



Compiladores:

*Msc. Roberto Garita Navarro
Dra. Magally Hernández Rodríguez*

Temas de Derecho Público

En homenaje al Dr. Rafael González Ballar



UNIVERSIDAD DE
COSTA RICA

SEP

Sistema de
Estudios de Posgrado

PPD

Programa de Posgrado en
Derecho

Temas de Derecho Público

Maestría en Derecho Público

En homenaje al Profesor Rafael González Ballar

Temas de Derecho Público

Maestría en Derecho Público

En homenaje al Profesor Rafael González Ballar

Compiladores:

ROBERTO GARITA NAVARRO

MAGALLY HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

342

T278t Temas de Derecho Público. En homenaje al profesor Rafael González Ballar, Roberto Garita Navarro y Magally Hernandez Rodriguez compiladores. – 1ª. edición – San José, Costa Rica : ISOLMA, 2021. 557 páginas ; 26 x 20 centímetros.

ISBN 978-9930-602-03-2

1.DERECHO PÚBLICO. I. Garita Navarro, Roberto, compilador. II. Hernández Rodríguez, Magaly, compiladora. III. Título.

COMISION EDITORIAL

María Lourdes ECHANDI GURDIAN

Roberto GARITA NAVARRO

Rafael GONZÁLEZ BALLAR

Oscar GONZÁLEZ CAMACHO

Magally HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

Ariana MACAYA LIZANO

COMPILADORES

Roberto GARITA NAVARRO

Magally HERNANDEZ RODRIGUEZ

ASISTENTE

Lexy Alfaro Castro

EDITORIAL

ISOLMA S.A.

Diseño de portada

Lexy Alfaro Castro

La Facultad de Derecho no se identifica necesariamente con los juicios de los autores de este material. La distribución y comercialización de este material es exclusiva de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

El protocolo número 16 a la convención Europea de Derechos Humanos y la posibilidad de plantear por las jurisdicciones supremas opiniones consultivas al Tribunal Europeo

Haideer Miranda Bonilla *

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Los antecedentes de las opiniones consultivas y la Conferencia de Brighton sobre el futuro de la Corte Europea de Derechos Humanos (2012). – 3. El Protocolo número 16 a la Convención Europea de Derechos Humanos y la posibilidad de las jurisdicciones suprema de plantear opiniones consultivas al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. – 3.1. Los sujetos legitimados: “las altas jurisdicciones” de los Estados. – 3.2. El objeto. – 3.3. El procedimiento. – 3.4. Los efectos de las decisión. – 4. La primera opinión consultiva: la resolución del 10 de abril de 2019 de la Grand Chamber del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. – 5. Las opiniones consultivas refuerzan el diálogo judicial entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las jurisdicciones constitucionales nacionales. – 6. Conclusiones. – 7. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN: El presente estudio quiere rendir homenaje a la trayectoria académica y calidez humana de un verdadero *giurista* como el profesor González Ballar, a quien tuve el honor de ser mi profesor en mis estudios de licenciatura y ha sido una guía incondicional en mi formación académica y docente. La selección del tema resalta la importancia del derecho comparado, en particular, con un tema novedoso y de gran actualidad en el Sistema Europeo de Derechos Humanos y que en mi criterio podría implementarse en el ámbito convencional interamericano, pues permitiría fortalecer el diálogo judicial en derechos humanos.

En este sentido, se analizarán los aspectos más importantes que supone la entrada en vigor del Protocolo número 16 a la Convención Europea de Derechos Humanos, el cual permite a las “altas jurisdicciones” de los Estados plantear opiniones consultivas al Tribunal EDH. relativas a la aplicación e interpretación de la Convención Europea, el cual puede ser caracterizado como un “reenvío de convencionalidad”. Para ello se estudiarán los sujetos legitimados para presentar este tipo de opiniones, el objeto, el procedimiento, los efectos

*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 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 Derechos de la Universidad de Costa Rica www.derechocomunitario.ucr.ac.cr. 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.

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 bajo 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 de Izmir (2011).

En la Declaración de Brighton se reiteró el deber de los Estados partes en 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 ende de recursos ante el Tribunal EDH. En relación a la interacción entre la Corte IDH y las autoridades nacionales en el punto número 11 reitera que los Estados partes 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 refirma el carácter *subsidiario* de la Convención Europea respecto a la tutela de los derechos humano a nivel nacional y que las autoridades nacionales se 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. A este propósito, el rol de la Corte EDH 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.

Una de las grandes novedades que plantea la Declaración es la introducción de la opinión consultiva, el cual puede ser catalogado 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 IDH y las autoridades nacionales se podría reforzar con la introducción de un ulterior poder de la Corte EDH, con el cual los Estados partes tendrían la facultad de solicitar que exprema opiniones consultivas relativas a la interpretación de la Convención EDH en el contexto de una causa específica a nivel nacional. En este sentido, el Comité de Ministros encargó al Comité Directivo de Derechos Humanos (CDDH) la redacción de un texto de Protocolo de reforma de la Convención Europea.

3. El Protocolo número 16 a la Convención Europea de Derechos Humanos y la posibilidad de las jurisdicciones suprema de plantear opiniones consultivas al Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Protocolo número 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 entrando en vigor el 11 de agosto del 2018 cuando fue ratificado por Albania, Armenia, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Lituania, San Marino, Eslovenia y Ucrania Francia.

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 a través de un instrumento normativo institucional el diálogo judicial entre la jurisdicción convencional con los tribunales nacionales¹.

En este sentido, el ex Presidente de la Corte Europea de Derechos Humanos, *DEAM SPIELMANN* lo caracteriza como el “Protocolo del Diálogo”², 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*. Este instrumento ha sido plasmado, no obstante las numerosas diferencias, mirando a la cuestión o reenvío prejudicial que los jueces nacionales pueden plantear ante la Corte de Justicia de la Unión Europea (UE), definido por ésta razón como el “*hermano mayor*” (Conti, 2014, p. 6).

Es similar a las opiniones consultivas que se pueden plantear ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos 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. La Corte IDH puede también, a solicitud de cualquier Estado miembro de la Organización,

¹ 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 nomofilia europea, 2014. Disponible 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, 11 – 29. Revista Española de Derecho Europeo, número 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, p. 455 – 474. En Studi sull’integrazione europea, numero 2-3, 2016. ROMBOLI, Silvia. El Protocolo n. 16 al CEDH: ¿refuerzo u obstáculo al ya complicado “diálogo entre tribunales” para la protección de los derechos?, p. 28 – 45. En Revista Advocacia Pública Federal, volumen 3, 2019. Disponible en <https://seer.anafenacional.org.br/index.php/revista>

² 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

emitir una opinión acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y el parámetro de convencionalidad (Miranda Bonilla, 2016, p. 96 – 99).

En el Sistema Europeo de Protección, la opinión consultiva puede ser planteada por un juez nacional cuando en la tramitación de un proceso judicial tiene dudas en relación a la aplicación e interpretación de un derecho reconocido en la Convención Europeo o en alguno de los Protocolos. Se trata de una competencia diferente a la tramitación de un caso en la jurisdicción contenciosa en donde 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*”(Rivera, 2016, p. 5).

En este sentido con la introducción de la opinión consultiva se ha querido crear 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 combinata formulata dalla Corte europea dei diritti dell’uomo e dalle autorità giurisdizionali nazionali (Rivera, 2016, p. 10).

Al Tribunal Europeo de Derechos Humanos se le asignó una nueva competencia que le 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 atenerse (Romboli, 2019, p. 32).

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, 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 (Romboli, 2019, p. 32). No obstante, lo anterior dependerá claramente de su 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.

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

El artículo 1.1. del Protocolo número 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, sean sin embargo de especial importancia, al ser “los más altos” órganos jurisdiccionales para cierta categoría de asuntos (López Guerra, 2014, p. 23). En relación a esa discrecionalidad un sector de la doctrina italiana plantea si podrían establecerse límites a dicha discrecionalidad y ejercerse unos controles “desde el exterior”, en los casos en los que, por ejemplo, se adviertan abusos o instrumentalizaciones como la exclusión de las Cortes o Tribunales Constitucionales (Rivera, 2016, p. 460).

Es fundamental que dentro de la noción de jurisdicciones suprema se incluyan a las Cortes o Tribunales Constitucionales, pues son actores privilegiados del diálogo judicial. Por otra parte, 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 (López Guerra, 2014, p. 21). 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 (Romboli, 2019, p. 36).

La 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 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 cuestión prejudicial europea de aquellas 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 (Romboli, 2019, p. 32).

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 tenga que ser aplicada en la resolución del caso en concreto que tiene que resolver, pues de no ser así no se encuentra facultado para presentar 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 en concreto, tiene dudas sobre 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 suspender la tramitación del proceso judicial nacional hasta tanto no se pronuncie la jurisdicción convencional europea.

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 ser motivada. En el supuesto que la solicitud sea admitida será resuelta por la Gran Sala del Tribunal EDH compuesta por 18 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 serán resueltas a través de una resolución motivada pudiendo los jueces poner notas o votos particulares. Además, 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 las 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 TEDH y las autoridades jurisdiccionales nacionales y que “el órgano remitente decide sobre los efectos de la opinión consultiva en el procedimiento nacional”³. Asimismo, si bien las opiniones no surtirán efectos en los eventuales recursos de apelaciones sucesivos, sí formarán parte de la jurisprudencia del Tribunal Europeo, junto con las sentencias y las decisiones. 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 que 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 conforme al Convenio o inducir al mismo a plantear una cuestión de constitucionalidad ante el Constitucional denunciando la violación de las obligaciones internacionales (Romboli, 2019, p. 39).

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

En fecha 10 de abril de 2019, la Grand Chamber del Tribunal EDH emitió su primera opinión consultiva planteada por la *Cour de Cassation*⁴, 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 comitente⁵. 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

³ El texto integral puede ser consultado en: https://www.echr.coe.int/Documents/Guidelines_P16_ENG.pdf

⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Grand Chambre. 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 del 2019. El texto integral puede ser consultado: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["003-6380464-8364383"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

⁵ Al respecto, se entiende por padre o madre comitente a aquellas personas que, como respuesta a su deseo de ser padres, comisionan la gestión de un futuro hijo a una gestante 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 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 de el 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. En tal 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 otra parte, los jueces europeos realizaron de previo un estudio de derecho comparado entre los Estados partes de la Convención Europea, sin incluir a Francia, el cual demostró que en 9 países se permiten los acuerdos de gestación subrogada, que en otros 10 aparentemente se toleran y que en los 24 restantes están prohibidos explícita o implícitamente. Al respecto, se indicó: “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 pater-no-filial entre los niños nacidos por gestación subrogada y los padres comitentes varía de un Estado a otro.

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 de la Convención Europea y el principio del interés superior del menor exige que la legislación nacional ofrezca la posibilidad de que se reconozca 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 registra-*

tion 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 self-evident 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 y el respecto 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 siempre que el procedimiento establecido por la legislación nacional garantice que se puede 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 constitucionales

En el ámbito de la tutela multinivel de los derechos fundamentales se manifiesta la formación de una tendencia favorable a instaurar entre los ordenamientos nacionales y supranacionales, un círculo virtuoso de recíproca influencia y de mutuo enriquecimiento, susceptible de producir éxitos de gran relevancia tanto dogmáticamente como en la práctica (Miranda Bonilla, 2016, p. 391).

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». (Miranda Bonilla, 2017, p. 62). El *judicial dialogue* se refuerza no sólo 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.

En este sentido, las opiniones consultivas que se convierten prácticamente en un “reenvío de convencionalidad” son un útil instrumento institucional 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 el tanto deben actuar como “mediadores”, pues de algún modo son los obligados junto a los legisladores nacionales a imponer las doctrinas supranacionales sobre derechos humanos a las demás autoridades domesticas (Canosa Usera, Fernández Sánchez, García Roca Javier, Santolaya Machetti, 2012, p. 16). A ello se debe indicar 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, pues ello más bien vendría a fortalecer el principio de subsidiaridad y por ende que los criterios interpretativos de la jurisdicción de Estrasburgo sean respetados. La opiniones consultivas en el ámbito de los derechos humanos tienen la características de que si las autoridades nacionales respetan sus criterios interpretativos llevan a cabo un control preventivo de convencionalidad lo cual conlleva a que no se vea expuesta la responsabilidad internacional del Estado a futuro.

6. Conclusiones

En el Sistema Europeo de Derechos Humanos un tema novedoso y de gran actualidad se relaciona con el Protocolo número 16 adoptado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 2 de octubre del 2013 y que recientemente entró en vigor, el cual creó un nuevo procedimiento, que permite a las jurisdicciones supremas solicitar opiniones consultivas al Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativas 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, 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 (Romboli, 2019, p. 42).

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 sin lugar a dudas incentivará el

diálogo judicial en la protección de los derechos humanos. En el Sistema Interamericano de Protección debería de analizarse la importancia de modificar el artículo 64 de la Convención Americana a fin de que ampliar los sujetos legitimados que pueden presentar una opinión consultiva a fin de que se permita esa posibilidad a las Cortes y Tribunales Constitucionales o Cortes Supremas como actores privilegiados del diálogo judicial interamericano, pues ello fortalecería el control difuso de convencionalidad y por ende el patrimonio constitucional latinoamericano en el ámbito de los derechos humanos.

7. Bibliografía

CANOSA USERA Raúl, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ Pablo Antonio, GARCÍA ROCA Javier, SANTOLAYA MACHETTI Pablo. (coord.). El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos. Madrid, 2012.

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 nomofilia europea, 2014. Disponible 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, 11 – 29. Revista Española de Derecho Europeo, número 49, enero-marzo, 2014.

MIRANDA BONILLA, Haideer. Diálogo Judicial Interamericano. Entre constitucionalidad y convencionalidad. Colección de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional, número 17. Bogotá, Nueva Jurídica, 2016.

MIRANDA BONILLA, Haideer. Diálogo judicial interamericano en derechos humanos. En Rivista di Diritto Comparato, número 1 del 2017. En <http://www.diritticomparati.it/rivista>

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, p. 455 – 474. En Studi sull’integrazione europea, numero 2-3, 2016.

ROMBOLI, Silvia. *El Protocolo n. 16 al CEDH: ¿refuerzo u obstáculo al ya complicado “diálogo entre tribunales” para la protección de los derechos?*, p. 28 – 45. En Revista Advocacia Pública Federal, volumen 3, 2019. Disponible en <https://seer.anafenacional.org.br/index.php/revista>

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Grad Chambre. 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 del 2019. Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"i-temid":\["003-6380464-8364383"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

Temas de Derecho Público

En homenaje al Dr. Rafael González Ballar



"Querría ver un mundo en el cual la educación tienda a la libertad mental en lugar de encerrar la mente de la juventud en la rígida armadura del dogma, calculado para protegerla durante toda su vida contra los dardos de la prueba imparcial. El mundo necesita mentes y corazones abiertos, y éstos no pueden derivarse de rígidos sistemas, ya sean viejos o nuevos"

Bertrand Russell