

LOS PROTOCOLOS DE REFORMA Nº 15 Y 16 AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS*

LUIS LÓPEZ GUERRA

Universidad Carlos III de Madrid. Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Revista Española de Derecho Europeo 49
Enero – Marzo 2014
Págs. 11 – 29

SUMARIO: I. EL PROCESO DE REFORMA DEL TEDH. II. EL PROTOCOLO Nº 15. A. *La reforma del Preámbulo al Convenio*. 1. El principio de subsidiariedad. 2. El margen de apreciación. B. *Otras materias tratadas en el Protocolo nº 15*. II. EL PROTOCOLO Nº 16. A. *La introducción de una nueva Opinión Consultiva*. B. *El carácter opcional del procedimiento*. C. *Petición de opinión consultiva y procedimiento de admisión*. D. *El procedimiento de emisión de la opinión consultiva*.

RESUMEN: El desarrollo de la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a partir de la entrada en vigor del Protocolo número 11, en 1998, ha dado lugar a un proceso de reforma del Tribunal cuyos últimos exponentes son los Protocolos 15 y 16. Ambos Protocolos persiguen dos objetivos: por una parte, mejorar el procedimiento ante el Tribunal, a efectos de procurar una rápida resolución de los casos ante él planteados; por otra, promover un diálogo con las autoridades nacionales, con el objeto de facilitar la protección de los derechos humanos a nivel

ABSTRACT: The development of the jurisdiction of the European Court of Human Rights since the entry into force of the Protocol no. 11 in 1998 has led to a process of Court reform whose latest exponents are Protocols no. 15 and 16. Both Protocols pursue two goals: on the one hand, to improve Court proceedings in order to provide a speedy response to the cases before it; on the other, to promote dialogue with the national authorities to facilitate the protection of human rights at the national level. Within this framework, Protocol 15 stresses the importance

* La presente nota recoge la intervención, con algunos añadidos del autor, con ocasión de la visita de una delegación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea al Tribunal Europeo de Derechos Humanos el día 22 de noviembre de 2013.

nacional. Dentro de este esquema, el Protocolo 15 pone el acento en la importancia de los conceptos de subsidiariedad y margen nacional de apreciación, al tiempo que introduce varias reformas en el procedimiento ante el Tribunal; el Protocolo 16 crea un nuevo procedimiento, que permite a los tribunales nacionales solicitar del Tribunal Europeo opiniones consultivas relativas a la aplicación e interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

PALABRAS CLAVE: Derechos humanos; Convenio Europeo; Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Principio de subsidiariedad; Margen nacional de apreciación; Opinión consultiva; Cuestión prejudicial (ante el TJUE).

Fecha recepción original: 10 enero 2014

Fecha aceptación: 17 enero 2014

of the concepts of subsidiarity and national margin of appreciation, as well as introducing several changes in the Court's procedure. Protocol 16 creates a new proceeding, allowing the national courts to ask the European Court for advisory opinions concerning the interpretation and application of the European Convention on Human Rights.

KEYWORDS: Human rights; European Convention; European Court of Human Rights; Principle of subsidiarity; National margin of appreciation; Advisory opinion; Preliminary question (before the CJUE)

I. EL PROCESO DE REFORMA DEL TEDH

La evolución de la protección jurídica de los derechos humanos en el ámbito europeo, tanto en el nivel nacional como inter- y supranacional ha conducido, como ha podido destacarse con alguna preocupación¹, a la presencia de una pluralidad de sistemas de protección de ámbito competencial coincidente, con su propia normativa y sus propios órganos de garantía. Por un lado, en el nivel nacional, los sistemas derivados de la existencia de declaraciones de derechos y de órganos jurisdiccionales de control (tribunales ordinarios y constitucionales) en los diversos Estados; por otro, los sistemas existentes a nivel europeo, esto es, el sistema de la Unión Europea, y el creado a partir del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950.

Esta pluralidad de sistemas plantea los lógicos problemas que resultan de la presencia de normativas no idénticas y de órganos jurisdiccionales con ámbitos competenciales superpuestos; problemas que muestran la necesidad de medidas de coordinación que aseguren un funcionamiento armónico y sin contradicciones de los mecanismos de protección de los derechos humanos. Con un cierto optimismo –y en cierto modo como contraposición a la concepción pluralista de esa protección– ha podido proponerse que la vía de la integración normativa e institucional en un único sistema sería la más adecuada para lograr un régimen satisfactorio en esta materia². Cabe pensar que quizás ello pueda ser realidad en un futuro no muy lejano, mediante reformas de la normativa interna de los Estados, como pudieran ser la introducción general de cláusulas similares a

1. CRUZ VILLALÓN, P., «Rights in Europe: The Crowded House», en DIEZ HOCHLEITNER, J. y otros, *Últimas tendencias en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea-Recent Trends in the Case Law of the Court of Justice of the European Union (2008-2011)*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 1135-1152.
2. Por ejemplo, EECKHOUT, P., «Human Rights and the Autonomy of EU Law: Pluralism or Integration?», *Current Legal Problems*, 2013, pp. 169-202.

la del artículo 10.2 de la Constitución Española, o la conclusión de acuerdos de tipo internacional del tipo de la –en trámite– adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos, prevista en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea. Pero, en tanto esa eventual integración cobre realidad, no dejan de ser relevantes otras vías, siquiera sean parciales, que buscan la coordinación entre normas e instancias de protección de derechos humanos, vías que van desde los contactos informales entre Tribunales (en forma, por ejemplo, de jornadas de estudio conjuntas) hasta el «diálogo entre tribunales», que puede conducir a prácticas jurisprudenciales como la conocida «doctrina Bosphorus» del Tribunal de Estrasburgo.

Es dentro de estas vías, en la búsqueda de facilitar una mayor coordinación entre sistemas e instancias de protección de los derechos humanos a nivel europeo, donde pueden situarse, en gran manera, las reformas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos que representan los Protocolos 15 y 16 al mismo. Desde luego, no es éste el único objetivo de tales Protocolos, pero sí posiblemente el más destacado.

Los profundos cambios en la estructura del sistema europeo de protección de derechos humanos que supuso la aprobación del Protocolo número 11 al Convenio, el año 1998, sobre todo en lo que se refiere a la legitimación individual para presentar demandas directamente al Tribunal de Estrasburgo, hicieron necesarias una serie de reformas que sirvieran, por una parte, para enfrentarse eficazmente con el notable aumento de demandas presentadas ante el Tribunal, y, por otra, para precisar y definir la relación del Tribunal con las instancias nacionales y el papel de éstas en la mejor protección de los derechos reconocidos en el Convenio. La primera tarea mencionada ha sido el objeto de la reforma del Convenio llevada a cabo por el Protocolo 14, que entró en vigor el año 2010, así como de las reformas efectuadas por el Tribunal en su reglamento interno, y de nuevas prácticas (como las sentencias piloto) adoptadas por el Tribunal. Sus resultados han sido, a la vista de los datos, altamente satisfactorios y se puede prever, en fecha relativamente próxima, la eliminación del considerable retraso acumulado³. Por lo que se refiere a los nuevos Protocolos 15 y 16, aprobados por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, y sometidos a la ratificación de los Estados firmantes del Convenio, si bien no dejan de tener en cuenta (a la vista de las consideraciones efectuadas a lo largo de su elaboración) la necesidad de aligerar el procedimiento ante el Tribunal, se refieren sobre todo al segundo objetivo, esto es, precisar y mejorar la relación del Tribunal con las instancias judiciales nacionales, promoviendo un diálogo efectivo con ellas. El contenido de estos Protocolos refleja las conclusiones elaboradas en sucesivas conferencias de representantes de los Estados sobre el futuro del Tribunal⁴; por

3. Valga señalar que, manteniéndose el mismo ritmo de entrada de demandas ante el Tribunal (algo más de 60.000 anuales), los casos pendientes ante él se han ido reduciendo progresivamente, de acuerdo con las estadísticas en la página web del Tribunal, de 151.000 a finales de 2011 a unos 100.000 a finales de 2013.
4. Para sus resultados, ver las Declaraciones Finales de las Conferencias de Interlaken, 2010 (www.coe.int/t/dghl/.../interlaken_declaration_en_pdf); Izmir, 2010 (www.coe.int/izmir) y

otro lado, valga adelantar que el Protocolo número 16 se encuentra evidentemente inspirado por alguno de los procedimientos ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

II. EL PROTOCOLO N° 15⁵

A. LA REFORMA DEL PREÁMBULO AL CONVENIO

El Protocolo número 15, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 24 de junio de 2013, procede a modificar materialmente el contenido del Convenio (afectando a su Preámbulo, y a los artículos 21, 23, 30 y 35)⁶. Aun cuando se refiere a una variedad de materias, de entre ellas resulta especialmente destacada la reforma del Preámbulo del Convenio elaborado en 1950. El artículo 1 del Protocolo introduce un nuevo párrafo al final del Preámbulo, que resulta de particular interés, no sólo por sus propios términos, sino también por las aclaraciones que lleva a cabo la *Memoria Explicativa* del Protocolo, y por las declaraciones llevadas a cabo por diversos órganos del Consejo de Europa durante su elaboración. El nuevo texto introducido por el Protocolo reza como sigue:

«Afirmando que las Altas Partes Contratantes, de acuerdo con el principio de subsidiariedad tienen la responsabilidad de asegurar en primer lugar los derechos y libertades definidos en el Convenio y los Protocolos al mismo, y al hacerlo así disponen de un margen de apreciación sujeto a la jurisdicción y supervisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos»⁷.

Esta adición al Preámbulo versa sobre dos aspectos que hasta el momento no habían sido objeto de mención expresa en el Convenio, aun cuando sí lo habían sido de amplio tratamiento por la jurisprudencia del Tribunal, como son el principio de subsidiariedad y el margen de apreciación de las autoridades

Brighton, 2012 (http://www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_Final_Declaration_ENG.pdf).

5. Council of Europe Treaty Series-No. 213. Protocol No. 15 amending the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Strasbourg, 24.VI.2013. Un análisis inicial de este protocolo puede encontrarse, entre otras materias, en HERVIEU, N., «Cour européenne des droits de l'homme: Bilan d'étape d'un perpétuel chantier institutionnel» (PDF), en LETTRE «Actualités Droits-Libertés» du CREDOF, 3 septembre 2013. <http://revdh.org/2013/09/03/cedh-perpetuel-chantier-institutionnel/>.
6. El Protocolo entrará en vigor cuando haya sido ratificado por todas las partes del Convenio, de acuerdo con su artículo 7: «El presente Protocolo entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración de un periodo de tres meses siguiente a la fecha en que todas las Altas partes contratantes en el Convenio hayan expresado su consentimiento a quedar vinculadas por el Protocolo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6».
7. Texto en inglés: «Affirming that the High Contracting Parties in accordance with the principle of subsidiarity have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined by the Convention and the Protocols thereto and that in doing so they enjoy a margin of appreciation, subject to the supervising jurisdiction of the European Court of Human Rights».

estatales en la aplicación del Convenio. Además, se trata de conceptos objeto de amplio comentario y discusión por la doctrina académica. Pero, así y todo, la inclusión de estos temas en el Preámbulo no es meramente retórica o reiterativa. A la vista de los términos del nuevo texto, del debate en varias instancias sobre estas cuestiones en la fase de elaboración de la reforma, y atendiendo también a la *Memoria Explicativa* ofrecida por el mismo Comité de Ministros como anexo al Protocolo, cabe concluir que el nuevo texto del Preámbulo reviste alguna importancia, tanto en cuanto a lo que confirma como en cuanto a lo que innova.

1. El principio de subsidiariedad

En efecto, en cuanto al principio de subsidiariedad, el texto y la *Memoria Explicativa* vienen a darle un significado que no sólo mantiene, sino que también viene a reforzar la concepción establecida por la jurisprudencia del Tribunal⁸. Por una parte, y ciertamente, se mantiene esa concepción, como un límite a la intervención del Tribunal; éste deberá actuar, en los términos de la *Memoria Explicativa*, «*como salvaguardia de aquellas personas cuyos derechos y libertades no hayan sido garantizados a nivel nacional*». De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, éste podrá llevar a cabo su función como garante de los derechos del Convenio únicamente en aquellos casos en que las instancias nacionales, habiendo tenido oportunidad para examinar las violaciones de derechos y libertades alegadas por los recurrentes no las hayan remediado adecuadamente. Ello resulta de lo dispuesto en el primer apartado del Artículo 35 del Convenio, que establece que «*al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internas, tal como se entiende según los principios de Derecho internacional generalmente reconocidos*». Este mandato explicita pues una causa de inadmisibilidad de los recursos, equivalente a la prevista, por ejemplo, en el artículo 50.1 a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español en relación con el no agotamiento de los recursos previos ante los tribunales ordinarios.

Tal agotamiento es pues requerido por el Convenio en lo que se refiere a las instancias internas. Aunque suponga una digresión, una precisión puede resultar oportuna, habida cuenta de la presencia de otra jurisdicción europea, como es el Tribunal de Justicia de la Unión. Hasta el momento, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo no ha considerado que la necesidad de agotar los remedios internos disponibles incluya la solicitud de iniciación del procedimiento de cuestión preliminar ante el Tribunal de Luxemburgo. La exigencia de agotamiento de los recursos internos no implica que el recurrente haya debido (cuando ello proceda) pedir al tribunal nacional competente que suscite una cuestión preliminar al Tribunal de Justicia, previamente a la formulación

8. Ver, para el principio de subsidiariedad, PASTOR RIDRUEJO, J. A., «Le principe de subsidiarité dans la Convention européenne des droits de l'homme» en BRÖHMER, J. *et al.* (eds.), *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte. Festschrift für Georg Ress zur 70. Geburtstag am 21 Januar 2005*, Carl HEYMANN VERLAG, Köln, 2005, pp. 1077-1083; así como los trabajos recogidos en VERDRUSSEN, M. (dir.) *L'Europe de la subsidiarité*, Bruylant, Bruselas, 2000.

de su demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Pues no está en las manos de las partes en los procesos ante las jurisdicciones de los Estados miembros del Convenio el obligar al tribunal nacional a formular una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea: son los jueces nacionales (y no las partes) las que deciden si ese procedimiento debe iniciarse⁹. Como consecuencia, la petición de planteamiento de una cuestión de ese tipo no puede considerarse como un remedio efectivo, ni por lo tanto, de carácter obligatorio como previo al recurso ante el TEDH. En forma complementaria, debe señalarse que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, la negativa de un tribunal nacional a plantear la cuestión preliminar ante el TJUE constituiría una vulneración de las cláusulas del artículo 6 del Convenio relativas al debido proceso únicamente si esa negativa fuera arbitraria¹⁰.

El principio de subsidiariedad, desde esta perspectiva, puede pues considerarse como una limitación al Tribunal. Ahora bien, los cambios introducidos en el Preámbulo por el Protocolo, así como la *Memoria Explicativa* al mismo van más allá de la concepción tradicional del principio de subsidiariedad y sus efectos. El nuevo texto y la *Memoria* vienen a subrayar una consecuencia del principio: que la garantía de los derechos del Convenio constituye una responsabilidad compartida entre los Estados y el Tribunal, consecuencia que también había sido objeto de atención por la jurisprudencia de éste¹¹. Si la protección prestada por el Tribunal a los derechos del Convenio tiene una función subsidiaria respecto de esa protección disponible en los Estados miembros, ello se debe a que esos Estados tienen la obligación de proporcionar remedios efectivos frente a toda posible violación de esos derechos. Ello significa que, en el ámbito interno de cada Estado, debe establecerse un sistema de remedios efectivos frente a las violaciones de esos derechos¹². Un mandato de ese tipo, por otra parte, deriva del artículo 13 del Convenio, que establece que «*toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales*». En otras palabras, el principio de subsidiariedad debe ser interpretado también en el sentido de que no debe haber áreas de la actividad estatal que

9. Ver las consideraciones del Tribunal, por ejemplo, en STEDH, as. *Ullens De Schooten y Rezabek contra Bélgica*, de 20 de septiembre de 2011, o en *Lutz John contra Alemania* (decisión) de 13 de febrero de 2007.

10. Ver al respecto DONNAY, L., «L'obligation incombant au juge de poser une question prejudicielle à la Cour de justice, élément vaporeux du procès équitable (Cour eur. dr.h. Ullens de Schooten et Rezabek c. Belgique, 20 septembre 2011)», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 96(2013), pp. 887-908.

11. Por ejemplo, en STEDH, as. *Scordino c. Italia (no. 1)* de 26 de marzo de 2006: «la responsabilidad primaria en aplicar y poner en vigor los derechos y libertades garantizados en el Convenio se atribuye a las autoridades nacionales. El mecanismo de queja ante el Tribunal es pues subsidiario respecto de los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos» (§ 140).

12. Ver, por ejemplo, las consideraciones que lleva a acabo el Tribunal en su sentencia en el asunto *Kudla contra Polonia*, de 26 de octubre de 2000, §148.

queden exentas de control por una autoridad pública cuando se vean afectados derechos reconocidos en el Convenio: ni siquiera (teniendo en cuenta la –en trámite– adhesión de la Unión Europea al Convenio) en áreas tan delicadas como las mencionadas en el artículo 275 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea referentes a defensa o seguridad pública¹³. En su caso (de acuerdo con las previsiones del artículo 6.1 del Convenio) esa autoridad deberá ser una autoridad judicial. En los expresivos términos de la *Memoria* anexa al Protocolo, «*Los Estados partes del Convenio están obligados a asegurar a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades reconocidos en el Convenio y a proporcionar un remedio efectivo ante una autoridad nacional a toda persona cuyos derechos y libertades hayan sido violados*».

2. El margen de apreciación

La nueva versión del último apartado del Preámbulo al Convenio introducida por el Protocolo 15 se refiere también al margen de apreciación de las autoridades nacionales a la hora de pronunciarse sobre violaciones de derechos del Convenio. Como se indicó, el nuevo apartado dispone que esas autoridades «disponen de un margen de apreciación sujeto a la jurisdicción y supervisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». Aun cuando, también en esta materia, es abundante la jurisprudencia del Tribunal, así como la literatura académica al respecto¹⁴, no deja de ser relevante, para la comprensión del significado de esta referencia, un examen de los trabajos preparatorios del Protocolo.

Como es bien sabido, la jurisprudencia del Tribunal ha admitido que las autoridades nacionales (y especialmente los tribunales) a la hora de aplicar e interpretar los derechos del Convenio, tienen un cierto margen de apreciación (o si se quiere, un ámbito de libertad) en la consideración de cuestiones concretas. El Tribunal, desde su Sentencia en el caso *Handyside contra Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976, ha reconocido que las autoridades nacionales, por su mayor proximidad a los hechos y su conocimiento y familiaridad con el con-

13. Valga citar las palabras de TIZZANO, A., «Hay otro problema que se refiere al control del Tribunal de Estrasburgo sobre los actos de la Unión en el ámbito de la PESC. Como se sabe, el artículo 275 del TFUE excluye esos actos del control judicial ejercido normalmente por el Tribunal de Justicia, con la excepción de aquellas medidas restrictivas respecto de particulares. Pero, al ser de aplicación el Convenio Europeo de Derechos Humanos a todas las cuestiones que se sitúen dentro de la jurisdicción de las partes contratantes, la consecuencia sería que el Tribunal de Estrasburgo podría conocer de tales actos, aun cuando la ratio del artículo 275 sea la de excluir todo control judicial sobre las actuaciones efectuadas en el marco de la política exterior y de defensa. El mandato de negociación (para la adhesión, LLG) parece aceptar esta consecuencia, puesto que se limita a recordar la adhesión no prejuzga en nada el mencionado artículo 275. Lo que implicaría que las limitaciones a la competencia del Tribunal de Justicia se mantiene, pero que no se extienden a la competencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». «*Les Cours européennes et l'adhésion de l'Union à la CEDH*» (en *Il diritto dell'Unione Europea*, XVI, 1, 2011, pp. 29-57, p. 36).

14. Sobre el margen de apreciación, GARCÍA ROCA, J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

texto social y cultural, tienen una mayor facilidad para la comprensión y tratamiento adecuado de cuestiones relacionadas con el respeto a los derechos humanos, y en consecuencia, para la aplicación del Convenio a estos casos. Ello siempre bajo la última supervisión del Tribunal.

La extensión de este margen de apreciación de las autoridades nacionales no ha dejado de dar lugar a una amplia discusión. Tras la conferencia de Izmir, y en el contexto de los trabajos de reforma del Tribunal de Estrasburgo, el Comité de Ministros encargó al Comité Directivo de Derechos Humanos (CDDH) del Consejo de Europa un informe sobre las diversas posibilidades de reforma. Ello dio lugar a un intercambio de opiniones que resulta útil para percibir la relevancia de la cuestión, y las posiciones al respecto.

El Informe del CDDH¹⁵ dedica amplia atención a varias propuestas que propugnaban una notable ampliación del margen de apreciación de los Estados. Entre ellas destacaba la referente a la introducción de una nueva causa de inadmisibilidad: una demanda podría ser declarada inadmisibile si versara esencialmente sobre una cuestión resuelta por un tribunal nacional aplicando los derechos garantizados por el Convenio y sus Protocolos; sólo se exceptuarían aquellos casos en que el tribunal nacional hubiera cometido un error evidente en la interpretación y aplicación del Convenio o cuando se suscitara una cuestión de importancia al respecto¹⁶. Aun cuando la propuesta se justificara en virtud del principio de subsidiariedad, era evidente su eventual repercusión en el ámbito del margen de apreciación nacional.

El Tribunal, en una *Opinión Preliminar*¹⁷ sobre el Informe, consideró que tal propuesta era innecesaria. No obstante, la Declaración de la Conferencia de Brighton sobre la Reforma del Tribunal¹⁸, celebrada posteriormente, manifestaba la conveniencia de introducir en el Convenio una referencia al margen de apreciación. En consecuencia, y siguiendo el encargo del Consejo de Ministros, el Grupo de Expertos del CDDH elaboró¹⁹ un proyecto de Protocolo de reforma en el que se incluía la propuesta de introducir un nuevo párrafo en el Preámbulo del Convenio, expresando que los Estados «gozan de un margen de apreciación, sujeto a la supervisión y jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos».

Esta redacción fue sometida a severa crítica por el Tribunal de Estrasburgo. En un *Comentario* sobre esta versión inicial del Protocolo, para la reforma del Tribunal, el plenario del mismo expresó serias dudas sobre los términos empleados por el proyecto²⁰. El Tribunal consideró que se trataba

15. CDDH Final Report on measures requiring amendment of the European Convention on Human Rights. 74 Meeting 7-10 February 2012. CDDH (2012) R74 (Addendum I). Ver el apéndice III, sección 5, del Informe.

16. Propuesta conjunta británico-suiza, presentada el 21 de octubre de 2011.

17. Preliminary Opinion of the Court in preparation for the Brighton Conference. (Adopted by the Plenary Court on 20 February 2012).

18. Ver la referencia en nota 5.

19. En su 76 reunión, de 27 a 30 de noviembre de 2012.

20. Comment from the European Court of Human Rights on the proposed amendment of the Preamble to the European Convention on Human Rights, 23 de Noviembre de 2012. El Tribunal señalaba que el proyecto no se correspondía con los términos de la declaración

de un intento incompleto de «encapsular» en unas pocas palabras un concepto tan complejo como el del margen de apreciación. De acuerdo con el *Comentario* del Tribunal, el margen de apreciación no es, como parecía desprenderse del proyecto, «un elemento fijo, o una constante en todo caso» sino que, por el contrario, «varía ampliamente en cuanto a su importancia y consecuencias de un contexto a otro».

Debe señalarse que la posición del Tribunal aparece como sólidamente fundada. En efecto, y como resulta de su jurisprudencia, el margen de apreciación abierto a los tribunales nacionales o a otras autoridades, puede configurarse con diversa amplitud, desde situaciones en que cabe sólo un margen muy restringido (como sería en los casos afectando a derechos «absolutos» del «Convenio») a situaciones en que el Tribunal necesitará «serias razones» para apartarse de la apreciación llevada a cabo por las instancias nacionales²¹. Valga señalar también, en lo que se refiere a un aspecto especialmente complejo, como es el referente a la protección de derechos fundamentales frente a actuaciones estatales en el marco del Derecho de la Unión Europea, que el margen de apreciación se refiere a algo muy distinto de la llamada «presunción de convencionalidad²²», presunción *iuris tantum* a que el Tribunal se ha referido en algunas de sus decisiones en relación con la Unión²³.

Pese a las observaciones del Tribunal, el texto propuesto por el CDDH se mantuvo, siendo el incluido en el texto final del Protocolo. Sin embargo, en su opinión final sobre el proyecto definitivo del mismo²⁴ el Tribunal no reiteró sus críticas respecto de la mención del margen de apreciación, tal como quedaba reproducida. Ello se debió a que el Tribunal tuvo en cuenta las consideraciones efectuadas en la *Memoria Explicativa* del Protocolo respecto del nuevo párrafo del Preámbulo. En efecto, el Tribunal estimó que, aun cuando el texto inicialmente propuesto (y criticado en su *Comentario* anterior) se había mantenido como tal hasta la redacción definitiva, las intenciones de sus autores se habían visto clarificadas en la *Memoria Explicativa*, al exponer ésta que los términos del Protocolo pretendían «ser coherentes con la doctrina del margen de apreciación *tal como lo ha desarrollado la jurisprudencia del Tribunal*²⁵». En opinión del Plenario del mismo, esta explicación excluía suficientemente cualquier noción que sugiriera que el margen de apreciación proporciona un área de libertad

de Brighton, que se refería a la doctrina del margen de apreciación «*tal como se desarrollaba en la jurisprudencia del Tribunal*».

21. Ver, por ejemplo, S TEDH en los asuntos *V. Hannover contra Alemania* de 7 de febrero de 2012, § 107, y *Alecu contra Rumanía*, de 27 de julio de 2010, §23.
22. Para el empleo de este término, ver GARLICKI, L., «Cooperation of Courts: the Role of Supranational Jurisdictions in Europe», en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 6 (2008) pp. 509-530, esp. p. 527.
23. Por ejemplo, STEDH, as. *Bosphorus contra Irlanda*, de 10 de junio de 2006: *Cooperative Producentenorganisatie contra Países Bajos* (decisión), de 20 de enero de 2009.
24. *Opinion of the European Court of Human Rights on Draft Protocol No. 15 to the European Convention on Human Rights*, aprobada por el Plenario del Tribunal el 6 de febrero de 2013.
25. Subrayado añadido, LLG.

estable y constante en que los tribunales nacionales puedan tomar sus decisiones, resultando por tanto excepcional la intervención del Tribunal; por el contrario, la *Memoria Explicativa* aclararía que sería necesario aplicar, caso por caso, la más detallada jurisprudencia del Tribunal al respecto.

B. OTRAS MATERIAS TRATADAS EN EL PROTOCOLO N° 15

Aunque hayan causado menos discusión en el proceso de elaboración del protocolo 15, otras materias incluidas en el mismo son también relevantes para el funcionamiento del Tribunal, y merecen una breve mención.

Por un lado, valga señalar que se modifican los artículos 21 y 23 del Convenio, en lo que se refiere a la edad máxima de los jueces en el ejercicio de sus funciones²⁶. En lugar del actual límite de setenta años²⁷, que se suprime, se introduce un nuevo límite de edad, pero esta vez referido a los candidatos al cargo: el nuevo apartado 2 del Artículo 21 del Convenio establece que la edad máxima de los candidatos deberá ser de sesenta y cinco años computados en el momento en que la Asamblea Parlamentaria pida al Gobierno de que se trate que proponga una terna de candidatos. Así, en la práctica, la edad máxima de los jueces en activo se ha elevado a setenta y cuatro años (máximo de sesenta y cinco para candidatos, más nueve años de mandato). Con ello, según la *Memoria Explicativa*, se pretende, de una parte, mantener la estabilidad de la composición del Tribunal (evitando ceses anticipados) y de otra, hacer atractiva para juristas experimentados la integración en el Tribunal, sin el inconveniente del cese por edad. En cualquier caso, el artículo 8 del Protocolo especifica que las nuevas previsiones se aplicarán únicamente a los candidatos incluidos en listas presentadas tras la entrada en vigor del Protocolo.

Otras tres medidas del Protocolo derivan de la pretensión de agilizar el procedimiento ante el Tribunal. La primera²⁸ facilita, mediante la reforma del artículo 30 del Convenio, la inhibición de una Sala en favor de la Gran Sala, al suprimirse la exigencia de la conformidad (o no oposición) de las partes, tanto del recurrente como del Estado frente al que se presenta la demanda. A la entrada en vigor del Protocolo, bastará la propuesta de la Sala para que el asunto pase a la jurisdicción de la Gran Sala²⁹. La segunda³⁰ se refiere al plazo para presentar una demanda ante el Tribunal tras la última decisión interna, plazo que se reduce de los actuales seis meses a cuatro, modificándose el actual artículo 35 del Convenio. Finalmente también se redefinen³¹, las condiciones establecidas dentro del apartado 3 b) del mismo artículo 35 para la apreciación de

26. Artículo 2 del Protocolo.

27. Apartado 2 del artículo 23 del Convenio: «El mandato de los jueces finalizará cuando alcancen la edad de 70 años».

28. Artículo 3 del Protocolo.

29. La Memoria Explicativa precisa que se espera que, de todas formas, la Sala consulte a las partes al respecto antes de adoptar su decisión

30. Artículo 4 del Protocolo.

31. Artículo 5 del Protocolo.

la causa de inadmisión consistente en la falta de «perjuicio importante» para el demandante: se suprime así la exigencia de que el caso «*haya sido debidamente examinado por un tribunal nacional*». Bastará pues la apreciación de la inexistencia de «perjuicio importante» para la inadmisión de una demanda, con las excepciones previstas en el Convenio. Se trata, según la *Memoria explicativa*, de una medida consecuente con la naturaleza de la causa de inadmisión, de acuerdo con la máxima *de minimis non curat praetor*.

II. EL PROTOCOLO N° 16³²

A. LA INTRODUCCIÓN DE UNA NUEVA OPINIÓN CONSULTIVA

A diferencia del Protocolo 15, el Protocolo 16 no altera materialmente el contenido del Convenio: sus disposiciones se configuran como adicionales al mismo³³. Como ocurre en relación con el Protocolo 15, el Protocolo 16, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 2 de octubre de 2013, y sometido a ratificación por los países firmantes del Convenio, refleja tanto la voluntad de reforzar el dialogo del Tribunal con los tribunales nacionales como la de enfrentarse más efectivamente con la creciente carga de trabajo del Tribunal. Para ello, el protocolo introduce la posibilidad de que los tribunales nacionales se dirijan al Tribunal de Estrasburgo pidiéndole «*opiniones consultivas sobre cuestiones de principio en relación con la interpretación o aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio o en sus protocolos*»³⁴. Tal posibilidad ya había sido apuntada en el Informe de la Comisión de Sabios³⁵ presidida por el anterior Presidente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gil Carlos Rodríguez Iglesias, el año 2006. La introducción de una opinión consultiva fue también objeto de debate en las conferencias sobre el futuro del Tribunal celebradas en Interlaken, Izmir y Brighton. Tras esta última conferencia, el Comité de Ministros del Consejo de Europa encargó al Comité Directivo de Derechos Humanos (CDDH) la redacción de un texto de Protocolo de reforma del Convenio en este sentido.

Desde un principio, estaba claro que las propuestas al respecto pretendían configurar un procedimiento de opinión consultiva distinto del ya existente en el Convenio, es decir, del regulado en sus artículos 47 a 49, referido a la solici-

32. *Council of Europe Treaty Series-No. 214. Protocol No. 16 to the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Strasbourg, 2.X.2013. Sobre este Protocolo, ver HERVIEU, cit. (nota 3); SICILIANOS, L. A., «L'élargissement de la compétence consultive de la Cour Européenne des droits de l'homme: à propos du Protocol n° 16», *Revue Trimestrielle des droits de l'homme*, 97 (2014), pp. 9-30. Agradezco al Juez SICILIANOS su amabilidad al proporcionarme para consulta el manuscrito de su trabajo.

33. Art. 6: «Las Altas Partes Contratantes consideran los Artículos 1 a 5 del Presente Protocolo como artículos adicionales al Convenio, y en consecuencia aplicarán todas las disposiciones del Convenio».

34. Artículo 1 del Protocolo.

35. *Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers. CM Documents.CM (2006) 203. 15 Nov. 2006. 979bis Meeting*.

tud de opiniones consultivas por parte del Comité de Ministros del Consejo de Europa. En efecto, el nuevo procedimiento versaba sobre solicitudes por parte de órganos jurisdiccionales (y no por parte de un órgano de tipo ejecutivo, como el Comité de Ministros) y tenía como objeto la interpretación de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio y sus protocolos, materia ésta expresamente excluida por el artículo 47 del Convenio del contenido de las peticiones de opinión expresadas por el Comité de Ministros³⁶.

Por el contrario, el nuevo procedimiento se configura como inspirado, en términos generales, en el procedimiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea³⁷. El elemento común inicial, también en términos generales, del procedimiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de Luxemburgo y del procedimiento de solicitud de opinión consultiva al Tribunal de Estrasburgo reside en que ambos procedimientos comienzan a partir de la petición, por parte de un tribunal nacional, a un tribunal a nivel europeo de una resolución sobre la interpretación que debe darse a una norma de Derecho supra o internacional (Derecho de la Unión o Convenio Europeo de Derechos Humanos). En todo caso, y pese a esta similitud inicial, no dejan de ser evidentes notables diferencias. Por ello, y para una mejor comprensión de las líneas generales del procedimiento introducido por el nuevo Protocolo al Convenio, puede ser útil una exposición de éstas en contraposición de las propias de la cuestión prejudicial ante el TJUE.

B. EL CARÁCTER OPCIONAL DEL PROCEDIMIENTO

Para comenzar (y a diferencia de las previsiones del TUE y del TFUE, que configuran la cuestión prejudicial como elemento sustancial del sistema jurisdiccional de la Unión) en el procedimiento previsto en el Protocolo 16, los Estados firmantes del Convenio pueden optar entre acogerse o no al sistema de opiniones consultivas. No se establece una obligación general de que los Estados miembros del Convenio permitan a sus tribunales la formulación de solicitudes de opiniones consultivas al Tribunal de Estrasburgo. La ratificación del Protocolo es opcional por cuanto que los Estados continuarán insertos en el sistema del Convenio independientemente de que lo ratifiquen o no. Una vez que se haya alcanzado el límite mínimo de diez ratificaciones, el Protocolo se aplicará en aquellos países que se hayan acogido a él, sin que sea aplicable a los demás en tanto no lo ratifiquen³⁸.

36. En todo caso, el procedimiento de los arts. 47 a 49 del Convenio ha sido escasamente utilizado. Hasta el momento, el Tribunal ha emitido únicamente dos opiniones consultivas a requerimiento del Comité de Ministros, en fechas 10 de febrero de 2008 y 22 de noviembre de 2010.

37. Ver al respecto 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*, 38(2) 2013, pp. 229-247.

38. Artículo 8 del Protocolo: «1. El presente Protocolo entrará en vigor el primer día al mes siguiente al cumplimiento de un plazo de tres meses después de la fecha en que diez Altas Partes Contratantes del Convenio hayan su consentimiento en quedar vinculadas por el Protocolo con arreglo a las disposiciones del Artículo 7.2. Para cualquier otra Parte Contratante del Convenio que exprese posteriormente su consentimiento en

Por otra parte, y en contraste con los mandatos del artículo 267 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea³⁹, que abre la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE a los órganos jurisdiccionales de los Estados, sin mayor precisión, el artículo 1 del Protocolo 16 establece, en forma restrictiva, que «los más altos tribunales» de los Estados que lo hayan ratificado podrán solicitar opiniones consultivas al TEDH. Ello busca, ciertamente, evitar una proliferación de peticiones con la consiguiente complicación del sistema, como señala la *Memoria Explicativa*. Ahora bien, el Protocolo no establece cuáles deben ser esos «altos tribunales»: los Estados serán los que decidan qué órganos jurisdiccionales, así considerados, podrán solicitar una opinión consultiva⁴⁰. Se deriva de los términos del Convenio que, aunque esa opción no puede estar abierta a cualquier tribunal, independientemente de su nivel, que deba resolver casos que versen sobre la aplicación o interpretación del Convenio, los Estados, según la *Memoria Explicativa* al Protocolo, dispondrá de «cierta libertad de elección». Cabe suponer, en todo caso, que los Estados que ratifiquen el Protocolo reservarán esa posibilidad a sus Tribunales Supremos o Constitucionales o a aquellos órganos jurisdiccionales que, en términos de la Memoria, aunque sean de nivel inferior a esos tribunales, «*sean sin embargo de especial importancia, al ser "los más altos" órganos jurisdiccionales para cierta categoría de asuntos*».

El Protocolo 16 deja enteramente en manos de los tribunales nacionales, en los Estados que lo hayan ratificado, la decisión de plantear o no una petición de opinión consultiva. Serán esos tribunales en cada caso los que decidan discrecionalmente si conviene o no solicitar esa opinión. Ello se separa claramente del mandato contenido en el artículo 267 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea, en lo que se refiere a aquellos altos tribunales contra cuyas decisiones no quepa recurso⁴¹. Como consecuencia, el Protocolo 16 viene a ofrecer una doble opción. Por un lado, los Estados pueden decidir, ratificando o no el Convenio, si permiten o no a sus altos tribunales que soliciten opiniones consultivas; y si deciden ofrecer esa posibilidad, sus altos tribunales serán libres para decidir si formulan o no esa solicitud.

C. PETICIÓN DE OPINIÓN CONSULTIVA Y PROCEDIMIENTO DE ADMISIÓN

En lo que sí sigue el Protocolo 16 las líneas marcadas por el procedimiento

quedar vinculada por el presente Protocolo, éste entrará en vigor el primer día del mes siguiente al cumplimiento de un plazo de tres meses después de la fecha de expresión de su consentimiento en quedar vinculada por el Protocolo con arreglo a las disposiciones del Artículo 7».

39. Artículo 267 TFUE, segundo inciso: «Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo».

40. Artículo 10 del Protocolo.

41. Artículo 267 TFUE, tercer inciso: «Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de un ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal».

de cuestión prejudicial ante el TJUE es en la exigencia de que las solicitudes de opiniones consultivas dirigidas por los Tribunales nacionales al Tribunal de Estrasburgo se susciten únicamente «en el contexto de un caso pendiente»⁴². Queda así excluida en principio toda eventual «cuestión abstracta de convencionalidad» que se refiera a normas legales o de otro tipo que no sean de aplicación en un caso concreto pendiente ante un Tribunal. Ahora bien, cabe suponer que tal exclusión no impedirá, a la vista de la interpretación que el TEDH dé al Convenio, que una norma legal nacional pueda considerarse contraria al mismo, o que deba interpretarse de determinada manera.

Debe señalarse que el Protocolo no establece expresamente que la solicitud de opinión consultiva deberá suspender la continuación del procedimiento ante el órgano jurisdiccional nacional, en tanto esa opinión se tramita ante el TEDH. No obstante, y aparte de la regulación que al respecto puedan llevar a cabo los Estados que ratifiquen el Protocolo, se deriva de los mismos términos del mismo que tal deberá ser forzosamente el caso⁴³, al referirse tal solicitud a asuntos pendientes ante una jurisdicción, «en cuyo marco» (art. 1.2 del Protocolo) se planteen cuestiones referidas a la interpretación y aplicación de derechos reconocidos en el Convenio; implícitamente, pues, la resolución de esas cuestiones aparece como necesidad previa a la resolución, en el asunto de que se trate, del órgano jurisdiccional que plantea la solicitud. Ello independientemente, como se verá, de la fuerza vinculante de la opinión del Tribunal. En todo caso, y como reconoce la *Memoria Explicativa*, este efecto suspensivo hace recomendable que el Tribunal conceda la mayor prioridad posible a la emisión de su opinión.

La solicitud de opinión consultiva debe someterse a un procedimiento de admisión, que presenta alguna similitud con el previsto en el Convenio para los supuestos de remisión de un asunto a la Gran Sala del Tribunal a solicitud de alguna de las partes. El Protocolo estipula que el órgano jurisdiccional que formule la solicitud de opinión consultiva deberá aducir las razones que le llevan a formularla, y presentar «los datos pertinentes del contexto jurídico y fáctico del asunto pendiente»⁴⁴; y el Tribunal de Estrasburgo deberá decidir sobre su admisión o inadmisión. Corresponderá esta tarea, como en el supuesto de remisión a la Gran Sala, a un panel de cinco jueces (que, a diferencia de ese supuesto de remisión, debe incluir al juez elegido con respecto del país del tribunal que pida la opinión). Cabe señalar que el Protocolo deja esta decisión

42. Artículo 1.2 del Protocolo: «El órgano jurisdiccional que curse la solicitud sólo podrá solicitar una opinión consultiva en el marco de un asunto pendiente ante él».

43. La *Memoria Explicativa* del Protocolo da por sentada la presencia de ese efecto suspensivo: «Los retrasos injustificados en el proceso de las opiniones consultivas ante el Tribunal implicarán también retrasos en el procedimiento del asunto pendiente ante el órgano jurisdiccional que haya presentado la solicitud y en consecuencia deberán evitarse» (§ 17); «Conviene asimismo destacar que el procedimiento interno que se ha suspendido, en muchos sistemas jurídicos, no puede continuar hasta que se haya traducido la opinión a la lengua del órgano jurisdiccional que ha cursado la solicitud» (§ 23).

44. Artículo 1.3 del Protocolo.

en cuanto a la admisibilidad o inadmisibilidad de la solicitud, en forma discrecional, en manos del Tribunal de Estrasburgo: el Protocolo no proporciona criterio alguno expreso para decidir sobre este tema, excepto el requisito genérico establecido en su artículo 1 de que la solicitud deberá versar sobre «cuestiones de principio relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades que definen el Convenio y sus Protocolos». Se trata de una fórmula similar a la empleada por el Convenio para autorizar la admisión de una remisión a la Gran Sala a solicitud de las partes de un caso⁴⁵. Y la experiencia muestra que tal fórmula ha permitido una amplia flexibilidad al Tribunal a efectos de la admisión de solicitudes de remisión.

En todo caso, y en cuanto a la decisión del panel de cinco jueces sobre la admisibilidad de la solicitud, la regulación del procedimiento establece alguna diferencia respecto del procedimiento de remisión a la Gran Sala. En efecto, la regulación introducida por el protocolo establece que el panel debe expresar las razones que le llevan a inadmitir una solicitud⁴⁶, lo que supone una notable diferencia respecto del régimen previsto en el artículo 43 del Convenio que regula la remisión a la Gran Sala, por cuanto que ese artículo no requiere motivación alguna para las decisiones de inadmisión, y en la práctica tal motivación no se produce. De acuerdo con la *Memoria Explicativa* del Protocolo, la exigencia de motivación para rechazar una solicitud de opinión consultiva «persigue reforzar el diálogo entre el Tribunal y los sistemas judiciales nacionales, incluso por medio de una aclaración de la interpretación por parte del Tribunal de lo que conviene entender por «cuestiones de principio relativas a la interpretación o aplicación de los derechos y libertades que definen el Convenio o sus Protocolos»⁴⁷. A la vista de los términos del Protocolo, y de la Memoria Explicativa, cabe deducir que el panel deberá basar su decisión sobre la admisión o no de la solicitud en la apreciación de los argumentos ofrecidos por el tribunal nacional respecto de la importancia de la opinión consultiva para la interpretación del Convenio, así como en su relevancia para la resolución del caso a resolver por el tribunal

45. Artículo 43.2 del Convenio: «Un colegio de cinco jueces de la Gran Sala aceptará la solicitud 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».

46. Artículo 2.1 del Protocolo.

47. Debe señalarse que en un *Documento de Reflexión* anterior, de Marzo de 2012, destinado a la preparación de la Conferencia de Brighton (*Reflection paper on the proposal to extend the Court advisory opinion*, ref. no. 3853038, disponible en la página web del Tribunal en el apartado «The Court/Reform of the Court/Reports and Notes»), el Tribunal se había mostrado contrario a la inclusión de esa motivación, expresando su preferencia por la formulación de líneas directrices generales sobre la amplitud y funcionamiento de su jurisdicción consultiva, frente a la obligación de justificar cada inadmisión. No obstante, en su Opinión sobre el Proyecto de Protocolo (*Opinion of the Court on the Draft Protocol No. 16 to the Convention extending its competence to give advisory opinions on the interpretation of the Convention*, aprobado por el Plenario del Tribunal el 6 de mayo de 2013), el Tribunal expresa que, «el Tribunal acepta que puede ser útil ofrecer una motivación. Tal enfoque subrayaría el objetivo de crear un diálogo constructivo con los tribunales nacionales. El Tribunal considera que tales motivaciones normalmente no serán muy extensas».

nacional. Valga señalar que, en su Documento de Reflexión de marzo de 2012⁴⁸ el Tribunal de Estrasburgo pudo apuntar que, a la hora de decidir, a efectos de su admisión, si una solicitud de opinión consultiva contenía una cuestión de principio o de interés general respecto de la interpretación del Convenio, «podrá recurrirse en esta materia a la inspiración que se obtenga a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en relación con el procedimiento de cuestión preliminar (relevancia de la cuestión, doctrina del «point clair»).

D. EL PROCEDIMIENTO DE EMISIÓN DE LA OPINIÓN CONSULTIVA

Una vez admitida la solicitud por el panel de cinco jueces, la posterior tramitación del procedimiento de opinión consultiva establecido por el Protocolo 16 presenta algunos aspectos de interés, que claramente lo distinguen del procedimiento usual de resolución de demandas por el TEDH, así como de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo. El procedimiento ante el TEDH debe finalizar (tras la preceptiva admisión) mediante una opinión emitida por la Gran Sala del Tribunal, integrada según lo dispuesto en el artículo 26 del Convenio y en que deberá figurar el juez elegido respecto del Estado del órgano jurisdiccional que solicita la opinión. Es en lo que se refiere a las partes intervinientes donde el procedimiento de la opinión consultiva presenta ciertas peculiaridades. Como recuerda la *Memoria Explicativa*, el procedimiento de opinión consultiva no es un procedimiento contradictorio, por lo que no resulta obligatoria la intervención del Gobierno del Estado en cuestión, ni de ninguna otra parte⁴⁹. Aún así, el Protocolo otorga legitimación para intervenir en el proceso, sin así lo deciden, al Comisionado de Derechos Humanos del Consejo de Europa y el Estado a que pertenece el tribunal que formula la solicitud de opinión consultiva⁵⁰; esta legitimación supone que, si lo consideran oportuno, podrán someter al Tribunal alegaciones escritas, así como tomar parte en las audiencias que se celebren sobre el caso. Ahora bien, éstos son los únicos sujetos a los que el Protocolo concede una legitimación directa. Otros sujetos posiblemente interesados como pueden ser otros Estados firmantes del Convenio, así como las partes en el caso pendiente ante el tribunal nacional, o cualquier otra persona, podrán intervenir en el procedimiento de opinión consultiva únicamente si el TEDH específicamente les invita a ello. Ello supone una notable diferencia respecto del procedimiento de cuestión prejudicial ante el TJUE, en que están legitimados *ex lege* para participar «las partes, los Estados miembros, la Comisión y, cuando proceda, la institución, órgano u organismo de la Unión que haya adoptado el acto cuya validez o interpretación se cuestiona»⁵¹ En

48. Citado en nota anterior.

49. Indica la *Memoria Explicativa* que «puesto que el procedimiento de opinión consultiva no es un procedimiento contradictorio, no será obligatoria la participación del gobierno, aunque siempre mantendrá el derecho a participar».

50. Artículo 3 del Protocolo.

51. Art. 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: «En los casos a que se refiere el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la decisión del órgano jurisdiccional nacional que suspende el procedimiento y somete el asunto al Tribunal de Justicia será notificada a este último por dicho órgano jurisdiccional. A continuación, el Secretario del Tribunal de Justicia notificará tal decisión a las

cualquier caso, debe señalarse que durante el proceso de elaboración del Protocolo, se dejó claro que debería promoverse activamente la participación de las partes en el proceso *a quo*. En términos de la *Memoria Explicativa*, «*Se puede esperar que las partes en asunto en cuyo contexto se solicite la opinión consultiva sean invitadas a participar en el procedimiento*». Se refleja con ello la intención expresada por el propio Tribunal en su Opinión sobre el Proyecto de Protocolo⁵²: «*Con respecto a las partes en el proceso ante los tribunales domésticos, el Tribunal confirma su opinión (...) de que desde luego, invitará a esas partes a participar en el procedimiento ante el Tribunal. De esta forma se respetará el principio de igualdad. El Tribunal se referirá a la previsión de tal invitación en su reglamento*».

Debe señalarse que el Protocolo se refiere a la posibilidad, por parte de terceros intervinientes, de formular alegaciones escritas o de participar en las audiencias públicas que se celebren. Valga recordar que, en lo que se refiere a las opiniones consultivas de los artículos 47 a 49 del Convenio, la celebración o no de este tipo de audiencias queda a la discreción del Tribunal⁵³, como es el caso en los demás asuntos de que conoce la Gran Sala (aun cuando la práctica sea su celebración). Obviamente, la práctica de audiencias públicas en el nuevo procedimiento de consulta regulado en el Protocolo dependerá del número de solicitudes de opinión que se formulen y que sean admitidas por el Tribunal. En todo caso, las disponibilidades al respecto son evidentemente limitadas, dada la carga de trabajo del Tribunal ya existente, y la apuntada necesidad de una cierta celeridad en la resolución de estas solicitudes.

El procedimiento culmina con la emisión de la opinión por parte del Tribunal. Y a este respecto, en lo que se refiere al contenido de esa opinión, pueden apreciarse diferencias adicionales en comparación con el procedimiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En primer lugar, el artículo 4.2 del Protocolo prevé que los miembros de la Gran Sala puedan emitir votos particulares (concordantes o disidentes), posibilidad que no se ofrece en el procedimiento ante el TJUE. Pero, obviamente, la diferencia fundamental radica precisamente en el hecho evidente de que las opiniones del Tribunal de Estrasburgo son «consultivas», y por lo tanto no son vinculantes

partes litigantes, a los Estados miembros y a la Comisión, así como a la institución, órgano u organismo de la Unión que haya adoptado el acto cuya validez o interpretación se cuestiona.

En el plazo de dos meses desde esta última notificación, las partes, los Estados miembros, la Comisión y, cuando proceda, la institución, órgano u organismo de la Unión que haya adoptado el acto cuya validez o interpretación se cuestiona tendrán derecho a presentar al Tribunal de Justicia alegaciones u observaciones escritas».

52. *Opinion of the Court on the Draft Protocol No. 16 to the Convention extending its competence to give advisory opinions on the interpretation of the Convention*, aprobado por el Plenario del Tribunal el 6 de mayo de 2013.
53. El Reglamento del Tribunal deja a la discreción del Presidente la celebración de audiencias públicas de la Gran Sala tanto en el caso de demandas individuales (art. 59) como en el caso de las opiniones consultivas (art. 86) requeridas por el Comité de Ministros.

(al menos formalmente) para el tribunal que haya formulado la solicitud⁵⁴. Los debates al respecto en el seno del Plenario del Tribunal quedan reflejados en el *Documento de Reflexión* arriba citado, de Marzo del año 2012⁵⁵. El documento se centra en efecto en gran manera en el carácter no vinculante de las opiniones consultivas, y en la posibilidad de que un tribunal nacional que hubiera decidido solicitar una opinión del Tribunal de Estrasburgo, acordara, no obstante, y una vez emitida esa opinión, no atenerse a ella; ello podría cuestionar la autoridad del Tribunal en su tarea de interpretación del Convenio. Pero también se exponen en ese documento las razones para considerar que el carácter no vinculante de las opiniones consultivas está más de acuerdo con el propósito de la creación y consolidación de un diálogo efectivo entre el Tribunal de Estrasburgo y los tribunales nacionales. Por otro lado y como se constató en el mismo documento, no parece muy probable que un tribunal nacional, una vez que hubiera solicitado una opinión consultiva, no se atuviera a ella en su decisión final. Por otra parte la función interpretativa final y decisiva del TEDH quedaría siempre salvaguardada, por cuanto que el Tribunal sería en todo caso competente para decidir sobre las demandas individuales presentadas por cualquiera de las partes en el caso ante el tribunal nacional.

Cualquiera que sea la suerte de la opinión en el ámbito nacional, quedará integrada en la jurisprudencia del Tribunal, en el sentido de que, aun cuando no se trate formalmente de una sentencia, servirá de guía y directriz para la interpretación del Convenio y sus protocolos en la resolución de futuros casos, tanto de nueva entrada como ya pendientes ante el Tribunal. Desde esta perspectiva será aplicable a las Salas lo previsto en artículo 30 del Convenio, que obliga a la inhibición en favor de la Gran Sala en aquellos supuestos en que la solución dada a un caso pudiera ser contradictoria con la doctrina anterior del Tribunal.

En lo que se refiere a otro aspecto siempre presente en las consideraciones sobre la reforma del Tribunal, esto es, la necesidad de agilizar el procedimiento y eliminar los retrasos acumulados, las opiniones emitidas a lo largo del proceso de elaboración del Protocolo 16 se refirieron también a la posibilidad de que la introducción del procedimiento de opiniones consultivas podría agravar la carga de trabajo del Tribunal. Pero también podría afirmarse, quizás con mayor probabilidad, que el resultado de tal introducción sería el contrario, esto es, una reducción de la afluencia de casos, por el efecto preventivo de la opinión consultiva. Como se resalta en el *Documento de Reflexión* del Tribunal «el Tribunal deberá dejar claro que seguirá los principios establecidos en sus opiniones consultivas, con el objeto de promover que los tribunales domésticos sigan esas opiniones, y para disuadir a los recurrentes de la presentación de demandas en aquellos casos en que los tribunales nacionales apliquen íntegramente las manifestaciones del Tribunal en tales opiniones» (pág. 10). En el mismo sen-

54. En términos del artículo 5 del protocolo 16: «Las opiniones consultivas no serán vinculantes».

55. Ver nota 48.

tido, la Opinión de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre el Proyecto de Protocolo⁵⁶ consideró que el nuevo procedimiento sobre opiniones consultivas tendría como consecuencia reducir la carga de trabajo del Tribunal, mediante «el traslado, de *ex post* a *ex ante*, la resolución de un gran número de cuestiones relativas a la interpretación de las previsiones del Convenio en los foros nacionales». De acuerdo con la opinión de la Asamblea Parlamentaria, ello redundaría en un mejor uso de los recursos del Tribunal. Esperemos que así sea.

Valga señalar finalmente, que, al no incluir el Protocolo una alteración material de los términos del Convenio, su régimen de entrada en vigor difiere del establecido para el Protocolo 15, que sí lleva a cabo esta alteración. De acuerdo con lo previsto en su artículo 8, bastará para su entrada en vigor su ratificación por diez Estados firmantes del Convenio: la ratificación posterior por otros Estados supondrá la incorporación de éstos a las disposiciones del Protocolo⁵⁷.

56. *Parliamentary Assembly. Opinion 285 (2013) Draft Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.*

57. Ver nota 34.