

Jutges nacionals i CEDH: control de convencionalitat, subsidiarietat i diàleg

Dimitry Berberoff Ayuda, vicepresident del Tribunal Suprem
Guió per a l'exposició de 20 de febrer de 2026

Introducción

Desde su creación en 1959, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha propiciado numerosos cambios legislativos y ha contribuido a fortalecer el Estado de derecho en Europa. A través de su jurisprudencia, el Convenio Europeo de Derechos Humanos se ha convertido en un instrumento dinámico y poderoso en la respuesta a nuevos desafíos y en la continua promoción de los derechos humanos y la democracia.

La consolidación del sistema europeo de protección de los derechos humanos ha transformado profundamente el papel de los jueces nacionales. La Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), adoptada en 1950 en el seno del Consejo de Europa establece un catálogo vinculante de derechos fundamentales, forjando una auténtica cultura jurídica común basada en el diálogo entre jurisdicciones.

La disposición del Convenio que más se ha infringido es el artículo 6 (derecho a un proceso justo), en su dimensión de juicio justo y, luego, en cuanto al requisito del tiempo razonable.

Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desplegado su jurisprudencia prácticamente, sobre cualquier cuestión imaginable de actualidad, desde la perspectiva jurídica, social o ética, adentrándose en ámbitos tales como el aborto, el suicidio asistido, la eutanasia, los cuidados paliativos, los registros corporales, la prostitución, la esclavitud doméstica, el uso de símbolos religiosos, la identidad de género, la protección de las fuentes periodísticas o las cuestiones medioambientales.

La adopción de los Protocolos ha añadido, desde *una perspectiva sustantiva o dogmática*, nuevos derechos a la Convención, como el disfrute pacífico de la propiedad, el derecho a la educación y el derecho a elecciones libres por voto secreto (Protocolo núm. 1); la no privación de libertad por incumplimiento de obligaciones contractuales, derecho a la libertad de movimiento y libertad de elección de residencia, prohibición de la expulsión de un nacional por parte de un Estado, prohibición de expulsión colectiva de extranjeros (Protocolo núm. 4); la abolición de la pena de muerte (Protocolo núm. 6); el derecho de los extranjeros a garantías procesales en caso de expulsión del territorio de un Estado, el derecho de una persona condenada por un delito penal a que la condena de la sentencia sea revisada por un tribunal superior, el derecho a una indemnización, el derecho a no ser juzgado ni castigado en un proceso penal por un delito por el que ya se haya absuelto o condenado (*ne bis in idem*) y la igualdad de derechos y responsabilidades entre cónyuges (Protocolo núm. 7); la prohibición general de la discriminación; la prohibición de discriminación por ninguna autoridad pública por ningún motivo (Protocolo núm. 12); la prohibición de la pena de muerte en todas las circunstancias, incluidos los crímenes cometidos en tiempos de guerra y amenaza inminente de guerra (Protocolo núm. 13).

Pero también se han producido modificaciones con una *dimensión procedimental*, que inciden sobre los instrumentos de garantía de los distintos derechos como ocurre, entre otros, con los protocolos 2, 3, 5, 8, 9, 10, 11 (suprimió la Comisión Europea de los

Derechos Humanos y reformó el TEDH, sustituyendo a los anteriores protocolos), 14 (reforzó los mecanismos de control del Convenio), 15 (fortalece el funcionamiento y la efectividad del Convenio Europeo de Derechos Humanos, incorporando a su texto menciones explícitas al principio de subsidiariedad y el margen de maniobra, así como reduciendo el plazo de presentación de demanda de seis a cuatro meses) y 16 (sobre opiniones consultivas no vinculantes).

La **fuerza normativa de la CEDH** en el orden interno se refleja en el artículo 1 de la CEDH, que impone a los Estados la obligación de “*reconocer a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades*” definidos en el título I del Convenio. A su vez, el artículo 46 establece que los Estados se comprometen a acatar las sentencias definitivas del TEDH en los litigios en que sean partes.

La perspectiva jurisprudencial ofrece una visión evolutiva del Convenio, pues el TEDH ha afirmado que es un *instrumento vivo*, que debe interpretarse a la luz de las circunstancias de vida actuales (sentencia 28 de abril de 1978 Tyrer/Reino Unido, sobre la utilización de castigos corporales en la Isla de Man), lo que ha propiciado una expansión dinámica del contenido de derechos como el respeto a la vida privada (art. 8) o la prohibición de tratos inhumanos o degradantes (art. 3).

La sentencia de 7 de diciembre de 1976 Handyside/Reino Unido, aborda la protección de la moral como límite del derecho de libertad de expresión (artículo 10 del Convenio), como consecuencia del secuestro judicial del llamado “little red schoolbook” (pequeño libro rojo del colegio), reafirmando la tesis del denominado margen de apreciación, al constatar que la ley de cada país es el «corpus» social más apto para definir los límites aceptables por la moral de una sociedad que vive en un momento y un territorio concreto, si bien las restricciones a las libertades sólo son admisibles cuando las medidas se adopten como «necesarias» para defender a una sociedad democrática (proporcionalidad).

El Convenio reserva por ello a los Estados la competencia de legislar en la materia, y confiere a sus órganos un razonable **margen de apreciación** en la aplicación e interpretación de las leyes. Veremos a lo largo de la exposición algunos ejemplos sobre cómo funciona ese margen de apreciación.

En consecuencia, la jurisprudencia de Estrasburgo pone de manifiesto la necesidad de una implicación real por parte de las autoridades nacionales y en especial por los jueces de los Estados parte para asumir las obligaciones del Convenio a través de la interpretación auténtica que proporcione el TEDH, cuyas decisiones irradian efectos en los sistemas jurídicos internos, lo que evidencia la trascendencia del denominado control de convencionalidad

En este contexto, el llamado **control de convencionalidad** cobra en Europa una dimensión funcional, materializada en la obligación de los jueces nacionales de interpretar y aplicar su derecho interno conforme al Convenio, bajo la supervisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

La sentencia de 29 de noviembre de 1991, Vermeire/Bélgica contiene unas pautas valiosas al razonar que un Estado no puede invocar disposiciones de derecho interno -ni siquiera constitucionales- para justificar el incumplimiento del Convenio. El TEDH reconoció, en contra de la legislación belga, que la recurrente sufrió una discriminación contraria al

artículo 14 del Convenio con relación al artículo 8 por cuanto se había visto excluida de la sucesión de su abuelo paterno debido al carácter «natural» del vínculo de parentesco que le unía a él.

Por tanto, todos los órganos estatales, en especial los jueces, están obligados a asegurar la primacía material de la CEDH. A tales efectos, el **principio de subsidiariedad** -al que a continuación haremos referencia- reafirma el papel del juez nacional desde el momento en que reclamación ante el Tribunal de Estrasburgo es subsidiaria de los sistemas nacionales que salvaguardan los derechos humanos (artículos 13 y 35 § 1 de la Convención).

No obstante, el principio de subsidiariedad no significa renunciar a toda supervisión del resultado obtenido o de la solución derivada de los recursos internos, de lo contrario los derechos garantizados por el artículo 6 (derechos inherentes a un proceso justo) carecerían de sustancia. En ese sentido, debe reiterarse que la Convención pretende garantizar no derechos teóricos o ilusorios, sino derechos prácticos y efectivos (sentencia *de* 29 de marzo 2006 Scordino/Italia).

El **diálogo de los jueces nacionales con el TEDH** se escenifica, por tanto, a través de la recepción activa de su jurisprudencia, en particular, asimilando los tribunales constitucionales y supremos los estándares de Estrasburgo en sus razonamientos, obligación positivizada al máximo nivel normativo en España en el artículo 10.2 de la Constitución; de la identificación -no siempre es sencilla- de las denominadas tradiciones constitucionales comunes, que fundamenta la doctrina del “consenso europeo” a partir del análisis comparado de las legislaciones y prácticas nacionales (sentencia de 1981 Dudgeon/Reino Unido que observó una tendencia mayoritaria hacia la despenalización de la homosexualidad, lo que influyó en su decisión); y, evidentemente, mediante el protocolo número 16 -que ha entrado en vigor en España el 1 de noviembre de 2025- y que permite a los altos tribunales que designen las partes (en España el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional) plantear al Tribunal Europeo de Derechos Humanos *cuestiones de principios* relativas a la interpretación del convenio y de los protocolos, fortaleciendo la cooperación judicial e institucionalizando un diálogo preventivo

Lejos de erosionar la autoridad judicial nacional, este modelo promueve una cultura común de derechos humanos en la que los jueces nacionales son los primeros garantes y el TEDH actúa como resorte último. El resultado es un espacio jurídico europeo caracterizado por el diálogo, la subsidiariedad y la evolución constante de los estándares de protección.

En definitiva, el éxito del sistema convencional europeo depende menos de la intervención correctiva de Estrasburgo que de la internalización activa de sus estándares por parte de los jueces nacionales, quienes ejercen, en la práctica, el verdadero control de convencionalidad en el ámbito interno.

El Protocolo núm. 15, sobre la subsidiariedad

La interpretación tradicional del principio de subsidiariedad de la protección del Convenio viene a suponer la necesidad de agotar todos los recursos internos conforme manda el artículo 35, apartado 1, del Convenio.

Aunque la subsidiariedad exige que los Estados implementen recursos efectivos para atajar las violaciones de la Convención, corresponde a los recurrentes agotarlos adecuadamente para que los Estados puedan responder a sus quejas, lo que, en definitiva, posiciona a los recurrentes en elemento esencial de esa responsabilidad compartida, junto al juez nacional y al TEDH.

En este sentido, la regla general es que la demanda que se pretendía presentar ante el Tribunal debe ser presentada, al menos en el fondo, en las formas y dentro de los plazos previstos por la legislación nacional, ante los tribunales nacionales correspondientes. (sentencia Selmouni contra Francia).

En su dimensión institucional, la subsidiariedad expresa una responsabilidad compartida entre los Estados Parte y el TEDH para la protección efectiva de los derechos de la Convención, operando como un principio estructural del sistema.

Ciertamente, la *protección primaria* de los derechos fundamentales la proporcionan los tribunales nacionales, basándose en sus respectivos catálogos de derechos fundamentales interpretados a la luz del Convenio, que vienen a operar a modo de red de seguridad, para el control final de los estándares mínimos aplicables en toda Europa.

En este sentido, la Convención constituye un mínimo denominador, en la medida que su artículo 53 reconoce que ninguna de sus disposiciones se interpretará en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte.

De esta manera, no existe dificultad para extraer como conclusión, que el Convenio otorgará en consecuencia una protección subsidiaria, complementaria a la nacional.

Una filosofía similar a la que encierra el artículo 53 de la Convención se vislumbra en el artículo 52.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en la medida que el sentido y alcance de los derechos de la Convención, que a su vez estén contenidos en la Carta de los Derechos fundamentales, habrán de ser iguales a los que le confiere el Convenio sin perjuicio de que la Unión pueda conceder una protección más extensa

El principio de subsidiariedad emerge en la jurisprudencia del TEDH desde la citada sentencia, 7 de diciembre de 1976, *Handyside contra el Reino Unido*, que trataba sobre la incautación y posterior destrucción de cientos de ejemplares de un libro considerado obsceno. La sentencia se refirió a la subsidiariedad para reconocer que las autoridades estatales se encuentran, en principio, en mejor posición que el tribunal internacional para determinar qué medidas son necesarias para garantizar los derechos y libertades derivados del Convenio en su país.

No obstante, la irrupción del Protocolo núm. 15 (en vigor desde el 1 de agosto de 2021 Y ratificado por España), relativo al principio de subsidiariedad, introdujo un último considerando en el Preámbulo de la Convención, con una referencia explícita al principio de subsidiariedad y al margen de apreciación:

“Afirmando que las Altas Partes Contratantes, de conformidad con el principio de subsidiariedad, tienen la responsabilidad principal de garantizar los derechos y libertades

definidos en el presente Convenio y sus Protocolos, y que al hacerlo disfrutan de un margen de apreciación, bajo el control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos establecido por el presente Convenio”

El párrafo transcrito subraya el sometimiento de los Estados al control del TEDH, recordando que corresponde al Tribunal «la interpretación auténtica de la Convención» situando su jurisprudencia en una posición de preeminencia con la que deben converger las instituciones nacionales y que, en consecuencia, deben garantizar una protección eficaz para lo cual, llegado el caso, habrían de reforzar sus respectivos sistemas.

Desde entonces, se han propiciado otras lecturas, más complejas, del principio de subsidiariedad, que unidas a la doctrina del margen de apreciación y a la necesidad de garantizar un recurso efectivo ante los tribunales nacionales (artículo 13 del Convenio) permiten abrir nuevos escenarios e indagar cómo superar el localismo y crear un núcleo europeo común de Derechos Humanos.

Dicho objetivo no debería hacer oídos sordos a algunas críticas hacia la jurisprudencia del TEDH -en mi opinión, algunas fundadas, otras no tanto- como consecuencia de acometer reinterpretaciones de la legislación nacional, incluso incurrir en valoraciones de la prueba, sustituyendo las apreciaciones de los tribunales de instancia.

Algunos de estos episodios parecen abandonar la tradicional *deferencia* que caracteriza al Tribunal de Estrasburgo con relación a los jueces nacionales, que induce a la percepción de un cierto activismo acompañado de una clara sinergia expansiva que poco tiene que ver con la deseable autocontención de cualquier tribunal.

Precisamente, dicha circunstancia parece certificarse en el acta de nacimiento del protocolo núm. 15, surgido tras la Conferencia de Brighton de 2012, marcada por la desconfianza de algunos Estados Parte de la Convención hacia el TEDH, pues dicho protocolo se presentó principalmente para profundizar en la "reformulación" del Tribunal, debido a una jurisprudencia percibida por algunos Estados como demasiado intrusiva e insuficientemente respetuosa con su margen de apreciación, de su soberanía.

Por tanto, el margen de apreciación confirma que las autoridades nacionales están mejor posicionadas que el juez internacional para resolver sobre las necesidades y contextos locales. De este modo, su codificación en el preámbulo del Protocolo nº 15 sirve como recordatorio de que la Corte tiene una función supervisora subsidiaria a la protección de los derechos humanos a nivel nacional.

Por otro lado, no parece que la finalidad exclusiva del principio de subsidiariedad sea la de aliviar de trabajo al TEDH pues, ante todo, persigue reforzar el compromiso de los jueces nacionales con la defensa de la convención, alineándose con los valores que fomenta la democracia.

De esta manera junto al -sugerido anteriormente- *mandato de abstención (de contención)* dirigido al Tribunal de Estrasburgo para que no se extralimite de los límites de su función, emerge el *mandato positivo* dirigido a las autoridades nacionales, en particular, a los jueces nacionales para que garanticen la compatibilidad de su jurisprudencia con la Convención, convergiendo, en definitiva, con la interpretación que ofrece el Tribunal de Estrasburgo.

Al fin y al cabo, la importancia del compromiso judicial nacional con la Convención no puede subestimarse. Los tribunales nacionales que toman en serio sus obligaciones bajo la Convención son los garantes más eficientes de la protección oportuna de los derechos fundamentales. Garantizar la correcta aplicación del principio de subsidiariedad y que la responsabilidad compartida resulte eficaz reclama, en primer lugar, una jurisprudencia del TEDH uniforme y sin turbulencias excesivas que puedan provocar cambios de rumbo inopinados, pues así los tribunales nacionales percibirán un campo abonado para aplicar con ciertas expectativas de éxito la misión que la subsidiariedad comporta.

Pero esa confianza es bidireccional, pues la aplicación práctica de esa responsabilidad compartida exige que el Estado miembro sea digno de la confianza del Tribunal de Estrasburgo, pues sólo así podrá reclamársele la contención necesaria para que el sistema funcione y no se convierta necesariamente en un tribunal sustituto del juez nacional de los derechos humanos. Una subsidiariedad inversa -por la falta de responsabilidad de los Estados- es una tarea abrumadora para una jurisdicción internacional

Sin embargo, la confianza depende de la subjetividad de ambas partes, de quien, como destinatario, la valora y de quien debe generarla. Sin embargo, la historia muestra en ocasiones, que a veces, el Estado, la sociedad, el individuo, ni siquiera perciben que pueden comenzar a perderla, pues las democracias y el Estado de Derecho rara vez mueren por un acontecimiento único, como un Rubicón que se cruza de repente, sino por una serie de pasos aparentemente menores, o incluso por vías de agua casi imperceptibles, que se cuentan por cientos o por miles. Ser capaz de saber si "uno ya está ahí" o no puede no ser posible ni siquiera con perspectiva, y mucho menos si eres un participante con tus propios intereses.

El Tribunal opera en contextos jurídicos, políticos, económicos y sociales que influyen en su jurisprudencia, y es normal que un tribunal internacional no se aísle de estas realidades para preservar la eficacia de su jurisprudencia y su legitimidad democrática.

La comprensión de las diferentes encarnaciones del principio de subsidiariedad va más allá del Protocolo 15 y depende de estos contextos, marcados por distintos problemas según el periodo, desde el aumento de litigios hasta el descontento de algunos Estados y la amenaza de los fundamentos de la democracia en otros.

Pero es el Tribunal quien decide sobre el impacto que tienen los textos en la forma en que concibe y aplica el principio de subsidiariedad. En este sentido, la jurisprudencia del TEDH ha sido coherente: corresponde principalmente a los Estados aplicar los derechos de los tratados y, si fracasan en esta misión, no dudará en intervenir, recordando que la subsidiariedad sirve en última instancia a un solo objetivo, el de la eficacia de la protección de los derechos humanos.

La Declaración de Bruselas de 2015 subrayó la importancia de la implementación y ejecución efectivas de las sentencias a nivel nacional, lo que fue asumido por el legislador español en el artículo 5 bis de la LOPJ (añadido por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio), al establecer que *“se podrá interponer recurso de revisión ante el Tribunal Supremo contra una resolución judicial firme, con arreglo a las normas procesales de cada orden jurisdiccional, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y*

Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión.”

Entre las sentencias que invocan la subsidiariedad, destacaremos las sentencias del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2021, rca 8156/2020 y 8158/2020, dictadas como respuesta o solución desde el ordenamiento jurídico español a la sentencia del TEDH de 30 de junio de 2020, asunto Saquetti Iglesias/España, que concluyó que el ordenamiento procesal contencioso-administrativo español infringe el artículo 2 del Protocolo núm. 7 del Convenio, por no garantizar el derecho a la revisión de las sentencias dictadas en única instancia, en relación con sanciones administrativas de las que pudiera afirmarse su “naturaleza penal”, en atención a su gravedad (entendida esta gravedad en función de los criterios que la misma sentencia apunta).

En la sentencia de 15 de marzo de 2022, *Grzęda contra Polonia*, que trataba sobre la terminación prematura del mandato de un juez del Tribunal Supremo Administrativo como miembro del Consejo Nacional del Poder Judicial, el TEDH se basó en el Protocolo núm.15 para subrayar la importancia de la responsabilidad compartida y el vínculo entre ella y la independencia de los jueces.

Estableció que las autoridades nacionales y los tribunales deben interpretar y aplicar el derecho interno de manera que comporte el pleno efecto al Convenio y subrayó que el sistema del Convenio no puede funcionar adecuadamente en ausencia de jueces independientes (§ 324). Añadió que la tarea de las Partes Contratantes de garantizar la independencia del poder judicial es de vital importancia para el funcionamiento del sistema del Convenio

De manera similar, en el caso *Thörn contra Suecia*, (sentencia de 1 de septiembre de 2022), que trataba sobre una multa impuesta al recurrente por un delito relacionado con el cannabis, el Tribunal se basó en el Protocolo 15 para recordar su papel fundamentalmente subsidiario en el sistema de la Convención, así como el impacto de ese papel en el alcance del margen de apreciación. En su razonamiento, recordó que las cuestiones de política sanitaria están, en principio, dentro del margen de apreciación de las autoridades nacionales, que son las más adecuadas para decidir sobre prioridades, asignación de recursos y necesidades sociales. Además, subrayó que las autoridades nacionales están mejor posicionadas que el juez internacional para evaluar qué es de interés público desde un punto de vista social o económico.

En cuanto a la doctrina sobre el margen de apreciación tras el Protocolo núm. 15 en el caso *Fedotova y otros contra Rusia* (sentencia 17 de enero de 2023), el Tribunal determinó el alcance de la discrecionalidad de las autoridades nacionales respecto al reconocimiento legal del matrimonio entre personas del mismo sexo en el contexto de una demanda basada en el artículo 8.

En este sentido, consideró que estaban en juego aspectos particularmente importantes de la identidad personal y social de las personas del mismo sexo y que existía una tendencia clara y continua dentro de los Estados miembros del Consejo de Europa hacia el reconocimiento legal de las uniones entre personas del mismo sexo.

Concluyó que los Estados disfrutaban de un margen de apreciación significativamente menor a la hora de conceder a las parejas del mismo sexo la posibilidad de reconocimiento y protección legal. No obstante, entendió que su margen de apreciación es más amplio para decidir la naturaleza exacta del régimen jurídico que establezcan para las parejas del mismo sexo, que no necesariamente tienen que tener la forma de matrimonio, porque aunque existe una tendencia clara y continua a favor del reconocimiento y la protección legal de las parejas del mismo sexo, no existe un consenso similar sobre la forma de dicho reconocimiento ni su contenido.

Tras examinar los argumentos del Estado demandado basados en consideraciones de interés público, concluyó que había excedido su margen de apreciación y no había cumplido con su obligación positiva de garantizar el derecho de los solicitantes al respeto por su vida privada y familiar, y que por ello había violado el artículo 8 de la Convención.

En el caso *Sanchez contra Francia* (sentencia de 15 de mayo de 2023), el TEDH se enfrentó al dilema de considerar el hecho de que un cargo electo hubiera sido multado por no eliminar comentarios islamofóbicos de su "muro" de Facebook realizados por terceros constituía o no una violación del artículo 10.

Sostuvo que cuando las declaraciones impugnadas incitan al uso de la violencia contra un individuo, un representante del Estado o una parte de la población, las autoridades nacionales gozan de un margen de apreciación más amplio en su examen de la "necesidad" de interferir en el ejercicio de la libertad de expresión (§ 156). Además, el discurso destinado a propagar, provocar o justificar el odio por intolerancia, incluida la intolerancia religiosa, no está protegido por el artículo 10 de la Convención.

El Tribunal aplicó entonces su jurisprudencia consolidada sobre la responsabilidad por comentarios realizados por terceros en línea, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso, como la naturaleza islamófoba de los comentarios, el contexto político y las razones de las autoridades francesas para imponer la multa.

En este sentido, también señaló que no es su tarea sustituir a los tribunales nacionales competentes, que además gozan de un margen de apreciación al que se refiere expresamente el preámbulo del Convenio, sino verificar la compatibilidad con los requisitos del artículo 10 de las decisiones que han dictado en el ejercicio de su discrecionalidad. Sobre la base de este análisis, consideró que las decisiones de los tribunales nacionales se basaban en fundamentos relevantes y suficientes, tanto a la luz de la responsabilidad imputada al solicitante por las declaraciones ilícitas como de su condena penal. Por tanto, la injerencia en el artículo 10 de la Convención podría considerarse "necesaria en una sociedad democrática"

A veces se efectúa un control sobre los aspectos del proceso judicial. En el caso *Fernández Martínez contra España* [GC], nº 56030/07, TEDH 2014 (extractos), el Tribunal determinó que no se había violado el artículo 8 respecto a la no renovación del contrato de trabajo de un profesor de religión y ética católica que había mostrado públicamente su condición de sacerdote casado. En ese caso, el Tribunal observó que los tribunales nacionales habían analizado cuidadosamente todos los factores relevantes y llevado a cabo un equilibrio detallado y exhaustivo de los intereses en juego.

Sin embargo, en otras ocasiones, el Tribunal de Estrasburgo, tiene en cuenta *los debates legislativos* existentes en el Estado. Así, en *Parrillo contra Italia* (citado arriba), la solicitante quería donar sus embriones, obtenidos mediante fertilización *in vitro* (FIV), a la investigación con células madre, pero su solicitud fue rechazada bajo una ley que prohibía la experimentación con embriones humanos.

En su valoración, el TEDH consideró que, para determinar si el Estado había excedido su margen de apreciación, era necesario examinar los argumentos que el legislador había tenido en cuenta al adoptar la ley. Señaló que la redacción de la ley nacional en cuestión había dado lugar a un importante debate que tuvo en cuenta las diferentes opiniones y las cuestiones científicas y éticas existentes en este ámbito, en particular en el ámbito de las libertades individuales, y que el texto había sido objeto de varios referéndums. Sostuvo que la legislatura había tenido en cuenta los diversos intereses en juego, en particular el del Estado para proteger el embrión y el de las personas implicadas para ejercer su derecho a la autodeterminación individual en forma de donación de sus embriones para la investigación. Concluyó que el Estado no había excedido el margen de apreciación concedido y que no había habido violación del artículo 8 de la Convención.

Sobre el protocolo 16 (opiniones consultivas)

Este protocolo entró en vigor el 1 de agosto de 2018 y en la actualidad cuenta con 26 Estados parte que lo han ratificado, entre ellos España.

A todo lo dicho anteriormente, el Protocolo núm. 16, plenamente operativo en España desde el 1 de noviembre de 2025, despliega una potencialidad -hasta el momento, inédita- a la hora de articular una cooperación más directa entre el juez nacional y el TEDH, pues está llamado a constituir una herramienta de auxilio para la defensa de la Convención, conforme al principio de subsidiariedad. Al mismo tiempo este instrumento, oportunamente activado, puede servir para evitar posibles conflictos interpretativos, en definitiva, futuras controversias jurídicas sobre la Convención.

Se ha llamado la atención sobre la denominación de *opiniones consultivas*, por cuanto puede generar confusión con el artículo 47 CEDH, que se refiere a las opiniones consultivas que pueden ser emitidas por el TEDH a instancia del Comité de Ministros acerca de cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y de sus protocolos, posibilidad que, no obstante, difiere de la finalidad de las *opiniones consultivas* del Protocolo 16, entre otras razones, porque las del artículo 47 CEDH no pueden referirse al contenido ni a la extensión de los derechos y libertades definidos en el título 1 del Convenio ni de sus Protocolos que, por el contrario, constituyen el objeto de las opiniones consultivas del Protocolo 16.

En efecto a través del protocolo 16 las *altas jurisdicciones* que designen las partes contratantes podrán solicitar al Tribunal Europeo de Derechos Humanos que se pronuncie sobre cuestiones de principio, relativas a la interpretación o aplicación de los derechos y libertades definidos por el Convenio o sus protocolos.

En cualquier caso, el protocolo núm. 16 no comporta transferir el caso individual al Tribunal Europeo de Derechos Humanos para resolverlo allí (como ocurre en las reclamaciones de carácter individual) ni tampoco faculta a una revisión abstracta a la legislación nacional.

Estas consultas habrán de ser motivadas desde la perspectiva fáctica y jurídica y poner de manifiesto el juicio de relevancia para resolver la contienda nacional, con indicación de los derechos y libertades que constituyan su objeto. Además, no podrán tener carácter abstracto, sino que han de suscitarse en el marco de un asunto pendiente ante esa alta jurisdicción nacional.

Este mecanismo evoca el instrumento estrella de cooperación jurisdiccional de la Unión Europea, la cuestión prejudicial a la que se refiere el artículo 19 TUE y el artículo 267 TFUE.

Sin embargo, las diferencias entre ambos instrumentos saltan a la vista, de entrada, porque la cuestión prejudicial en el ámbito del derecho de la Unión puede ser planteada por cualquier juez nacional (siempre que cumpla los criterios de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el concepto de órgano jurisdiccional); sin embargo, la activación de la consulta del Protocolo núm. 16 únicamente puede realizarse por los altos tribunales designados por las partes que, en el caso español, se reducen al Tribunal Constitucional y al Tribunal Supremo.

Por otro lado, en el caso de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, el juez remitente estará obligado a suspender -como regla general- el procedimiento nacional hasta que obtenga la respuesta del Tribunal de Luxemburgo. Sin embargo, en el mecanismo del Protocolo núm.16 las *Orientaciones* para su aplicación ponen de manifiesto que corresponderá al tribunal solicitante decidir si el proceso nacional debe suspenderse en espera de la opinión consultiva del TEDH, deferencia con los Estados parte que, en mi opinión, puede comprometer -en el caso de que no se produjera dicha suspensión- la finalidad pretendida por el Protocolo núm. 16.

Asimismo, la cuestión prejudicial -según se infiere del artículo 267 TFUE- comporta una obligación de remisión para el juez nacional en caso de que no se den las excepciones del Cilfit/Consortio, cuando contra su resolución no quepa recurso conforme al ordenamiento jurídico nacional. Esta circunstancia no concurre en el ámbito del Protocolo núm.16 pues su formulación es facultativa para los jueces nacionales que, como he apuntado, en España son el Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional y que por el lugar que ocupan en nuestro sistema constitucional, estarían obligados, en su caso, a plantear cuestión prejudicial a los efectos del artículo 267.

Finalmente, mientras que la respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a una cuestión prejudicial vincula no solo al órgano judicial remitente sino al conjunto de las instituciones, autoridades nacionales y, por supuesto, órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, no ocurre lo mismo con la respuesta del Tribunal de Estrasburgo a estas opiniones consultivas al no resultar vinculantes.

No obstante, existe cierta vinculación *de facto* en la medida que, si el juez remitente no sigue el criterio contenido en la respuesta del TEDH, cabe pensar que, ante la eventualidad de una posterior demanda individual el TEDH reiterará su criterio. Así parece inferirse de la *Memoria* del Protocolo núm. 16 al poner de manifiesto que, cuando se presenta una demanda tras un proceso en el que se ha seguido efectivamente una opinión consultiva del TEDH, es de esperar que los elementos de la demanda relacionados con las cuestiones tratadas en la opinión consultiva sean declarados inadmisibles o se desestimen. Por tanto, *a sensu contrario*, el Tribunal de Estrasburgo admitiría a trámite la consulta o, en su caso,

la estimaría con relación a aquellos elementos de la demanda que, relacionados con la opinión consultiva, difieran del criterio contenida en esta.

De esta manera, se evidencia que mientras que el artículo 267 TFUE constituye un fuerte instrumento de integración jurídica y uniformidad normativa a través de la cooperación de los jueces nacionales con el Tribunal de Justicia, el protocolo núm. 16 -siendo también un instrumento de diálogo judicial- resulta menos ambicioso, al perseguir una convergencia interpretativa, operando como un estímulo para prevenir futuros conflictos.

Hasta la fecha actual, respecto al procedimiento consultivo previsto en el Protocolo núm. 16, el TEDH se han emitido 7 opiniones consultivas, siendo la primera aceptada, la presentada por Francia y emitida el 10 de abril de 2019, en la que se abordó si los Estados están obligados a registrar en su ordenamiento nacional los detalles del certificado de nacimiento de un niño nacido por gestación subrogada en el extranjero para establecer la relación jurídica madre-hijo.

Por último, especial interés reviste la previsión contenida en el artículo 6 TUE, en la medida que todos los Estados miembros de la Unión Europea son parte del Consejo de Europa y, por tanto, han ratificado CEDH.

Tras el Tratado de Lisboa, cabe destacar, por lo que se refiere a la protección de los derechos fundamentales, el art 6 TUE:

“1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados. Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.

2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados.

3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.”

Tarde o temprano deberán superarse las objeciones puestas de manifiesto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su **dictamen de 18 de diciembre de 2014**, sobre el Proyecto de acuerdo de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en el que identificó problemas de compatibilidad con el Derecho de la Unión.

El Tribunal de Justicia, tras recordar que el Tratado de Lisboa resolvió el problema de la inexistencia de base jurídica para la adhesión de la Unión al CEDH, subrayó que, puesto que la Unión no puede considerarse un Estado, dicha adhesión ha de tomar en consideración las características específicas de la Unión.

Hecha esta precisión, el Tribunal de Justicia observó que, como consecuencia de la adhesión, el CEDH, al igual que cualquier otro acuerdo internacional celebrado por la

Unión, obligaría a las instituciones de la Unión y a los Estados miembros y, por lo tanto, formaría parte integrante del Derecho de la Unión. En tal supuesto, la Unión estaría sujeta a un control externo que tendría por objeto el respeto de los derechos y libertades reconocidos en el CEDH. Por lo tanto, la Unión y sus instituciones, incluido el Tribunal de Justicia, estarían sujetas a los mecanismos de control previstos por dicho Convenio, y en particular a las decisiones y sentencias TEDH.

El Tribunal de Justicia observó que es inherente al concepto mismo de control externo que, por una parte, la interpretación dada al CEDH por el TEDH vincularía a la Unión y a todas sus instituciones y que, por otra parte, la interpretación dada por el Tribunal de Justicia a un derecho reconocido por el CEDH no vincularía al TEDH. No obstante, precisa que no puede ocurrir lo mismo con la interpretación que haga el propio Tribunal de Justicia del Derecho de la Unión, y en particular de la Carta.

El Tribunal de Justicia consideró que el enfoque del Proyecto de acuerdo, consistente en asimilar la Unión a un Estado y reservarle un papel de todo punto idéntico al de cualquier otra Parte Contratante, ignoraba la naturaleza intrínseca de la Unión. Al imponer que se considere que la Unión y los Estados miembros son Partes contratantes, no sólo en sus relaciones con las Partes que no son miembros de la Unión, sino también en sus relaciones recíprocas, el CEDH exigiría que cada Estado miembro verificase el respeto de los derechos fundamentales por parte de los demás Estados miembros, pese a que el Derecho de la Unión impone la confianza mutua entre esos Estados miembros.

Dado que, en caso de adhesión, el CEDH formaría parte integrante del Derecho de la Unión, el mecanismo instaurado por el Protocolo núm. 16 podría afectar a la autonomía y la eficacia del procedimiento de remisión prejudicial establecido en el Tratado FUE, especialmente cuando los derechos garantizados por la Carta se corresponden con los reconocidos por el CEDH. El Tribunal de Justicia recordó que el art 344 TFUE dispone que los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los Tratados. Sin embargo, el Proyecto de acuerdo dejaba subsistente la posibilidad de que la Unión o los Estados miembros planteen una demanda ante el TEDH que tenga por objeto una supuesta violación del CEDH cometida por un Estado miembro o por la Unión en relación con el Derecho de la Unión. La existencia misma de esta posibilidad vulnera las exigencias del TFUE.

Otras objeciones se centraron en las características específicas del Derecho de la Unión en lo que se refiere a la tutela judicial en materia de política exterior y de seguridad común («PESC»). A este respecto subrayó que, en el estado actual del Derecho de la Unión, determinados actos adoptados en el marco de la PESC escapan al control jurisdiccional del Tribunal de Justicia. Esta situación es inherente a la regulación de las competencias del Tribunal de Justicia establecida en los Tratados y, como tal, únicamente puede justificarse desde la perspectiva del Derecho de la Unión. Sin embargo, como consecuencia de la adhesión, el TEDH estaría facultado para pronunciarse sobre la conformidad con el CEDH de determinados actos, acciones u omisiones que se producen en el marco de la PESC, y en particular, de aquellos cuya legalidad desde el punto de vista de los derechos fundamentales escapa a la competencia del Tribunal de Justicia.

Habida cuenta de tales problemas identificados, el Tribunal de Justicia concluyó que el Proyecto de acuerdo de adhesión de la Unión Europea al CEDH no era compatible con las disposiciones del Derecho de la Unión.

En la actualidad, hay un nuevo proyecto de acuerdo de adhesión que está pendiente del dictamen que ya ha sido solicitado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Sin entrar en más consideraciones, la convergencia lograda entre la jurisprudencia de ambos tribunales alienta cierto optimismo. Un paso decisivo se ha dado por *la sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de septiembre de 2024, KS y otros contra Consejo de la Unión Europea y otros “EULEX Kosovo”* que, en cierta medida viene a superar los reparos relativos al ámbito PESC, pues el Tribunal de Justicia será competente para controlar el respeto del artículo 40 del Tratado de la Unión Europea y para pronunciarse sobre los recursos interpuestos en las condiciones contempladas en el párrafo cuarto del artículo 263 del Tratado y relativos al control de la legalidad de las decisiones adoptadas por el Consejo en virtud del capítulo 2 del título V del Tratado de la Unión Europea por las que se establezcan medidas restrictivas frente a personas físicas o jurídicas.

Anexo I.- Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que se citan y analizan a lo largo de la exposición.

Sobre medidas disuasorias para la prostitución

STEDH 25 de julio de 2024 M.A. y otros c. Francia

Sobre anonimato y adopción

STEDH de 4 de abril de 2023 A.H c. Alemania

STEDH de 30 de enero de 2024, Cherrier c. Francia

Sobre sedación paliativa y eutanasia

STEDH de 13 de junio de 2024 Daniel Karsal c. Hungría

Sobre medioambiente

STEDH de 9 de abril de 2024, Verein KlimaSeniorinnen Schweiz y otros c. Suiza

Sobre el derecho a no auto incriminarse

STEDH de 17 de diciembre de 1996, Saunders

STEDH de 5 de abril de 2012 Chambaz c. Suiza

STEDH de 29 de mayo de 2015 De Lége c. Holanda

Sobre igualdad en la aplicación judicial de las normas: derecho a un proceso justo

STEDH de 18 de diciembre de 2025, Latorre Atance c. España.

Sobre doble instancia en derecho sancionador

STEDH de 30 de junio de 2020 Saquetti c. España

Caso Caravella Invest S.L. c. España (3844/24) pendiente.

Sobre responsabilidad del Estado por deudas de las entidades locales

STEDH de 20 marzo de 2025, Romano y otros c. Italia

STEDH de 6 de marzo de 2025 Banca Sistema S.P.A. c. Italia.

STEDH de 16 de enero de 2025 Banca Sistema S.P.A. c. Italia.

Sobre COVID-19 y derecho de propiedad.

Decisión TEDH de 10 de julio de 2025, PRODISOTEL S.A.

Sobre ruidos

STEDH de 19 de noviembre de 2004, Moreno Gómez c. España

STEDH de 16 de enero de 2018, Cuenca Zarzoso c. España

STEDH de 3 de julio de 2012, Martínez Martínez y Pino Manzano c. España

STED de 9 de diciembre de 1994, *López Ostra c. España*.

Sobre vivienda

STEDH de 13 de mayo de 2008, McCann c. Reino Unido

STEDH de 25 de julio de 2013 Rousk c. Suecia

STEDH de 23 de marzo de 2021 Ghailan y otros c. España.

STEDH de 17 de diciembre de 2020, Béla Németh c. Hungría.

STEDH de 24 de marzo de 2022 Wyszynski c. Polonia

STEDH de 12 de julio de 2016 Vrzić c. Croacia

Sobre demoliciones de vivienda

STEDH de 10 de enero de 2017, Aparicio Navarro c. España.

STEDH de 14 de junio de 2022, Cruz García c. España.

Anexo II.- Sentencias del Tribunal Supremo que se citan y analizan a lo largo de la exposición.

Sobre demoliciones de vivienda

STS 195/2019, de 19 de febrero, revisión 12/2018.

STS 728/2024 de 30 de abril, rca. 1051/2022

Sobre doble instancia en derecho sancionador

SSTS (Pleno Sala Tercera) 25 de noviembre de 2021 (rec. 8156/2020 y 8158/2020)

STS 1539/2024, de 30 de septiembre, rec. 3077/2022

Sobre valoración de la discapacidad en procedimientos tributarios

STS 294/2023 de 8 de marzo, rec. 1269/2021

Sobre el derecho a no auto incriminarse

STS 1578/2025 de 4 de diciembre, rca. 3664/2023