

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Vol. 70/1 enero-junio 2022

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7012022>

LA EFECTIVIDAD DEL PROTOCOLO N.º 16 AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y SU POTENCIAL IMPACTO CONSTITUCIONAL EN ESPAÑA

*Effectiveness of Protocol No. 16 to the European Convention
on Human Rights and its potential constitutional impact
in Spain*

Beatriz Tomás Mallén

Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universitat Jaume I de Castellón

<https://doi.org/10.18543/ed.2506>

Derechos de autoría / Copyright

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público es una revista de acceso abierto, lo que significa que es de libre acceso en su integridad. Se permite su lectura, la búsqueda, descarga, distribución y reutilización legal en cualquier tipo de soporte sólo para fines no comerciales, sin la previa autorización del editor o el autor, siempre que la obra original sea debidamente citada y cualquier cambio en el original esté claramente indicado.

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público is an Open Access journal which means that it is free for full access, reading, search, download, distribution, and lawful reuse in any medium only for non-commercial purposes, without prior permission from the Publisher or the author; provided the original work is properly cited and any changes to the original are clearly indicated.

Estudios de Deusto

© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 70/1, enero-junio 2022, págs. 387-420
<http://www.revista-estudios.deusto.es/>

LA EFECTIVIDAD DEL PROTOCOLO N.º 16
AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS
Y SU POTENCIAL IMPACTO CONSTITUCIONAL
EN ESPAÑA

*Effectiveness of Protocol No. 16 to the European Convention
on Human Rights and its potential constitutional impact
in Spain*

Beatriz Tomás Mallén
Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universitat Jaume I de Castellón

<https://doi.org/10.18543/ed.2506>

Recibido: 15.05.2022

Aceptado: 14.06.2022

Publicado en línea: junio 2022

Resumen

El artículo aborda el Protocolo n.º 16 al CEDH como un instrumento positivo para el diálogo judicial y la efectiva protección multinivel de los derechos fundamentales. Dicha aproximación se enfatiza en la parte I, junto con la praxis de la jurisdicción consultiva del TEDH desde la entrada en vigor del Protocolo n.º 16 el 1 de agosto de 2018. En la parte II se examina la virtualidad y efectividad del Protocolo n.º 16 en España criticando, de un lado, la incomprensible posición española reticente hacia la aceptación de dicho Protocolo y, de otro lado, su potencial impacto constitucional indirecto en nuestro país. La parte III pone el foco de interés en la proyección del Protocolo n.º 16 en el seno de la Unión Europea y en la necesidad de articular la triple relación entre el TEDH, el TJUE y los tribunales nacionales. Por último, la parte IV incluye unas conclusiones y propuestas finales tendentes a subrayar el papel del Protocolo n.º 16 como vector de optimización del sistema constitucional español de derechos fundamentales.

Palabras clave

Diálogo judicial, derechos fundamentales, protección constitucional multinivel, *ius commune* europeo, estándar más favorable.

Abstract

This essay tackles Protocol No. 16 to the ECHR as a positive instrument for judicial dialogue and effective multilevel protection of fundamental rights. Such approach is emphasized in Part I, together with the praxis of the ECtHR's advisory jurisdiction since the entry into force of Protocol No. 16 on 1 August 2018. Part II examines the virtuality and effectiveness of Protocol No. 16 in Spain by criticizing, on the one hand, Spain's incomprehensible reluctant position towards the acceptance of the Protocol and, on the other hand, its potential indirect constitutional impact on our country. Part III focuses on the projection of Protocol No. 16 within the European Union and on the need to articulate the triple relationship between the ECtHR, the CJEU and the National Courts. Finally, Part IV includes some final conclusions and proposals aimed at underlining the role of Protocol No. 16 as an optimisation vector of the constitutional fundamental rights system in Spain.

Keywords

Judicial dialogue, fundamental rights, multilevel constitutional protection, European *ius commune*, most favourable standard.

SUMARIO: I. ASPECTOS INTRODUCTORIOS. 1. Planteamiento del Protocolo n.º 16 como instrumento para el diálogo judicial y la efectiva protección multinivel de los derechos fundamentales. 2. Aspectos básicos sobre la elaboración y el contenido del Protocolo n.º 16. 3. Las primeras opiniones consultivas del TEDH tras la vigencia del Protocolo n.º 16. 3.1. La previa experiencia consultiva del TEDH. 3.2. La incipiente praxis tras la vigencia del Protocolo n.º 16. II. VIRTUALIDAD Y EFECTIVIDAD DEL PROTOCOLO N.º 16 EN ESPAÑA. 1. La incomprensible posición reticente de España ante el Protocolo n.º 16. 2. El potencial impacto indirecto del Protocolo n.º 16 en España. III. EFECTIVIDAD DEL PROTOCOLO N.º 16 EN EL SENO DE LA UNIÓN EUROPEA Y SU PROYECCIÓN EN ESPAÑA. 1. La necesaria articulación entre el TEDH y el TJUE. 2. La doble prejudicialidad europea y los mecanismos de adaptación en España. IV. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS FINALES: LA INSOSLAYABLE ACEPTACIÓN DEL PROTOCOLO N.º 16 COMO ELEMENTO DE OPTIMIZACIÓN DEL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL DE DERECHOS FUNDAMENTALES. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. ASPECTOS INTRODUCTORIOS

1. *Planteamiento del Protocolo n.º 16 como instrumento para el diálogo judicial y la efectiva protección multinivel de los derechos fundamentales*

Como es sabido, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y la instauración del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) marcaron un hito en la protección internacional de la dignidad de la persona, al erigir al individuo en sujeto activo del Derecho internacional. Desde este punto de vista, el mecanismo de demanda individual (sin perjuicio del otro procedimiento importante, de demanda interestatal, establecido en el texto convencional de 1950) comportaba la novedad más relevante, que radicaba no tanto en el catálogo de derechos y libertades fundamentales susceptibles de defensa (según el Preámbulo del CEDH, «algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal») sino en la prometedora efectividad del mecanismo de garantía.

De hecho, se situaba en la vanguardia de los instrumentos internacionales de derechos humanos que articulaban un procedimiento de demanda, comunicación o petición individual, siendo secundado en el sistema universal de la ONU¹

¹ En el sistema de Naciones Unidas, además de los mecanismos previstos ante los emblemáticos Comité de Derechos Humanos –creado por el Protocolo Facultativo (1966) al Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966– y Comité de Derechos Económicos,

y en los demás sistemas regionales². Al tiempo, ese mecanismo de recurso individual, pese a los efectos *inter partes* de las sentencias que dicte el TEDH, ha tenido una apreciable proyección en el ámbito interno, ya sea por estar implicado un control indirecto *in abstracto* de la legislación nacional (al encontrarse en dicha normativa «inconvenicional» la causa de la violación particular denunciada)³, ya sea por tratarse de una sentencia dictada en un *leading case* susceptible de ser aplicado por las jurisdicciones nacionales en otros casos individuales análogos (en el mismo país demandado o en otros), generándose así una auténtica transformación constitucional⁴.

Sociales y Culturales –introducido en 2008 a través del Protocolo Facultativo del respectivo Pacto de 1966–, conviene mencionar los procedimientos para presentar denuncias individuales previstos por instrumentos específicos tales como la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1984, la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965, el Protocolo Facultativo (1999) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979, el Protocolo Facultativo (2006) de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006, la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas 2006, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 1990 y el Protocolo facultativo (2011) de la Convención sobre los derechos del niño (1989) relativo a un procedimiento de comunicaciones.

² Especialmente, en el marco del sistema interamericano –cuya creación precedió temporalmente al europeo pues la Carta fundacional de la OEA fue firmada el 30 de abril de 1948 en Bogotá– ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –y, a continuación, eventualmente ante la Corte Interamericana– sobre la base del Pacto de San José de Costa Rica de 1969 (art. 44). Y, más tarde, en el sistema africano sobre la base de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 (art. 56) ante la Comisión Africana –y, con la adopción del Protocolo de 1998 de creación de la Corte Africana, eventualmente ante ella (art. 5)–. Pese al pluralismo jurídico-cultural, se ha podido observar que las tres Cortes regionales por excelencia –el TEDH, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos– no funcionan en su labor interpretativa como compartimentos estancos, sino que existe un creciente diálogo judicial global entre dichas jurisdicciones internacionales –más frecuente entre los Tribunales europeo e interamericano, pero del que no queda excluido el africano–, y entre ellas y las jurisdicciones supremas nacionales, que lleva a una especie de «descompartimentación»: BURGORGUE-LARSEN, L.: *Les trois Cours régionales des droits de l’homme in context. La Justice qui n’allait pas de soi*, Paris, Pedone, 2020, p. 247.

³ Esos efectos generales han sido asumidos finalmente, con mayor o menor entusiasmo pero con naturalidad, por las jurisdicciones supremas de los países miembros del Consejo de Europa. Una interesante ilustración comparada del caso italiano en PERLO, N.: «L’attribution des effets *erga omnes* aux arrêts de la Cour Européenne de Droits de l’Homme en Italie: la révolution est en marche», *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n.º 104, 2015, pp. 887-910.

⁴ La cual se forja asimismo merced a la eficacia general y *supra partes* de las sentencias del TEDH más allá de los titulares o víctimas de los derechos protegidos, como ha

Naturalmente, las nuevas necesidades sociales generadas por la cambiante realidad provocan la inexorable adaptación a ella de los instrumentos jurídicos, también de los internacionales. En este sentido, el hecho de que el recurso individual siga siendo el elemento más paradigmático del mecanismo convencional europeo, no ha evitado la necesaria modificación o reforma de sus disposiciones, tanto de las «dogmáticas» que reconocen derechos (para introducir otros o para optimizar la protección de los ya reconocidos: Protocolos n.º 1, 4, 6, 7, 12 y 13), como de las «orgánicas» que disciplinan los procedimientos de garantía (incluso para continuar reforzando la posición del individuo en la formulación y sustanciación de las demandas: Protocolos n.º 2, 3, 5, 8, 9, 10, 11, 14, 15 y 16).

Entre estas últimas se encuentra, por tanto, el Protocolo n.º 16 al CEDH. En efecto, la jurisdicción consultiva del TEDH estaba configurada en el CEDH de un modo restrictivo a tenor del Protocolo n.º 2 (cuyo contenido se recoge en los actuales arts. 47 a 49 CEDH), por el peso político que se confirió a la legitimación activa (monopolio del Comité de Ministros del Consejo de Europa). Y esa naturaleza restrictiva aún lo era más en comparación con la competencia consultiva que se atribuyó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) en el Pacto de San José de Costa Rica de 1969, en donde la dimensión política de su puesta en marcha ha supuesto un menor lastre a la hora de obtener interesantes opiniones jurídicamente determinantes para el desarrollo del sistema⁵.

En esta ocasión, con el último Protocolo de reforma del CEDH (el n.º 16), abierto a la firma en Estrasburgo el 2 de octubre de 2013 y en vigor desde el 1 de agosto de 2018 tras conseguirse el número mínimo requerido de ratificaciones (diez) en virtud de su art. 8, la consulta no presentaba una naturaleza jurídico-política sino netamente jurisdiccional. Efectivamente, el Protocolo n.º 16 constituye un auténtico instrumento para el diálogo judicial y para forjar la efectiva protección multinivel de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, aunque la iniciativa para formular la consulta al TEDH corresponda exclusivamente a las jurisdicciones nacionales superiores que indique cada Estado (arts. 1 y 10 del Protocolo), ese diálogo judicial formal puede

subrayado GARCÍA ROCA, J.: *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2019, pp. 175-203.

⁵ Si bien la iniciativa gubernamental (concurrente con la de la Comisión Interamericana) ha tenido en ocasiones un enfoque de consulta o litigio estratégico para conseguir a través de la justicia internacional una medida para la que no se contará con un sólido respaldo parlamentario a nivel nacional. Como ejemplo de esa estrategia se cita la Opinión Consultiva de la CorteIDH OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica, sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo.

tener en la práctica una proyección más amplia de manera indirecta: es decir, no únicamente para articular la colaboración del TEDH con esas instancias domésticas supremas al estilo de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), sino para evitar asimismo contenciosos y potenciales divergencias con este último (apartado III.1. *infra*).

2. Aspectos básicos sobre la elaboración y el contenido del Protocolo n.º 16

La adopción del Protocolo n.º 16 arranca del informe presentado al Comité de Ministros del Consejo de Europa por el Grupo de Sabios nombrado en el marco del Plan de Acción adoptado en la 3.ª Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados Miembros de la Organización (celebrada en Varsovia los días 16 y 17 de mayo de 2005) «para examinar la cuestión de la eficacia a largo plazo del mecanismo de control del Convenio Europeo de Derechos Humanos»; dicho Grupo proponía instaurar ese régimen de petición de opiniones consultivas para «favorecer el diálogo entre los jueces y reforzar el rol “constitucional” del TEDH. Dicha petición de opinión, planteada únicamente por las jurisdicciones de última instancia y las jurisdicciones constitucionales siempre sería facultativa y la opinión emitida por el TEDH no tendría carácter obligatorio»⁶.

A continuación, la Conferencia de alto nivel sobre el futuro del TEDH celebrada en Izmir (26 y 27 de abril de 2011), en su Declaración final instó al Comité de Ministros a seguir reflexionando sobre dicha propuesta de ampliación de la jurisdicción consultiva de la Corte de Estrasburgo configurándola como una especie de remedio preventivo, en la medida en que esas nuevas opiniones consultivas «contribuirían a clarificar las disposiciones del Convenio y la jurisprudencia del TEDH y proporcionarían así orientaciones complementarias que permitirían asistir a los Estados Partes para evitar nuevas violaciones».

Un año después, en la nueva Conferencia de alto nivel sobre el futuro del TEDH celebrada en Brighton (19-20 de abril de 2012) se siguió reflexionando sobre la cuestión de las opiniones consultivas, no quedando ajena al debate la propia Corte de Estrasburgo, que presentó un detallado *Documento de reflexión sobre la proposición de ampliación de la competencia consultiva del TEDH*⁷. El caso es que en la Declaración final de la Conferencia de Brighton se invitaba al Comité de Ministros a redactar el texto de un

⁶ *Informe del Grupo de Sabios al Comité de Ministros*, Documento CM(2006)203, de 15 de noviembre de 2006, párr. 135.

⁷ Acceso: https://www.echr.coe.int/documents/2013_courts_advisory_jurisdiction_fra.pdf (versión francesa); https://echr.coe.int/Documents/Courts_advisory_jurisdiction_ENG.pdf (versión inglesa).

protocolo facultativo a tal efecto antes de finales de 2013. Antes de ello, como parte de los trabajos preparatorios, la Asamblea Parlamentaria adoptó en fecha 28 de junio de 2013 el Dictamen n.º 285 (2013) sobre el proyecto de Protocolo. Y, completando el procedimiento, el Comité de Ministros adoptó el 2 de octubre de 2013 (a través de los Delegados de los Ministros en su 1176.^a reunión) el proyecto denominándolo como Protocolo n.º 16.

Efectuando ahora un breve repaso del contenido del Protocolo n.º 16, su articulado se abre delimitando los órganos habilitados para formular las consultas —«las más altas jurisdicciones de una Parte Contratante» designadas por ellas (arts. 1.1 y 10)—, así como (también art. 1) su ámbito material —«cuestiones de principio relativas a la interpretación y aplicación de los derechos y libertades definidos por el Convenio o sus Protocolos»— y procedimental —solicitud de consulta, debidamente motivada y acompañando los elementos fácticos y jurídicos pertinentes, incluidos los derechos y libertades reconocidos en el CEDH o sus Protocolos que se entiendan implicados, únicamente en el marco de un asunto pendiente ante esa alta jurisdicción nacional—. Según el *Informe explicativo* del Protocolo n.º 16⁸, puesto que se trata de una facultad de las jurisdicciones nacionales supremas, podrían retirar una consulta antes de que el TEDH resuelva; por otra parte, el hecho de referirse a las más altas jurisdicciones en plural, no circunscribe la habilitación únicamente a la jurisdicción constitucional y, al contrario, da pie para que jurisdicciones inferiores a ésta, pero relevantes para una determinada categoría de asuntos, puedan formular la consulta, además de dotar de cierta flexibilidad acorde con las particularidades de los sistemas judiciales nacionales y de ser coherente con la idea de agotamiento de los recursos internos —sin que deba ser necesariamente la jurisdicción ante la que en todo caso se produzca procesalmente dicho agotamiento—.

A continuación, de manera parecida a como sucede con las peticiones de remisión de los asuntos individuales (art. 43 CEDH), se atribuye a un colegio de cinco jueces de la Gran Sala la decisión sobre la aceptación o admisibilidad de la solicitud de opinión consultiva, emitiendo eventualmente la Gran Sala la correspondiente opinión; el juez elegido a título de la Alta Parte contratante —o, en su defecto, un juez *ad hoc* propuesto por el presidente del TEDH sobre la lista sometida previamente por la Parte Contratante— forma parte de pleno derecho tanto del colegio como de la Gran Sala (art. 2). En cuanto al desarrollo del procedimiento (art. 3), el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa y la Alta Parte Contratante concernida por la consulta tiene derecho a presentar observaciones escritas y a participar en

⁸ Acceso: https://www.echr.coe.int/documents/protocol_16_explanatory_report_fra.pdf (versión francesa), https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_explanatory_report_ENG.pdf (versión inglesa).

las audiencias, facultándose al Presidente del TEDH para que invite a cualquier otra Parte Contratante o persona (física o jurídica, se entiende, cuya intervención a título de *amicus curiae* pueda resultar positiva para la emisión de la opinión consultiva) para que puedan asimismo formular observaciones escritas o participar en las audiencias.

Seguidamente se introducen algunos elementos caracterizadores de las opiniones consultivas, como son su carácter motivado, la posibilidad de incluir votos particulares y la transmisión de las opiniones consultivas a cada jurisdicción nacional requirente, sin perjuicio de su publicación (art. 4). Además, se establece formalmente una característica destinada básicamente a agrandar a los Estados, es decir, la naturaleza no vinculante de las opiniones consultivas (art. 5)⁹; lo que, en la práctica, no es obstáculo para que dichas opiniones revistan *de facto* dicha vinculatoriedad, puesto que es difícilmente concebible que la jurisdicción nacional requirente se desvincule de dicha opinión, so pena de exponerse a que, una vez agotados los recursos internos en el asunto del que ha derivado la consulta, efectivamente la asumirá el TEDH en ese procedimiento individual contencioso, con la consiguiente condena al Estado.

Estas disposiciones (arts. 1 a 5) del Protocolo 16 se consideran obviamente como integrantes del CEDH (art. 6). Y el Protocolo se completa con las habituales cláusulas finales referentes a la firma y ratificación, aceptación o aprobación, así como el depósito ante la Secretaría General del Consejo de Europa (art. 7), la entrada en vigor tras la ratificación por diez Partes Contratantes (art. 8), la inadmisión de reservas (art. 9), la indicación de las jurisdicciones nacionales habilitadas por cada Parte Contratante y la posibilidad de modificar dicha comunicación (art. 10), y las notificaciones asimismo habituales realizadas por la Secretaría General sobre las firmas, ratificaciones, entradas en vigor, declaraciones hechas sobre la base del art. 10 y cualquier otro acto relacionado con el Protocolo (art. 11).

Tras este rápido vistazo al contenido del Protocolo n.º 16, la hipótesis del trabajo consiste básicamente en sostener que España no puede seguir teniendo como asignatura pendiente su ratificación, puesto que ello no solo la excluye *formalmente* de ese elemento importante del sistema multinivel de derechos fundamentales, sino que además puede provocar paradójicamente

⁹ Esta característica, unida a otras dos, ha llevado a catalogar el Protocolo n.º 16 como un «instrumento *tri-facultativo*»: HINOJO ROJAS, M.: «El Protocolo n.º 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 34, 2018, p. 705: «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».

disfunciones (tanto a nivel estatal, como desde la perspectiva de país miembro de la UE, e incluso en las relaciones entre ésta y el Consejo de Europa) por mor del despliegue *material* de efectos de las opiniones adoptadas con respecto a otros países que sí sean Partes Contratantes del Protocolo. Así pues, con este planteamiento, la primera parte del trabajo se acerca a la praxis inicial bajo la vigencia del Protocolo n.º 16, para a continuación abordar su virtualidad y efectividad para España, así como su proyección y articulación en el seno de la UE, introduciéndose unas conclusiones y propuestas finales en clave de optimización del sistema constitucional español de derechos fundamentales.

3. *Las primeras opiniones consultivas del TEDH tras la vigencia del Protocolo n.º 16*

En el presente epígrafe no se pretende comentar pormenorizadamente cada una de las opiniones consultivas generadas en el marco del Protocolo n.º 16 (susceptibles de merecer análisis autónomos más detallados), sino aproximarse a ellas para conocer los ámbitos cubiertos, con objeto de delimitar la propia competencia material consultiva del TEDH, el impacto constitucional de dichas consultas y la posible proyección de dichas opiniones en el más amplio espacio judicial europeo.

3.1. La previa experiencia consultiva del TEDH

No obstante, antes de proceder a dicha aproximación, conviene distinguir las opiniones consultivas del TEDH emitidas en el marco del Protocolo n.º 16 de las susceptibles de ser emitidas por el propio TEDH con apoyo en otras dos bases habilitantes anteriores al mismo.

La primera es la ya mencionada vía de los actuales arts. 47 a 49 CEDH¹⁰ (en conexión con el art. 31.c), introducidos en su día mediante el Protocolo

¹⁰ En el art. 47 se prevé la legitimación activa y el ámbito material de la consulta: «1. El Tribunal podrá emitir opiniones consultivas, a solicitud del Comité de Ministros, acerca de cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y de sus Protocolos. 2. Estas opiniones no podrán referirse ni a las cuestiones que guarden relación con el contenido o la extensión de los derechos y libertades enunciados en el Título I del Convenio y de sus Protocolos, ni sobre 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. 3. La decisión del Comité de Ministros de solicitar una opinión al Tribunal se adoptará por mayoría de los representantes con derecho a intervenir en el Comité». En el art. 48 se faculta al TEDH para decidir sobre su propia competencia para resolver sobre la solicitud que se le formule, mientras que el art. 49 establece que el TEDH debe motivar sus opiniones consultivas, las cuales pueden contener votos particulares.

n.º 2¹¹. Sobre dicha base se han emitido únicamente dos opiniones consultivas, una de fecha 12 de febrero de 2008 y otra de 22 de enero de 2010, ambas sobre algunas cuestiones jurídicas relativas a las listas de candidatos presentadas en vista a la elección de jueces del propio TEDH¹²; por lo demás, una consulta previa relacionada con la coexistencia, en términos generales, del Convenio de derechos humanos y libertades fundamentales de la Comunidad de Estados Independientes (CEI) de 1995¹³ con el propio CEDH, fue rechazada por el TEDH mediante decisión de 2 de junio de 2004¹⁴.

La segunda vía de consulta anterior al Protocolo n.º 16 es la prevista en el art. 29 del Convenio de Oviedo relativo a los derechos humanos y la biomedicina de 1997¹⁵. Con apoyo en dicho cauce, se ha sometido hasta el momento

¹¹ El Protocolo n.º 2 fue abierto a la firma el 6 de mayo de 1963 y entró en vigor el 21 de septiembre de 1970 tras la ratificación por todas las Partes contratantes que lo eran en aquel momento del CEDH, dado que se trató de un protocolo de enmienda que requería dicha unanimidad para su vigencia (a diferencia de lo que sucede con el Protocolo n.º 16).

¹² En la primera opinión consultiva (de 12 de febrero de 2008) se planteó la cuestión de la paridad en la composición del TEDH a raíz del envío de una terna a la Asamblea Parlamentaria por parte del Gobierno de Malta en la que se contenían tres hombres como candidatos a juez a título de dicho país, estimando el TEDH que podía haber excepciones a la necesaria inclusión de los dos sexos en dicha terna en función del procedimiento de selección nacional. En la segunda opinión consultiva (de 22 de enero de 2010), con origen en una controversia en torno a una terna presentada por el Gobierno de Ucrania, se planteó el ámbito de autonomía de los Estados para poder modificar algún nombre –o incluso todos– de la terna enviada a la Asamblea Parlamentaria, dejando el TEDH cierto margen a los Estados y a la propia Asamblea Parlamentaria para determinar el plazo límite para dicha modificación o retirada/sustitución de la lista, recomendando sin embargo no proceder a dichas alteraciones, salvo circunstancias excepcionales, una vez comunicada ya la terna a la Asamblea, en aras de la seguridad jurídica, la transparencia y el propio buen funcionamiento del tribunal.

¹³ El CEI (que llegó a agrupar una docena de antiguas repúblicas soviéticas) se fundó el 8 de diciembre de 1991 en Minsk por dirigentes de Bielorrusia, la Federación Rusia y Ucrania. Por su parte, el Convenio de la CEI sobre derechos humanos y libertades fundamentales fue abierto a la firma el 26 de mayo de 1995 y entró en vigor el 11 de agosto de 1998. En el momento de efectuarse la consulta habían ratificado dicho instrumento Bielorrusia, Kirguistán, la Federación Rusa y Tayikistán, si bien la «Comisión de la CEI» prevista para controlar las obligaciones suscritas no se había instaurado todavía.

¹⁴ El TEDH entendió que no era competente para emitir una opinión sobre la compatibilidad general de ambos instrumentos, además de que la coexistencia de los dos instrumentos sí podría plantearse ante la Corte de Estrasburgo con ocasión de un recurso previsto por el CEDH (lo que también queda excluido de la competencia consultiva del TEDH a tenor del art. 47.2 CEDH).

¹⁵ Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997 (Instrumento de ratificación de España publicado en el BOE n.º 251, de 20 de octubre de 1999). El artículo 29 (*Interpretación del Convenio*), presenta el siguiente tenor literal:

una única solicitud enviada en fecha 3 de diciembre de 2019 por el Comité de Bioética del Consejo de Europa (previsto en el art. 32 del Convenio de Oviedo), en la que se pedía al TEDH que se pronunciara sobre dos cuestiones relacionadas con los derechos humanos y la dignidad de las personas que sufran un trastorno mental grave ante un internamiento o un tratamiento involuntarios (a la luz del art. 7 del Convenio de Oviedo). El TEDH rechazó dicha consulta mediante decisión de 15 de septiembre de 2021 por estimarse incompetente, tanto para responder acerca de las exigencias mínimas de las «condiciones de protección» que, en virtud del art. 7 del Convenio de Oviedo, deben establecer los Estados en su legislación, como para realizar genéricas «aclaraciones» respecto de dicha materia que se desprenderían de la jurisprudencia del TEDH, al tratarse de un terreno dinámico en donde el juego de las obligaciones positivas es susceptible de activar la competencia contenciosa de la propia Corte Europea.

3.2. La incipiente praxis tras la vigencia del Protocolo n.º 16

Pasando ya a la competencia consultiva establecida en el Protocolo n.º 16, cabe avanzar que el TEDH ha emitido tres opiniones consultivas, estando pendientes de pronunciamiento otras dos que han sido admitidas o aceptadas y habiendo rechazado una.

Empezando por lo último, el TEDH adoptó la decisión de fecha 14 de diciembre de 2020 mediante la que no aceptó la petición formulada por el Tribunal Supremo de la República Eslovaca referente a la independencia del mecanismo vigente en dicho país para el examen de denuncias contra la policía¹⁶, tras entender que no procedía clarificar aspectos que el propio órgano judicial nacional estaba en condiciones de apreciar en el caso concreto de conformidad con el CEDH.

Por lo que se refiere a las dos consultas pendientes: en la primera, formulada en fecha 11 de marzo de 2021 por la Corte de Casación de Armenia y admitida mediante decisión del TEDH de 10 de mayo de 2021, el órgano

«El Tribunal Europeo de Derechos Humanos podrá emitir dictámenes consultivos, con independencia de todo litigio concreto que se desarrolle ante un órgano jurisdiccional, sobre cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del presente Convenio, a solicitud de:

- El Gobierno de una de las Partes, una vez informadas las demás Partes.
- El Comité instituido por el artículo 32, en su composición restringida a los representantes de las Partes en el presente Convenio, mediante decisión adoptada por mayoría de dos tercios de los votos emitidos».

¹⁶ La petición se había formulado por la Corte Suprema eslovaca en el marco de un procedimiento penal que las autoridades internas habían iniciado contra un policía acusado de haber agredido físicamente a una mujer, planteándose los hechos a la luz de la garantía de los arts. 2, 3 y 6 CEDH.

remitente pregunta acerca de la compatibilidad con el art. 7 CEDH de la no aplicación de los plazos de prescripción de la responsabilidad penal en casos de tortura o delitos equivalentes previstos en fuentes del Derecho internacional, aunque el Derecho interno no exija renunciar a los plazos de prescripción en estos casos¹⁷; en la segunda, registrada en fecha 19 de abril de 2021 por el Consejo de Estado francés y aceptada por el TEDH mediante decisión de 13 de mayo de 2021, cuestiona la jurisdicción suprema administrativa remitente la compatibilidad con el CEDH (concretamente, con el derecho de propiedad del art. 1 del Protocolo n.º 1 en conexión con la no discriminación del art. 14 CEDH) de una disposición legislativa nacional que impide a comunidades de propietarios excluir sus terrenos del territorio afectado por la gestión de una asociación comunal o municipal de cazadores autorizada (*Association communale de chasse agréée –ACCA–*), a la que además quedan afiliados de manera obligatoria¹⁸.

Adentrémonos ahora en las tres opiniones consultivas ya emitidas. La primera se dictó por el TEDH en fecha 10 de abril de 2019 sobre la maternidad subrogada, una temática de indudable interés sobre la que además no existe un consenso común europeo. La petición la formuló la Corte de Casación francesa el 12 de octubre de 2018 en el marco de procesos civiles relacionados con el reconocimiento en Francia de la filiación legalmente establecida en otros países en donde es lícita la maternidad subrogada. En concreto, tras la importante STEDH *Mennesson c. Francia* de 26 de junio de 2014¹⁹, el

¹⁷ La opinión consultiva solicitada por la Corte de Casación armenia se refiere a la ejecución de la previa STEDH *Virabyan c. Armenia* de 2 de octubre de 2012 en donde los malos tratos infligidos al demandante mientras estaba bajo custodia policial durante su detención habían sido calificados por la Corte de Estrasburgo como tortura sobre la base del art. 3 CEDH. A raíz de la sentencia europea, se instruyeron, en 2016, procedimientos penales contra los dos agentes de policía implicados en los hechos, procedimientos que se archivaron diez meses más tarde por causa de prescripción según la legislación nacional. Sin embargo, la fiscalía decidió reabrir el asunto a finales de 2017 tras considerar que no era aceptable cerrar el caso según el Derecho internacional.

¹⁸ Las asociaciones comunales de caza autorizadas –creadas por la ley del 10 de julio de 1964– pretenden promover la gestión racional de la caza y del patrimonio cinegético, y, en particular fomentar la práctica de la caza en una zona bastante amplia. Los propietarios de los terrenos están obligados a afiliarse a la ACCA creada en su municipio y a aportar sus tierras para facilitar la creación de un territorio de caza comunal. A tenor del artículo L 420-10 del Código de Medio Ambiente, solamente pueden evitar la aportación de sus terrenos y la afiliación a una ACCA aquellos propietarios que invoquen motivos y convicciones personales contrarias a la caza en el momento de la creación de la ACCA –y no *a posteriori*–. La *Fédération Forestiers privés de France* (Fransylva), recurrente ante el *Conseil d'État*, alega discriminación al respecto.

¹⁹ Dicho asunto traía su origen de la negativa de las autoridades francesas a reconocer al matrimonio *Mennesson* («padres de intención») la filiación legalmente establecida en

Consejo de Estado indicaba que su jurisprudencia había evolucionado en el sentido de reconocer al padre de intención como tal, en la medida en que sea el padre biológico, en la transcripción del acta de nacimiento del niño nacido por gestación subrogada; sin embargo, la transcripción no se extiende en Francia como «madre legal» en el caso de la madre de intención. Aunque se trate de un caso suscitado en Francia, el TEDH venía a sostener que los Estados no están obligados a inscribir los datos del certificado de nacimiento de un niño nacido por gestación subrogada en el extranjero para establecer la relación jurídica de filiación con la madre intencional, ya que la adopción puede ser un medio para reconocer dicha relación²⁰. Por consiguiente, como se verá en el siguiente epígrafe, esa opinión consultiva es susceptible de tener impacto y relevancia constitucionales en los demás Estados parte en el CEDH, incluso en aquellos que, como España, no hayan aceptado todavía el Protocolo n.º 16.

La segunda opinión consultiva fue adoptada por el TEDH el 29 de mayo de 2020, en respuesta a una petición formulada en fecha 2 de agosto de 2019

Estados Unidos de dos niños nacidos en California mediante gestación por subrogación o sustitución. En su sentencia, el TEDH había concluido que no había violación del derecho a la vida familiar (art. 8 CEDH) de los demandantes (la señora y el señor Mennesson), pero sí del derecho al respeto de la vida privada (mismo art. 8 CEDH) de los niños. Sobre esta primera opinión consultiva, ha comentado GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: «Parte I: Los asuntos Mennesson y Kocharyan: las primeras decisiones consultivas del TEDH», en *Simpósio «El Protocolo núm. 16 al CEDH»*, 6 de abril de 2021, *IberICONnect. El blog de la Revista Internacional de Derecho Constitucional*, <https://www.ibericonnect.blog/2021/04/simpósio-el-protocolo-num-16-al-cedh-parte-i-los-asuntos-menesson-y-kocharyan-las-primeras-decisiones-consultivas-del-tedh/>: «Es un supuesto sumamente atípico, y seguramente no previsto a la hora de desarrollar el modelo, pero que pone de manifiesto una muy singular utilidad de este y una clara voluntad de cumplimiento del convenio por parte de la Corte requirente».

²⁰ La concreta conclusión de la opinión consultiva dice así: «En una situación en la que, como en la hipótesis formulada en las preguntas de la Corte de Casación, un niño nace en el extranjero por gestación subrogada y fue concebido usando los gametos del padre de intención y de una tercera donante, y cuando la relación jurídica paterno-filial entre el niño y el padre de intención ha sido reconocida en el Derecho interno:

1. El derecho al respeto de la vida privada del niño, en el sentido del artículo 8 del Convenio, exige que el Derecho interno prevea una posibilidad de reconocer una relación jurídica paterno-filial entre dicho niño y la madre de intención, designada en el certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero como “madre legal”;

2. El derecho al respeto de la vida privada del niño, en el sentido del artículo 8 del Convenio, no exige que este reconocimiento se efectúe mediante la transcripción en los registros del estado civil de la partida de nacimiento legalmente establecida en el extranjero; puede efectuarse por otro medio, como la adopción del niño por la madre intencional, a condición de que el procedimiento previsto por el Derecho interno garantice que ello va a cumplirse con eficacia y celeridad, de acuerdo con el interés superior del niño».

por el Tribunal Constitucional de Armenia. El asunto tenía que ver con la interpretación del art. 300.1 del Código Penal armenio de 2009 –que tipificaba como delito el derrocamiento o la subversión del orden constitucional– y su aplicación a la luz del art. 7 CEDH (*no hay pena sin ley*), en el marco de un proceso instruido en julio de 2018 contra Robert Kocharyan por hechos acaecidos bajo su mandato como presidente de Armenia (de 1998 a 2008)²¹. En mayo de 2019, el Tribunal de Primera Instancia de Ereván decidió suspender el proceso y pidió al Tribunal Constitucional que se pronunciara sobre la constitucionalidad del citado art. 300.1 del Código Penal, particularmente sobre si dicha disposición satisfacía la exigencia de seguridad jurídica, a la luz del principio de irretroactividad de la ley penal, y si agravaba la situación jurídica del interesado en comparación con el art. 300 (usurpación de funciones) del Código Penal que estaba en vigor en el momento de los hechos denunciados. El Sr. Kocharyan presentó dos recursos ante el Tribunal Constitucional para que se pronunciara sobre cuestiones similares. El TEDH concluye en su opinión, recordando su jurisprudencia previa elaborada con motivo de la resolución de recursos individuales, que el art. 7 CEDH prohíbe de manera absoluta la aplicación retroactiva del Derecho penal desfavorable o en perjuicio de la persona afectada, mientras que correlativamente ha establecido el principio de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable. Para el TEDH, ello tiene que verificarse por las jurisdicciones nacionales ponderando las circunstancias particulares del caso de autos (*principio de concreción*) y, si la ley posterior fuera más severa, no podría aplicarse²². En cualquier caso, comentando esta opinión consultiva, se ha indicado que «el asunto Kocharyan pone el acento en la virtualidad del mecanismo para reforzar la posición de los tribunales nacionales interesados, o para desplazar la

²¹ Concretamente, en el escenario de manifestaciones organizadas a principios de marzo de 2008 y que fueron dispersadas por la policía y con intervención de las fuerzas armadas (ello acompañado de la declaración del estado de urgencia por parte del expresidente Kocharyan durante veinte días) saldándose con una decena de personas fallecidas y numerosas heridas.

²² En tal sentido, el TEDH dictamina que no puede responderse *in abstracto* a la cuestión referente a si la aplicación del art. 30 del Código Penal de 2009 en el procedimiento sustanciado frente al Sr. Kocharyan atentaría contra el principio de irretroactividad consagrado en el art. 7 CEDH, dado que dicha disposición convencional exige una apreciación *in concreto* a la luz de las circunstancias particulares del asunto. De tal manera que corresponde a las jurisdicciones internas competentes, a la vista de las acciones u omisiones atribuidas al acusado y a las otras circunstancias que rodeen el caso de autos, proceder a la comparación de los efectos jurídicos que tendría la aplicación de una u otra de las disposiciones en cuestión para, en última instancia, aplicar o no la nueva disposición en función de si tuviera o no consecuencias punitivas menos o más graves para el acusado.

responsabilidad sobre una determinada decisión con una fuerte carga política lejos de las propias fronteras»²³.

La tercera y más reciente opinión consultiva ha sido dictada por el TEDH el 8 de abril de 2022, respondiendo a una petición presentada en fecha 17 de septiembre de 2020 por el Tribunal Administrativo Supremo de Lituania en el marco de un asunto concerniente a la aplicación en un caso pendiente ante ella de la legislación relativa al *impeachment* y su compatibilidad con el art. 3 del Protocolo n.º 1 al CEDH. Se trataba, en efecto, de un procedimiento iniciado ante dicha jurisdicción suprema lituana por una diputada del Parlamento lituano (*Seimas*), la Sra. N. V., que había sido destituida en 2014 y deseaba presentarse como candidata a las elecciones legislativas de octubre de 2020; sin embargo, la Comisión Electoral Central (CEC) de Lituania había rechazado el registro de su candidatura basándose en el *impeachment* que había conducido a la revocación de su mandato. En su apoyo, la Sra. N. V. trajo a colación la previa STEDH *Paksas c. Lituania* de 6 de enero de 2011, en donde la Corte de Estrasburgo había declarado que la prohibición definitiva e irreversible impuesta a un expresidente lituano de poder ser miembro del *Seimas* tras un procedimiento de *impeachment* era desproporcionado y contrario al citado art. 3 del Protocolo n.º 1. El caso es que la ejecución de esa Sentencia *Paksas* de 2011, como observa el propio TEDH en la opinión consultiva (párr. 41 a 47) tomando nota de la supervisión realizada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, todavía no se ha hecho efectiva por parte de Lituania al estar involucradas diversos preceptos constitucionales.

Curiosamente, tanto el Gobierno de Lituania como el Comité de Ministros habían expresado la intención de esperar al pronunciamiento de la opinión consultiva por parte del TEDH, que asume el encargo aclarando no obstante que el Protocolo n.º 16 «no ha sido concebido como un instrumento destinado a ser utilizado en el contexto de la ejecución de una sentencia» (párr. 63). En estas condiciones, apreciando que las cuestiones relacionadas con el *impeachment* están claramente conectadas con lo declarado en la STEDH *Paksas* de 2011, el propio Tribunal Europeo dice no tomar en consideración la situación individual relativa a la Sra. N. V. (con asuntos penales todavía abiertos en Lituania y pendientes de resolución judicial definitiva). En estas condiciones, lo que dictamina el TEDH es, teniendo presente la disconformidad con el art. 3 del Protocolo n.º 1 de una prohibición definitiva e irreversible para ejercer el derecho de sufragio pasivo en el sentido de su precedente Sentencia *Paksas*, establecer unos criterios de limitación derivados del procedimiento de *impeachment* que la legislación nacional deberá tener

²³ GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: «Parte I: Los asuntos *Menesson* y *Kocharyan*: las primeras decisiones consultivas del TEDH», ya cit.

en cuenta en términos de objetividad y transparencia con respecto a los elementos considerados para la destitución y a las funciones públicas que la persona destituida pretende ejercer en el futuro, además de las exigencias del buen funcionamiento de la institución en la que dichas funciones serán desempeñadas. En otras palabras, el TEDH reconoce la complejidad del diseño del sistema electoral y parlamentario (y, más ampliamente, constitucional) de cada país miembro del Consejo de Europa, haciendo un guiño al margen de apreciación nacional y, al tiempo, señalando unos mínimos estándares comunes derivados del art. 3 del Protocolo n.º 1 al CEDH²⁴.

II. VIRTUALIDAD Y EFECTIVIDAD DEL PROTOCOLO N.º 16 EN ESPAÑA

1. *La incomprensible posición reticente de España ante el Protocolo n.º 16*

No resulta fácil entender la negativa de España a asumir el Protocolo n.º 16, no solamente por la posición abierta al CEDH de la que han hecho gala nuestras jurisdicciones superiores, tanto el Tribunal Supremo (TS)²⁵ como el Tribunal Constitucional (TC)²⁶. Todavía causa mayor extrañeza si se repara en el hecho de que, a diferencia del lógico carácter vinculante de las sentencias dictadas por el TJUE en el marco de las cuestiones prejudiciales, las opiniones consultivas no tienen dicha naturaleza según el propio Protocolo n.º 16 (art. 5).

No obstante, como advirtió el entonces Presidente del TEDH Dean Spielmann en un seminario celebrado en el TC español en mayo de 2015, la

²⁴ La conclusión del TEDH está redactada en los siguientes términos: «Los criterios pertinentes para decidir si la inhabilitación para el ejercicio de un cargo parlamentario en el marco de un procedimiento de *impeachment* ha excedido o no lo que es proporcionado en virtud del artículo 3 del Protocolo n.º 1 deben ser de naturaleza objetiva y propiciar que se tengan en cuenta de forma transparente las circunstancias pertinentes relativas no sólo a los hechos que condujeron a la destitución de la persona en cuestión, sino también, y ante todo, a las funciones que ella pretende ejercer en el futuro. Por lo tanto, deben definirse principalmente en función de las exigencias del buen funcionamiento de la institución de la que dicha persona pretende formar parte y, en realidad, del sistema constitucional y de la democracia en su conjunto en el Estado en cuestión».

²⁵ La ilustración seguramente más llamativa la ofrece el Acuerdo de fecha 21 de octubre de 2014 del Pleno No Jurisdiccional de la Sala de lo Penal del TS de aplicar el recurso de revisión del art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal hasta que España dotará de cobertura legal expresa a la plena eficacia interna de las sentencias de condena del TEDH. Esa previsión legal llegó de la mano del nuevo art. 5 bis) de la LOPJ (extendiendo así esa revisión a cada orden jurisdiccional) introducido mediante la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio.

²⁶ El TC se ha mostrado abierto a la cuestión prejudicial desde el Auto 86/2011, de 9 de junio, que dio lugar a la STJUE de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, C-399/11.

opinión consultiva tendrá por efecto «aportar clarificación a los tribunales nacionales» y, aunque formalmente no les vincule, cuando «opten por resolver de conformidad con dicha opinión, su autoridad se verá reforzada, para mayor beneficio de todos», de manera que «los asuntos podrán ser así resueltos a nivel nacional, en vez de ser sometidos a nuestro Tribunal, *pese a que dicha posibilidad quedará abierta a las partes tras la decisión interna definitiva*»²⁷. Cabe poner el énfasis en este último inciso, pues lo que estaba sugiriendo de modo cortés Spielmann era que, si no se acata la opinión consultiva, podría acabar en todo caso teniendo fuerza vinculante a través del recurso individual que eventualmente se le presentara tras agotar la vía judicial nacional (precisamente en el marco del litigio que generó la consulta), pues lógicamente el TEDH reproduciría el sentido de la opinión consultiva en la sentencia que dictara.

Como se verá seguidamente, los argumentos que se aducen en España para no aceptar el Protocolo n.º 16 carecen de consistencia.

De entrada, en sede judicial no parecería razonable que, siendo lo previsible que las jurisdicciones nacionales españolas a efectos del Protocolo n.º 16 vayan a ser el TS y el TC, se susciten recelos en el segundo por una posible estrategia de «punteo» del primero ante el TEDH pues se trataría de algo similar al planteamiento por el TS de una cuestión prejudicial ante el TJUE en el que estuvieran implicados derechos fundamentales susceptibles de ser abordados luego en vía de amparo constitucional.

Algunos otros argumentos han sido debatidos en sede parlamentaria, tanto en el Congreso como en el Senado, a partir de preguntas formuladas al Gobierno sobre la negativa a impulsar esa ratificación del Protocolo n.º 16: en este caso los pretextos gubernamentales se han basado en supuestas razones técnicas de nuestro sistema judicial, la suficiencia de nuestro TC (y nuestras demás instancias judiciales) para garantizar solventemente la efectividad de los derechos y libertades al incorporar «de inmediato» la jurisprudencia del TEDH, o la «conveniencia» de esperar a ver cómo se articula la adhesión de la UE al CEDH tras el Dictamen 2/13 del TJUE²⁸.

²⁷ Véase «Discours du Président Dean Spielmann», *Séminaire Tribunal constitutionnel*, Madrid, 22 de mayo de 2015: http://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20150522_OV_Spielmann_Tribunal_constitutionnel_Madrid_FRA.pdf (p. 7).

²⁸ Dichos argumentos han sido breves, pero clara y convincentemente, rebatidos por CANCIO FERNÁNDEZ, R. C.: «España y su enigmática desafección con el Protocolo n.º 16 CEDH», *Revista de Prensa*, 22 enero 2022: <https://www.almendron.com/tribuna/espana-y-su-enigmatica-desafeccion-con-el-protocolo-no-16-cedh/>, para quien «resulta inexplicable la recalcitrante postura de España frente a la opción de su ratificación», añadiendo que «la magra argumentación del Gobierno para justificar la no adhesión –ni siquiera– al Protocolo, resulta de todo punto inaceptable». En contrapartida, introduce como argumentos a favor: «Fortalecer el vínculo entre el TEDH y los Altos Tribunales de

En el mismo sentido, se ha recordado que el Protocolo n.º 16 «trataba de prevenir la llegada de demandas ante el sistema regional europeo (no de restringir su admisión), instando para ello a los tribunales domésticos a reforzar su papel de jueces de la convencionalidad. Aunque solo fuera (al menos aparentemente) por la vía más *soft* de la interpretación conforme»; por ello, se critica con razón que «difícilmente podía así esperarse que países que, como España, se encuentran a la cola de los más “condenados” por el TEDH, mostrarán tales recelos frente a la opción de su ratificación»²⁹.

Desde luego, el argumento de mayor peso a favor de la aceptación del Protocolo n.º 16 es intentar evitar una «guerra de Cortes» que siembre «discordia»³⁰ entre las cortes superiores españolas (TS y TC) y la corte europea. Ello se hace más patente en terrenos espinosos o polémicos. Piénsese en la sentencia dictada por la Corte de Estrasburgo en el caso de la «doctrina Parot» (STEDH *Del Río Prada c. España* de 21 de octubre de 2013). De haber estado vigente el Protocolo n.º 16 para España en un supuesto de este calibre, posiblemente lo más acertado habría sido que el TS o el TC plantearan la consulta previamente al TEDH, para evitar que el pronunciamiento europeo contradiga los pronunciamientos concordantes de los dos más altos tribunales españoles.

Ciertamente, siempre que ha habido agotamiento de la vía judicial previa (normalmente ante el TC español, por la esencial coincidencia entre los derechos susceptibles de amparo y los sometidos a la jurisdicción del TEDH) y la Corte de Estrasburgo ha concluido que se ha producido una violación del CEDH, podría entenderse que se ha rectificado a la jurisdicción constitucional española. Sin embargo, en la mayoría de los casos habrá una implicación concreta para la parte demandante (o para las demás partes procesales que intervinieron en las instancias domésticas cuando la demanda individual tenga su origen en conflictos entre particulares), siendo más excepcionales las ocasiones en las que se opere, adicionalmente, un control en abstracto de normativa nacional.

los Estados, fomentando el diálogo entre órganos judiciales; reducir la tasa de asuntos; reforzar el principio de subsidiariedad o aumentar la agilidad el proceso, son argumentos de apreciable peso que hacen aún más indiscifrable la desafección española (y de otros veinte Estados) con este valioso instrumento diseñado para coadyuvar a la armonización de los estándares europeos de protección y el aseguramiento de los derechos y las libertades en el conjunto del continente».

²⁹ MONTESINOS PADILLA, C.: «Parte II: ¿Por qué no ratifica España el Protocolo 16», en Simposio «El Protocolo núm. 16 al CEDH», 7 de abril de 2021, *IberICONnect. El blog de la Revista Internacional de Derecho Constitucional*, <https://www.ibericonnect.blog/2021/04/simposio-el-protocolo-num-16-al-cedh-parte-ii-por-que-no-ratifica-espana-el-protocolo-16/>

³⁰ SERRA CRISTÓBAL, R.: *La guerra de las Cortes. La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 181.

Lo que sucede es que, en el caso mencionado de la «doctrina Parot», la cuestión era altamente sensible por verse involucrados no solamente derechos y garantías procedimentales de la parte recurrente sino, asimismo y sobre todo, los derechos de las víctimas del terrorismo; tales derechos, afortunadamente, han encontrado también el amparo del TEDH en casos en los que las garantías procesales no se dirigían a atender a los verdugos, sino justamente a las personas agraviadas por la barbarie terrorista (STEDH *Romeo Castaño y otros c. Bélgica* de 9 de julio de 2019). En cambio, otros pronunciamientos del TEDH con impacto en la legislación nacional han sido percibidos en clave positiva, al mejorar técnica y procesalmente nuestras previsiones normativas, como sucedió con la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia las escuchas telefónicas (STEDH *Valenzuela Contreras c. España* de 30 de julio de 1998).

Por otra parte, esa «guerra de Cortes» ha tenido episodios similares en el seno del sistema interamericano de derechos humanos. Como ejemplo, puede traerse a colación la Sentencia de la Corte IDH de 8 de julio de 2020, dictada en el caso *Petro Urrego vs. Colombia*, en donde la Corte de San José de Costa Rica declaró diversas violaciones de la Convención Americana de Derechos Humanos por destitución de carácter administrativo —en vez de penal— lo que constituyó una sanción desproporcionada de quien era alcalde de Bogotá; por el contrario, la Sentencia n.º C-101/18 de la Corte Constitucional de Colombia de 24 de octubre de 2018 había avalado la constitucionalidad de dicha inhabilitación y la normativa nacional que le daba soporte. Por ello, parece razonable prever que el Protocolo n.º 16 puede servir de inspiración para una reforma análoga de la Convención Americana de Derechos Humanos³¹.

En suma, la no asunción por parte de España del Protocolo n.º 16 implica no someterse a una jurisdicción consultiva del TEDH que sí ha sido aceptada por otros países cuyas jurisdicciones supremas pueden plantear cuestiones cuya resolución va a afectar en cualquier caso a España, por mor de ese *ius commune* que proyecta el CEDH. Esta postura resulta todavía más incomprensible si comparamos la consulta prevista en el Protocolo n.º 16 con la cuestión prejudicial: o sea, la no aceptación de la jurisdicción consultiva del TEDH sería equiparable, análogamente, a una especie de inadmisibile reserva al art. 267 TJUE por medio de la cual un país miembro de la UE excluiría la competencia del Tribunal de Luxemburgo para resolver cuestiones prejudiciales planteadas por sus jurisdicciones nacionales.

³¹ Esa sugerencia de «interamericanizar» el Protocolo n.º 16 puede verse en JIMENA QUESADA, L.: «Control de convencionalidad y contralímites», *Revista Plural. Universidad Nacional de Mar del Plata*, n.º 2, 2021, p. 15.

2. *El potencial impacto indirecto del Protocolo n.º 16 en España*

Como se decía, las opiniones consultivas que se emitan con respecto a otros países en el marco del procedimiento consultivo previsto en el Protocolo n.º 16 serán extensibles a España, por la más que probable dimensión objetiva de la problemática planteada ante el TEDH. En relación con ese potencial impacto indirecto, España tendrá incluso la desventaja de no poder participar en el procedimiento en el que se sustancie cada opinión consultiva, puesto que de conformidad con el art. 3 del Protocolo n.º 16 solamente tienen derecho a presentar observaciones escritas y participar en las audiencias el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa y la Alta Parte Contratante cuya jurisdicción haya sometido la consulta, además de otras Partes Contratantes del propio Protocolo n.º 16 por invitación del Presidente del TEDH en aras de la buena administración de justicia. En otros términos, España, mientras no suscriba el Protocolo n.º 16, tendrá que soportar indirectamente las consecuencias que se deriven de la opinión consultiva pero sin estar habilitada para participar, ni por escrito ni en forma oral, en el procedimiento.

Por supuesto, se suscitarán consultas cuya problemática litigiosa esté más ligada a la cultura del país y, por ello mismo, tal vez más expuesta al margen de apreciación nacional; pero, aun así, seguramente la solución alcanzada por el TEDH se revele trasladable a buena parte de los demás países miembros del Consejo de Europa.

Es lo que ha sucedido, por ejemplo, en el caso de la reseñada primera opinión consultiva emitida el 10 de abril de 2019 sobre la base del Protocolo n.º 16 a propósito de aspectos relacionados con la maternidad subrogada. En Italia se tuvo en cuenta casi inmediatamente esa opinión consultiva n.º 1 dictada con relación a Francia el 1 de abril de 2019, considerándola la Corte de Casación italiana en su Sentencia n.º 12193 de 8 de mayo de 2019 como argumento decisorio³², así como la Corte Constitucional italiana en su Sentencia n.º 33 de 10 de marzo de 2021³³. Lo mismo ha sucedido en España, como ha demostrado la reciente STS (Sala de lo Civil, Pleno) n.º 277/2022 de 31 de marzo de 2022³⁴, que resuelve un supuesto similar al suscitado ante

³² *Cass. Sez. Un.*, 8 maggio 2019, n. 12193. De todas formas, esa confluencia de estándares judiciales con el criterio europeo determinado por la Corte de Estrasburgo no resuelve todos los problemas, puesto que pueden surgir situaciones más complejas necesitadas de solución, por ejemplo como consecuencia de la transmisión del patrimonio genético por varias personas, como ha manifestado BARUFFI, M.C.: «Gli effetti della maternità surrogata al vaglio della Corte di Cassazione italiana e di altre corti», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n.º 2, 2020, p. 290.

³³ *Corte cost.* 10 marzo 2021 n. 33.

³⁴ Recurso de casación n.º 277/2022. Id Cendoj: 28079119912022100001 [Roj: STS 1153/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1153].

la Corte de Casación francesa y, en consecuencia, asume en la *ratio decidendi* la opinión consultiva del TEDH, que lógicamente cita de manera explícita, así como la jurisprudencia previa del TEDH en los casos contenciosos en la materia³⁵.

Desde esta óptica, el TEDH emitirá opiniones consultivas con apoyo en el Protocolo n.º 16 que podrán ser exponente de un consenso común europeo y, por consiguiente, se aplicarán indirectamente a España. Algo similar, como se decía, a lo que sucede con las sentencias prejudiciales dictadas por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo con relación a otros países miembros de la UE, cuya interpretación de la normativa comunitaria europea resultará frecuentemente trasladable a España.

³⁵ Concretamente, tras reafirmar en el Fundamento de Derecho tercero que «la gestación por sustitución comercial vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos», el Fundamento de Derecho cuarto enfoca la controversia desde «la protección del interés superior del menor nacido por gestación por sustitución» y, recordando su previa STS (Sala de lo Civil, Pleno) n.º 835/2013 de 6 de febrero de 2014 en la que asumió la jurisprudencia contenciosa del TEDH (con cita de la Sentencia *Paradiso y Campanelli c. Italia* de 24 de enero de 2017), argumenta: «9. - En nuestro ordenamiento jurídico, el reconocimiento de esa relación puede realizarse, respecto del padre biológico, mediante el ejercicio de la acción de reclamación de paternidad, conforme prevé el art. 10.3 LTRHA [Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida]. 10. - Cuando quien solicita el reconocimiento de la relación de filiación es la madre comitente, la vía por la que debe obtenerse la determinación de la filiación es la de la adopción. El Dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de abril de 2019 acepta como uno de los mecanismos para satisfacer el interés superior del menor en estos casos «la adopción por parte de la madre comitente [...] en la medida en que el procedimiento establecido por la legislación nacional garantice que puedan aplicarse con prontitud y eficacia, de conformidad con el interés superior del niño. (...) 14. - Esta solución satisface el interés superior del menor, valorado *in concreto*, como exige el citado Dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero a la vez intenta salvaguardar los derechos fundamentales que el citado tribunal también ha considerado dignos de protección, como son los derechos de las madres gestantes y de los niños en general (sentencias de 24 de enero de 2017, Gran Sala, caso *Paradiso y Campanelli*, apartados 197, 202 y 203, y de 18 de mayo de 2021, caso *Valdís Fjölfnisdóttir y otros contra Islandia*, apartado 65), que resultarían gravemente lesionados si se potenciará la práctica de la gestación subrogada comercial porque se facilitará la actuación de las agencias de intermediación en la gestación por sustitución, en caso de que estas pudieran asegurar a sus potenciales clientes el reconocimiento casi automático en España de la filiación resultante del contrato de gestación subrogada, pese a la vulneración de los derechos de las madres gestantes y de los propios niños, tratados como simples mercancías y sin siquiera comprobarse la idoneidad de los comitentes para ser reconocidos como titulares de la patria potestad del menor nacido de este tipo de gestaciones».

III. EFECTIVIDAD DEL PROTOCOLO N.º 16 EN EL SENO DE LA UNIÓN EUROPEA Y SU PROYECCIÓN EN ESPAÑA

1. *La necesaria articulación entre el TEDH y el TJUE*

Como es sabido, los contenciosos paralelos en el Tribunal de Estrasburgo y en el Tribunal de Luxemburgo se vienen produciendo desde hace décadas³⁶. Por tal motivo, los recelos que puedan aflorar entre ambas jurisdicciones europeas han pretendido suavizarse a través de un fluido diálogo judicial en el que ambas se enriquecen mutuamente con citas jurisprudenciales cruzadas. Ahora bien, ello no impide que se produzcan ocasionalmente interferencias y divergencias³⁷ y, por consiguiente, se trata de un proceso de interacción que debe desarrollarse aún más en profundidad³⁸.

Teniendo ello presente, también desde hace décadas se ha pretendido articular una base institucional con el objetivo de evitar divergencias entre el TEDH y el TJUE, básicamente a través de la adhesión de la UE al CEDH. En cuanto a los primeros intentos, en una época en la que todavía no se había producido la apertura de la UE a la parte central y oriental del continente (y, por tanto, la composición «occidentalizada» del Tribunal de Justicia comunitario contrastaba con la integración más amplia y plural del TEDH), la adhesión quedó frustrada tras el Dictamen 2/94 del Tribunal de Luxemburgo de 28 de marzo de 1996 en una especie de reivindicación de su propia autonomía que parece persistir³⁹. Casi dos décadas más tarde, el nuevo Dictamen

³⁶ Siendo abundante la literatura, en español y en otros idiomas, sobre esos contenciosos paralelos en Luxemburgo y en Estrasburgo, bastará con remitirse a un trabajo en el que se resumen las diversas facetas problemáticas de la relación entre la UE y el CEDH: Díez-PICAZO GIMÉNEZ, L. M.: «La relación entre la Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 15, 2004, pp. 159-170: la primera es la utilización del CEDH por parte del Tribunal de Justicia a fin de dotar de protección a los derechos fundamentales en el Derecho comunitario (sobre todo, naturalmente, con anterioridad a la vigencia de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE); la segunda se refiere a la adhesión de la UE al CEDH, y la tercera tiene que ver con los casos en que el TEDH ha sido llamado a enjuiciar, de manera directa o indirecta, la conformidad al CEDH de actos de la UE.

³⁷ SANZ CABALLERO, S.: «Interferencias entre el Derecho Comunitario y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Luxemburgo versus Estrasburgo», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2004, vol. 17, pp. 117-160.

³⁸ LÓPEZ GUERRA, L.: «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la UE y “le mouvement nécessaire des choses”», *Teoría y realidad constitucional*, n.º 39, 2017, p. 178.

³⁹ Lo comentó entonces FERNÁNDEZ SOLA, N.: «La adhesión de la Comunidad Europea al Convenio Europeo de Salvaguarda de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Comentario al Dictamen 2/94 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 144, 1997, pp. 41-58; y más reciente-

2/13 del TJUE de 18 de diciembre de 2014 tampoco despejó el camino a una adhesión al CEDH ahora ya mandada por el Tratado de Lisboa en el art. 6 TUE (y contemplada asimismo en el art. 17 del Protocolo n.º 14 al CEDH –actual art. 59–) pero todavía sin ponerse en práctica ante las desavenencias entre la UE y el Consejo de Europa en torno a las modalidades de dicha adhesión que deben contemplarse en el Acuerdo correspondiente.

De hecho, en cuanto al obstáculo de la articulación de las competencias respectivas del TJUE y del TEDH, el citado Dictamen 2/13 revela los recelos del Tribunal de Luxemburgo de ver afectada su autonomía, como explícitamente reconoce en los apartados 196 a 199: «puesto que el CEDH formaría parte integrante del Derecho de la Unión, el mecanismo instaurado por dicho Protocolo podría, especialmente tratándose de derechos garantizados por la Carta que se correspondiesen con los reconocidos por el CEDH, afectar a la autonomía y la eficacia del procedimiento de remisión prejudicial establecido en el artículo 267 TFUE. No puede excluirse, en particular que una solicitud de opinión consultiva formulada en virtud del Protocolo n.º 16 por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que se haya adherido a dicho Protocolo pueda desencadenar el procedimiento de intervención previa del Tribunal de Justicia, creando así un riesgo de que se soslaye el procedimiento de remisión prejudicial establecido en el artículo 267 TFUE, que, como se ha recordado en el apartado 176 del presente dictamen, constituye la piedra angular del sistema jurisdiccional instaurado por los Tratados. Ahora bien, al no establecer nada en cuanto a la articulación entre el mecanismo creado por el Protocolo n.º 16 y el procedimiento de remisión prejudicial del artículo 267 TFUE, el acuerdo previsto puede afectar a la autonomía y la eficacia de este último procedimiento».

Semejante reticencia interpretativa es fácilmente objetable, cuando menos por dos motivos: por un lado, la postura del TJUE es a todas luces incongruente con la misma remisión que el Derecho primario de la UE (señaladamente, la Carta de los Derechos Fundamentales) hace al CEDH⁴⁰; y, por otro

mente GORDILLO PÉREZ, L.: «El TJUE y el Derecho Internacional: la defensa de su propia autonomía como principio constitucional básico», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, n.º 2, pp. 330-354.

⁴⁰ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: «El TJUE pierde el rumbo en el Dictamen 2/13: ¿Merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 42, 2015, pp. 843-844: «Cuenta con toda la lógica que corresponda al TEDH marcar la interpretación correcta de los derechos recogidos en el CEDH y que su criterio rija para todas las partes del mismo, incluida en su momento la Unión. Sin embargo, el Tribunal de Justicia realiza, en torno a una concepción extremadamente estricta de la autonomía del ordenamiento de la Unión, una interpretación estándar de los derechos humanos, del principio de confianza mutua, del Protocolo 16 e incluso de la relación entre los arts. 53 de la Carta y del CEDH que dificulta notablemente la tarea de

lado, la argumentación del TJUE es «en sumo grado endeble» y, «además, en exceso confusa y técnicamente imperfecta»⁴¹, máxime si se repara en que «un problema similar existe en relación con las cuestiones incidentales de constitucionalidad previstas en los sistemas jurídicos de varios Estados miembros, y no precisamente menores, de la Unión; y el TJUE, lejos de concluir, como hizo en su Dictamen en relación con el Protocolo 16 al Convenio, en declaraciones de incompatibilidad con el art. 267 TFUE, ha sabido, en condiciones menos favorables para ello, sortear el conflicto vía interpretativa»⁴².

Por análogas razones, fácilmente se comprenderá que, una vez se haga efectiva la adhesión de la UE al CEDH, la misma tendrá que ir acompañada de la asunción por parte de la UE de las modificaciones y reformas operadas en el instrumento convencional europeo del Consejo de Europa, incluido el Protocolo n.º 16. La naturaleza no vinculante de las opiniones consultivas emitidas por el TEDH con apoyo en dicho Protocolo debería facilitar esa

adhesión de la Unión al CEDH». Ha abundado en el mismo sentido SARMIENTO, D.: «Parte III: La opinión consultiva y la cuestión prejudicial: algo más que diez diferencias», en Simposio «El Protocolo núm. 16 al CEDH», 8 de abril de 2021, *IberICONnect. El blog de la Revista Internacional de Derecho Constitucional*, <https://www.ibericonnect.blog/2021/04/simposio-el-protocolo-num-16-al-cedh-parte-iii-la-opinion-consultiva-y-la-cuestion-prejudicial-algo-mas-que-diez-diferencias/>: «parece difícil concebir que el Protocolo 16 pueda ser una amenaza ni para la Unión ni para los Estados firmantes del Convenio. No lo es para la Unión, pues es bien sabido que el Convenio no se entromete directamente en los estándares de protección del Derecho de la Unión. En caso de hacerlo, no es porque el Convenio se haya interpretado así, sino que es por obra del propio Derecho de la Unión en particular gracias al artículo 52 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que introduce (en términos que resuenan al Artículo 10.2 de la Constitución española) la obligación de interpretación de la Carta a la luz del Convenio. Sigue resultando incomprensible la justificación del Tribunal de Justicia en su Dictamen 2/13, al justificar la incompatibilidad del proyecto de adhesión de la Unión al Convenio sobre la base (entre otros motivos) de las interferencias que generaría el Protocolo 16 en la autonomía del Derecho de la Unión. Una vez en vigor el Protocolo 16 y vistas las Opiniones dictadas hasta la fecha, se confirma con aún mayor fuerza la debilidad del planteamiento expuesto en el desafortunado Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia».

⁴¹ CANCIO FERNÁNDEZ, R. C.: «Y por fin, Estrasburgo opinó... prejudicialmente», <https://www.legaltoday.com/opinion/articulos-de-opinion/y-por-fin-estrasburgo-opino-prejudicialmente-2019-04-12/>

⁴² ALONSO GARCÍA, R.: «Análisis crítico del veto judicial de la UE al CEDH en el Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014», *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR) de la Universidad Complutense, n.º 26, 2015, pp. 12-14. El citado autor trae a colación, por ejemplo, la aproximación que hizo el TJUE a la cuestión prioritaria de constitucionalidad en Francia, desnudándola de su calificativo de «prioritaria» a los efectos de salvar su compatibilidad con el art. 267 TFUE (STJUE de 22 de junio de 2010, asuntos acumulados *Melki*, C-188/10, y *Abdeli*, C-189/10).

aceptación por parte de la UE pero, a la vista del citado Dictamen 2/13 del TJUE de 18 de diciembre de 2014, no parece que la Corte de Luxemburgo se sienta cómoda con la idea de asumir el Protocolo n.º 16. Verdaderamente, menos reticencias debieran mostrar las jurisdicciones nacionales supremas y, pese a ello, países como España (y otros, en verdad la mayoría, de la UE⁴³) siguen sin ratificarlo.

En realidad, visto el pequeño número de peticiones de consulta formuladas por las jurisdicciones nacionales supremas en virtud del Protocolo n.º 16 (lo mismo sucede con el reducido número de cuestiones prejudiciales por parte de esas altas jurisdicciones domésticas a tenor del art. 267 TFUE), los recelos del TJUE por causa del Protocolo pierden peso. Naturalmente, las fricciones seguirán viniendo más bien de la mano de la resolución de demandas individuales ante el TEDH tras el agotamiento de los recursos nacionales en cuyo recorrido haya intervenido prejudicialmente el TJUE.

Desde este punto de vista, la previsión de la adhesión de la UE al CEDH asumiendo el Protocolo n.º 16 debería prever que, en caso de consultas concurrentes, se diera prioridad a la resolución por parte del TEDH, para evitar fricciones entre ambas Cortes europeas. Sea como fuere, la necesaria articulación entre el TEDH y el TJUE no es solo un problema «a dos bandas», sino parte asimismo de un complejo «triángulo» interpretativo del que también formarían parte los altos tribunales nacionales de cada Estado⁴⁴.

2. *La doble prejudicialidad europea y los mecanismos de adaptación en España*

Lo recién expuesto conduce también a reflexionar sobre el modo de trasladar esa articulación de las jurisdicciones europeas al ámbito interno para que actúen como cánones complementarios pero sin distorsionar el sistema constitucional de derechos fundamentales. Así, sin perjuicio de la propia actuación dialogante del TEDH y del TJUE, cada ordenamiento nacional debería articular los mecanismos pertinentes para conjurar el riesgo de

⁴³ De los 27 países miembros de la UE, a finales de abril de 2022 lo habían ratificado ocho (Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Lituania, Luxemburgo, Países Bajos y Eslovenia); y lo habían firmado, pero sin ratificar todavía, otros tres (Bélgica, Italia y Rumania); los demás ni siquiera han procedido a la firma.

⁴⁴ MARTINICO, G.: «The Problematic Triangle: National Constitutions, the ECHR and EU Law in the Post Lisbon Scenario», en GORDILLO PÉREZ, L. (dir.), *Constitutionalism of European Supranational Courts. Recent developments and challenges*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, p. 197. En la misma línea, ha analizado esa confluencia entre Tribunales Constitucionales, TJUE y TEDH a partir de las experiencias española, alemana e italiana, LÓPEZ CASTILLO, A.: «La confluencia entre Tribunales internos, TEDH y TJUE», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 22, 2018, pp. 133-172.

pronunciamientos europeos divergentes o contradictorios: por ejemplo, la eventual doble prejudicialidad europea, es decir, la formulación de la opinión consultiva con apoyo en el Protocolo n.º 16 y/o la remisión de una cuestión prejudicial sobre la base del art. 267 TFUE.

La situación no es totalmente nueva puesto que en el supuesto de los países miembros de la UE ya se podía plantear la doble prejudicialidad concurrente entre la cuestión de inconstitucionalidad ante la jurisdicción constitucional respectiva y la cuestión prejudicial ante el TJUE⁴⁵. Así se planteó en su día en Italia, determinándose con buen criterio que en tales supuestos prevaleciera la tramitación de la cuestión prejudicial (Auto de la Corte Constitucional italiana n.º 206 de 28 de julio de 1976). Para el caso de España se ha propuesto en la doctrina una reforma de la LOTC en sentido análogo⁴⁶. Y ello resulta conciliable con la postura del propio TJUE, que ha avalado esa compatibilidad del planteamiento concurrente de la cuestión prejudicial y de un procedimiento nacional incidental de control de constitucionalidad⁴⁷.

El Protocolo n.º 16 hace entonces más acuciante la necesidad de gestionar el citado diálogo triangular. En estas coordenadas, parece que el planteamiento por parte de la jurisdicción superior nacional (en nuestro caso, previsiblemente el TS y el TC) de esa posible doble prejudicialidad europea, debería decantarse en primer término por hacer prevalecer el Protocolo n.º 16 cuando haya sido aceptado por España, lo que podría plasmarse en nuestra normativa procesal (seguramente en la LOPJ y en la LOTC).

De lo contrario, a falta de previsión normativa, podría darse una inclinación hacia el planteamiento ya consolidado de la cuestión prejudicial ante el

⁴⁵ Ello a pesar de una jurisprudencia del Tribunal de Justicia que ha pretendido respetar una especie de «modelo horizontal» teniendo presente la división competencial o funcional entre Justicia nacional y comunitaria prevista en el art. 267 TFUE, con objeto de evitar entrar en relaciones conflictivas y fomentar así la continuación de la cooperación, como observó SARMIENTO, D., *Poder judicial e integración europea. La construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*, Madrid, Thomson/Civitas y Garrigues, 2004, p. 295.

⁴⁶ JIMENA QUESADA, L.: «La reforma del Tribunal Constitucional», en ÁLVAREZ CONDE, E. (Dir.): *Reflexiones y propuestas sobre la reforma de la Constitución española*, Granada, Comares, 2017, pp. 335-356 (en especial, el epígrafe 3.2.1.2: «La problemática del diálogo entre tribunales supremos europeos»).

⁴⁷ Entre otras, STJUE de 4 de junio de 2015, *Kernkraftwerke Lippe-Ems*, C-5/14. En dicha sentencia se remite a su propia jurisprudencia, en la que ya había establecido que «el funcionamiento del sistema de cooperación entre el Tribunal de Justicia y los tribunales nacionales establecido por el art. 267 TFUE y el principio de primacía del Derecho de la Unión requieren que el juez nacional tenga la facultad de plantear al Tribunal de Justicia toda cuestión prejudicial que considere necesaria en cualquier fase del procedimiento que estime apropiada, e incluso una vez finalizado un procedimiento incidental de control de constitucionalidad (sentencia A, C-112/13, EU:C:2014:2195, apartado 39)» (apartado 35).

TJUE, emitiéndose una sentencia que sería, por su naturaleza vinculante, necesariamente asumida por el TS o por el TC. Con ello, se agotarían los recursos internos y, a continuación, quedaría abierta la vía de la demanda individual con una posible ulterior sentencia (concordante o, a lo peor, discrepante) del TEDH.

La situación no es meramente hipotética a la vista de la creciente yuxtaposición o concurrencia de ámbitos materiales y competenciales cubiertos por el CEDH y por la CDFUE, así como a la luz de ciertas controversias que están llegando al TS y al TC, pasando por el TJUE y previsiblemente desembocando en el TEDH.

Piénsese en el «caso Junqueras»: si el Protocolo n.º 16 hubiera sido operativo para España, seguramente lo más razonable habría sido recabar una opinión consultiva del TEDH por parte del TS, en lugar de plantear una cuestión prejudicial sobre la base del art. 267 TFUE (que ha originado la STJUE de 19 de diciembre de 2019, *Junqueras Vies*, C-502/19) que ha retornado al TS para seguir su curso ante la jurisdicción constitucional (STC 70/2021, de 18 de marzo) y, agotados los remedios procesales nacionales, previsiblemente someter el litigio ante el TEDH. Cabría pensar, a la vista de la citada STJUE de 19 de diciembre de 2019, que no es probable una divergencia con el ulterior criterio del TEDH, en la medida en que el TJUE incorpora jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo, concretamente en el apdo. 84. Sin embargo, semejante cita jurisprudencial no es tan clara pues, por ejemplo, si se consultan las sentencias mencionadas del TEDH en el mencionado apdo. 84⁴⁸, al menos una de ellas no parece acomodarse exactamente, sino más bien lo contrario, a la situación del Sr. Junqueras en la dirección apuntada por el TJUE⁴⁹. Consecuentemente, esa aparente disparidad de criterios entre el

⁴⁸ El apdo. 84 de la STJUE *Junqueras Vies* de 2019 dice: «las inmunidades reconocidas a los miembros del Parlamento Europeo tienen por objeto garantizar la independencia de esta institución en el cumplimiento de su misión, como ha destacado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con las diversas formas de inmunidad parlamentaria establecidas en los sistemas políticos democráticos (véanse, en este sentido, Tribunal EDH, sentencia de 17 de mayo 2016, *Karácsony y otros c. Hungría*, CE:ECHR:2016:0517JUD004246113, § 138, y Tribunal EDH, sentencia de 20 de diciembre de 2016, *Uspaskich c. Lituania*, CE:ECHR:2016:1220JUD001473708, § 98)».

⁴⁹ Llama la atención, en particular, la cita de la STEDH *Uspaskich c. Lituania* de 20 de diciembre de 2016. En efecto, en el párrafo citado (98), el TEDH lo que hace es, tras resaltar lo que significa la garantía de la inmunidad parlamentaria, detallar y criticar el modo en que el demandante, con la connivencia de su partido, había sido estratégicamente candidato a diversos puestos para acogerse a dicha prerrogativa como verdadero privilegio y así eludir someterse a enjuiciamiento criminal (en dicho supuesto, especialmente por delitos de corrupción). Y en ello reincide el TEDH, en síntesis, a renglón seguido en el párr. 99: «Por último, el Tribunal reitera que los Estados están obligados a adoptar medidas apropiadas para evitar que las personas jurídicas sean utilizadas para encubrir delitos de corrupción

TJUE y el TEDH podría manifestarse en sentencias contradictorias, con la consiguiente pérdida de credibilidad del sistema europeo de derechos humanos en su conjunto. De ahí la necesidad de prever, además de los instrumentos de sintonía entre ambos Tribunales europeos, los oportunos mecanismos de adaptación o ajuste en España.

IV. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS FINALES: LA INSOSLAYABLE ACEPTACIÓN DEL PROTOCOLO N.º 16 COMO ELEMENTO DE OPTIMIZACIÓN DEL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL DE DERECHOS FUNDAMENTALES

La primera conclusión que se alcanza es la idoneidad del Protocolo n.º 16 al CEDH como instrumento para el diálogo judicial y la efectiva protección multinivel de los derechos fundamentales. En efecto, las primeras opiniones consultivas emitidas por el TEDH dan pie para llegar a dicha conclusión, pues han dinamizado las sinergias entre el estándar nacional y el estándar europeo en materia de derechos humanos.

Más aún, la primera de esas opiniones consultivas ha tenido proyección más allá (Italia o España) del país desde el que se ha planteado la consulta (Francia), lo que demuestra, de un lado, que el Protocolo n.º 16 tiene potencial para seguir forjando un *ius commune* europeo; y, de otro lado y como expresión de ello, que resulta idóneo para hacer surtir indirectamente efectos en los países del Consejo de Europa que, como España, tienen todavía como asignatura pendiente la ratificación de dicho instrumento. Otra cuestión es que el reducido número de consultas enmarcadas en el Protocolo n.º 16 hasta el presente ponga en entredicho la consecución del objetivo de evitar la saturación del TEDH provocado por la altísima cifra anual de demandas individuales y, por ende, de garantizar en Estrasburgo el proceso debido dentro de un plazo razonable⁵⁰.

(véase el principio 5 en el párrafo 72 *supra*). En el presente caso, sin embargo, resulta que el partido político del demandante, que a su vez evitó el enjuiciamiento cambiando formalmente su estatuto (véase el párrafo 60 *supra*), le protegió efectivamente del enjuiciamiento presentándole sistemáticamente como candidato en las elecciones municipales, parlamentarias y al Parlamento Europeo, todo lo cual significó que, al menos durante cierto tiempo, el demandante pudo disfrutar de inmunidad para ser enjuiciado (véanse los párrafos 18, 24, 56, 58, 61 y 63 *supra*). Por ello, en el párr. 100 y en el fallo, el TEDH concluye que no ha habido violación del art. 3 del Protocolo n.º 1 al CEDH.

⁵⁰ Sobre esta cuestión, calificándola como «el desatascador que no desatasca», se ha pronunciado críticamente MARTÍNEZ SOSPEDRA, M.: «Las opiniones consultivas del TEDH. Una idea no del todo convincente. Notas sobre el Protocolo 16 al CEDH», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 54, 2021, p. 220: la opinión consultiva «se pensó originariamente como un mecanismo para aliviar la carga del TEDH. Cabe plantearse si tal como la configura el Protocolo 16 nos hallamos ante un instrumento que permita un

Abundando en estas consideraciones, cabe concluir asimismo que no existen razones de peso para justificar la incomprensible posición reticente de España ante el Protocolo n.º 16. Desde esta perspectiva, en lugar de sugerirse injustificados recelos por parte de los tribunales superiores españoles (TS y TC) hacia el TEDH, parece más razonable pensar en clave de colaboración (como en el caso de las cuestiones prejudiciales) entendiendo que las opiniones consultivas de la Corte de Estrasburgo permiten respaldar a dichas jurisdicciones domésticas ante difíciles supuestos que hacen aconsejable una solución judicial europea y europeizada.

Por otra parte, esos posibles recelos carecen de una explicación sólida, puesto que la iniciativa del planteamiento de consultas depende de la propia jurisdicción nacional suprema que conozca de un litigio concreto, de conformidad con el principio de subsidiariedad que se menciona en el Preámbulo del Protocolo n.º 16 y que, con ese mismo enfoque, se pretendió reforzar con el Protocolo n.º 15⁵¹; tan es así que en cierta medida se ha llegado a considerar el Protocolo n.º 15 como «la antítesis del Protocolo n.º 16»⁵². Repárese en que ciertos Estados miembros del Consejo de Europa pusieron el énfasis en el principio de subsidiariedad para contrarrestar o compensar lo que considerarían una excesiva jurisprudencia evolutiva del TEDH. Pero ello no es exclusivo del Consejo de Europa, pues en el ámbito de la UE no son desconocidos los «contralímites» que siguen anteponiéndose por diversas cortes constitucionales para atemperar la primacía del Derecho comunitario europeo y la consiguiente prevalencia del estándar supranacional sobre el estándar constitucional interno⁵³.

alivio significativo del problema señalado y permita eludir el riesgo de incurrir crecientemente en un proceso aquejado sistemática de “dilaciones indebidas” al final del cual se halla el colapso de un Tribunal víctima de su propio éxito».

⁵¹ En ese sentido, en el supuesto del Protocolo n.º 15 se daba además un espaldarazo al margen de apreciación nacional, como ha advertido LÓPEZ GUERRA, L.: «Los Protocolos de reforma n.º 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 49, 2014, pp. 11-29.

⁵² CACHO SÁNCHEZ, Y.: «El potencial desarrollo del nuevo procedimiento consultivo ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: fortalezas, debilidades, oportunidades y amenazas», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 71, n.º 2, 2019, p. 193.

⁵³ En la doctrina se ha estudiado el modo en que esos «contralímites» (por ejemplo, a propósito de las sentencias Taricco referentes a Italia: la primera de 8 de septiembre de 2015, *Taricco y otros*, asunto C-105/14, y la segunda de 5 de diciembre de 2017, *M. A. S., M. B.*, asunto C-42/17, con origen esta última en la cuestión prejudicial planteada por la Corte Constitucional italiana para poner en entredicho la posición más restrictiva de la primera sentencia del TJUE) han flexibilizado el principio de primacía del Derecho de la UE ante cánones iusfundamentales nacionales más favorables: UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I.: «La saga Taricco: últimas instantáneas jurisdiccionales sobre la pugna acerca de los derechos fundamentales en la Unión Europea», *Revista General de Derecho Cons-*

Otra conclusión tiene que ver con la posible exportación del Protocolo n.º 16 al sistema interamericano de derechos humanos. En el escenario de las crecientes sinergias entre los sistemas interamericano y europeo, el hecho de que la Corte de San José de Costa Rica pudiera emitir opiniones consultivas a iniciativa de jurisdicciones supremas de las Partes contratantes de la Convención Americana de Derechos Humanos constituiría, sin lugar a dudas, un mecanismo de colaboración que evitaría colisiones entre canon de constitucionalidad y canon de convencionalidad para alcanzar una solución judicial americana y americanizada. La CorteIDH cuenta con más experiencia en el ejercicio de la competencia consultiva que el TEDH y, por tanto, se trata de adoptar un Protocolo similar al n.º 16 para que la jurisdicción interamericana siga explotando esa experiencia en la consecución del *ius constitutionale commune interamericano*⁵⁴.

En el caso de España, la experiencia del planteamiento de las cuestiones prejudiciales ante el TJUE ha resultado muy positiva para optimizar el sistema constitucional español de derechos fundamentales. Con tal precedente, la no aceptación del Protocolo n.º 16 no significa solamente una renuncia a seguir avanzando en dicha línea, sino un retroceso en comparación con los demás países miembros del Consejo de Europa (y, más específicamente, de la propia UE) que ya no tienen pendiente dicha asignatura.

Efectivamente, es sabido que la inexistencia de un recurso de amparo ante el TJUE ha venido de alguna manera compensado indirectamente por el planteamiento de cuestiones prejudiciales susceptibles de dar lugar a un estándar europeo más favorable en materia de derechos fundamentales; a este respecto, ante la negativa no motivada al planteamiento de una cuestión prejudicial por parte del órgano jurisdiccional nacional, ha operado en ocasiones un cierto control por el TC español o el TEDH desde la perspectiva de una

titucional, n.º 27, 2018, p. 25. En todo caso, la postura de los tribunales constitucionales rebatiendo el principio de primacía del Derecho de la UE no siempre va en esa dirección de elevar el estándar de los derechos fundamentales, sino a veces en una línea más restrictiva bajo el pretexto de la independencia judicial nacional o similares excusas: un ejemplo recentísimo lo ofrece la STJUE de 22 de febrero de 2022, *RS (Effet des arrêts d'une cour constitutionnelle)*, C-430/21. Para el encuadre de esta problemática a propósito de otros pronunciamientos recientes de tribunales constitucionales que están desafiando abiertamente el principio de primacía de la Unión, léanse de nuevo las interesantes críticas y propuestas de UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I.: «Turbulencias sobre la primacía del Derecho de la Unión: últimos desafíos, respuestas y aportaciones», *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 78-79, 2021, pp. 13-52.

⁵⁴ Una expresión que se ha ido abriendo paso en la doctrina; así, por ejemplo, en la rúbrica del capítulo 4 (M. P. GARAT), así como en el propio título de la obra colectiva de AGUILAR CAVALLO, G. y otros: *El control de convencionalidad: ius constitutionale commune y diálogo judicial multinivel latinoamericano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, particularmente pp. 129-141.

conculcación de la tutela judicial efectiva del art. 24 CE o del derecho al proceso equitativo del art. 6 CEDH⁵⁵. Por el contrario, el carácter facultativo para las jurisdicciones nacionales supremas con el que se instaura la consulta en el Protocolo n.º 16 no someterá a aquellas al condicionante del proceso debido⁵⁶.

Por ello, cabe concluir que la no asunción del Protocolo n.º 16 puede privar asimismo del acceso a otra solución europea favorable (en este caso, con apoyo en el CEDH y sus Protocolos) en litigios concretos en los que seguramente sea más viable el planteamiento por parte de la jurisdicción nacional suprema que la demanda individual (dado el difícil filtro de la admisibilidad ante el TEDH) una vez agotados los recursos internos. Además, junto a la naturaleza preventiva de las opiniones consultivas, es decir, la evitación de posibles condenas en una ulterior sentencia del TEDH que resuelva el correspondiente recurso individual, se ha introducido un interesante argumento financiero relacionado con el coste económico de dichas condenas⁵⁷.

En fin, como ya se ha señalado, además de asumir el Protocolo n.º 16 para promover la colaboración entre las jurisdicciones españolas supremas y el TEDH, deberían realizarse los pertinentes ajustes normativos internos para evitar una doble prejudicialidad europea que condujera a soluciones divergentes ante el TEDH y el TJUE, pareciendo razonable dar prioridad a la formulación de la consulta ante el TEDH. Todo ello se inscribe en la filosofía de la adhesión de la UE al CEDH. A fin de cuentas, debe evitarse que una triple prejudicialidad (TEDH, TJUE y tribunales nacionales) vaya en detrimento del principio *pro personae*, y a ello atiende el Protocolo n.º 16⁵⁸.

⁵⁵ En el supuesto de nuestra Jurisdicción Constitucional, por ejemplo, SSTC 37/2019, de 26 de marzo, o 67/2019, de 20 de mayo. En el caso de la Corte de Estrasburgo, entre otras, las SSTEDH *Dhahbi c. Italia* de 8 de abril de 2014, o *Sanofi Pasteur c. Francia* de 13 de febrero de 2020.

⁵⁶ Así lo ha resaltado SARMIENTO, D.: «Parte III: La opinión consultiva y la cuestión prejudicial: algo más que diez diferencias», ya cit.: «el Protocolo 16 impone como regla general el criterio facultativo en la decisión de planteamiento de la opinión consultiva. A diferencia de la cuestión prejudicial, que resulta obligatoria para los tribunales cuyas resoluciones no admiten ulterior recurso (si bien sometidas a varias y generosas excepciones previstas en la jurisprudencia *Cilfit* y *DaCosta*), el Protocolo 16 sienta un criterio de voluntariedad que deja al criterio de cada tribunal supremo nacional la decisión final sobre la oportunidad del planteamiento».

⁵⁷ *Idem*: «No hay ningún riesgo que correr, sino más bien todo lo contrario. Cuanto más tiempo pierda el Estado demorando su incorporación al sistema, mayor es el verdadero riesgo de seguir soportando condenas mediante recursos directos. Condenas que, además, suele acabar pagando el contribuyente. Otra razón, pensando en el bolsillo de los ciudadanos (pues quizás de ese modo el todopoderoso Ministerio de Hacienda se sensibiliza con el tema), para que el Reino de España ratifique el Protocolo 16 de una vez».

⁵⁸ RUIZ RUIZ, J. J.: «El refuerzo del diálogo entre tribunales y la triple prejudicialidad en la protección de los derechos fundamentales: en torno al Protocolo n.º 16 al Convenio

V. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR CAVALLO, G. y otros: *El control de convencionalidad: ius constitutionale commune y diálogo judicial multinivel latinoamericano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- ALONSO GARCÍA, R.: «Análisis crítico del veto judicial de la UE al CEDH en el Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014», *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR) de la Universidad Complutense, n.º 26, 2015, pp. 1-29.
- BARUFFI, M. C.: «Gli effetti della maternità surrogata al vaglio della Corte di Cassazione italiana e di altre corti», *Rivista di diritto internazionale privato e procesuale*, n.º 2, 2020, pp. 290-324.
- BURGORGUE-LARSEN, L.: *Les trois Cours régionales des droits de l'homme in context. La Justice qui n'allait pas de soi*, Paris, Pedone, 2020.
- CACHO SÁNCHEZ, Y.: «El potencial desarrollo del nuevo procedimiento consultivo ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: fortalezas, debilidades, oportunidades y amenazas», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 71, n.º 2, 2019, p. 171-194.
- CANCHO FERNÁNDEZ, R. C.: «Y por fin, Estrasburgo opinó... prejudicialmente», <https://www.legaltoday.com/opinion/articulos-de-opinion/y-por-fin-estrasburgo-opino-prejudicialmente-2019-04-12/>
- : «España y su enigmática desafección con el Protocolo n.º 16 CEDH», *Revista de Prensa*, 22 enero 2022: <https://www.almendron.com/tribuna/espana-y-su-enigmatica-desafeccion-con-el-protocolo-no-16-cedh/>
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M.: «La relación entre la Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 15, 2004, pp. 159-170.
- FERNÁNDEZ SOLA, N.: «La adhesión de la Comunidad Europea al Convenio Europeo de Salvaguarda de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Comentario al Dictamen 2/94 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 144, 1997, pp. 41-58.
- GARCÍA ROCA, J.: *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2019.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: «Parte I: Los asuntos Mennesson y Kocharyan: las primeras decisiones consultivas del TEDH», en *Simposio «El Protocolo núm. 16 al CEDH»*, 6 de abril de 2021, *IberICONnect. El blog de la Revista Internacional*

Europeo de Derechos Humanos», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 42, 2018, p. 480: «el Protocolo 16 puede convertirse en una valiosa herramienta en el proceso de cooperación y propulsión de la coherencia del circuito jurisprudencial construido a partir de la circularidad de interpretaciones conformes de Tribunal Constitucional, Tribunal de Justicia de la UE y TEDH. La inserción de una nueva cuestión prejudicial no traerá por ello consigo una disminución en la autonomía del juez nacional, sino que debe ser vista como una garantía más de la triple tutela de derechos que se superponen y que tiene como regla esencial la del mejor estándar de protección a partir de una disputa discursiva construida sobre la mejor solución».

- de Derecho Constitucional*, <https://www.ibericonnect.blog/2021/04/simposio-el-protocolo-num-16-al-cedh-parte-i-los-asuntos-menesson-y-kocharyan-las-primas-decisiones-consultivas-del-tedh/>
- GORDILLO PÉREZ, L.: «El TJUE y el Derecho Internacional: la defensa de su propia autonomía como principio constitucional básico», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, n.º 2, pp. 330-354.
- HINOJO ROJAS, M.: «El Protocolo n.º 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 34, 2018, pp. 675-706.
- JIMENA QUESADA, L.: «La reforma del Tribunal Constitucional», en ÁLVAREZ CONDE, E. (Dir.): *Reflexiones y propuestas sobre la reforma de la Constitución española*, Granada, Comares, 2017, pp. 335-356.
- : «Control de convencionalidad y contralímites», *Revista Plural. Universidad Nacional de Mar del Plata*, n.º 2, 2021, pp. 9-16.
- LÓPEZ GUERRA, L.: «Los Protocolos de reforma n.º 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 49, 2014, pp. 11-29.
- : «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la UE y “le mouvement nécessaire des choses”», *Teoría y realidad constitucional*, n.º 39, 2017, pp. 163-188.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: «El TJUE pierde el rumbo en el Dictamen 2/13: ¿Merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 42, 2015, pp. 825-869.
- MARTÍNEZ SOSPEDRA, M.: «Las opiniones consultivas del TEDH. Una idea no del todo convincente. Notas sobre el Protocolo 16 al CEDH», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 54, 2021, pp. 216-228.
- MARTINICO, G.: «The Problematic Triangle: National Constitutions, the ECHR and EU Law in the Post Lisbon Scenario», en Gordillo Pérez, Luis (dir.), *Constitutionalism of European Supranational Courts. Recent developments and challenges*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, p. 193-206.
- MONTESINOS PADILLA, C.: «Parte II: ¿Por qué no ratifica España el Protocolo 16?», en *Simposio «El Protocolo núm. 16 al CEDH»*, 7 de abril de 2021, *IberICONnect. El blog de la Revista Internacional de Derecho Constitucional*, <https://www.ibericonnect.blog/2021/04/simposio-el-protocolo-num-16-al-cedh-parte-ii-porque-no-ratifica-espana-el-protocolo-16/>.
- PERLO, N.: «L’attribution des effets *erga omnes* aux arrêts de la Cour Européenne de Droits de l’Homme en Italie: la révolution est en marche», *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n.º 104, 2015, pp. 887-910.
- RUIZ RUIZ, J.J.: «El refuerzo del diálogo entre tribunales y la triple prejudicialidad en la protección de los derechos fundamentales: en torno al Protocolo n.º 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 42, 2018, 453-482.
- SANZ CABALLERO, S.: «Interferencias entre el Derecho Comunitario y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Luxemburgo *versus* Estrasburgo», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2004, vol. 17, pp. 117-160.
- SARMIENTO, D., *Poder judicial e integración europea. La construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*, Madrid, Thomson/Civitas y Garrigues, 2004.

- : «Parte III: La opinión consultiva y la cuestión prejudicial: algo más que diez diferencias», en *Simposio «El Protocolo núm. 16 al CEDH»*, 8 de abril de 2021, *IberICONnect. El blog de la Revista Internacional de Derecho Constitucional*, <https://www.ibericonnect.blog/2021/04/simposio-el-protocolo-num-16-al-cedh-parte-iii-la-opinion-consultiva-y-la-cuestion-prejudicial-algo-mas-que-diez-diferencias/>
- SERRA CRISTÓBAL, R.: *La guerra de las Cortes. La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo*, Madrid, Tecnos, 1999.
- SPIELMANN, D.: *Discours du Président Dean Spielmann; Séminaire Tribunal constitutionnel*, Madrid, 22 de mayo de 2015: http://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20150522_OV_Spielmann_Tribunal_constitutionnel_Madrid_FRA.pdf.
- UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I.: «La saga Taricco: últimas instantáneas jurisdiccionales sobre la pugna acerca de los derechos fundamentales en la Unión Europea», *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 27, 2018, pp. 1-26.
- : «Turbulencias sobre la primacía del Derecho de la Unión: últimos desafíos, respuestas y aportaciones», *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 78-79, 2021, pp. 13-52.