Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

¿HACIA UN CONTROL PREVENTIVO DE CONVENCIONALIDAD? EL PROTOCOLO 16 AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Luis López Guerra
Catedrático de la Universidad Carlos III de Madrid

En forma general, podría definirse el control de convencionalidad como la revisión por un órgano jurisdiccional del ajuste de la normativa nacional a los mandatos de un tratado internacional de protección de derechos humanos. La cuestión relativa a la existencia de ese control y a quién y cómo debe ejercerlo se planteó inicialmente en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, y, posteriormente, en menor medida, en el sistema europeo. En realidad, la discusión al respecto representa una proyección de un tema general en Derecho internacional, esto es, como deben integrarse sin contradicciones diversos niveles normativos, usualmente (aunque no sólo[1]) un nivel nacional y un nivel inter o supranacional. Se trata de un tema relativamente nuevo (en términos históricos) en el mundo del Derecho, caracterizado al menos desde 1648 por el predominio del principio de la soberanía de los Estados (*Rex in regno suo est imperator*) y que se plantea a raíz de la aparición de organizaciones internacionales que se dotan de normativas de carácter vinculante, cuya observancia se ve garantizada jurisdiccionalmente.

La dificultad para que ese carácter vinculante sea efectivo deriva de que usualmente los sistemas normativos en juego (el nacional y el supra o internacional) se atribuyen una posición de supremacía, lo que puede conducir a conflictos respecto de la aplicación de las respectivas normas: como ejemplo más frecuente, el conflicto respecto de la sujeción de mandatos constitucionales a mandatos inter o supra nacionales. Valga como ejemplo la decisión del Tribunal Constitucional de Polonia declarando contraria a la Constitución polaca el artículo 6 del Convenio

[1] Piénsese por ejemplo en las dificultades para integrar coherentemente los sistemas derivados del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Tratado de la Unión Europea.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

Europeo de Derechos Humanos, en su interpretación por el Tribunal de Estrasburgo[2]. Y no podemos contar, ni en la doctrina académica, ni en los textos legales con una construcción universalmente aceptada sobre los principios que deben regir las relaciones entre los distintos niveles, de manera que los eventuales conflictos se resuelven caso por caso, sobre todo por órganos jurisdiccionales. El mantenimiento hasta el momento, con relativo éxito, de la coexistencia práctica entre los diversos niveles normativos es sobre todo obra de la jurisprudencia, haciendo efectiva la famosa afirmación del juez Holmes de que «la profecía sobre lo que vayan hacer los jueces, y no otra cosa, es lo que yo entiendo por Derecho».

Desde la perspectiva de los órganos jurisdiccionales de nivel internacional, el principio básico es, obviamente, la supremacía de las normas internacionales sobre los mandatos internos, incluso los de rango constitucional. Ahora bien, la forma en que este principio se ha plasmado en la práctica varía notablemente. Centrándonos ahora en lo que se refiere a los sistemas interamericano y europeo de protección de derechos humanos, podrían distinguirse tres fórmulas diferenciadas. Por una parte, lo que podríamos llamar vía dura, en el sistema interamericano, representada por la aplicación de un control judicial de convencionalidad; por otra parte, una vía suave, seguida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que tiende a un ajuste casuístico de las normativas nacional e internacional; y finalmente, una vía que pudiera apuntarse en el sistema europeo, y que, con todas las precauciones, podría considerarse como un embrión de un control previo de convencionalidad.

En cuanto a la vía «dura», podría considerarse como tal la posición adoptada por la Corte Interamericana a partir de *Almonacid Arellano vs. Chile*, mediante la adopción del principio de control jurisdiccional de convencionalidad de las normas internas, y aún más, un control de convencionalidad que podríamos denominar difuso, esto es, llevado a cabo no sólo por la Corte de San José, sino por las autoridades (sobre todo judiciales) de los Estados partes del Convenio. Por lo que se refiere a las autoridades judiciales, la fuerza vinculante de la Convención (en la forma en que la Corte la interprete) les obligaría, dentro de las vías establecidas en cada ordenamiento, a la inaplicación de las normas internas que se opongan a aquella.

Valga señalar que hasta el momento no ha sido ésta la vía adoptada por el Tribunal de Estrasburgo, que en su jurisprudencia ha seguido una línea «suave».[3] Ha preferido, en caso de claro conflicto con el Convenio de normas domésticas, en centrarse en la declaración de la violación en el caso de un derecho del Convenio, adoptando, eventualmente, dos tipos de técnicas correctoras. Por un

[2] Sentencia K 6/21 de 24 de noviembre de 2021.

[3] Me remito a mis consideraciones en *Protección multinivel 146-147 los derechos humanos. Sistemas europeo e interamericano*, Lima, Palestra, 2021, Cap. XII, «El diálogo entre los Tribunales Europeo e Interamericano de Derechos Humanos» pp. 239-266, esp. pps. 260-261.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

lado, en los razonamientos de la sentencia, señalando al Estado condenado, con referencia al artículo 46 del Convenio, la necesidad de eliminar situaciones sistémicas que pudieran conducir a violaciones generalizadas de derechos reconocidos en el mismo. Por otro, y con mayores consecuencias, utilizando el mecanismo de las sentencias piloto, consistente en la selección de un caso concreto, de entre casos repetitivos planteados contra un Estado, y al resolverlo, señalar el problema de índole sistémica (en muchos casos normativa) apuntando las líneas generales para resolverlo, y concediendo un plazo al Estado en cuestión para que lleve a cabo las necesarias reformas. Y ello ya en la parte operativa (fallo) de la sentencia.

A pesar de que estos procedimientos han supuesto sin duda una ayuda a la hora de disminuir (o al menos de frenar) la afluencia de casos al Tribunal de Estrasburgo, el problema de superabundancia de demandas ante el Tribunal ha llevado a los Estados miembros a buscar fórmulas adicionales que facilitaran el trabajo de éste. Una de ellas ha sido la representada por la aprobación del Protocolo 16 al Convenio, Protocolo que ha entrado en vigor en 2018, al haber sido ratificado por diez Estados, y que introduce un nuevo procedimiento, el de la opinión consultiva: según el artículo 1 del Protocolo, los órganos jurisdiccionales de mayor rango de un Estado miembro, en el marco de un asunto del que estén conociendo, podrán solicitar al Tribunal que emita una opinión consultiva sobre la interpretación y aplicación de los mandatos del Convenio.

Las particularidades de este procedimiento le diferencian de otros procedimientos de consulta en niveles internacionales. Así, si bien dentro del mismo Convenio, su artículo 47 prevé una solicitud de opinión al Tribunal por parte del Comité de Ministros del Consejo de Europa, a diferencia de lo previsto en el Protocolo 16, tal opinión no es solicitada por órganos jurisdiccionales, ni puede versar sobre cuestiones relativas a los derechos del Convenio. Con respecto a la Convención Americana, la posibilidad de una consulta a la Corte de San José, prevista en su artículo 64, si bien se puede referir a la interpretación de la Convención, se trata de una consulta abierta a los Estados (no a sus órganos jurisdiccionales) o a órganos de la OEA.

En esta línea, puede señalarse que la creación de este procedimiento se inspiró, como es, obvio, en el mecanismo de cuestión prejudicial del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Pero las previsiones del Protocolo 16 tiene diferencias muy claramente con la opinión consultiva de la cuestión prejudicial. Son especialmente relevantes las diferencias entre el procedimiento de la opinión consultiva y el de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El procedimiento ante Estrasburgo se establece en un Protocolo anexo al Convenio, no en el texto del mismo; únicamente los tribunales de los Estados que suscriban el Protocolo podrán acogerse a esta vía, mientras que el procedimiento de la cuestión prejudicial es elemento esencial del funcionamiento de la Unión, aplicable en todos

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

los Estado miembros. La solicitud de opinión estará abierta únicamente a los altos Tribunales (a designar por los Estados) y no a todo tribunal. Por otra parte, la solicitud de opinión será siempre optativa (frente a lo dispuesto en el artículo 267 del TFUE respecto de los Tribunales de última instancia) y sobre todo, se trata, al menos en teoría de una opinión consultiva, no vinculante.´

La adopción de la vía de la opinión consultiva puede explicarse por diversas razones: fundamentalmente, la de hacer posible que fueran los propios órganos jurisdiccionales nacionales los que, a la vista de la opinión del Tribunal, adoptaran pautas de conducta generales (no sólo la interpretación adecuada de las normas internas, sino incluso en su caso, y por los procedimientos adecuados, la iniciación o el impulso a la reforma de normas contrarias al Convenio) que redujeran las violaciones del Convenio y la necesidad de acudir al Tribunal de Estrasburgo. Se trataría, pues, de una vía preventiva de futuras y eventuales vulneraciones del Convenio, que además implicaría una mayor intercomunicación entre los tribunales nacionales y el Tribunal Europeo; en ocasiones se llamó a este Protocolo «el Protocolo del diálogo». En efecto, ante cuestiones que afectan al respeto de derechos humanos, derivadas de los fallos sistémicos de un ordenamiento (entre ellos los derivados de una normativa contraria al Convenio) afectando a una amplitud de casos, los altos tribunales nacionales, antes de adoptar una línea jurisprudencial general, consultarían al Tribunal de Estrasburgo, a efectos de clarificar el contenido del Convenio. Y, al aplicar en forma general la opinión del Tribunal, evitarían el planteamiento de casos ante éste.

¿Se han cumplido estas esperanzas? Ciertamente, y a la vista del ritmo con que usualmente se desarrollan y aplican las innovaciones de este tipo, todavía es pronto para opinar al respecto. Pero lo signos de la eficiencia del nuevo sistema no son alentadores.

Por una parte, el Protocolo 16 ha sido hasta ahora ratificado por un número reducido de Estados (dieciséis de los cuarenta y seis firmantes del Convenio); entre los países que no lo han ratificado figuran Reino Unido, Alemania, Italia y España, entre otros.

Por otro lado, las opiniones solicitadas y emitidas, hasta el momento, han sido escasas. El Tribunal ha emitido tres opiniones e inadmitido una solicitud de opinión. A la hora de escribirse estas líneas, hay tres solicitudes de opinión pendientes. Alguna reflexión sobre la labor del Tribunal puede resultar útil para evaluar el funcionamiento del procedimiento y sus perspectivas.

La primera opinión emitida por el Tribunal fue en respuesta a una petición de la Corte de casación francesa, sobre el tema del reconocimiento de la maternidad subrogada. En el caso, una pareja casada había contratado la gestación subrogada, con los gametos únicamente del padre. En el país donde se llevó a cabo la gestación fue posible inscribir al niño como hijo de ambos miembros del matri-

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

monio. Ahora bien, en Francia, al no reconocerse los efectos legales de la maternidad subrogada, sólo fue posible inscribir la paternidad del padre «biológico» pero no la maternidad de la madre «legal». La Corte de Casación preguntó al Tribunal de Estrasburgo sobre la interpretación del artículo 8 del Convenio, en el sentido de si debía registrarse la paternidad y maternidad de ambos cónyuges, y si la adopción por parte de la madre «legal» sería suficiente.

El Tribunal de Estrasburgo, en su Opinión contestó que al no existir un consenso entre los países del Convenio sobre el registro de maternidades no biológicas (esto es, resultantes de un contrato de gestación subrogada), los Estado dispondrían de un amplio margen de apreciación al respecto. Pero en todo caso (siguiendo su doctrina en *Menesson c. Francia*) era necesario respetar en todo caso el interés superior del niño, y habría que establecer fórmulas para ello, no necesariamente el reconocimiento de la inscripción en otro país. En cuanto a la adopción, podría ser una vía apropiada, siempre que se llevase a cabo con rapidez, a efectos de garantizar la seguridad jurídica de la posición familiar del niño.[4]

La segunda Opinión, última hasta el momento, se refiere a varias preguntas del Tribunal Constitucional de Armenia sobre la compatibilidad con el artículo 7 del Convenio, y los principios de legalidad e irretroactividad, de la existencia de normas penales en blanco, esto es, el establecimiento de penas para delitos cuya precisión debe realizarse por otra norma. En su Opinión, el Tribunal contestó que son compatibles las remisiones «en blanco» si de ellas resulta una clara previsibilidad de la conducta sancionada. En cuanto a la irretroactividad, el Tribunal señaló que, en todo caso debe aplicarse aquella norma de la que resulte una menor penalidad para el afectado.[5]

La tercera y por el momento última opinión del Tribunal se refiere a la pregunta del Tribunal Supremo Administrativo de Lituania sobre la compatibilidad con el Convenio (artículo 3 del protocolo 1) de la prohibición de presentarse como candidato a las elecciones legislativas a quien hubiera sido desprovisto previamente de su cargo como consecuencia de un proceso de acusación (i*mpeachment*) parlamentario. El Tribunal en su Opinión estableció que una prohibición de ese tipo debería tener en cuenta fundamentalmente, no los hechos causantes del *impeachment*, sino primariamente qué funciones podría ejercer el afectado si dispusiera de un mandato parlamentario, y si podría perjudicar el adecuado funcionamiento en el futuro de la institución parlamentaria.[6]

En cuanto a los asuntos pendientes hasta el momento, se trata por una parte, de una pregunta de la Corte de Casación francesa sobre la limitación de los dere-

[4] Opinión de 10 de abril de 2019, P16-2018-001
[5] Opinión de 29 de mayo de 2020, P16-2019-001
[6] Opinión de 8 de abril de 2022, P16-2020-002

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

chos de propiedad (artículo 1 del Protocolo Número 1) por normas permitiendo la caza en determinadas áreas; por otra, de una pregunta del Tribunal Constitucional de Armenia sobre si son compatibles con el Convenio (artículo 3) las normas que limitan la prescripción de los delitos de tortura.

Por último, valga señalar que el Tribunal inadmitió una petición de Opinión consultiva por el Tribunal Constitucional de Eslovaquia referente a la compatibilidad con las garantías procesales del artículo 6 de una investigación de carácter penal por el Ministerio del Interior. Rechazó igualmente, por no ajustarse a los presupuestos del Protocolo 16 (remisión por un órgano jurisdiccional) una petición de Opinión por parte del Comité de Bioética establecido por el Convenio de Oviedo.

Sobre esta lista de casos resueltos o por resolver cabe efectuar algunas observaciones, que no dejan de arrojar dudas sobre si el nuevo mecanismo procesal cumplirá con las esperanzas en él puestas. Desde luego, el uso que se ha hecho de esta vía ha sido muy limitado: cinco solicitudes (seis, si tenemos en cuenta la formulada por el Comité de Bioética del Convenio de Oviedo y rechazada por el Tribunal); tres Opiniones, una decisión de inadmisión y dos casos pendientes. Ello, casi cuatro años desde la entrada en vigor del Protocolo, y cuando, a pesar de que las ratificaciones del Protocolo han sido reducidas, podría haberse esperado una mayor utilización de esta vía procesal.

Pero además, parece dudoso, a la vista de la naturaleza de las cuestiones planteadas, que el procedimiento de la opinión consultiva pueda suponer una reducción significativa de la carga de trabajo del Tribunal. Una de las razones para adoptar el nuevo procedimiento fue la previsión de que, al hacer posible que los tribunales nacionales emplearan los criterios suministrados por el Tribunal de Estrasburgo para resolver un número considerable de casos derivados de insuficiencias «sistémicas» de los respectivos ordenamientos, el número de demandas «repetitivas», como las resueltas mediante la técnica de las sentencias piloto disminuiría. Pues bien, los temas sometidos hasta ahora en virtud del Protocolo 16 a la opinión del Tribunal (tanto los resueltos como los pendientes) no parece que correspondan a categorías cuantitativamente relevantes que pudieran haber dado lugar a un gran número de posibles demandas ante el Tribunal. Se trata de cuestiones que muy probablemente afectarán a un número reducido de personas (incluso en lo que se refiere a un tema como la gestación subrogada), o al menos, que no darán lugar a la presentación masiva de demandas por vulneraciones repetitivas de los mandatos del Convenio derivadas de disfunciones sistémica del ordenamiento. Piénsese que la técnica de las sentencias piloto se ha aplicado en supuestos de cientos y aún miles de demandas repetitivas: no parece que las materias tratadas hasta ahora en el procedimiento de opinión consultiva puedan dar lugar a ese tipo de afluencia de demandas.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es