

REVISTA

IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS

73



Enero - Junio 2021



Embajada de Noruega
Ciudad de México

REVISTA
IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Institut Interaméricain des Droits de l'Homme
Instituto Interamericano de Direitos Humanos
Inter-American Institute of Human Rights

Revista
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos
Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

*Corrección de estilo: Español: Maylin Cordero Gamboa
Portugués: María Gabriela Sancho Guevara*

Portada, diagramación y artes finales: Marialyna Villafranca Salom

Impresión litográfica: Litografía Imprenta Versalles

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Se entregará un documento en formato digital que debe ser de 45 páginas, tamaño carta, escritos en Times New Roman 12, a espacio y medio.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, teléf., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US \$40,00. El precio del número suelto es de US\$ 25,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones y aquellas personas o instituciones interesadas en suscribirse a la misma, favor dirigirse al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica, o al correo electrónico: s.especiales2@iidh.ed.cr.

Publicación coordinada por Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica
Tel.: (506) 2234-0404 Fax: (506) 2234-0955
e-mail:s.especiales2@iidh.ed.cr
www.iidh.ed.cr

Índice

Presentación	7
<i>José Thompson J.</i>	
El derecho a la alimentación de los pueblos indígenas	13
<i>Silvana Corvalan</i>	
Dignidad humana: ¿Sueño y/o pesadilla?	29
<i>Marcos Geraldo Hernández Ruiz</i>	
Diálogo Judicial Institucional: El Protocolo N.º 16 a la Convención Europea de Derechos Humanos y la posibilidad de plantear opiniones consultivas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos	63
<i>Haideer Miranda Bonilla</i>	
El control de convencionalidad: un remedio difícil de aplicar	85
<i>Lautaro Ezequiel Pittier</i>	
A suficiente comunicação como garantía processual penal fundamental: breve análise sobre a justa compreensão da acusação no âmbito da proteção da Convenção Interamericana de Direitos Humanos	95
<i>Gabriel Felipe Roqueto Rigueti</i>	

**Las consecuencias del sexting:
una problemática de género para la mujer desde la
perspectiva de los derechos humanos**137

Mauricio José C. Rosales

**Los argumentos de admisibilidad
en la Opinión Consultiva OC-17**177

Sergio Ruiz Díaz Arce

Presentación

Para el Instituto Interamericano de Derechos Humanos es motivo de gran satisfacción la salida a la luz pública de su Revista IIDH número 73, la más reciente de una iniciativa pionera iniciada en 1985, que se ha prolongado durante 36 años. En esta edición hay una serie de artículos acerca de diversas temáticas relativas a los derechos humanos, con cuya publicación esperamos contribuir a ahondar en el debate en este campo y a propiciar el desarrollo de nuevos conocimientos.

Brevemente, a continuación se reseñan los artículos que contiene esta edición, comenzando con la contribución de Gabriel Felipe Roqueto Rigueti, titulada *A suficiente comunicação como garantia processual penal fundamental: breve análise sobre a justa compreensão da acusação no âmbito da proteção da Convenção Interamericana de Direitos Humanos*. En esta se aborda el derecho al debido proceso consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH), en el marco de la diversidad humana y la migración en un mundo globalizado. En su análisis, el autor parte de su conceptualización y hace referencia a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH); en relación con su garantía, revisa el Código Procesal Penal de Brasil y algunas disposiciones legales de otros países. Su intención es fundamentar la apreciación relacionada con la insuficiencia del sistema legal para asegurar la protección del derecho a comprender la imputación de la que son objeto todas las personas acusadas penalmente, en particular migrantes o pertenecientes a minorías.

Por su parte, Haideer Miranda Bonilla, autor de *Diálogo judicial institucional: el Protocolo N.º 16 a la Convención Europea de Derechos Humanos y la posibilidad de plantear opiniones consultivas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, estudia los aspectos más relevantes del nuevo mecanismo de “diálogo judicial institucional” ofrecido por este instrumento, al que caracteriza como un “reenvío de convencionalidad”. En el artículo se presentan los antecedentes del Protocolo, los sujetos legitimados, el objeto, el procedimiento, los efectos de la decisión y la primera resolución dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del 10 de abril de 2019.

En *Dignidad humana: ¿sueño y/o pesadilla?* Marcos Geraldo Hernández Ruiz realiza un análisis jurisprudencial de su objeto de estudio, partiendo de la consideración de que en su significado debe haber una distinción entre su alcance moral, axiológico y aquel que puede prevalecer en la praxis jurídica. Para ello, examina su regulación en la letra de varios instrumentos internacionales de derechos humanos y de algunas constituciones políticas, menciona las diversas formas en las que se recoge este “ideal político-normativo”; ofrece las perspectivas doctrinarias de diferentes estudiosos y sistemas de pensamiento, y discute la manera en que ha sido incorporado a una serie de resoluciones judiciales, de las que incluye las citas literales. Asimismo, presenta las cinco vertientes problemáticas en las que coloca la diversidad de acercamientos jurisprudenciales a dicho ideal, a saber: la lingüística, la axiológica, la lógica, la de calificación normativa y la de aplicación. Dada su multiplicidad de sentidos, Hernández externa una postura crítica respecto del uso de esta categoría por parte de los jueces y juezas –creadores del Derecho–, uso que no expresa claramente sus alcances, lo cual ejemplifica con numerosas citas de fallos judiciales. Finalmente, tras concluir que es un “concepto jurídico indeterminado”,

expone algunas ideas iniciales para configurarlo, en sus distintos planos, en el campo del derecho.

En el artículo *Las consecuencias del sexting: una problemática de género para la mujer desde la perspectiva de los derechos humanos*, Mauricio José C. Rosales realiza una aproximación conceptual y caracteriza este fenómeno desde un enfoque jurídico dogmático, del que hace un recorrido breve en el tiempo. Lo analiza a la luz de lo establecido en la CADH, para dilucidar si es una actividad protegida por dicho instrumento. Dentro de sus características, menciona el consentimiento entre ambas partes, así como la confianza y la creación y envío de contenidos de índole sexual, ya sea sugeridos o explícitos. Vincula esta práctica con los derechos humanos, enfatizando en el derecho a la privacidad, y relaciona la vida privada con la sexualidad, la propia imagen y la inviolabilidad de las comunicaciones, aspectos en los que hace referencia a lo afirmado en diversos pronunciamientos jurisprudenciales. Además de identificar algunas consecuencias negativas para las mujeres –como el ciberacoso, la sextorsión y la pornovenganza– las señala como nuevos modos de violencia en su contra, surgidos en el marco del uso de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC). Dichas consecuencias, afirma, lesionan su derecho a la vida privada en el entorno digital, un asunto del que deben ocuparse la comunidad internacional y los Estados, a fin de adoptar las disposiciones necesarias para su protección y resguardo.

El artículo *El control de convencionalidad: un remedio difícil de aplicar*, de Lautaro Ezequiel Pittier, da cuenta de una investigación desarrollada mediante encuestas al funcionariado público federal, provincial y municipal de los tres poderes del Estado argentino, obligado a ejercer el control de convencionalidad, así como la revisión de jurisprudencia

nacional y provincial en la que este instrumento se aplicó. Con base en los resultados obtenidos, se constató que quienes deben practicar dicho control se resisten a hacerlo. Además, en el personal y autoridades de las instituciones públicas persiste un gran desconocimiento acerca de su contenido, aplicación y quiénes son las personas encargadas de ejercerlo, lo cual, aunado a la escasa oferta educativa al respecto, complica más el panorama. Adicionalmente, en el texto Pittier ofrece algunas precisiones relacionadas con el control de convencionalidad, y describe en grandes líneas el proceso desarrollado en el contexto de la pandemia ocasionada por el nuevo coronavirus.

En su artículo *Los argumentos de admisibilidad en la Opinión Consultiva OC-17*, Sergio Ruiz Díaz Arce aplica la teoría de la argumentación jurídica para ilustrar cómo fundamentó la Corte IDH sus resoluciones en el proceso que dio lugar a la emisión de la Opinión Consultiva OC-17, denominada “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, con la que delimitó los estándares interamericanos en relación con el contenido y alcance de lo establecido en el artículo 19 de la CADH. El autor repasa la solicitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y explica brevemente los conceptos y el modelo de análisis de las decisiones judiciales, con base en lo dicho por Atienza. Asimismo, mediante un diagrama de representación, expone la estructura argumentativa de la opinión consultiva, e identifica los fundamentos en los que se basa tanto lo acordado como lo rechazado, durante el debate que se dio en el tribunal interamericano.

Silvana Corvalan analiza los alcances y el contenido de *El derecho a la alimentación de los pueblos indígenas*, según lo establecido por la Corte IDH en el caso Lhaka Honhat vs. Argentina, fallo en el que por primera vez figura su reconocimiento como un derecho autónomo, a la luz del artículo 26 de la CADH. La autora recoge los antecedentes del

desarrollo jurisprudencial respecto de la protección a la vida digna, las obligaciones estatales en este campo y el vínculo de este derecho con la dimensión cultural de los derechos de los pueblos indígenas.

Concluyo esta presentación con el agradecimiento de siempre a la cooperación noruega, sin cuyo apoyo no sería posible la producción y difusión de nuestra Revista IIDH, al Consejo Consultivo Editorial por sus valiosos aportes, y a las autoras y autores por sus relevantes contribuciones.

José Thompson J.

Director Ejecutivo, IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Diálogo Judicial Institucional:
El Protocolo N.º 16 a la Convención
Europea de Derechos Humanos
y la posibilidad de plantear opiniones
consultivas ante el
Tribunal Europeo de Derechos Humanos
*Haideer Miranda Bonilla**

1. 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 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las

* Doctor en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales por la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa, Italia. Aprobó 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 Universidad de Trento, Italia. Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Asesor del Despacho de la Presidencia del Poder Judicial. Profesor de Derecho Constitucional y coordinador de la Maestría en Derecho Comunitario y Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional.

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

Libertades Fundamentales (1950) -en adelante, Convención Europea de Derechos Humanos, Convención Europea o CEDH-cometidas por parte de un Estado miembro del Consejo de Europa.

En la experiencia convencional europea existen temáticas de gran actualidad, tales como el rango o jerarquía que se le concede a la Convención Europea de Derechos Humanos en el derecho interno; la referencia por parte de las cortes o tribunales constitucionales a la jurisprudencia del Tribunal EDH y viceversa; la obligación de 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 cuando no existe un consenso común en derechos humanos, así como lo relacionado con las sentencias piloto cuando existen 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 de la Convención Europea, lo cual puede ser caracterizado como un “reenvío de convencionalidad”, es decir, un mecanismo de “diálogo judicial institucional”¹.

El presente estudio se propone analizar los aspectos más importantes que supone la entrada en vigor del Protocolo n.º 16 a la Convención Europea de Derechos Humanos, el cual permite a las “altas jurisdicciones” de los Estados parte plantear opiniones consultivas al Tribunal EDH y, por ende, formaliza un

1 En relación con el diálogo judicial institucional, se puede consultar: Miranda Bonilla, Haideer. “Diálogo judicial interamericano. Entre constitucionalidad y convencionalidad”, *Colección de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional*, N.º 17, Nueva Jurídica, Bogotá, 2016.

instrumento de “diálogo judicial institucional”. En este sentido, se analizarán los sujetos legitimados para presentar este tipo de opiniones, el objeto, el procedimiento, los efectos de la decisión, así como la primera resolución que se dictó.

2. Los antecedentes de las opiniones consultivas y la Conferencia de Brighton sobre el Futuro de la Corte Europea de Derechos Humanos (2012)

La Conferencia de alto nivel que se reunió en Brighton el 19 y 20 de abril de 2012, a raíz de la iniciativa de Inglaterra, quien ostentaba la Presidencia del Consejo de Ministros del Consejo de Europa, planteó importantes propuestas de modificación en el Sistema Europeo de Derechos Humanos. A esta conferencia le preceden la Declaración de Interlaken (2010) y la de Izmir (2011).

En la Declaración de Brighton se reiteró el deber de los Estados parte de dar actuación a la Convención Europea de Derechos Humanos a través de la existencia de recursos eficaces. En particular, la obligación de los jueces nacionales de tener en cuenta la Convención Europea y la jurisprudencia convencional permitiría reducir el número de violaciones y, por consiguiente, de recursos presentados ante el Tribunal EDH. En referencia a la interacción entre la Corte EDH y las autoridades nacionales, en el punto número 11 reitera que los Estados parte tienen un margen de apreciación en el modo de aplicar y dar actuación a la Convención, según las circunstancias del caso y los derechos y libertades en juego. Ello refirma el carácter **subsidiario** de la Convención Europea respecto a la tutela de los derechos humanos a nivel nacional, y que las autoridades nacionales se encuentran en línea de principio en una mejor posición 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. A este propósito, el rol de la Corte EDH es el de verificar si las decisiones adoptadas por las autoridades nacionales son compatibles con la Convención Europea, tomando en cuenta el margen de apreciación del Estado.

Una de las grandes novedades que plantea la declaración es la introducción de la opinión consultiva, la cual puede ser catalogada, en mi criterio, como un verdadero “reenvío de convencionalidad”. En este sentido, el artículo 12, punto d) de la declaración afirma que la interacción entre la Corte EDH y las autoridades nacionales se podría reforzar con la introducción de un ulterior poder de la Corte EDH, a partir del cual los Estados parte tendrían la facultad de solicitarle que emita opiniones consultivas relativas a la interpretación de la Convención EDH, en el contexto de una causa específica a nivel nacional. De manera que el Comité de Ministros encargó al Comité Directivo de Derechos Humanos (CDDH) la redacción de un texto de protocolo de reforma a la Convención Europea.

3. El Protocolo n.º 16 a la Convención Europea de Derechos Humanos y la posibilidad de plantear opiniones consultivas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Protocolo n.º 16 fue aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 2 de octubre de 2013, y sometido a ratificación por los países que han suscrito la Convención Europea. Entró en vigor el 11 de agosto de 2018 cuando fue ratificado por Albania, Armenia, Estonia, Eslovenia, Finlandia, Francia, Georgia, Lituania, San Marino y Ucrania.

Este instrumento normativo crea un novedoso procedimiento, que permite a las “altas jurisdicciones nacionales” solicitar al Tribunal EDH opiniones consultivas relativas a la aplicación e interpretación de la Convención Europea de Derechos Humanos, motivo por el cual puede ser caracterizado como un “reenvío de convencionalidad”, pues pretende reforzar el diálogo judicial entre la jurisdicción convencional y los tribunales nacionales, a través de un instrumento normativo institucional².

En este sentido, Deam Spielmann, Expresidente de la Corte Europea de Derechos Humanos, lo caracteriza como el “protocolo del diálogo”³, pues es un instrumento que desarrollará un diálogo o interacción entre la jurisdicción convencional y las cortes nacionales, desde la óptica de una siempre mayor implementación de la Convención Europea, de acuerdo con los principios de **subsidiariedad** y **complementariedad**. No obstante las numerosas diferencias, este instrumento ha sido plasmado mirando a la cuestión o reenvío prejudicial que los jueces nacionales pueden plantear ante la Corte de Justicia de

2 Sobre esta temática se puede consultar: 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*, 2014, disponible en <http://www.giurcost.org/studi/conti2.pdf>; López Guerra, Luis. “Los Protocolos de reforma n.º 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Española de Derecho Europeo*, N.º 49, enero-marzo, 2014; 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”, *Studi sull’integrazione europea*, N.º 2-3, 2016, pp. 455-474; Romboli, Silvia. “El Protocolo n. 16 al CEDH: ¿refuerzo u obstáculo al ya complicado ‘diálogo entre tribunales’ para la protección de los derechos?”, *Revista Advocacia Pública Federal*, Vol. 3, 2019, disponible en <https://seer.anafenacional.org.br/index.php/revista>

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

la Unión Europea (UE), órgano definido por esta razón como el “hermano mayor”⁴.

El instrumento es similar a las opiniones consultivas que puede plantear ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) cualquier Estado parte u órgano de la Organización de Estados Americanos (OEA), acerca de la interpretación de la Convención Americana o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. También, a solicitud de cualquier Estado miembro de la OEA, la Corte IDH puede emitir una opinión en relación con la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y el parámetro de convencionalidad⁵.

En el Sistema Europeo de Protección la opinión consultiva puede ser solicitada por un juez nacional, cuando en la tramitación de un proceso judicial tiene dudas en relación con la aplicación e interpretación de un derecho reconocido en la Convención Europea o en alguno de los protocolos. Se trata de una competencia diferente de la tramitación de un caso en la jurisdicción contenciosa, en el que se cuestiona la responsabilidad internacional del Estado, pues pretende “*chiarire le disposizioni della Convenzione e la giurisprudenza della Corte, fornendo in questo modo ulteriore attività di indirizzo al fine di aiutare gli Stati parte ad evitare future violazioni*”⁶.

En este sentido, con la introducción de la opinión consultiva se ha querido “*creare un percorso di confronto immediato, seppur nell’ambito di un giudizio pendente, di modo da contribuire a rafforzare l’uniforme applicazione ed interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell’uomo attraverso la lettura*

4 Conti, Roberto. *La richiesta di “parere consultivo”...*

5 Miranda Bonilla, Haideer. “Diálogo Judicial Interamericano...”

6 Rivera, Ilaria. “Il protocollo n. 16 Cedu...” , p.5.

combinata formulata dalla Corte europea dei diritti dell’uomo e dalle autorità giurisdizionali nazionali”⁷.

Al Tribunal Europeo de Derechos Humanos se le asignó una nueva competencia que lo acercaría a las cortes o tribunales constitucionales nacionales, por lo menos en 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 atenerse⁸.

En efecto, se ha subrayado la trascendencia de la articulación de un diálogo directo entre los jueces nacionales y el Tribunal de Estrasburgo, con efectos favorables desde diversas perspectivas, y de manera distinta respecto de lo que en muchas ocasiones ha sucedido utilizando la prejudicial constitucional y aquella europea. Fundamentalmente, destaca la eventual reducción del contencioso ante el Tribunal Europeo, 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. De esta manera se favorece, por un lado, una mayor difusión de la cultura y de los contenidos del Convenio y, por otro, que la tutela de los derechos contenidos en este se cumpla principalmente a nivel local, convirtiéndose en excepcional el recurso ante la Corte de Estrasburgo⁹. No obstante, lo anterior dependerá claramente de la aplicación práctica que tendrán las opiniones consultivas por parte de los sujetos legitimados, y de la jerarquía de la Convención Europea en el sistema de fuentes internas.

7 *Ibidem*, p. 10.

8 Romboli, Silvia. “El Protocolo n. 16 al CEDH...”.

9 *Ibidem*.

3.1. Los sujetos legitimados: “las altas jurisdicciones” de los Estados

El artículo 1.1 del Protocolo n.º 16 señala: “Los órganos jurisdiccionales de mayor rango de una Alta Parte Contratante, de acuerdo con lo especificado en el artículo 10, podrán solicitar al Tribunal que emita opiniones consultivas sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio o sus protocolos”.

En este sentido, serán los Estados quienes determinarán “las altas jurisdicciones” legitimadas para presentar la opinión consultiva. Cabe suponer, en todo caso, que los Estados que ratifiquen el Protocolo reservarán esa posibilidad a sus tribunales supremos o constitucionales o a aquellos órganos jurisdiccionales que, aunque sean de nivel inferior a esos tribunales, revistan sin embargo especial importancia, al ser “los más altos” órganos jurisdiccionales para cierta categoría de asuntos¹⁰. En relación con esa discrecionalidad, un sector de la doctrina italiana plantea la posibilidad de que se establezcan límites a dicha discrecionalidad y se ejerzan unos controles “desde el exterior”, por ejemplo, en los casos en los que se adviertan abusos o instrumentalizaciones, como la exclusión de las cortes o tribunales constitucionales¹¹.

Es fundamental que dentro de la noción de jurisdicciones supremas se incluya a las cortes o tribunales constitucionales, pues son actores privilegiados del diálogo judicial en derechos humanos. Por otra parte, la limitación a los “más altos tribunales” de los Estados busca, sin duda, evitar una “proliferación de peticiones” que podría llevar a complicar el sistema de tutela de la Convención Europea¹². De esta forma, las únicas

10 López Guerra, Luis. “Los Protocolos de reforma n.º 15 y 16...”.

11 Rivera, Ilaria. “Il protocollo n. 16 Cedu...”.

12 López Guerra, Luis. “Los Protocolos de reforma n.º 15 y 16...”.

posibilidades para los órganos judiciales “inferiores” serían, por un lado, esperar que a través del sistema de recursos la más alta jurisdicción se demuestre sensible ante la misma duda, o, por otro lado, plantear al juez constitucional una cuestión de constitucionalidad y solicitarle la petición de opinión consultiva al Tribunal EDH, creando una suerte de vínculo virtuoso entre la prejudicial constitucional y la europea¹³.

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 parte de los Estados, lo cual conlleva que tengan un carácter facultativo y no obligatorio, pudiendo incluso la autoridad judicial renunciar en cualquier momento a la petición. Las razones de esta decisión, que diferencia la cuestión prejudicial europea de aquellas constitucional y eurounitaria, según algunos comentaristas, se encuentran 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, mientras tanto, se caracterizan por un contenido más amplio e imponen, en la mayoría de los casos, obligaciones sobre el “resultado”, y no buscar una solución igual para todos¹⁴.

Por su parte, el artículo 1.2 del Protocolo señala que: “el órgano jurisdiccional que lleve a cabo la solicitud únicamente podrá pedir una opinión consultiva en el marco de un asunto del que esté conociendo”. En este sentido, es un requisito fundamental que la norma que se considera inconvencional deba ser aplicada en la resolución del caso concreto que está en

13 Romboli, Silvia. “El Protocolo n. 16 al CEDH...”.

14 *Ibidem*.

manos de la autoridad judicial, pues de no ser así no se encuentra facultada para solicitar la opinión.

3.2. El objeto

La solicitud de opinión consultiva la puede plantear una de las jurisdicciones supremas cuando, en la resolución de un caso concreto, tiene dudas acerca de la interpretación o aplicación de un derecho o libertad reconocido en la Convención Europea de Derechos Humanos o en sus protocolos, es decir, en el “parámetro de convencionalidad”. Por su parte, el artículo 1.3 del Protocolo determina: “El órgano jurisdiccional que lleve a cabo la solicitud deberá motivar su petición y proporcionar los elementos jurídicos y fácticos pertinentes del asunto del que esté conociendo”. Ello evidencia el “carácter incidental” de este tipo de competencia, pues el juez *a quo* no solo debe fundamentar la solicitud, sino también suspender la tramitación del proceso judicial a nivel nacional hasta que la jurisdicción convencional europea se pronuncie.

3.3. El procedimiento

El artículo 2 del Protocolo determina:

1. Un colegio de cinco jueces de la Gran Sala se pronunciará sobre la aceptación de la solicitud de opinión consultiva, a tenor de lo estipulado en el artículo 1. El colegio motivará toda negativa a aceptar la solicitud.
2. Si el colegio acepta la solicitud, la Gran Sala emitirá la opinión consultiva.
3. El juez elegido por la Alta Parte Contratante de la que dependa el órgano jurisdiccional que lleve a cabo la solicitud será

miembro de pleno derecho del colegio y de la Gran Sala previstos en los párrafos anteriores. En su ausencia, o cuando no esté en condiciones de intervenir, actuará en calidad de juez una persona designada por el Presidente del Tribunal a partir de una lista presentada previamente por dicha Parte Contratante.

En este sentido, el rechazo de la solicitud de opinión consultiva deberá estar motivado. En el supuesto de que la solicitud sea admitida, será resuelta por la Gran Sala del Tribunal EDH, compuesta por dieciocho jueces. En el procedimiento es de gran importancia lo dispuesto en el artículo 3, el cual determina: “el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa y la Alta Parte Contratante de la que dependa el órgano jurisdiccional que lleve a cabo la solicitud tendrán derecho a presentar observaciones por escrito y a participar en las audiencias. El Presidente del Tribunal podrá igualmente, en interés de una buena administración de justicia, invitar a cualquier otra Alta Parte Contratante o persona a presentar observaciones por escrito y a participar en las audiencias”.

Las opiniones consultivas, de conformidad con el artículo 4 del Protocolo, contendrán una resolución motivada, pudiendo los jueces emitir notas o votos particulares. La resolución será comunicada al órgano jurisdiccional que lleve a cabo la solicitud y al Estado que representa. Además, las opiniones consultivas serán publicadas.

3.4. Los efectos de la decisión

El artículo 5 del Protocolo determina que las opiniones consultivas no serán vinculantes. 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 jurisdiccionales nacionales, y que “el órgano remitente decide sobre los efectos de la opinión consultiva en el procedimiento nacional”¹⁵. Asimismo, si bien las opiniones no surtirán efectos en los eventuales recursos de apelación sucesivos, sí formarán parte de la jurisprudencia del Tribunal Europeo, junto con las sentencias y las decisiones. Así, la interpretación de la Convención Europea 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.

La interpretación, conforme provenga de Estrasburgo, no puede llegar a tener los efectos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 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 de acuerdo con el Convenio, o inducirlo a plantear una cuestión de constitucionalidad ante el órgano constitucional, denunciando la violación de las obligaciones internacionales¹⁶.

4. La primera opinión consultiva: la resolución de la *Grand Chamber* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del 10 de abril de 2019

Con fecha 10 de abril de 2019, la *Grand Chamber* del Tribunal EDH emitió su primera opinión consultiva, planteada por la *Cour*

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

16 Romboli, Silvia. “El Protocolo n. 16 al CEDH...”.

*de Cassation*¹⁷ francesa, 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 comitente¹⁸. En la resolución se analizó si la negativa de la República francesa de inscribir a dos niñas gemelas como hijas del matrimonio Mennesson, nacidas como consecuencia de un contrato de maternidad subrogada celebrado en el estado de California de los Estados Unidos de América, 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 de la persona menor de edad, así como al 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 de una madre sustituta nacido en el extranjero, 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 de la CEDH? En este sentido, ¿es necesario distinguir 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

17 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Grand Chamber. Opinión Consultiva “Concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother” planteada por la Corte de Casación Francesa. Resolución del 10 de abril de 2019. El texto integral puede ser consultado en <https://hudoc.echr.coe.int/eng#{{itemid}}:{{003-6380464-8364383}}>

18 Se entiende por padre o madre comitente a aquellas personas que, como resultado de su deseo de ser madres o padres, comisionan la gestión de un futuro hijo o hija a una gestante subrogada.

es afirmativa, ¿la posibilidad de que la madre de intención adopte al hijo biológico de su esposo, que para ella constituye un medio de establecer una familia, 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 Tribunal EDH que emita una opinión sobre cuestiones de principio relacionadas 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 de que estos lineamientos sirvan también para casos similares-, pero que corresponde al tribunal que solicita la opinión resolver el caso. En este sentido, indicó:

25. The Court has no jurisdiction either to assess the facts of a case or to evaluate the merits of the parties' views on the interpretation of domestic law in the light of Convention law, or to rule on the outcome of the proceedings. Its role is limited to furnishing an opinion in relation to the questions submitted to it. It is for the requesting court or tribunal to resolve the issues raised by the case and to draw, as appropriate, the conclusions which flow from the opinion delivered by the Court for the provisions of national law invoked in the case and for the outcome of the case.

Por otro lado, los jueces europeos realizaron previamente un estudio de derecho comparado entre los Estados parte de la Convención Europea, sin incluir a Francia, el cual demostró que en nueve países se permiten los acuerdos de gestación subrogada, en otros diez aparentemente se toleran, y en los veinticuatro restantes están prohibidos, explícita o implícitamente. Al respecto, se señaló:

24. The procedure for establishing or recognising a legal parent-child relationship between children born through a surrogacy arrangement and the intended parents varies from one State to another, and several different procedures may be available within a single State. The avenues available include registration of the foreign birth certificate, adoption or court proceedings not involving adoption. In particular, registration of the foreign birth certificate is possible in sixteen of the nineteen member States surveyed in which surrogacy arrangements are tolerated or permitted (Albania, Andorra, Armenia, Azerbaijan, Belgium, Georgia, Greece, Moldova, the Netherlands, the Republic of North Macedonia, Poland, Portugal, Romania, Russia, Ukraine and the United Kingdom) and in seven of the twenty-four States which prohibit such arrangements (Austria, Finland, Germany, Iceland, Malta, Norway and Turkey), at least in so far as the certificate designates an intended parent with a genetic link to the child. It is possible to have a legal parent-child relationship established or recognised by means of court proceedings not involving adoption in the nineteen States which permit or tolerate surrogacy arrangements and in nine of the twenty-four States which prohibit them. Meanwhile, adoption is possible in five of the States which permit or tolerate surrogacy arrangements (Albania, Belgium, the Czech Republic, the Netherlands and Portugal) and in twelve of the twenty-four States which prohibit them (Bulgaria, Croatia, Estonia, Finland, Germany, Iceland, Luxembourg, Norway, Slovenia, Spain, Sweden and Turkey), particularly in respect of parents who are not genetically related to the child.

Lo anterior evidencia que el procedimiento para establecer o reconocer una relación jurídica paterno-filial entre los niños y niñas nacidos por gestación subrogada y los padres y madres comitentes varía de un Estado a otro.

En relación con las cuestiones de fondo que le fueron planteadas, el tribunal afirmó que el derecho del niño al respeto de la vida privada, reconocido en el artículo 8 de la Convención Europea, y el principio del interés superior del menor exigen que la legislación nacional ofrezca la posibilidad de reconocer una relación legal entre padres e hijos con la madre comitente, legalmente designada en el certificado de nacimiento establecido en el extranjero como la madre legal. En tal sentido, determinó:

46. In sum, given the requirements of the child's best interests and the reduced margin of appreciation, the Court is of the opinion that, in a situation such as that referred to by the Court of Cassation in its questions (see paragraphs 9 and 32 above) and as delimited by the Court in paragraph 36 above, the right to respect for private life, within the meaning of Article 8 of the Convention, of a child born abroad through a gestational surrogacy arrangement requires that domestic law provide a possibility of recognition of a legal parent-child relationship with the intended mother, designated in the birth certificate legally established abroad as the "legal mother". 47. Although the domestic proceedings do not concern the case of a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and conceived using the eggs of the intended mother, the Court considers it important to emphasise that, where the situation is otherwise similar to that in issue in the present proceedings, the need to provide a possibility of recognition of the legal relationship between the child and the intended mother applies with even greater force in such a case.

En cuanto a la segunda cuestión planteada, señaló:

53. The child's best interests, thus construed, cannot be taken to mean that recognition of the legal parent-child relationship between the child and the intended mother, required in

order to secure the child's right to respect for private life within the meaning of Article 8 of the Convention, entails an obligation for States to register the details of the foreign birth certificate in so far as it designates the intended mother as the legal mother. Depending on the circumstances of each case, other means may also serve those best interests in a suitable manner, including adoption, which, with regard to the recognition of that relationship, produces similar effects to registration of the foreign birth details. 54. What is important is that at the latest when, according to the assessment of the circumstances of each case, the relationship between the child and the intended mother has become a practical reality (see paragraph 52 above), an effective mechanism should exist enabling that relationship to be recognised. Adoption may satisfy this requirement provided that the conditions which govern it are appropriate and the procedure enables a decision to be taken rapidly, so that the child is not kept for a lengthy period in a position of legal uncertainty as regards the relationship. It is selfevident that these conditions must include an assessment by the courts of the child's best interests in the light of the circumstances of the case. 55. In sum, given the margin of appreciation available to States as regards the choice of means, alternatives to registration, notably adoption by the intended mother, may be acceptable in so far as the procedure laid down by domestic law ensures that they can be implemented promptly and effectively, in accordance with the child's best interests.

En este sentido, el interés superior del menor de edad y el respeto de la vida privada no requieren 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, siempre que el procedimiento establecido por la legislación nacional garantice que se pueda aplicar con rapidez y eficacia, de conformidad con el interés superior del niño.

5. Las opiniones consultivas refuerzan el diálogo judicial entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las jurisdicciones nacionales

En el ámbito de la tutela multinivel de los derechos fundamentales se manifiesta la formación de una tendencia favorable a instaurar un círculo virtuoso de recíproca influencia y de mutuo enriquecimiento entre los ordenamientos nacionales y supranacionales, susceptible de producir éxitos de gran relevancia, tanto dogmáticamente como en la práctica¹⁹.

El diálogo vertical en derechos humanos es aquel llevado a cabo entre jurisdicciones con diferente jerarquía, es decir, aquel que se presenta, por ejemplo, en la interacción entre el Tribunal EDH y las jurisdicciones nacionales, pudiendo ser descendente «*top down*» o ascendente «*bottom up*»²⁰. El *judicial dialogue* se refuerza no solo con la citación recíproca de jurisprudencia extranjera, sino con instrumentos como el control de convencionalidad, la técnica de la interpretación conforme, la cuestión o reenvío prejudicial en el ámbito del derecho comunitario y, más recientemente, con las opiniones consultivas que pueden ser planteadas por las jurisdicciones supremas ante el Tribunal EDH.

19 Miranda Bonilla, Haideer. “Diálogo Judicial Interamericano...”.

20 Miranda Bonilla, Haideer. “Diálogo judicial interamericano en derechos humanos”, *Rivista di Diritto Comparato*, N.º 1, 2017, disponible en <http://www.diritticomparati.it/rivista>

En este sentido, las opiniones consultivas se convierten prácticamente en un “reenvío de convencionalidad”, y constituyen un instrumento institucional útil que fortalecerá el diálogo judicial en derechos humanos en el espacio convencional europeo. Es fundamental que en la noción de “jurisdicciones supremas” los Estados parte incluyan a las cortes o tribunales constitucionales como actores privilegiados de este diálogo, en cuanto estos deben actuar como “mediadores”, pues de algún modo son los obligados, junto con los legisladores nacionales, a imponer las doctrinas supranacionales en materia de derechos humanos a las demás autoridades domésticas²¹. A ello se debe agregar que esta interacción no es unidireccional, pues el Tribunal EDH se nutre también de jurisprudencia de órganos de justicia constitucional en su actividad jurisdiccional.

Por otra parte, el carácter facultativo de su presentación, así como los efectos no vinculantes de la resolución que emite el Tribunal EDH, son aspectos que deberían ser modificados, lo cual vendría a fortalecer el principio de subsidiariedad y, por consiguiente, que los criterios interpretativos de la jurisdicción de Estrasburgo sean respetados. Las opiniones consultivas en el ámbito de los derechos humanos tienen la característica de que si las autoridades nacionales respetan sus criterios interpretativos, llevan a cabo un control de convencionalidad preventivo, lo cual genera que no se vea expuesta la responsabilidad internacional del Estado en el futuro.

6. Conclusiones

El diálogo judicial y la tutela multinivel de los derechos fundamentales en Europa plantea temas de gran actualidad

21 Canosa Usera, Raúl y otros (eds.). *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Thomson Reuters, Madrid, 2012.

e interés. En particular, en el derecho convencional europeo el Protocolo n.º 16, adoptado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 2 de octubre de 2013, y que recientemente entró en vigor, creó un nuevo procedimiento de diálogo judicial institucional. Este permite a las jurisdicciones supremas solicitar opiniones consultivas al Tribunal Europeo referentes a la aplicación e interpretación de la Convención Europea 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, sí tendrá un efecto preventivo, pues reafirmará su rol de intérprete auténtico del texto de la Convención Europea de Derechos Humanos. Esto, sin lugar a dudas, permitirá a la autoridad nacional tener la certeza de qué interpretación llevar a cabo cuando existan tesis diferentes, o incluso contradictorias, en la jurisprudencia convencional. Por este motivo, 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 de la CEDH, en un diálogo directo con las altas jurisdicciones nacionales, no puede más que recibirse con entusiasmo²².

En este sentido, si bien el carácter facultativo de su presentación, así como los efectos no vinculantes de la resolución que emite el Tribunal EDH son aspectos que deberían ser modificados, la creación de este mecanismo institucional con certeza incentivará el diálogo judicial en la protección de los derechos humanos.

22 Romboli, Silvia. “El Protocolo n. 16 al CEDH...”.

Por su parte, en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos debería analizarse la importancia de modificar el artículo 64 de la Convención Americana, a efectos de ampliar los sujetos legitimados para presentar una opinión consultiva, de manera que se permita esa posibilidad a los tribunales constitucionales o cortes supremas, como actores privilegiados del diálogo judicial interamericano. Ello fortalecería el control difuso de convencionalidad y, por ende, el patrimonio constitucional latinoamericano en el ámbito de los derechos humanos.

