

---

# El Protocolo n.º 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos

---

Manuel HINOJO ROJAS

Profesor Titular de Derecho Internacional Público  
Universidad de Córdoba  
lm1hirom@uco.es

**Sumario:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. PASOS PRELIMINARES PARA SU ADOPCIÓN. 3. UNA CUESTIÓN PREVIA QUE NO ES BALADÍ: LA TERMINOLÓGICA. 4. OBJETIVOS PERSEGUIDOS POR EL PROTOCOLO. 5. ALCANCE DEL PROTOCOLO. 6. ASPECTOS PROCEDIMENTALES. a) La fase inicial: La petición consultiva. b) La fase final: La emisión del dictamen y sus efectos. 7. CONSIDERACIONES FINALES.

## 1. INTRODUCCIÓN

En una muestra más de la técnica normativa o, si se me permite, de la técnica legislativa seguida por el Consejo de Europa tradicionalmente en relación con la adecuación o adaptación del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950 a las necesidades de cada momento histórico para una mejor protección de tales derechos y consecuentemente una mayor eficacia de dicho instrumento jurídico, su Comité de Ministros abrió a la firma el día 2 de octubre de 2013 el Protocolo n.º 16 al citado Convenio. Y si de manera telegráfica tuviéramos que deducir su espíritu en lo que toca al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), creo que cuatro términos nos dan la pauta de su adopción: «reforma», «extensión competencial», «diálogo» y «subsidiariedad». «Reforma»<sup>1</sup>, porque ese nuevo instrumento jurídico se incardina en el proceso de evolución y cambios en el que desde hace unos años se encuentra el Tribunal, particularmente a partir del Protocolo n.º 11<sup>2</sup>; «extensión competencial», porque el

---

<sup>1</sup> La cuestión de la reforma del Tribunal ha dado lugar a una importante bibliografía, pero véase, entre otros, el número monográfico que, bajo el título «Quelle réforme pour la Cour des droits de l'homme?», se publicó en la *Revue Universelle de Droits de l'Homme* (vol. 14, n.º 7-8, 2002, pp. 253-332). Más recientemente también puede verse Conseil de l'Europe, *La réforme de la Convention européenne des droits de l'homme: Interlaken, Izmir, Brighton et au-delà*, Estrasburgo, 2014.

<sup>2</sup> Hecho el 11 de mayo de 1994 y entrado en vigor el 1 de noviembre de 1998.

nuevo Protocolo, cuando entre en vigor, va a permitir que el Tribunal acreciente su ámbito de competencia; «diálogo» dado que tal instrumento va a mejorar, al menos supuestamente, el nivel de intercambio de posiciones jurídicas entre las jurisdicciones internas de los Estados, en especial las más altas de esas jurisdicciones, y el propio Tribunal o viceversa; y «subsidiariedad» ya que en su virtud, siendo las autoridades nacionales, en particular los tribunales internos, las llamadas en primera providencia a controlar el sistema implantado por el Convenio, el Tribunal sólo actuará en defecto de que no lo hagan aquellas autoridades (con independencia del margen de apreciación que estas tienen para garantizar la aplicación del mencionado sistema). Así las cosas, el Protocolo n° 16 establece un nuevo procedimiento por el cual las más altas jurisdicciones de un Estado, designadas por lo demás por él mismo, podrán solicitar al TEDH opiniones consultivas sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades definidos por el Convenio o sus protocolos.

## 2. PASOS PRELIMINARES PARA SU ADOPCIÓN

Sin aludir concretamente a propuestas más pretéritas<sup>3</sup>, creo que el punto de partida de la adopción del Protocolo n° 16 se puede situar en el Informe<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Véanse, por ejemplo, en ese sentido SPIELMANN, D., «Quelques réflexions au sujet d'un recours préjudiciel éventuel devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme», *Documentação e Direito Comparado*, n.º 31-32, 1987, pp. 527-546; MACDONALD, R. St. J., «The Luxembourg Preliminary Ruling Procedure and Its Possible Application in Strasbourg», *Mélanges en Hommage à Louis-Edmond Pettiti*, Bruylant/Nemesis, Bruselas, 1998, pp. 593-603; y RITLENG, D., «Le renvoi préjudiciel communautaire, modèle pour une réforme du système de protection de la CEDH?», *L'Europe des Libertés*, n.º 7, 2002, pp. 3-7. En relación con el objetivo que finalmente ha cristalizado en el Protocolo n.º 16, véanse DRZEMCZEWSKI, A., «Advisory Jurisdiction of the European Human Rights Court: A Procedure Worth Retaining?», en CAÑADO TRINDADE, A. (ed.), *The Modern World of Human Rights. Essays in Honour of Thomas Buergenthal*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1996, pp. 493-514, en particular pp. 507-510; y SZYMCZAK, D., «La compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme», en ONDOUA, A. y SZYMCZAK, D. (coords.), *La fonction consultative des juridictions internationales*, Pedone, París, 2009 pp. 89-104, en especial pp. 101-104.

<sup>4</sup> Véase Conseil de l'Europe, «Rapport du Groupe des Sages au Comité des Ministres», doc. CM(2006)203, 15 de noviembre de 2006, 13 pp. (Texto obtenido en la página web oficial del Consejo de Europa, en donde asimismo se ha conseguido el resto de la documentación citada en este trabajo, salvo mención en contrario).

que el Grupo de Sabios<sup>5</sup> elaboró en 2006 y que fue puesto a disposición del Comité de Ministros del Consejo de Europa. Así, para el Grupo de Sabios<sup>6</sup>, entre otras cosas,

« il serait utile d’instaurer un régime dans le cadre duquel les juridictions nationales pourraient saisir la Cour de demandes d’avis consultatif sur des questions juridiques concernant l’interprétation de la Convention et de ses protocoles, de manière à favoriser le dialogue entre les juges et à renforcer le rôle ‘ constitutionnel ’ de la Cour. Une telle demande d’avis, posée uniquement par les juridictions de dernière instance et les juridictions constitutionnelles serait toujours facultative et l’avis rendu par la Cour n’aurait pas de caractère obligatoire »<sup>7</sup>.

Tiempo más tarde esta idea fue examinada, sin en principio ser rechazada, tanto por el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>8</sup> como por el Comité Director para los Derechos Humanos<sup>9</sup>, pero tardó unos años

<sup>5</sup> Así se le llamó al grupo de reputadas personalidades (once) puesto en marcha por la Tercera Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros del Consejo de Europa celebrada en Varsovia los días 16 y 17 de mayo de 2005 en el marco de un Plan de Acción para examinar la cuestión de la eficacia a largo plazo del mecanismo de control del Convenio europeo de derechos humanos, incluyendo los efectos iniciales del Protocolo n.º 14 y otras decisiones tomadas en mayo de 2004. (*ibid.*, párr. 1).

<sup>6</sup> En relación con el punto 4 de su Informe («Modalités de coopération entre la Cour et les juridictions nationales – Avis consultatifs»). Véanse en este contexto los párrafos 76 a 86 de dicho Informe (*ibid.*).

<sup>7</sup> *Ibid.*, párr. 135. A propósito del mencionado Informe del Grupo, véanse ROUCOUNAS, E., «Observations sur le rapport du Groupe des Sages mis en place par le Conseil de l’Europe pour étudier le mécanisme de contrôle de la Convention européenne des droits de l’homme», *Droits Fondamentaux*, n.º 6, 2006, pp. 1-20 (en [www.droits-fondamentaux.org](http://www.droits-fondamentaux.org)) y BENOÎT-ROHMER, F., «Les sages et la réforme de la Cour européenne des droits de l’homme...», *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, vol. 73, 2008, pp. 3-24.

<sup>8</sup> Véase Conseil de l’Europe, Cour Européenne des Droits de l’Homme, «Avis de la Cour sur le rapport des Sages», adoptada por el Pleno del Tribunal el 2 de abril de 2007, 7 pp.

<sup>9</sup> El Comité Director para los Derechos Humanos (Comité Directeur pour les Droits de l’Homme/Steering Committee for Human Rights, el CDDH en acrónimo) analizó el Informe del Grupo de Sabios en su «CDDH Activity Report. Guaranteeing the long-term effectiveness of the control system of the European Convention on Human Rights», doc. CDDH(2009)007 Addendum I, párrs. 42-44 (adoptado en Estrasburgo por el CDDH en su 68ª reunión, 24-27 de marzo de 2009). Este Comité es el encargado de desarrollar concretamente los trabajos intergubernamentales del Consejo de Europa en el ámbito de los derechos humanos y está compuesto por expertos que representan a todos los Estados miembros de esa organización internacional, aunque también incluye expertos que representan a la llamada «sociedad civil».

en cristalizar, si bien, en el contexto del establecimiento de una hoja de ruta para el proceso de reforma para una eficacia a largo plazo del sistema del Convenio, se convocó posteriormente en Interlaken la Conferencia de Alto Nivel sobre el futuro del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>10</sup>, a la que siguieron las Conferencias, asimismo de Alto Nivel, de Izmir (Esmirna)<sup>11</sup> y de Brighton<sup>12</sup> sobre la misma materia y cuyas conclusiones se recogieron en tres declaraciones finales<sup>13</sup>. Dejando a salvo tanto la Declaración de Interlaken, que fue genérica en sus planteamientos respecto de la reforma del Tribunal, como la Declaración de Izmir que fue más precisa en lo que a nuestro trabajo interesa<sup>14</sup>, sin duda creo que es en la Declaración de Brighton donde se puede

<sup>10</sup> La Conferencia de Interlaken se celebró los días 18 y 19 de febrero de 2010 a iniciativa de la presidencia suiza del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

<sup>11</sup> La Conferencia de Izmir se reunió el 26 y el 27 de abril de 2011 a impulso de la presidencia turca del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

<sup>12</sup> La Conferencia de Brighton se celebró el 19 y el 20 de abril de 2012 a propuesta de la presidencia británica del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

<sup>13</sup> Véanse respectivamente Conseil de l'Europe, Conférence de haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, «Déclaration d'Interlaken», 19 de febrero de 2010, 7 pp.; Conseil de l'Europe, Conférence à haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, «Déclaration d'Izmir», 27 de abril de 2011, 7 pp. y Conseil de l'Europe, Conférence sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, «Déclaration de Brighton», 20 de abril de 2012, 9 pp. Considero igualmente de interés que se vea en este último contexto Council of Europe, European Court of Human Rights, «Preliminary opinion of the Court in preparation for the Brighton Conference», adoptada por el Pleno del Tribunal el 20 de febrero de 2012, doc. v2-#3841140, 10 pp. En relación con dicha Declaración, véanse también, entre otros, BALMOND, L., «Conférence sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme», *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 116, 2012, pp. 679-681; CONFORTI, B., «Osservazioni sulla Dichiarazione di Brighton», *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, vol. 6, 2012, pp. 649-651; RAIMONDI, G., «La Dichiarazione di Brighton sul futuro della Corte europea dei diritti dell'uomo» y ZAGREBELSKY, V., «Note sulle conclusioni della Conferenza di Brighton 'per assicurare l'avvenire della Corte europea dei diritti dell'uomo'», estos dos últimos trabajos en *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n.º 3, 2012, pp. 1-5 y n.º 4, 2012, pp. 1-5, respectivamente (ambos en [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)); O'MEARA, N., «Reforming the European Court of Human Rights: The Draft Brighton Declaration», *Verfassungsblog*, 2012, pp. 1-3 (en <https://verfassungsblog.de>); TULKENS, F., «La Cour européenne des droits de l'homme et la Déclaration de Brighton. Oublier la réforme et penser l'avenir», *Cahiers de Droit Européen*, vol. 48, 2012, pp. 305-343 y SAPIENZA, R., «L'equilibrio fra ricorsi interni e ricorsi internazionali nel processo di riforma del sistema de la Convenzione europea dei diritti umani dopo la Dichiarazione di Brighton», *La Comunità Internazionale*, vol. 68, 2013, pp. 309-319.

<sup>14</sup> Aparte de otras referencias sobre la cuestión (véase «Déclaration d'Izmir», *cit.*, párr. 13 del Preámbulo o el punto D de la misma), la Conferencia invitaba al Comité de Ministros a reflexionar sobre la oportunidad de introducir un procedimiento que permitiera a las más altas

encontrar el impulso definitivo para la adopción del Protocolo n.º 16, pues en ella expresamente se invitaba al Comité de Ministros tanto a redactar el texto de un protocolo facultativo antes de terminar 2013 como a decidir sobre la conveniencia de su adopción a fin de que los Estados partes del Convenio de 1950 aceptaran opcionalmente que el Tribunal diera opiniones consultivas sobre la interpretación del mismo en el contexto de un asunto particular a nivel nacional, sin perjuicio del carácter no obligatorio de esas opiniones para los otros Estados partes<sup>15</sup>.

En este sentido, el Comité de Ministros encargó, el 23 de mayo de 2013<sup>16</sup>, al Comité Director para los Derechos Humanos (CDDH) que redactara un proyecto de protocolo, el cual, tras los trabajos emprendidos al respecto, aprobó definitivamente dicho proyecto en su 77ª reunión<sup>17</sup>, celebrada en Estrasburgo los días 19 a 22 de marzo de 2013<sup>18</sup>, y decidió remitirlo en esa fecha al Comité de Ministros. Posteriormente, el órgano intergubernamental europeo<sup>19</sup>, en su composición de Delegados de los Ministros en la reunión de 10 de abril de 2013<sup>20</sup>, asimismo decidió transmitir tanto a la Asamblea Parlamentaria<sup>21</sup> como al Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>22</sup> aquel

---

jurisdicciones nacionales pedir opiniones consultivas al Tribunal (*ibid.*, punto 2b del apartado final de la Declaración).

<sup>15</sup> Véase «Déclaration de Brighton», *cit.*, punto B, párr. 12. Según la Conferencia, la interacción entre el Tribunal y las autoridades nacionales se vería reforzada por la introducción en el Convenio de un poder suplementario del Tribunal de emitir tales opiniones consultivas (*ibid.*).

<sup>16</sup> En su 122ª sesión.

<sup>17</sup> Véase CDDH, «Rapport», doc. CDDH(2013)R77, 8 de abril de 2013, párr. 2.

<sup>18</sup> En realidad, el Comité no sólo aprobó el proyecto definitivo de protocolo [véase CDDH, doc. CDDH (2013)R77 Add. I] sino que igualmente hizo lo propio respecto de la Memoria Explicativa del mismo que lo acompañaba [véase CDDH, doc. CDDH (2013)R77 Add. II].

<sup>19</sup> Para los textos del proyecto de protocolo y de la memoria explicativa del mismo en sede del Comité de Ministros véanse, respectivamente, doc. CM(2013)31 y doc. CM(2013)31-add., ambos de 2 de abril de 2013.

<sup>20</sup> Reunión 1168ª.

<sup>21</sup> Véase Conseil de l'Europe, Comité des Ministres, «4.3 Déclaration de Brighton – Suites à donner», doc. CM/Notes/1168/4.3, 1168ª reunión, punto 1. Este documento es de 9 de abril de 2013 y contiene el proyecto de decisión que aprobaron los Delegados de los Ministros. Asimismo, véase Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, «Projet de protocole n.º 16 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales», doc.13167 (Demande d'avis. Comité des Ministres), 23 de abril de 2013. Este documento contiene la versión presentada por el Comité de Ministros a la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

<sup>22</sup> Véase Conseil de l'Europe, Comité des Ministres, «4.3 Déclaration de Brighton – Suites à donner», doc. CM/Notes/1168/4.3, 1168ª reunión, punto 2. Este documento es de 9 de abril de 2013 y contiene el proyecto de decisión que aprobaron los Delegados de los Ministros.

proyecto con su Memoria Explicativa para que ambos órganos del Consejo de Europa expresaran su parecer sobre la cuestión, parecer que, aunque no mostrado al unísono, sí fue coincidente para tales órganos, dado que, según la Asamblea, el proyecto de protocolo debería ser adoptado por el Comité de Ministros y abierto a la firma y a la ratificación<sup>23</sup> o, según el Tribunal, porque el proyecto presentado no le ponía en ninguna dificultad seria (salvo la lingüística)<sup>24</sup>. Así las cosas, el Comité de Ministros, en su composición de Delegados de los Ministros, durante su 1176ª reunión celebrada el 10 de julio de 2013, haciéndose eco de las opiniones de la Asamblea y del Tribunal, decidió adoptar definitivamente el proyecto en tanto que Protocolo n.º 16 del Convenio abriéndolo a la firma para la fecha de 2 de octubre ese año<sup>25</sup> y, además, en la misma ocasión, los Delegados tomaron nota<sup>26</sup> de la Memoria Explicativa que acompañaba a dicho texto<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> Véase Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, «Projet de protocole n.º 16 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales», avis 285 (2013), 28 de junio de 2013, párr. 3. Asimismo, estimo de interés que se vea el informe de la Comisión de la Asamblea que abordó el asunto más directamente. [Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, «Rapport de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme. Projet de protocole n.º 16 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales» (Christopher Chope, relator), doc. 13220, 5 de junio de 2013].

<sup>24</sup> Véase Conseil de l'Europe, Cour Européenne des Droits de l'Homme, «Avis de la Cour sur le projet de Protocole n.º 16 à la Convention élargissant la compétence de la Cour afin de lui permettre de rendre des avis consultatifs sur l'interprétation de la Convention», adoptada por el Pleno del Tribunal el 6 de mayo de 2013, doc. DD(2013)534-rev, párr. 15.

<sup>25</sup> Véase Conseil de l'Europe, «Protocole n.º 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales», 2 de octubre de 2013, *Série des Traités du Conseil de l'Europe (STCE)*, n.º 214.

<sup>26</sup> Véase Conseil de l'Europe, Comité des Ministres, «4.4 Déclaration de Brighton – Suites à donner», doc. CM/Notes/1176/4.4, 1176ª reunión (este doc. es de 9 de julio de 2013).

<sup>27</sup> Véase Conseil de l'Europe, «Rapport explicatif. Protocole n.º 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales», 7 pp. No es el momento para hacer el análisis de la naturaleza jurídica de dicha Memoria, memoria que por otro lado no es infrecuente en el proceso de elaboración normativa que se sigue habitualmente en el Consejo de Europa en donde los instrumentos convencionales adoptados bajo su impulso se acompañan de los informes explicativos pertinentes, pero la respuesta a esa indagación tendría que tener en cuenta, particularmente, lo previsto en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. En todo caso, tal Memoria no forma parte del texto del Protocolo, deduciéndose por lo además de la práctica de esa organización internacional que no es una interpretación autorizada del mismo, pero sí sirve para clarificar el fin y el propósito de dicho instrumento jurídico, facilitando la aplicación de sus disposiciones.

## 3. UNA CUESTIÓN PREVIA QUE NO ES BALADÍ: LA TERMINOLÓGICA

Desde el comienzo del proceso de reforma que ha concluido con la adopción del Protocolo n.º 16<sup>28</sup>, en particular si se analiza la documentación pre-

<sup>28</sup> Respecto de dicho instrumento pueden verse ASTA, G., «Il Protocollo N. 16 alla CEDU: chiave di volta del sistema europeo di tutela dei diritti umani?», *La Comunità Internazionale*, vol. 68, 2013, pp. 773-791; CRIVELLI, E., «I protocolli n. 15. e n. 16 alla CEDU: nel futuro della Corte di Strasburgo un rinvio pregiudiziale di interpretazione?», *Quaderni Costituzionali*, 2013, pp. 1021-1023; DZEHTSIAROU, K., «Advisory Opinions: More Cases for the Already Overburdened Strasbourg Court», *Verfassungsblog*, 2013, pp. 1-3 (en <https://verfassungsblog.de>); FENWICK, H., «Prisoners' Voting Rights, Subsidiarity, and Protocols 15 and 16: Re-creating Dialogue With the Strasbourg Court?», *UK Const. L. Blog*, 2013, (en <http://ukconstitutionallaw.org>); GRAGL, P., «(Judicial) Love is Not a One-Way Street: The EU Preliminary Reference Procedure as a Model for ECtHR Advisory Opinions under Draft Protocol No. 16», *European Law Review*, vol. 38, 2013, pp. 229-247; O'MEARA, N., «Reforming the European Court of Human Rights through Dialogue? Progress on Protocols 15 and 16 ECHR», *UK Const. L. Blog*, 2013 (en <http://uk.constitutional.org>); PETRALIA, V., «A proposito del futuro della Corte europea dei diritti dell'uomo. Prime note sul Protocollo n. XVI alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo», *I Quaderni Europei*, n.º 57, 2013, pp. 1-24 (en <http://www.cde.unict.it>); SAPIENZA, R., «L'equilibrio fra ricorsi interni e ricorsi internazionali nel processo di riforma del sistema della Convenzione europea dei diritti umani dopo la Dichiarazione di Brighton», *La Comunità Internazionale*, vol. 68, 2013, pp. 309-319; SZYMCZAK, D., «L'institutionnalisation du dialogue des juges: Un nouvel espoir pour une vraie subsidiarité?», *Journal d'Actualité des Droits Européens*, 2013 (en <https://revue-jade.eu>); VECCHIO, F., «Le prospettive di riforma della Convenzione europea dei diritti umani tra limiti tecnici e 'cortocircuiti' ideologici», *Osservatorio Costituzionale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n.º 1, 2013, pp. 1-8. (en <http://www.osservatorio-aiac.it>), trabajo publicado también en *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2014, pp. 99-102; ZANGHI, C., «I progetti di protocolli 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo», *Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale*, 2013, pp. 24-38; CENTAMORE, G. y AGOSTINI, B., «Protocollo XVI alla Convenzione Europea dei Diritti Umani: Osservazioni generali», *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014, pp. 1-17 (en [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)); CHIARLONI, S., «Il nuovo protocollo 16 per la Corte europea dei diritti dell'uomo: un passo ulteriore verso il governo dei giudici?», *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 69, 2014, pp. 1311-1319; CONTI, R., «La richiesta di 'parere consultivo' alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea», *Consulta on line* (2014), pp. 1-27 (en <http://www.giurcost.org>); DE SENA, P., «Caratteri e prospettive del Protocollo 16 nel prisma dell'esperienza del sistema interamericano di protezione dei diritti dell'uomo», *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, vol. 8, 2014, pp. 593-606; DZEHTSIAROU, K. y O'MEARA, N., «Advisory jurisdiction and the European Court of Human Rights: a magic bullet for dialogue and docket-control», *Legal Studies*, vol. 34, 2014, pp. 444-468; GERARDS, J., «Advisory Opinions, Preliminary Rulings and the New Protocol No. 16 to the European Convention of Human Rights: A Comparative and Critical Appraisal», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 21, 2014, pp. 630-651; JAHN, J., «Normative Guidance from Strasbourg Through Advisory Opinions. Deprivation or Relocation of the Convention's Core?», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 74, 2014, pp. 821-846; LÓPEZ GUERRA, L. M.<sup>a</sup>, «Los Protocolos de reforma n.º 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 49,

paratoria al respecto, claramente se deduce que los fines perseguidos por tal proceso, entre otros, era la instauración de un procedimiento de petición consultiva en el que las más altas jurisdicciones judiciales de un Estado podrían dirigirse al Tribunal europeo solicitando su parecer sobre la interpretación o aplicación del Convenio de 1950 o sus Protocolos, esto es, se pretendía establecer un procedimiento en el que la proyectada solicitud consultiva podría hacerse por el más alto tribunal nacional al Tribunal europeo, con lo que la cuestión quedaba enmarcada en una relación de tribunal a tribunal. Dicho en otros términos que incluso ha utilizado el propio Tribunal europeo, tal proceso de reforma conllevaba la «ampliación de su competencia para dar opiniones consultivas», pero, añadido yo, a petición de otro tribunal, un tribunal nacional de la más alta jurisdicción.

Esta idea es la que finalmente ha cristalizado en el texto del Protocolo aludido, pero creo que puede conducir a error y me parece que no es la más pertinente ni precisa teniendo en cuenta la realidad de las cosas, al menos en lo que se refiere al Derecho internacional. En este sentido y aunque claramente la reforma se ha inspirado en buena medida en el modelo de la «cuestión pre-

---

2014, pp. 11-29; NALIN, E., «I Protocolli n. 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo», *Studi sull'integrazione europea*, vol. IX, 2014, pp. 117-145; POLLICINO, O., «La Corte costituzionale è una 'alta giurisdizione nazionale' ai fini della richiesta di parere alla Corte EDU ex Protocollo n. 16?», 2014, pp. 1-17 (en <http://www.forumcostituzionale.it>), trabajo también publicado en *Il diritto dell'Unione Europea*, 2014, pp. 293-315; RUGGERI, A., «Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra la Corti Europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla CEDU e all'entrata in vigore del Prot. 16)», *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n.º 1, 2014, pp. 1-18 (en [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)); RUNAVOT, M.-C., «Le Protocole n.º 16 à la Convention européenne: réflexions sur une nouvelle espèce du genre», *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 118, 2014, pp. 71-93; SICILIANOS, L.-A., «L'élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne de droits de l'homme –À propos du Protocole n.º 16 à la Convention européenne des droits de l'homme», *Revue Trimestrielle de Droits de l'Homme*, n.º 97, 2014, pp. 9-29; SORRENTI, G., «Un'altra cerniera tra giurisdizioni statali e Corti sovranazionali? L'introduzione della nuova funzione consultiva della Corte di Strasburgo da parte del Protocollo n. 16 CEDU», 2014, pp. 1-18 (en <http://www.forumcostituzionale.it>); LAMARQUE, E. (ed.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, Turín, 2015 (algunos trabajos contenidos en este volumen fueron publicados previamente y aparecen en esta cita); O'MEARA, N., «Reforming the ECtHR: The Impacts of Protocols 15 and 16 to the ECHR», *iCourts Working Paper Series*, n.º 31, 2015, 32 pp. (en <http://jura.ku.dk/icourts>); POSENATO, N., «Il Protocollo n. 16 alla CEDU e il rafforzamento della giurisprudenza sui diritti umani in Europa», *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2014, pp. 1421-1443; y PIRRONE, P., «Il Protocollo n. 16 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: i pareri pregiudiziali della Corte di Strasburgo», *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, n.º 1, 2016, pp. 75-117.



judicial» que puede plantear un tribunal nacional al Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>29</sup>, tradicionalmente y como principio general la función consultiva de un tribunal internacional o, si se quiere, su competencia para emitir una opinión consultiva, se ha establecido para que un órgano político se dirija al tribunal pertinente solicitándole que este dé su parecer sobre una cuestión jurídica, como lo demuestran los casos, desde luego este como ejemplo señero, de la Corte Internacional de Justicia<sup>30</sup>, así como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>31</sup> o de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos<sup>32</sup>. En otras palabras, me parece que cuando en el ámbito del Derecho internacional se alude a la función consultiva de un tribunal internacional la idea que se viene primera y rápidamente a la cabeza entre personas versadas en la materia es la referida a la actividad de respuesta que lleva a cabo dicho tribunal ante una consulta jurídica hecha por un órgano político legitimado para ello, sea de una organización internacional (llámese, por ejemplo, Asamblea General, Consejo de Seguridad o Consejo Económico y Social, todos ellos de

<sup>29</sup> Por lo demás, en cierta manera y guardando las distancias, la fórmula finalmente adoptada nos recuerda bastante a la figura del «reenvío de retorno o de primer grado» en el ámbito del Derecho internacional privado.

<sup>30</sup> Véanse el artículo 96 de la Carta de las Naciones Unidas y los artículos 65 a 68 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

<sup>31</sup> Véase el artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). En este caso, aparte de algunos órganos de la misma, los Estados miembros de la organización (la Organización de Estados Americanos) pueden acudir al tribunal en solicitud de una opinión consultiva. (Texto obtenido en la página web oficial de la OEA). Para la diferencia entre el sistema de tutela americano y el europeo en el contexto de este trabajo, véanse DE SENA, P., «Caratteri e prospettive del Protocollo 16...», *op. cit.*, pp. 593-606 y POSENATO, N., «Il Protocollo n. 16 alla CEDU e il rafforzamento...», *op. cit.*, pp. 1431-1434. Asimismo, pueden verse BUEGENTHAL, T., «The Advisory Practice of the Inter-American Human Rights Court», *American Journal of International Law*, vol. 79, 1985, pp. 1-27; y TIGROUDJA, H., «La fonction consultative de la Cour interaméricaine des droits de l'homme», *La fonction consultative...*, *op. cit.*, pp. 67-85.

<sup>32</sup> Véase el artículo 4 del Protocolo de 10 de junio de 1998 adicional a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, instrumento constitutivo de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. (Véase «Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights»). Dicho Protocolo será reemplazado, cuando entre en vigor, por el «Protocole portant statut de la Cour Africaine de Justice et des Droits de l'Homme» adoptado el 1 de julio de 2008. Este último Protocolo unificará la Corte de Justicia de la Unión Africana (o Unidad Africana) creada el 11 de julio de 2003 (véase «Protocol of the Court of Justice of the African Union» adoptado en esa fecha) con la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, pero en su artículo 53 asimismo establece la posibilidad de que la Corte africana pueda emitir opiniones consultivas. En ambas disposiciones citadas, son órganos políticos en conexión con la Unidad Africana los que pueden solicitar dichas opiniones. (Textos obtenidos en la página web oficial de la Unidad Africana). Sobre el particular puede verse ONDOUA, A., «La fonction consultative de la Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples», *La fonction consultative...*, *op. cit.*, pp. 105-116.

las Naciones Unidas) o sea incluso, en su caso, de un Estado (considerando que el Gobierno, siendo el máximo representante del mismo, no deja de ser un órgano político), pero no la de identificar dicha función con una consulta hecha entre tribunales, esto es, en una relación de tribunal a tribunal.

La constatación de que el juego de las opiniones consultivas queda en el ámbito de dos tribunales de justicia requerirá un mayor esfuerzo para la percepción de las cosas, porque los términos designan o deben designar claramente la realidad a la que se refieren. Incluso la denominación de la cuestión elegida por las autoridades europeas, incluyendo el TEDH, de «ampliación de su competencia consultiva» es equívoca o puede conducir a error. Y aunque reconozca que todo depende de cómo se interprete esa denominación, verdaderamente el Protocolo n.º 16 lo que hace no es ampliar (si entendemos por ampliar, extender la condición de lo que ya se posee) la competencia consultiva que el TEDH ya tiene, sino otorgar una nueva competencia que, hasta el momento en que entre en vigor su texto, el Tribunal nunca ha tenido.

Conviene hacer memoria al respecto. Cuando se elaboró el texto del Convenio de 1950 al Tribunal no se le dotó de la competencia para poder desarrollar una función consultivamente. Fue tiempo después, mediante la aprobación del Protocolo n.º 2 al Convenio<sup>33</sup>, cuando adquirió jurídicamente esa posibilidad y posteriormente, asimismo mediante la aprobación de otro Protocolo, el n.º 11, se produjo su incorporación al texto convencional, particularmente en los artículos 47, 48 y 49. En este sentido, el artículo 47 señala que el Tribunal podrá emitir opiniones consultivas a solicitud del Comité de Ministros del Consejo de Europa acerca de cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y de sus Protocolos, pero tales opiniones no podrán referirse ni a las cuestiones que guarden relación con el contenido o con la extensión de los derechos y libertades definidos en el Título I del Convenio y sus Protocolos ni a las demás cuestiones de las que el Tribunal o el Comité de Ministros pudieran conocer de resultados de la presentación de un recurso previsto por el Convenio.

Por tanto y dejando a salvo la cantidad de veces que haya efectivamente ejercido su competencia consultiva el Tribunal<sup>34</sup>, la única posibilidad de emitir una opinión de ese carácter, hasta que comience a tener vigencia el Protocolo

---

<sup>33</sup> El Protocolo n.º 2 tiene fecha de 6 de mayo de 1963 y entró en vigor el 21 de septiembre de 1970.

<sup>34</sup> El Tribunal ha emitido dos opiniones consultivas en este contexto. (Véanse «Advisory Opinion on Certain Legal Questions Concerning the Lists of Candidates Submitted with a View to the Election of Judges to the European Court of Human Rights» (n.º 1), de 12 de febrero de 2008 y «Advisory Opinion on Certain Legal Questions Concerning the Lists of Candidates Submitted with a View to the Election of Judges to the European Court of Human Rights» (n.º 2), de 22 de enero de 2010).

nº 16, es la contemplada en la mencionada disposición del Convenio<sup>35</sup>, con lo que, por lo demás, la regulación al efecto no difiere de lo que podemos considerar es la tradicional y general en el Derecho internacional, esto es, la que establece que, en dándose las condiciones jurídicas requeridas, un órgano judicial, el TEDH, da su opinión sobre la cuestión planteada por un órgano político, el Comité de Ministros.

Con el Protocolo nº 16 esto no ocurrirá, puesto que, como ya se dicho, el peticionario de una opinión consultiva será un tribunal de justicia nacional (la más alta institución judicial de un Estado) el que podrá dirigirse a otro tribunal de justicia, el Tribunal europeo, planteándole que este interprete o valore la aplicabilidad del Convenio de 1950 o sus Protocolos, con lo que la relación consultiva quedará entre tribunales de justicia.

Y es que esa relación asimismo normalmente en el Derecho internacional está reconocida bajo la fórmula de «cuestión prejudicial», «recurso prejudicial», «reenvío prejudicial» u otras parecidas y de la que es buen exponente de la misma la que se da en la Unión Europea entre los tribunales nacionales de los Estados miembros y el Tribunal de Justicia de la Unión, en particular, a tenor de lo previsto en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Ahora bien, si las cosas son así nos podemos preguntar por qué el Protocolo nº 16 se ha separado de lo que entiendo hubiera sido lógico siguiendo esa práctica en el ámbito del Derecho internacional y en vez de establecer un procedimiento consultivo no ha establecido un procedimiento prejudicial.

Dejando de lado otros argumentos que no me es posible analizar en este trabajo por razones de espacio y de que en realidad la cuestión terminológica no sólo incide en lo formal sino en lo material, pues las consecuencias de la utilización de los términos aludidos nos llevan finalmente a consecuencias dispares<sup>36</sup>, creo que

<sup>35</sup> En cuanto a esa eventualidad, véanse ROBERTSON, A.-H., «Advisory Opinions of the Court of Human Rights», *René Cassin. Amicorum discipulorumque liber*, t. I, *Problèmes de protection internationale des Droits de l'Homme*, Pedone, París, 1969, pp. 225-240; DRZEMCZEWSKI, A., «Advisory Jurisdiction of the European...», *op. cit.*, pp. 493-514; SZYMCZAK, D., «La compétence consultative...», *op. cit.*, pp. 89-104 y COSTA, J.-P. y TITIUN, J., «Les avis consultatifs devant la Cour européenne des droits de l'homme», en AKANDJI-KOMBÉ, J.-F. (coord.), *L'homme dans la société internationale: Mélanges en hommage au Professeur Paul Tavernier*, Bruylant, Bruselas, 2013, pp. 605-611.

<sup>36</sup> Para la comparación entre el procedimiento consultivo y el reenvío prejudicial pueden verse, entre otros, BENOÎT-ROHMER, F., «Les perspectives de réformes à long terme de la Cour européenne de droits de l'homme: 'certiorari' versus renvoi préjudiciel», *Revue Universelle de Droits de l'Homme*, vol. 14, 2002, pp. 313-319, en particular pp. 314-316; GRAGL, P., «(Judicial) Love is Not...», *op. cit.*, pp. 229-247; DE SENA, P., «Caratteri e prospettive...», *op. cit.*, pp. 599-600; PIRRONE, P., «Il Protocollo n. 16 della Convenzione...», *op. cit.*, pp. 83-85; GERARDS, J., «Advisory Opinions...», *op. cit.*, pp. 640-645; y CONTI, R., «La richiesta di 'parere consultivo'...», *op. cit.*, pp. 6-10.

el factor más importante que ha inclinado la balanza a favor del procedimiento consultivo, es el hecho de que la respuesta que diera el Tribunal Europeo a la petición consultiva que haga el juez nacional no va a ser vinculante para este, lo que no ocurre con el procedimiento prejudicial, por lo que el tribunal nacional conserva la discrecionalidad de aplicar lo establecido en su resolución por el TEDH al caso del que entiende en la instancia estatal. O dicho con otras palabras, se ha buscado por los redactores del Protocolo que la respuesta del TEDH no sea vinculante y, en consecuencia, el procedimiento que mejor encajaba, tanto desde la teoría como desde la práctica del Derecho internacional, era el procedimiento consultivo que, bien es sabido, como principio general, aunque con excepciones<sup>37</sup>, no obliga, al menos formalmente hablando, al órgano o entidad peticionaria a seguir lo estipulado en el dictamen judicial. Claro, que este diseño abre una nueva o parecida interrogante que trataré de contestar más adelante: si no es vinculante la opinión del TEDH, ¿qué sentido tiene, llegado el caso, el hecho de que la dé?

#### 4. OBJETIVOS PERSEGUIDOS POR EL PROTOCOLO

El espíritu del Protocolo nº 16 es el de favorecer el diálogo entre los tribunales nacionales y el TEDH a efectos de una mejor aplicación del sistema establecido por el Convenio, particularmente procurando, entiendo yo, la más correcta y homogénea interpretación de las normas jurídicas por aquellos tribunales para alcanzar el grado pertinente de protección jurisdiccional de los derechos humanos. Se trata pues de un mecanismo de cooperación entre jurisdicciones (las estatales y la europea)<sup>38</sup> –que en buena medida puede subsanar la renuente en ocasiones falta de colaboración entre ellas, que algún autor ha tildado de talón de Aquiles del sistema del Convenio<sup>39</sup>–, pero que ha recibido el respaldo total del TEDH<sup>40</sup>. Es más, el propio Protocolo es bastante nítido al

<sup>37</sup> En ese sentido, véase por ejemplo el caso del Tribunal de Justicia de la Unión Europea según lo establecido en el artículo 218,11 del Tratado de Funcionamiento de dicha Unión.

<sup>38</sup> No obstante, como bien ha señalado Garlicki, la cooperación entre tribunales «may only exist if there is, on both sides, a mutual respect and a common will to act together. The judges are, in principle, reasonable creatures and the very nature of their training should encourage them to avoid unnecessary confrontations». (Véase GARLICKI, L., «Cooperation of courts: The role of supranational jurisdictions in Europe», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 6, 2008, pp. 509-530, la cita en p. 530). Véase también en este contexto FRISHMAN, O., «Transnational Judicial Dialogue as an Organisational Field», *European Law Journal*, vol. 19, 2013, pp. 739-758.

<sup>39</sup> Véase SICILIANOS, L.-A., «L'élargissement de la compétence...», *op. cit.*, p. 12.

<sup>40</sup> Véanse Conseil de l'Europe, Cour Européenne de Droits de l'Homme, «Document de réflexion sur la proposition d'élargissement de la compétence consultative de la Cour», doc. #3853040, marzo de 2012, párr. 9 e igualmente el documento del Tribunal «Avis de la Cour...», *op. cit.*, párr. 15.

respecto, pues en su Preámbulo señala que la extensión de la competencia del Tribunal para dar opiniones consultivas reforzará la interacción entre el Tribunal y las autoridades nacionales y consolidará así la aplicación del Convenio conforme al principio de subsidiariedad<sup>41</sup>.

Precisamente, junto ese objetivo fundamental, una de las consecuencias del Protocolo n.º 16 o, si se prefiere, un objetivo indirecto del mismo va a ser el robustecimiento de dicho principio en el que el papel primario del sistema europeo protector de los derechos humanos lo debe ejercer el Estado parte en el Convenio, en particular sus órganos judiciales de más alta instancia. En efecto, si, como ha escrito el profesor PASTOR RIDRUEJO, el principio de subsidiariedad en el ámbito de los derechos humanos significa tanto que, pese a la existencia de normas y mecanismos internacionales al respecto, el Estado es el protector principal de los derechos humanos y libertades fundamentales –lo que quiere decir que a él compete la responsabilidad primordial de respetarlos, hacerlos respetar y asegurar la reparación de las violaciones– como que, tratándose de la protección jurisdiccional de esos derechos y libertades, el juez nacional es el juez natural<sup>42</sup>, fácilmente se colegirá que las jurisdicciones nacionales, las que sean de más alta instancia, van a cumplir mejor con el citado principio al aplicar, llegado el caso, la interpretación normativa que dé el Tribunal en el contexto nacional del sistema del Convenio. Y todo ello sin olvidar el reconocimiento formal que del principio de subsidiariedad<sup>43</sup> ha hecho el Protocolo n.º 15<sup>44</sup> al Convenio de 1950.

<sup>41</sup> Véase «Protocole n.º 16 à la Convention...», *op. cit.*

<sup>42</sup> Véase PASTOR RIDRUEJO, J. A., «La subsidiariedad, principio estructural del Derecho internacional de los derechos humanos», *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vols. VIII-IX, 2004/2005, pp. 37-50, la cita en p. 37. [Véase también del mismo autor su trabajo «Le principe de subsidiarité dans la Convention européenne des droits de l'homme», en BRÖHMER, J. et al. (coord.), *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte: Festschrift für Georg Ress zum 70. Geburtstag am 21. Januar 2005*, Carl Heymanns, Colonia, 2005, pp. 1077-1083].

<sup>43</sup> En cuanto al principio de subsidiariedad por su repercusión indirecta en el contexto de este trabajo véanse SIMON, D., «La subsidiarité juridictionnelle: notion-gadget ou concept opératoire?» y TRAIN, F., «Le renvoi préjudiciel et la subsidiarité», ambos estudios publicados en *Revue des Affaires Européennes*, n.º 1-2, 1998, pp. 84-94 y pp. 102-107, respectivamente. Asimismo, véase DUPONT-LASSALLE, J., «La 'subsidiarité juridictionnelle', instrument de l'intégration communautaire?», *Droit et Société*, n.º 80, 2012, pp. 47-71 (en [www.cairn.info](http://www.cairn.info)). Más específicamente en relación con dicho contexto, véanse, entre otros, SUDRE, F., «La subsidiarité, 'nouvelle frontière' de la Cour européenne des droits de l'homme. À propos des Protocoles 15 et 16 à la Convention», *La Semaine Juridique*, n.º 42, 2013, pp. 1911-1920; y ZANGHI, C., «I progetti di protocollo...», *op. cit.*, pp. 27-30.

<sup>44</sup> Véase «Protocole n.º 15 portant amendement à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales», 24 de junio de 2013, *STCE* n.º 103, en particular el

Pero, con independencia de que haya otros objetivos que concurrentemente se pueden alcanzar mediante la puesta en práctica del Protocolo asumiendo el Tribunal una nueva faceta consultiva –así por ejemplo el de reforzar su papel «constitucional»<sup>45</sup>, o el de contribuir a evitar el surgimiento de controversias entre los tribunales internos y el europeo<sup>46</sup>, o, en definitiva, el de reforzar la eficacia del tribunal<sup>47</sup>–, hay otro objetivo, también indirecto, sobre el que ha insistido particularmente el propio Tribunal. Me refiero a la descarga de trabajo que puede suponer el nuevo procedimiento<sup>48</sup>. En este sentido, aunque el Tribunal ha expresado los riesgos que en unos primeros momentos dicho procedimiento puede arrostrar, el órgano judicial se muestra más bien convencido de que a la larga se producirá una disminución de su carga de trabajo, dado que, señala, mediante el procedimiento consultivo previsto, el Tribunal clarificaría cuestiones relativas a la interpretación del Convenio en un estadio precoz y, así, anticiparía y evitaría la introducción ante él de un número quizás elevado de demandas individuales que plantearan la misma cuestión<sup>49</sup>. En cualquier caso, veremos si el tiempo da la razón al Tribunal, pero no estoy tan convencido como él de que ello vaya a ser así<sup>50</sup>.

---

artículo 1 que introduce en el preámbulo del Convenio un nuevo considerando. Así: «Affirmant qu'il incombe au premier chef aux Hautes Parties contractantes, conformément au principe de subsidiarité, de garantir le respect des droits et libertés définis dans la présente Convention et ses protocoles, et que, ce faisant, elles jouissent d'une marge d'appréciation, sous le contrôle de la Cour européenne des Droits de l'Homme instituée par la présente Convention». (Este Protocolo, a fecha de 31 de enero de 2018, aún no está en vigor).

<sup>45</sup> Véanse a este respecto «Rapport du Groupe des Sages au Comité des Ministres», *cit.*, párr. 81 y «Document de réflexion sur la proposition d'élargissement de la compétence consultative de la Cour», *cit.*, párr. 5. Asimismo, sobre esta cuestión, véase GREER, S. y WILDHABER, L., «Revisiting the Debate about 'constitutionalising' the European Court of Human Rights», *Human Rights Law Review*, vol. 12, 2012, pp. 655-687.

<sup>46</sup> Véase en este sentido el «Document de réflexion sur la proposition d'élargissement de la compétence consultative de la Cour», *cit.*, párr. 6.

<sup>47</sup> *Ibid.*, párr. 16. Para el Tribunal, este debe ser «l'objectif-clé de la réforme».

<sup>48</sup> A 1 de enero de 2018 el Tribunal tenía pendientes 56250 asuntos. (Obtengo los datos de la página web oficial del Tribunal. Visitada el 15 de enero de 2018). *Res ipsa loquitur*.

<sup>49</sup> Véase el «Document de réflexion sur la proposition d'élargissement de la compétence consultative de la Cour», *cit.*, párr. 14.

<sup>50</sup> En cuanto a las dudas que plantea el procedimiento establecido en el Protocolo, véanse, por ejemplo, ASTA, G., «Il Protocollo N. 16 alla CEDU...», *op. cit.*, p. 788; CENTAMORE, G. y AGOSTINI, B., «Protocollo XVI alla Convenzione...», *op. cit.*, p. 7; CHIARLONI, S., «Il nuovo protocollo 16 per la Corte...», *op. cit.*, pp. 1314; DZEHTSIAROU, K. y O'MEARA, N., «Advisory jurisdiction...», *op. cit.*, p. 468; GERARDS, J., «Advisory Opinions...», *op. cit.*, p. 639; RUNAVOT, M.-C., «Le Protocole n.º 16 à la Convention...», *op. cit.*, pp. 84-91; y VECCHIO, F., «Le prospettive di riforma della Convenzione...», *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, *cit.*, pp. 101-102.

## 5. ALCANCE DEL PROTOCOLO

Al contrario de lo que suele ser usual en el sistema europeo de protección de los derechos humanos, en el que los protocolos que se van consecutivamente adoptando tienen valor obligatorio para los Estados partes en el Convenio, esto es, porque la puesta en práctica de esos instrumentos internacionales está condicionada por la aceptación de todos esos Estados, y en consecuencia de no haber una aceptación unánime mediante la oportuna y respectiva manifestación del consentimiento tales instrumentos no despliegan efectos jurídicos, el Protocolo n.º 16, abandonando esa práctica, tiene carácter facultativo<sup>51</sup>, por lo que, aunque sea una obviedad, los Estados pueden o no consentir en ser partes en él, afectándoles su eficacia jurídica según presten o no su consentimiento al respecto. Dicho en otros términos, cuando al menos diez Estados partes del Convenio de 1950 expresen su voluntad en quedar vinculados por el Protocolo n.º 16<sup>52</sup> dicho instrumento entrará en vigor<sup>53</sup>, pero lo hará sólo en relación con aquellos Estados que se vinculen al mismo porque lo hayan aceptado<sup>54</sup>. En realidad, dada esa característica del Protocolo y en el supuesto de que alguno de los Estados partes en el Convenio no lo aceptase, se ha venido a diseñar entre los Estados que sí se obliguen con dicho instrumento un a modo de «cooperación reforzada», aunque en el ámbito judicial, que en cierta medida y salvando las distancias recuerda mucho a tal forma de cooperación que se da en la Unión Europea.

Pero, aceptándose el Protocolo por un Estado y una vez en vigencia, las más altas jurisdicciones de ese Estado pueden dirigirse al Tribunal Europeo de

---

<sup>51</sup> Otras características que definen al Protocolo según sus propias disposiciones son, por un lado, que los Estados deben considerar a los artículos 1 a 5 del mismo (los nucleares, por cierto, de dicho instrumento) como artículos adicionales al Convenio, aplicándose, en consecuencia, todas las disposiciones del Convenio (art. 6) y, por otro, que no puede ser objeto de reservas (art. 9).

<sup>52</sup> Para ser preciso, el Protocolo entrará en vigor el primer día del mes siguiente una vez transcurridos tres meses desde la fecha en la que diez Estados partes del Convenio manifiesten su consentimiento a aquél (art. 8 del Protocolo). Véase también, en este contexto, el artículo 7 de este instrumento que contempla las formas mediante las cuales los Estados pueden prestar su consentimiento para quedar vinculados por él.

<sup>53</sup> A fecha de 15 de enero de 2018 sólo ocho Estados han expresado su consentimiento respecto del Protocolo. Estos Estados son: Albania, Armenia, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Georgia, Lituania y San Marino. Otros diez Estados (entre los que no se encuentra España) lo han firmado, pero aún no han prestado su consentimiento al mismo.

<sup>54</sup> Lógicamente, el Estado que hubiere aceptado el Protocolo podrá denunciarlo sin necesidad de hacer lo propio con respecto al Convenio y en consonancia con su artículo 58. (Véase en este sentido el «Rapport explicatif. Protocole n.º 16...», *cit.*, párr. 28).

Derechos Humanos en petición de una opinión consultiva sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades definidos por el Convenio o sus protocolos<sup>55</sup>. Por lo tanto, los legitimados y llamados a iniciar el procedimiento previsto en el instrumento de Estrasburgo son los órganos judiciales de más elevada instancia que existan en cada Estado parte que, en mi opinión, no tienen que ser necesariamente los órganos judiciales que estén en la cúspide del sistema jurisdiccional interno, sino que pueden ser los órganos que sean realmente la última instancia nacional que conozca de cuestiones relativas a los derechos humanos, aunque no sea, dentro de la estructura organizativa interna, la instancia judicial más alta. No obstante, el propio Protocolo es clarificador respecto de cuáles puedan ser esas instancias, pues, a tenor de su artículo 10, cada Estado debe indicar qué tribunales designa como tales<sup>56</sup> e incluso que esa designación pueda ser modificada en cualquier momento por el susodicho Estado de la misma manera<sup>57</sup>, señala el texto, en la que se hubiera hecho conocer la previa decisión estatal indicando los tribunales correspondientes, señalo yo.

Sin embargo, la disposición del artículo 1.1 del Protocolo trae un riesgo, no menor, que puede ir contra uno de los objetivos perseguidos con su adopción: contra la disminución de la carga de trabajo del TEDH. Así, admitido que dicha disposición se refiere en plural a la más alta instancia jurisdiccional nacional<sup>58</sup> –por lo que, al menos a primera vista y atribuyendo diversamente

<sup>55</sup> Véase artículo 1.1 del Protocolo.

<sup>56</sup> Bien en el momento de la firma, en el de la prestación del consentimiento (por ratificación, aceptación o aprobación) o mediante una declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa.

<sup>57</sup> Véase el último inciso del artículo 10. Nótese que, si bien el Protocolo viene a indicar que esa modificación de la designación se hará de la misma manera en que se hubiera hecho tal designación (esto es, mediante firma, prestación del consentimiento o declaración unilateral), en la práctica esas posibilidades quedan limitadas a la firma (porque después de ella se cambie la decisión del Estado en el momento de la prestación del consentimiento por este mediante ratificación, aceptación o aprobación) y a la declaración unilateral al efecto (porque si se hubiera expresado en un momento dado el consentimiento por el Estado en cuestión a través de ratificación, aceptación o aprobación lógicamente no se va a proceder *a posteriori* a volver a evacuar los instrumentos constitutivos de tales fórmulas jurídico-volitivas por el Estado interesado). Adviértase, no obstante, que, aunque la firma pueda ser constitutiva de prestación del consentimiento, en estas líneas se la considera a título de autenticación del texto convencional. En este orden de cosas, el artículo 7 del Protocolo establece que este está abierto a la firma de los Estados contratantes del Convenio que pueden expresar su consentimiento para estar vinculados, bien por la firma sin reserva de ratificación, aceptación o aprobación, bien por la firma bajo reserva de ratificación, de aceptación o de aprobación, seguida de ratificación, de aceptación o de aprobación.

<sup>58</sup> Nótese que la redacción del referido párrafo 1 del artículo 1 del Protocolo utiliza el plural en las dos lenguas que hacen fe del texto. En efecto, la redacción francesa establece «[L]es plus hautes juridictions d'une Haute Partie contractante» y la inglesa «[H]ighest courts and tribunals of a



la posibilidad de petición consultiva a todos y a cada uno de ellos, pueden ser varios los tribunales que, teniendo la condición de ser la más alta instancia judicial de un Estado, podrán plantear indiferentemente una opinión consultiva al Tribunal de Estrasburgo—, admitido que, en consonancia con dicha disposición, será cada Estado el que designe concretamente qué órganos judiciales estarán facultados para ello<sup>59</sup> y admitido incluso, como he venido a señalar antes además en línea con el pensamiento del Tribunal<sup>60</sup>, que un tribunal nacional que no sea la instancia más elevada en la organización judicial de un Estado pueda ser la última instancia en relación con los derechos humanos<sup>61</sup>, cabe la eventualidad de que el número de tribunales señalados por cada Estado haga un total exagerado de tales jurisdicciones como posibles peticionarias, lo que realmente podría asfixiar al TEDH y por tanto su función. Situándonos en la práctica desarrollada por los ocho Estados que han aceptado el Protocolo hasta el momento de redacción de estas líneas<sup>62</sup>, lo general es que cada uno de ellos haya indicado uno o dos tribunales como facultados para promover una opinión consultiva a Estrasburgo<sup>63</sup>, pero hay un caso, el de Rumanía, que aun no habiendo prestado su consentimiento al Protocolo sí lo ha firmado, que ha señalado, en el momento de la firma, diecisiete de sus tribunales como posibles peticionarios de un dictamen consultivo al TEDH. En este sentido y haciendo

---

High Contracting Party» de lo que se deduce que pueden ser varios los tribunales que, teniendo la condición de ser la más alta instancia judicial de un Estado, pueden plantear indiferentemente una opinión consultiva al Tribunal de Estrasburgo.

<sup>59</sup> La formulación del artículo 10 del Protocolo en el sentido de que los Estados serán los que indiquen «quelles juridictions» («the courts or tribunals») podrán solicitar una opinión consultiva a Estrasburgo está destinada, según la Memoria Explicativa del Protocolo, a evitar complicaciones eventuales dejando a los Estados una cierta libertad de elección y aporta la flexibilidad necesaria para tener en cuenta las particularidades de los sistemas judiciales nacionales. (Véase «Rapport explicatif. Protocole n.º 16...», *op. cit.*, párr. 8).

<sup>60</sup> Véase «Avis de la Cour sur le projet de Protocole n.º 16 à...», *cit.*, párr. 6.

<sup>61</sup> En la Memoria Explicativa del Protocolo se viene a indicar que, aunque los términos «les plus hautes juridictions» y sus correspondientes en inglés («highest courts and tribunals») reenvían a las jurisdicciones situadas en la cumbre del sistema judicial nacional, su utilización permite la inclusión eventual de jurisdicciones que, bien que siendo inferiores al Tribunal Constitucional o Supremo, son, sin embargo, de una importancia particular porque ellas son las más altas jurisdicciones para una cierta categoría de asuntos. (Véase «Rapport explicatif. Protocole n.º 16...», *cit.*, párr. 8).

<sup>62</sup> 15 de enero de 2018.

<sup>63</sup> Normalmente, el Tribunal Supremo o el Tribunal de Casación y/o el Tribunal Constitucional de los respectivos Estados. En rigor, hasta esa fecha el número de tribunales designados por cada Estado es el siguiente: Albania (dos), Armenia (dos), Eslovenia (dos), Estonia (uno), Finlandia (cuatro), Georgia (dos), Lituania (tres) y San Marino (uno). Un total, entre ocho Estados, de diecisiete órganos judiciales: más de dos tribunales de promedio.

cálculos meramente matemáticos sin tener en cuenta que finalmente el número creo que será mayor, si cada uno de los hoy cuarenta y siete Estados partes en el Convenio de 1950 (todos los miembros de Consejo de Europa) fueran partes asimismo del Protocolo nº 16 e indicaran sólo dos de sus tribunales como hipotéticos peticionarios de una consulta al Tribunal de Estrasburgo, lo que haría un total de noventa y seis órganos jurisdiccionales con posibilidades de hacerlo, ¿se estaría o no aumentando la carga de trabajo del Tribunal europeo, al menos *ex hypothesi*? Ya sé que no habrá peticiones consultivas al unísono de todos los tribunales nacionales facultados para hacerlo o que incluso alguno de ellos no ejercerá esa facultad en el futuro, pero ¿podrá el Tribunal europeo, a poco que los tribunales internos se dirijan a Estrasburgo consultivamente, con tanta carga de trabajo que se le puede presentar junto con la que ya tiene en el ámbito contencioso?

En mi opinión, el Protocolo debiera haber permitido sólo que una de las instancias nacionales de mayor jurisdicción en relación con los derechos humanos tuviera la facultad de demandar opiniones consultivas al Tribunal europeo o en el mejor de los casos dos; quizás, con independencia de su denominación, los tribunales que representaran el papel de Tribunal Supremo o de Corte de Casación y de Tribunal Constitucional de cada Estado, aunque esto limitara la voluntad de los Estados<sup>64</sup>. No obstante, aunque soy consciente de las enormes dificultades de ello, tal vez estos podrían haber promovido los cambios normativos internos pertinentes en esa dirección para establecer un único tribunal de más alta instancia que pudiera dirigirse a Estrasburgo consultivamente. En todo caso, me parece que los jueces del TEDH se tendrán que emplear a fondo, particularmente, como veremos enseguida, los que integren la Gran Sala, para abordar la carga de trabajo que presuntamente se les viene encima; claro, que siempre hay otra posibilidad que en principio no me parece nada desdeñable pese a sus inconvenientes: que se aumente el número de jueces del Tribunal, quizás, por ejemplo, estableciendo dos jueces por Estado parte en el Convenio.

Por otro lado, la petición de opinión consultiva al TEDH se fundamenta en, como se ha dicho, la existencia de una cuestión de principio relativa a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades definidos por el Convenio o sus protocolos. En este sentido y, aunque el gran interrogante es qué se debe entender por «cuestión de principio» para interpretar o aplicar los derechos y libertades contemplados en el sistema europeo, la fórmula del

---

<sup>64</sup> Nótese que este era el criterio del Grupo de Sabios establecido en su Informe. (Véase «Rapport du Groupe des Sages au Comité des Ministres», *cit.*, párr. 135).

Protocolo n.º 16 es suficientemente amplia, al menos *prima facie*, como para no limitar en exceso el ámbito de cuestiones sobre las que pueda dar su respuesta el Tribunal de Estrasburgo. En todo caso, dicha fórmula es mucho menos restringida que la prevista para el supuesto de que la opinión consultiva la plantee el Comité de Ministros, pues como especifica el artículo 47 del Convenio, esa posibilidad no puede concretarse respecto de cuestiones que guarden relación con el contenido o la extensión de los derechos y libertades definidos en el Título I del Convenio y sus protocolos<sup>65</sup>.

Ahora bien, con independencia de que la contestación a esa interrogante la va a dar el TEDH conforme vaya aglutinando práctica al efecto, dicha fórmula apunta a que este debería estatuir sobre aspectos nucleares o fundamentales de la normativa del sistema que clarificaran, con un carácter más o menos general, su contenido o sobre aspectos que hasta el presente el Tribunal no haya tenido oportunidad de pronunciarse y que sean también de importancia general. En este orden de cosas, tanto el propio Tribunal como la doctrina han puesto de manifiesto algunos ejemplos de materias que pueden ser constitutivas de una «cuestión de principio». Así, el órgano judicial europeo, asimilando las cuestiones de principio con las que son de interés general, se ha referido a aquellas que conciernen a la compatibilidad con el Convenio de una ley, de una regla o de una interpretación constante de una ley por un tribunal o a aquellas que han sido interpuestas ante la Gran Sala en los asuntos de principio<sup>66</sup>. Por su parte, la doctrina<sup>67</sup>, precisamente aludiendo a la Gran Sala, ha indicado que aquellas cuestiones pueden referirse a las que sean graves en relación con la interpretación o con la aplicación del Convenio o de sus protocolos o a las que sean graves con carácter general<sup>68</sup>. En cualquier caso, la fórmula finalmente establecida permite que el TEDH no sólo se limite a asuntos referidos potencialmente a problemas estructurales o sistémicos, como se propuso en los

<sup>65</sup> Ni, como también especifica ese artículo 47, en relación con las demás cuestiones de las que el Tribunal o el Comité de Ministros pudieran conocer de resultados de la presentación de un recurso previsto por el Convenio.

<sup>66</sup> Véase «Document de réflexion sur la proposition d'élargissement de la compétence consultative de la Cour», *cit.*, párrs. 29-30. El Tribunal asimismo ha señalado otros ejemplos (*ibid.*, párrs. 29-31).

<sup>67</sup> En ese sentido, véanse, por ejemplo, NALIN, E., «I Protocolli n. 15 e 16 alla Convenzione europea...», *cit.*, p. 137; y SICILIANOS, L.-A., «L'élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne...», *cit.*, pp. 16-19.

<sup>68</sup> Nótese que, como se comprobará enseguida, por mor del artículo 43,2 del Convenio, la Gran Sala podrá actuar, en casos excepcionales, si un asunto ante el Tribunal plantea cuestiones con esas características.

trabajos preparatorios<sup>69</sup>, pero que asimismo no se le pueda plantear una cuestión abstracta, porque el procedimiento de opinión consultiva debería estar limitado a las cuestiones que se susciten en los asuntos contenciosos en los que estén en juego derechos individuales<sup>70</sup> y porque el mismo no está destinado, por ejemplo, a permitir un examen teórico de la legislación que no ha de ser aplicada en el asunto pendiente<sup>71</sup>.

## 6. ASPECTOS PROCEDIMENTALES

### a) *La fase inicial: La petición consultiva*

En consonancia con esto último apuntado y según el artículo 1.2 del Protocolo, la jurisdicción nacional podrá solicitar una opinión consultiva sólo en la eventualidad de que tenga un asunto pendiente ante ella, esto es, porque, conociendo de un asunto, requiera del asesoramiento del TEDH para aplicar al caso nacional lo que este establezca en su dictamen. Pero para concretarse la petición, al menos dos condiciones, creo, que deben darse: primeramente, que el tribunal nacional constate la necesidad de acudir a la vía consultiva para resolver el asunto y, en segundo lugar, que esté convencido de iniciar el trámite, porque además es discrecional o facultativa la petición consultiva que se haga al Tribunal europeo por la jurisdicción nacional<sup>72</sup>.

<sup>69</sup> Véase en ese sentido, entre otros documentos, el «Projet de Rapport du CDDH sur la proposition d'étendre la compétence de la Cour en matière d'avis consultatifs», doc. DH-GDR(2011) R8 Annexe VII, párr. 2.

<sup>70</sup> Son palabras del TEDH. (Véase «Document de réflexion sur la proposition d'élargissement de la compétence consultative de la Cour», *cit.*, párr. 29).

<sup>71</sup> Según la Memoria Explicativa del Protocolo. (Véase «Rapport explicatif. Protocole n.º 16...», *cit.*, párr. 10).

<sup>72</sup> Respecto de la petición consultiva del órgano nacional, estimo que por la propia naturaleza de las cuestiones que este puede plantear al TEDH en virtud del Protocolo n.º 16 no puedan serles de aplicación y salvando las distancias, al menos en los primeros tiempos de funcionamiento del procedimiento establecido en dicho instrumento y lógicamente en el contexto del Tribunal de Estrasburgo, las doctrinas del «acto claro» y del «acto aclarado» que al calor de la cuestión prejudicial ha elaborado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. [Véanse, en el primer sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 6 de octubre de 1982, as. 283/81, *Srl CILFIT y Lanificio di Gavardo SpA c. Ministère de la santé* (petición de decisión prejudicial de la Corte Suprema de Casación de Italia), *Recueil de la Jurisprudence de la Cour*, 1982-9, pp. 3415-3442, en particular pp. 3430-3431, párr. 21 y, en el segundo sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de marzo de 1963, as. ac. 28 a 30-62, *Da Costa en Schaake NV, Jacob Meijer NV, Hoechst-Holland NV c. Administration Fiscale*

Solicitándose una opinión por esta jurisdicción<sup>73</sup>, el asunto nacional queda en suspenso o en estado pendiente, pero el TEDH necesita un mínimo de información respecto al mismo para poder emitir su dictamen. Por eso el Protocolo exige al tribunal nacional que la solicitud consultiva esté motivada y que se indiquen los elementos pertinentes del contexto jurídico y fáctico del asunto pendiente<sup>74</sup>. En este sentido, el órgano peticionario nacional tiene libertad para formalmente incluir tales elementos en su solicitud, sin que obedezca su inclusión a pauta alguna impuesta por el Protocolo, pero de la Memoria Explicativa del mismo se infiere una serie de elementos que daría la información necesaria al Tribunal europeo, como por ejemplo, el objeto del asunto interno y los hechos pertinentes deducidos en el procedimiento interno (o al menos un resumen de las cuestiones fácticas adecuadas), las disposiciones jurídicas internas convenientes o las cuestiones apropiadas relativas al Convenio, en particular los derechos o libertades en juego<sup>75</sup>.

Dirigida la petición consultiva al TEDH, corresponde a la Gran Sala emitir la opinión solicitada. En efecto, según el artículo 2.2 del Protocolo es a esta formación del Tribunal europeo (compuesta por diecisiete jueces<sup>76</sup>) a la que compete dar el dictamen oportuno, pero para ello el propio Protocolo exige que un Colegio de cinco jueces de la Gran Sala se pronuncie sobre la aceptación de la solicitud de opinión consultiva, aceptación que debe tener en cuenta lo previsto en el artículo 1 del propio Protocolo<sup>77</sup> y que, dado el caso, abre la

---

*Néerlandaise* (peticiones de decisión prejudicial de la Tariefcommissie, Tribunal contencioso-administrativo de última instancia en cuestiones fiscales de Holanda), *Recueil de la Jurisprudence de la Cour*, vol. IX, 1963, pp. 59-91, en particular pp. 75-77].

<sup>73</sup> No obstante, el tribunal peticionario puede retirar en cualquier momento su solicitud de seguirse lo que establece la Memoria Explicativa del Protocolo. (Véase «Rapport explicatif. Protocole n.º 16...», *cit.*, párr. 7).

<sup>74</sup> Artículo 1.3.

<sup>75</sup> Véase Memoria Explicativa del Protocolo («Rapport explicatif. Protocole n.º 16...», *cit.*, párr. 12). Además, se señalan en el documento otros elementos tales como, si fuera pertinente, un resumen de los argumentos de las partes en el procedimiento interno sobre la cuestión o, asimismo si fuera posible u oportuno, una exposición de la propia opinión del Tribunal nacional sobre la cuestión, incluyendo cualquier análisis que él haya podido hacer sobre la misma.

<sup>76</sup> La Gran Sala estará constituida según las previsiones del artículo 26 del Convenio. Como señala la Memoria Explicativa del Protocolo, el que la Gran Sala sea la encargada de dar la respuesta a la opinión solicitada se justifica por la naturaleza de las cuestiones por las que una opinión consultiva puede ser demandada y por el hecho de que únicamente las más altas jurisdicciones internas pueden solicitarla, así como por el hecho de las similitudes reconocidas entre el procedimiento consultivo y el procedimiento de reenvío ante la Gran Sala en virtud del artículo 43 del Convenio (*ibid.*, párr. 16).

<sup>77</sup> Véase artículo 2.1.

posibilidad para que se manifieste la Gran Sala. Dicho en otras palabras, sólo cuando el Colegio acepte la petición consultiva la Gran Sala emitirá la opinión consultiva oportuna, aunque el Colegio deberá examinar, entre otras que considere adecuadas, si se cumplen al menos las condiciones establecidas en el artículo 1 del Protocolo, esto es, las relativas a la materia sobre la que verse la solicitud, a la pendencia nacional del asunto y a la motivación de la petición junto con los elementos definidores del caso.

Dentro de este contexto, estimo, no obstante, que el Colegio de la Gran Sala tiene absoluta discrecionalidad para aceptar o no la petición que se pueda hacer por el tribunal nacional; la única limitación que impone el Protocolo es que la decisión de rechazo de la susodicha petición por parte del Colegio ha de estar motivada<sup>78</sup>. En realidad, el Protocolo n.º 16 ha venido a establecer, cuando la cuestión consultiva llega al Tribunal europeo, un a modo de procedimiento de doble instancia en el cual el Colegio de la Gran Sala actúa como filtro o primera instancia, siendo finalmente la Gran Sala, en caso de admitirse por dicho Colegio la cuestión formulada, la que obra, en segunda instancia<sup>79</sup>, dando la opinión correspondiente. Además, el procedimiento diseñado, como se ha venido a indicar antes, recuerda bastante al contemplado en el artículo 43 del Convenio<sup>80</sup> que sin duda ha servido de guía a los redactores del Protocolo, pero que no es absolutamente idéntico a él, pues en el caso de que opere esta disposición la decisión de rechazo del Colegio no tiene que ser motivada<sup>81</sup> ni entre

---

<sup>78</sup> *Ibid.* Parece que el Tribunal europeo no ha aceptado de buen grado el hecho de que el Colegio de la Gran Sala deba motivar su decisión de rechazo y, en cualquier caso, ha señalado que tal motivación no será normalmente muy detallada. (Véase «Avis de la Cour sur le projet de Protocole n.º 16 à la Convention élargissant...», *cit.*, párr. 9, *in fine*). El Tribunal hubiera preferido que se adoptaran unas líneas directrices sobre el alcance y el funcionamiento de su competencia consultiva antes de verse obligado a motivar cada rechazo (*ibid.*).

<sup>79</sup> Nótese, no obstante, que el papel que juega la Gran Sala en el sistema del Tribunal nunca es el de ser una instancia de apelación (a efectos de volver a enjuiciar los asuntos resueltos mediante las resoluciones de las secciones del Tribunal).

<sup>80</sup> Por su interés transcribo el texto de dicha disposición: «Artículo 43. *Remisión ante la Gran Sala.* 1. En el plazo de tres meses a partir de la fecha de la sentencia de una Sala, cualquier parte en el asunto podrá solicitar, en casos excepcionales, la remisión del asunto ante la Gran Sala. 2. Un colegio de cinco jueces de la Gran Sala aceptará la demanda si el asunto plantea una cuestión grave relativa a la interpretación o a la aplicación del Convenio o de sus protocolos o una cuestión grave de carácter general. 3. Si el colegio acepta la demanda, la Gran Sala se pronunciará acerca del asunto mediante sentencia».

<sup>81</sup> Según el artículo 73 del Reglamento de procedimiento del TEDH de 14 de noviembre de 2016. La práctica del Colegio de la Gran Sala al que se refiere el artículo 43 del Convenio ha sido resumida, para una mejor comprensión de sus decisiones, en el documento Conseil de l'Europe, Cour Européenne des Droits de l'Homme, «La pratique suivie par le collège de la

sus componentes puede haber un juez presentado por un Estado contratante del Convenio o ciudadano de dicho Estado<sup>82</sup>.

En cambio, como queda dicho, en el procedimiento consultivo la decisión de rechazo de la petición nacional por el Colegio de la Gran Sala ha de estar motivada –lo que no debe ocurrir con la decisión de aceptación de tal petición por el Colegio aunque nada diga al respecto el Protocolo<sup>83</sup>– y además, como establece este instrumento, en el Colegio de cinco miembros estará incluido de pleno derecho el juez presentado por el Estado contratante que se corresponda con la jurisdicción que plantee la opinión consultiva<sup>84</sup>. En efecto, el Protocolo varía la composición del Colegio de la Gran Sala cuando tenga que actuar en el procedimiento consultivo –lo que no ocurre, todo lo contrario, cuando dicho Colegio interviene a título del procedimiento de reenvío del artículo 43 del Convenio–, pero no varía la composición de la Gran Sala, pues, exigiendo el Protocolo que el juez elegido a título del Estado contratante al cual la jurisdicción peticionaria pertenece integre la Gran Sala de pleno derecho<sup>85</sup>, esta se adecuará en su composición a lo previsto como regla general y respecto de esa eventualidad en el artículo 26.4 del Convenio<sup>86</sup>. Disposición que también prevé, como asimismo hace el Protocolo<sup>87</sup>, en caso de ausencia de este juez o cuando él no esté disponible para ejercer, que una persona elegida por el presidente del TEDH de una lista propuesta previamente por el Estado correspondiente actúe en calidad de juez<sup>88</sup>.

Aceptada por el Colegio la petición consultiva y en sede esta de la Gran Sala, el Protocolo n.º 16 ha establecido la posibilidad de que terceros puedan intervenir en el procedimiento. Así, al calor del artículo 36 del Convenio, el Protocolo otorga, tanto al Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa como al Estado de cuya instancia judicial provenga la solicitud consultiva, el derecho de presentar observaciones escritas y de tomar parte en las

---

Grande Chambre pour statuer sur les demandes de renvoi formulées au titre de l'article 43 de la Convention», octubre de 2011, 22 pp. (Ambos documentos obtenidos en la página web oficial del Tribunal).

<sup>82</sup> Véase el artículo 24, párr. 5, c) del Reglamento de procedimiento del TEDH *cit.*

<sup>83</sup> Véase CEDH, «La pratique suivie par le collège de la Grande Chambre pour statuer...», *cit.*, punto III, pp. 5-6. Según su práctica, el Colegio debe limitarse a aceptar si un asunto debe ser conocido por la Gran Sala sin estatuir sobre el fondo del mismo.

<sup>84</sup> Artículo 2.3.

<sup>85</sup> *Ibidem.*

<sup>86</sup> Véase también el párrafo 5 del artículo 26 del Convenio.

<sup>87</sup> Artículo 2.3.

<sup>88</sup> Eventualidad que también está prevista respecto del Colegio de la Gran Sala (*ibid.*).

audiencias que se sigan ante la Gran Sala<sup>89</sup>. Por tanto, el Protocolo diseña un modelo de intervención procesal restringido, coincidente por lo demás con el régimen general de intervención de terceros en el procedimiento establecido en el Convenio, lo que además se constata por la inclusión en aquel texto de la posibilidad de que el Tribunal, en rigor su presidente, pueda, abriendo el círculo de los llamados *prima facie* a intervenir en el procedimiento y en interés de una buena administración de la justicia, invitar a cualquier otro Estado contratante o a personas a presentar igualmente observaciones escritas o a tomar parte en las audiencias<sup>90</sup>. Sin embargo, no estoy seguro de que esta previsión por la que terceros ajenos a la relación tribunal nacional-tribunal europeo puedan actuar como intervinientes en el procedimiento consultivo, cuando además este no es por vocación contradictorio, vaya facilitar que la respuesta del TEDH a la solicitud hecha sea pronta y rápida, como creo que requiere el modelo consultivo diseñado, ni que vaya a aligerar, como parece que se pretende con dicho modelo, la carga de trabajo del Tribunal europeo, más bien al contrario. Ciertamente, del hecho de que efectivamente participen personas y/o entidades extrañas a la petición consultiva en el procedimiento probablemente pueda inferirse un mayor aporte de argumentos, al menos *ex hypothesi*, e incluso que las alegaciones esgrimidas por los intervinientes puedan ayudar a la Gran Sala a tomar posición ante la cuestión consultada, fortaleciendo por añadidura en mayor medida el régimen de garantías protectoras previsto, pero me parece un error; error que se hubiera acrecentado de haberse seguido la propuesta según la cual habrían podido ser intervinientes todos los Estados partes en el Convenio<sup>91</sup>.

No obstante lo anterior, nos deberíamos hacer un par de preguntas: ¿puede renunciar la Gran Sala a emitir una opinión consultiva? O ¿está compelida necesariamente a dar su parecer? En orden a responder a esas preguntas, tanto del texto francés («lorsque le collègue accepte la demande, la Grande Chambre rend un avis consultatif») como del texto inglés («if the panel accepts the re-

---

<sup>89</sup> Lógicamente, la decisión de que haya vistas en el procedimiento consultivo es discrecional de la Gran Sala.

<sup>90</sup> Véase el artículo 3 del Protocolo n.º 16. Nótese, según se desprende de este artículo, que la eventualidad de intervenir en el procedimiento consultivo a invitación de la Corte por parte de cualquier otro Estado contratante (se sobreentiende del Convenio, como además se deduce de la Memoria Explicativa del Protocolo, párr. 20) significa dar opción a participar en el procedimiento consultivo a cualquier Estado que haya rechazado tal procedimiento por no haber decidido aceptar el Protocolo n.º 16 dado el carácter facultativo de este.

<sup>91</sup> En ese sentido, véase «Rapport du Groupe des Sages au Comité des Ministres», *cit.*, párr. 84.



quest, the Grand Chamber *shall deliver the advisory opinion*») del Protocolo<sup>92</sup>, como se ha dicho los dos idiomas en los que este hace fe<sup>93</sup>, se infiere la obligatoriedad, por lo que habría que concluir que, si la consulta nacional ha superado el filtro de su Colegio, la Gran Sala habrá de dar la opinión forzosamente. Sin embargo, aunque yo creo que esto es lo que normalmente ocurrirá, es decir, que emitirá la opinión solicitada, asimismo creo que habrá ocasiones en que tal formación judicial considere, en atención al caso en presencia, que no ha de pronunciarse y por tanto rechazar la petición. En definitiva, pienso que, pese al mandato imperativo de la norma, la Gran Sala conserva toda la discrecionalidad a tales efectos, precisamente por no dejar de ser un órgano judicial, y, en primera providencia, por ser juez de su propia competencia.

b) *La fase final: La emisión del dictamen y sus efectos*

Existe la convicción generalizada entre la doctrina y el propio Tribunal de que la respuesta que deba dar por su parte a la solicitud planteada ha de ser pronta y rápida, lo que significa que tanto el Colegio de la Gran Sala, como esta habrían de actuar lo más diligentemente posible, en particular, para no retrasar en exceso la resolución del pleito en la instancia nacional. En este sentido y dado que, como el propio TEDH ha venido a manifestar, las cuestiones a las que se refiere el procedimiento consultivo son, por definición, importantes y requieren un tratamiento prioritario, el Tribunal debería esforzarse en responderlas en un plazo relativamente breve<sup>94</sup>, la lógica exige que las peticiones de opiniones consultivas deberían ser priorizadas respecto de los otros asuntos que lleguen tanto al Colegio de la Gran Sala cuanto, en dándose la eventualidad, a esta. A tales efectos, quizás no bastaría con la aplicación del artículo 41 del Reglamento de procedimiento del TEDH que, para determinar el orden de tratamiento de los asuntos, permite que el Tribunal tenga en cuenta la importancia y la urgencia de los mismos para dar un trato prioritario a una cuestión<sup>95</sup>, sino que sería necesario establecer un procedimiento especial, estimo que más o menos parecido y salvando las distancias al que existe para las cuestiones pre-

<sup>92</sup> Véase su artículo 2.2. (La cursiva es mía).

<sup>93</sup> Véase el último párrafo de dicho instrumento.

<sup>94</sup> Véase «Document de réflexion sur la proposition d'élargissement de la compétence consultative de la Cour», *cit.*, párr. 39.

<sup>95</sup> Nótese que en este contexto también podrían tener juego los artículos 21 y 40 del Reglamento de procedimiento.

judiciales de urgencia, cuando no similar al procedimiento prejudicial acelerado, establecidos en el ámbito del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>96</sup> y que estaría contemplado en el propio Reglamento de procedimiento; texto este que, por lo demás, debería ser objeto de modificación en algunas de sus normas, bien adaptándolas, bien introduciendo nuevas, para tener en cuenta el nuevo procedimiento consultivo que asumiría el Tribunal de Estrasburgo una vez que esté vigente el Protocolo n.º 16.

Pero, dejando de lado lo anterior, dicho instrumento estipula que las opiniones consultivas emitidas por el Tribunal han de estar motivadas<sup>97</sup> y que cualquier juez tiene la posibilidad de, si la opinión consultiva no expresa en todo o en parte la opinión unánime de los jueces, emitir una opinión separada<sup>98</sup>, que es tanto como decir que los jueces podrán manifestar su posición personal ante la cuestión a través de declaraciones, opiniones individuales u opiniones disidentes, sean solitarias o sean colectivas<sup>99</sup>. Ahora bien, no estoy seguro, si bien es coincidente con el que disfrutan respecto del contencioso<sup>100</sup>, que sea pertinente otorgar este derecho a los jueces del Tribunal en el nuevo procedimiento consultivo, pues, como en algún momento he escrito, en tales casos se corre el riesgo de resquebrajar la autoridad del órgano judicial, dado que el grado de valor de un dictamen está en directa proporción con el grado de uniformidad alcanzado entre los jueces<sup>101</sup>. Quizás por esto, por ser sabedor de esta problemática, el Tribunal ha venido a declarar que, si bien la emisión de opiniones separadas es factible, él ha tenido por práctica, cuando emite opiniones consultivas, esforzarse en hablar con una sola voz<sup>102</sup>.

<sup>96</sup> Véanse los artículos 105 y 106 (procedimiento prejudicial acelerado) y los artículos 107 a 114 (procedimiento prejudicial de urgencia) del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (versión consolidada), de 25 de septiembre de 2012. (Obtenido en la página web oficial de dicho Tribunal).

<sup>97</sup> Véase artículo 4,1 del Protocolo.

<sup>98</sup> Véase artículo 4,2 del Protocolo. Ello es conforme también con el Reglamento de procedimiento del Tribunal, el cual en su artículo 88,2 establece esa posibilidad respecto de las opiniones consultivas anteriores a la vigencia del Protocolo n.º 16.

<sup>99</sup> En este sentido, véase la Memoria Explicativa del Protocolo («Rapport explicatif. Protocole n.º 16...», *cit.*, párr. 22).

<sup>100</sup> Véase artículo 45,2 del Convenio.

<sup>101</sup> Véase HINOJO ROJAS, M., *A propósito de la jurisdicción consultiva de la Corte Internacional de Justicia*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 1997, pp. 136-137.

<sup>102</sup> Véase «Avis de la Cour sur le projet de Protocole n.º 16 à la Convention élargissant...», *cit.*, párr. 11. Lógicamente, el Tribunal se refiere al procedimiento consultivo existente antes de que entre en vigor el procedimiento establecido en el Protocolo n.º 16, aunque sería plausible que esta fuera su línea de conducta en el futuro en relación con la nueva regulación consultiva. Nótese que en este campo el Tribunal ha resuelto su escasa práctica por unanimidad, tanto para emitir

Junto a estas características que dan carta de naturaleza al dictamen que se emita, hay otra característica que lo define en este contexto y es que este está sujeto al principio de publicidad. En este sentido, el Protocolo ha establecido en realidad una doble forma para hacer factible dicho principio: por un lado, mediante la comunicación directa del mismo tanto al órgano judicial nacional demandante de la opinión consultiva, como al Estado al que dicho órgano pertenece y, por otro lado, mediante su publicación para general conocimiento, lo que se sobreentiende se hará por los cauces usuales a través de los cuales se publicitan las decisiones del Tribunal<sup>103</sup>. No obstante, guardando el Protocolo silencio al respecto, cabe interpretar que el Tribunal también debería comunicar su opinión a quienes hayan participado en el procedimiento como terceros intervinientes.

Con todo, el aspecto, creo, más polémico de la reforma emprendida por el Protocolo n.º 16 es el de no considerar la opinión consultiva que emita el TEDH como obligatoria para el tribunal nacional que la hubiera solicitado. En efecto, el artículo 5 del mismo se limita a decir escuetamente que «les avis consultatifs ne sont pas contraignants» («advisory opinions shall not binding»), lo que en puridad significa que el juez nacional puede rechazar la opinión que dé el tribunal de Estrasburgo y definitivamente no aplicarla al caso concreto. Y en este punto, podríamos hacernos unas preguntas: si la opinión no es vinculante para el órgano nacional solicitante, ¿para qué establecer el procedimiento previsto en el citado Protocolo? Si la validez de dicho procedimiento, a efectos del diálogo entre tribunales y la cristalización del principio de subsidiariedad, se alcanza mediante la aplicación efectiva en el caso nacional de lo prevenido por el TEDH en su dictamen, ¿por qué no hacerlo obligatorio para el peticionario?

La respuesta a estas o parecidas preguntas las ha dado el propio Tribunal europeo<sup>104</sup>. En este sentido, se deduce de sus posiciones ante la cuestión,

---

su dictamen como para rechazarlo. [En el primer sentido véanse «Advisory Opinion on Certain Legal Questions...» de 12 de febrero de 2008, *cit.* y «Advisory Opinion on Certain Legal Questions...» de 22 de enero de 2010, *cit.* En el segundo sentido, véase European Court of Human Rights, «Decision on the competence of the Court to give an advisory opinion (Grand Chamber)», de 2 de junio de 2004, *Reports of Judgments and Decisions*, 2004-VI, pp. 271-290]. Nótese que en el presente trabajo, para contabilizar las opiniones consultivas se tienen en cuenta sólo las que realmente el TEDH ha dado, pues en este último caso señalado el Tribunal consideró que la petición consultiva hecha no estaba dentro de su competencia a tenor de lo establecido en el artículo 47 del Convenio.

<sup>103</sup> Véase artículo 4, párrs. 3-4 del Protocolo.

<sup>104</sup> Para los planteamientos del Tribunal a este respecto, véanse «Document de réflexion sur la proposition d'élargissement de la compétence consultative de la Cour», *cit.*, párrs. 42-44 y «Avis de la Cour sur le projet de Protocole n.º 16 à la Convention élargissant...», *cit.*, párr. 12. Véanse

aparte de subrayar que la no vinculatoriedad es la consecuencia del régimen consultivo de otros tribunales internacionales, entre ellos por ejemplo la Corte Internacional de Justicia<sup>105</sup>, que no era partidario, al menos mayoritariamente, de cercenar el derecho de ejercer el recurso individual ante él de las partes en el proceso nacional<sup>106</sup>; limitación de ese derecho que no se produce tanto porque el juez nacional no siga lo señalado en la opinión consultiva del Tribunal Europeo, pues la parte disconforme con esa actitud podría finalmente acudir a Estrasburgo, caso de que la decisión del tribunal nacional fuera contraria a sus intereses<sup>107</sup>, como asimismo podría hacer lo propio la parte que en habiéndose aplicado al asunto el dictamen no estuviera satisfecha con la decisión del órgano nacional, dado que es este el que decide los efectos que tiene dicho dictamen en el procedimiento interno del que conoce.

En realidad, me parece que tras la dialéctica o, si se quiere, la discusión obligatoriedad sí/obligatoriedad no de las opiniones consultivas del TEDH<sup>108</sup> se encuentra una corriente de opinión según la cual el régimen finalmente diseñado debería haber sido, si no plenamente coincidente sí al menos parecido, con el establecido respecto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con las cuestiones prejudiciales de interpretación en concordancia con el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>109</sup>. Pero los

---

también sobre este particular la Memoria Explicativa del Protocolo. («Rapport explicatif. Protocole n.º 16...», *cit.*, párrs. 25-27) y el «Rapport du Groupe des Sages au Comité des Ministres», *cit.*, párr. 82.

<sup>105</sup> En este orden de cosas, el TEDH claramente se sitúa en la tradicional teoría del régimen consultivo en el Derecho internacional que como, principio general, establece que la opinión emitida consultivamente por un tribunal internacional no es vinculante para el peticionario.

<sup>106</sup> Previsto en el artículo 34 del Convenio.

<sup>107</sup> En ese sentido se ha expresado el Tribunal al afirmar «qu'en toute hypothèse, si son avis n'était pas suivi, la Cour serait toujours compétente pour statuer sur une éventuelle requête individuelle introduite ultérieurement». (Véanse «Document de réflexion sur la proposition d'élargissement de la compétence consultative de la Cour», *cit.*, párr. 43 y «Avis de la Cour sur le projet de Protocole n.º 16 à la Convention élargissant...», *cit.*, párr. 12).

<sup>108</sup> En el Tribunal también había opiniones, las minoritarias, que abogaban por la vinculatoriedad del dictamen consultivo. (Véanse «Document de réflexion sur la proposition d'élargissement de la compétence consultative de la Cour», *cit.*, párrs. 24 y 42 y «Avis de la Cour sur le projet de Protocole n.º 16 à la Convention élargissant...», *cit.*, párr. 12).

<sup>109</sup> Lógicamente, me refiero a la eventualidad, por ser discrecional, de que quien plantee la cuestión prejudicial de interpretación no sea el órgano jurisdiccional de última instancia. Nótese sin embargo que, como se ha señalado, existen importantes diferencias entre ambos procedimientos. (Véanse en este sentido LÓPEZ GUERRA, L. M<sup>a</sup>, «Los Protocolos de reforma n.º 15 y 16...», *cit.*, p. 21 y NALIN, E., «I Protocolli n. 15 e 16 alla...», *cit.*, p. 133).

redactores del Protocolo no han seguido ese camino<sup>110</sup>, sino que han estipulado que la opinión del Tribunal no sea obligatoria, lo que no deja de ser un riesgo de que en un momento determinado se concrete realmente la inaplicación del dictamen por el tribunal nacional. Ahora bien, la lógica dice que el tribunal petionario normalmente aplicará el dictamen al caso concreto<sup>111</sup> porque si ha dado el paso de solicitarlo es porque se ha convencido de su necesidad en el procedimiento *a quo* y porque además hay otros elementos que conectan esa ausencia formal de vinculatoriedad con los efectos que materialmente hablando pueden tener los dictámenes consultivos del TEDH. Esos elementos nos acercarán a una interpretación material de los fenómenos jurídicos que, en orden a la determinación apropiada de la naturaleza jurídica de las opiniones consultivas emitidas por el Tribunal europeo, nos alejarían del formalismo jurídico, con el añadido de que ello conllevará que la esfera de los efectos de dichas opiniones no sean sólo *inter partes* sino que en realidad las mismas tengan efectos *erga omnes*. Así, por ejemplo, el valor que como clarificador del Derecho el dictamen tenga haciendo posible su extensión a situaciones idénticas en donde estén en juego derechos humanos y que se puedan presentar posteriormente en los procedimientos nacionales ante otros tribunales distintos al petionario en cualquiera de los Estados partes en el Convenio de 1950; el valor, esta vez intrínsecamente al Tribunal, de las posiciones jurídicas que le hayan servido a este para contestar su dictamen y que le pueden valer como precedente jurisprudencial tanto para los asuntos contenciosos como para los consultivos, o el valor que se deriva del propio hecho de que el tribunal nacional cumpla efectivamente con lo establecido en la opinión dada por el TEDH, lo que además puede constituir como un modo de pauta, guía o referencia a ser seguida por los tribunales internos de los Estados que no sean de más alta instancia.

---

<sup>110</sup> Probablemente influidos, entre otras razones, por el Grupo de Sabios que examinó el modelo prejudicial existente en las Comunidades Europeas, hoy Unión Europea, en sus reuniones. Para dicho Grupo tal régimen no se prestaba a una transposición al Consejo de Europa ya que «en effet, le mécanisme préjudiciel constitue un modèle alternatif à celui du contrôle judiciaire établi par la Convention, qui présuppose l'épuisement des voies de recours internes. La superposition des deux systèmes poserait des problèmes juridiques et pratiques non négligeables et aurait pour conséquence une surcharge considérable de la Cour». (Véase «Rapport du Groupe des Sages au Comité des Ministres», *cit.*, párr. 80).

<sup>111</sup> En este orden de problemas, se ha mantenido, lo que en principio me parece exagerado, que si el órgano judicial nacional no siguiera lo dictaminado en la opinión consultiva expondría al Estado, con un alto grado de probabilidad, a la declaración de responsabilidad internacional por violación de la legalidad convencional. (Véase PETRALIA, V., «A proposito del futuro...», *op. cit.*, pp. 17-18. Parecen también asumir esta tesis CENTAMORE, G. y AGOSTINI, B., «Protocollo XVI alla Convenzione...», *op. cit.*, p. 12, n. 32).

Todos estos elementos y otros no mencionados aquí<sup>112</sup> harían que, en el plano de la realidad y no desde la teoría jurídica, los dictámenes tuvieran efectos *erga omnes*<sup>113</sup>, pese a que la Memoria Explicativa del Protocolo señale que las opiniones consultivas no tendrán ningún efecto directo sobre otras demandas posteriores<sup>114</sup>. Sin embargo, esa perspectiva formalista, siendo lógica viendo el arquetipo jurídico establecido por el Protocolo n° 16, no resulta nada convincente desde un punto de vista material y desde luego chocante con lo que asimismo indica dicha Memoria, pues, según ella, tanto los dictámenes consultivos formarán parte de la jurisprudencia del Tribunal al lado de sus sentencias y decisiones, como la interpretación del Convenio y de sus protocolos contenida en los mismos será análoga en sus efectos a los elementos interpretativos establecidos por el Tribunal en tales sentencias y decisiones<sup>115</sup>.

## 7. CONSIDERACIONES FINALES

El Protocolo n° 16 establece un procedimiento original –pese a hacerlo en un contexto, las opiniones consultivas, bien conocido en el Derecho internacional– de relación consultiva *inter* tribunales y que por eso mismo y porque aún no ha entrado en vigor ni porque, lógicamente, tampoco existe práctica alguna al respecto, no sabemos qué consecuencias realmente tendrá en el futuro. Siendo esa relación su originalidad, en esta aproximación a dicho instrumento y en el espacio disponible, he intentado hacer una lectura de las cuestiones, sin ser exhaustivo, que suscita, entre ellas connotaciones beneficiosas para el sistema europeo de protección de los derechos humanos y otras que representan puntos oscuros que sólo el tiempo aclarará. Quizás entre estos últimos lo más llamativo sea el no haber otorgado obligatoriedad al dictamen del TEDH, lo que le hubiera acercado más a la naturaleza jurídica de las cuestiones prejudiciales interpretativas al estilo de las que es competente el Tribunal de Justicia

<sup>112</sup> Así, por ejemplo, la condición de *res interpretata* que tendrá la opinión consultiva del Tribunal europeo según J. GERARDS. (Véase en ese sentido su trabajo «Advisory Opinions, Preliminary Rulings...», *cit.*, p. 636 y 644).

<sup>113</sup> Es normalmente aceptado que las opiniones consultivas del Tribunal de Estrasburgo tendrían esa eficacia. (Véanse, por ejemplo, SICILIANOS, L.-A., «L'élargissement de la compétence consultative de la Cour...», *cit.*, p. 28 y PIRONE, P., «Il Protocollo n. 16 della Convenzione...», *cit.*, p. 105).

<sup>114</sup> Véase «Rapport explicatif. Protocole n.º 16...», *cit.*, párr. 27.

<sup>115</sup> *Ibidem*.

de la Unión Europea. Creo que esta fórmula, que incluso ha tenido su reflejo en cierto sector doctrinal a la hora de denominar aquel procedimiento<sup>116</sup>, con las adaptaciones pertinentes hubiera sido más adecuada, en particular para disminuir la carga de trabajo del Tribunal europeo. Ya sé que no se ha querido eliminar la posibilidad de que siempre el recurso individual directo ante el mismo pueda ser interpuesto, pero se corre el riesgo de ir contra el principio *ne bis in idem* tanto si el tribunal *a quo* decidiera no aplicar el dictamen en el pleito nacional como, a mayor abundamiento, si lo aplicara y posteriormente, en ambos supuestos, conociera del asunto el Tribunal de Estrasburgo, porque este tendría que estatuir sobre la cuestión litigiosa dos veces<sup>117</sup>. Quizás por eso la Memoria Explicativa del Protocolo ha señalado, refiriéndose en particular a esta última eventualidad, que los elementos de la demanda relacionados con las cuestiones tratadas en la opinión consultiva deben ser declarados inadmisibles o archivados<sup>118</sup>, pero si se diera la circunstancia de que el tribunal nacional no aplicase el dictamen, el Protocolo dibuja un escenario en el que se puede dar un instrumento jurídico caracterizado por ser triplemente discrecional<sup>119</sup>.

Este instrumento *tri-facultativo* también plantea una cuestión que habrá de resolverse en el futuro, aunque es de menor entidad que la aludida anteriormente. Me refiero al uso de las lenguas en el procedimiento establecido en él. En este sentido, el TEDH no pondrá obstáculos respecto de las demandas

<sup>116</sup> Así, por ejemplo, se le ha denominado «reenvío prejudicial» y también «opinión prejudicial». (Véanse, respectivamente, PETRALIA, V., «A proposito del futuro...», *op. cit.*, p. 13; y PIRRONE, P., «Il Protocollo n. 16 della Convenzione...», *op. cit.*, p. 79).

<sup>117</sup> Una posible opción contra este riesgo es que ningún juez integrante de la Gran Sala que hubiera emitido la opinión consultiva pudiera participar en la formación que tuviera que conocer del recurso directo con posterioridad al dictamen. Lo que también habría que hacer en relación con los miembros de su Colegio participantes en el procedimiento consultivo. Pero ¿qué se podría hacer con el juez nombrado a título de cada Estado del que provenga la jurisdicción peticionaria de la opinión consultiva? ¿Y con otros jueces que necesaria y normativamente deben integrar aquella formación del Tribunal? Las respuestas a estas u otras posibles interrogantes en este sentido nos las darán las características del asunto y en consonancia con él la formación que, a tenor de las normas, particularmente del Reglamento de procedimiento, debiera conocer del mismo. Otra opción también es cambiar la normativa actual que pueda incidir en la cuestión aludida.

<sup>118</sup> Según dicha Memoria, «lorsqu'une requête est déposée à la suite d'une procédure dans le cadre de laquelle un avis consultatif de la Cour a effectivement été suivi, il est écompté que les éléments de la requête ayant trait aux questions traitées dans l'avis consultatif soient déclarés irrecevables ou rayés du rôle». (Véase «Rapport explicatif. Protocole n.º 16...», *cit.*, párr. 26).

<sup>119</sup> Porque el Estado parte en el Convenio decide o no aceptarlo, porque el tribunal nacional decide o no dirigirse consultivamente al Tribunal de Estrasburgo y porque, una vez emitido el dictamen por este, el Tribunal interno decide o no aplicarlo al caso del que conoce.

consultivas redactadas en la lengua nacional oficial utilizada en el procedimiento interno<sup>120</sup>, pero ello conllevaría, al menos supuestamente, la traducción de los dictámenes a la lengua del procedimiento nacional, lo que por añadidura entrañaría, como el propio Tribunal ha manifestado, un aumento considerable de su carga de trabajo y un aumento de los costes económicos de las traducciones<sup>121</sup>, y ello por no mencionar el retraso de los efectos del dictamen en el procedimiento interno. Pero, si finalmente incumbiera al Tribunal proporcionar las traducciones de sus dictámenes, ¿se alcanzaría uno de los objetivos del Protocolo que es la descarga de su trabajo?

En definitiva, más allá de especulaciones doctrinales o de otro orden, todos los interrogantes en torno al Protocolo n° 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 quedan abiertos y entre ellos si este va alcanzar los objetivos perseguidos mediante su adopción, en particular, si va a servir para menguar la crisis que en forma de excesiva carga de trabajo desde hace años el Tribunal de Estrasburgo viene soportando. Sólo el tiempo y la práctica que se siga, cerrando tales interrogantes, dirán el devenir jurídico de dicho instrumento. Entretanto, la paciencia será un estupendo banco para esperar su devenir.

---

<sup>120</sup> Eso se desprende al menos de la Memoria Explicativa del Protocolo. (Véase «Rapport explicatif. Protocole n.º 16...», *cit.*, párr. 13). No obstante, estimo que habrá que traducirlas a los idiomas oficiales del Tribunal que, como se sabe, son el francés y el inglés.

<sup>121</sup> El Tribunal se ha manifestado en contra de esta eventualidad, pues entre otras consideraciones ha señalado que la posibilidad de someter la demanda en la lengua del procedimiento interno no está prevista en el texto del Protocolo. [Para los planteamientos del Tribunal a este respecto, véase «Avis de la Cour sur le projet de Protocole n.º 16 à la Convention élargissant...», *cit.*, párr. 14. Véase también en este contexto la Memoria Explicativa del Protocolo («Rapport explicatif. Protocole n.º 16...», *cit.*, párr. 23)].