de la ejecución de las sentencias tanto del Tribunal EDH como de la Corte Interamericana es uno de los grandes retos presentes en ambos sistemas de protección y para lo cual es fundamental la cooperación de las autoridades nacionales y en particular de las autoridades jurisdiccionales. La creación de un reenvío de convencionalidad con la entrada en vigencia del Protocolo número 16, sin lugar a dudas viene a ser un útil instrumento procesal que propicia un diálogo judicial en materia de derechos y que deberá de valorar su incorporación en el Sistema Interamericano de Protección.

X. BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

ACOSTA ALVARO, Paola y NÚÑEZ POBLETE, Manuela (coords.). *El margen de apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: proyecciones regionales y nacionales*, Ed. UNAM, México, 2012.

⁴⁵ ROMBOLI, Silvia, *op. cit.*, p. 42.

- CONTI, Roberto, *La richiesta di “parere consultivo” alla Corte europea delle Alte corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla Cedu ed il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia Ue. Prove d’orchestra per una nomofilachia europea*, p. 6, disponibile en: <http://www.giurcost.org/studi/conti2.pdf>
- CUCARELLA GALIANA, Luis Andrés, *Estudios de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, Colombia, 2015.
- DE VERGOTINI, Giuseppe, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Ed., Il Mulino, 2010.
- GARCIA ROCA, Javier, *El margen de apreciación nacional en el Convenio Europea de Derechos Humanos*, Ed. Civitas, Madrid, 2010.
- HAECK, Yves, La recepción nacional del Convenio Europea de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, en: GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y CASTAÑEDA HERNÁNDEZ, Mireya (coords.), *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2009.
- MALFATTI, Elena, Attorno al modello di «interpretazione convenzionalmente conforme» e di «verifica di costituzionalità della CEDU», suggerito dalla giurisprudenza recente, en: D’AMICO, Marilisa y RANDAZZO, Barbara (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentativa*, Atti del convegno di Milano svoltosi il 6-7 giugno 2008, Quaderno del “Gruppo di Pisa”, Ed. Giappichelli, Torino, 2009.
- MARTINICO, Giuseppe, *L’integrazione silente: la funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Ed. Jovene, Napoli, 2009.
- PARODI, Giampaolo, *Corte costituzionale austriaca e Corti europee*, en: FRANCO FERRARI, Giuseppe (a cura di), *Corti nazionali e Corti europee*, Ed. Scientifiche Italiana, Napoli, 2006.
- POLLICINO, Oreste, *Allargamento dell’Europa a Est e rapporto tra Corti costituzionali e Corti Europee. Verso una teoria generale dell’impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Ed. Giuffrè, Italia, 2010.

RANDAZZO, Barbara, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Ed. Giuffrè, Milano, 2013.

ZANGHÌ, Claudio, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Ed. Giappichelli, Torino, 2002.

Hemerografía

ABRISKETA URIARTE, Joana, Las sentencias piloto: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de juez a legislador, *Revista Española de Derecho Internacional*, volumen LXV/1, enero-junio 2013, Madrid, pp. 73 – 99.

LÓPEZ GUERRA, Luis, Los Protocolos de reforma n. 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, *Revista Española de Derecho europeo*, número 49, enero-marzo, 2014, p. 12.

MIRANDA BONILLA, Haideer, Las sentencias estructurales en la actuación de la Sala Constitucional de Costa Rica, *Revista Jurídica IUS Doctrina*, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, número 2, 2018.

ROMBOLI, Silvia, El Protocolo n. 16 al CEDH: ¿refuerzo u obstáculo al ya complicado “dialogo entre tribunales” para la protección de los derechos?, *Revista Advocacia Pública Federal*, volumen 3, 2019, pp. 28–45.

Corte Constitucional Italiana

Corte Constitucional Italiana, Sentencia número 113 del 4 de abril de 2011.

Corte Constitucional Italiana, Sentencia número 138 del 14 de abril de 2010.

Corte Constitucional Italiana, Sentencia número 311 del 21 de noviembre de 2011.

Corte Constitucional Italiana, Sentencia número 317 del 21 de noviembre 2011.

Corte Constitucional Italiana, Sentencia número 348 del 22 de octubre de 2007.

Corte Constitucional Italiana, Sentencia número 349 del 22 de octubre de 2007.

Corte Constitucional Italiana, Sentencia número 39 del 25 de febrero de 2008.

Corte Constitucional Italiana, Sentencia número 80 del 7 de marzo de 2011.

Tribunal Constitucional Español

Tribunal Constitucional Español, Sentencia número 12/2008 del 29 de enero de 2008.

Tribunal Constitucional Español, Sentencia número 236/2007 del 7 de noviembre de 2007.

Tribunal Constitucional Español, Sentencia número 36/1991 del 14 de febrero de 1991.

Tribunal Constitucional Español, Sentencia número 78/1982 del 20 de diciembre de 1982.

Tribunal Constitucional Español, Sentencia número 97/1999 del 31 de mayo de 1999.