

REFLEXIONES EN TORNO AL PROTOCOLO NÚM. 16
AL CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN
DE LOS DERECHOS HUMANOS EN OCASIÓN
DE SU ENTRADA EN VIGOR PARA ESPAÑA

*REFLECTIONS ON PROTOCOL N.º 16 TO THE EUROPEAN
CONVENTION FOR THE PROTECTION OF HUMAN
RIGHTS ON THE OCCASION OF ITS ENTRY
INTO FORCE FOR SPAIN*

Jaume SAURA ESTAPÀ*

Palabras clave: Convenio europeo de derechos humanos; Protocolo número 16; Cuestión prejudicial

Keywords: European Convention on Human Rights; Protocol 16; Preliminary reference

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. BREVE DESCRIPCIÓN DEL PROTOCOLO NÚM. 16 AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. 3. OBSTÁCULOS SUSCITADOS A LA RATIFICACIÓN DEL PROTOCOLO. 4. REFERENCIA SUCINTA A LA PRÁCTICA DEL TEDH RELATIVA AL PROTOCOLO NÚM. 16. 5. CONSIDERACIONES FINALES

1. INTRODUCCIÓN

El pasado 1 de noviembre de 2025 entró en vigor para España el Protocolo núm. 16 al Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales. El instrumento de ratificación se había firmado el 7 de julio del mismo año y fue publicado en el Boletín Oficial del Estado el 17 de septiembre, después de que las Cortes lo hubieran autorizado conforme al art. 94.1 de la Constitución.¹

Resulta sorprendente que un Estado como España, habitualmente ágil a la hora de manifestar su consentimiento en obligarse por tratados internacionales en materia de derechos humanos, haya tardado doce años en ratificar un Protocolo al Convenio europeo que en apariencia tiene un alcance —dotar al TEDH de una competencia consultiva a partir de solicitudes de los más altos tribunales nacionales— más bien modesto.

* Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universitat de Barcelona, (jsaura@ub.edu). Quiero agradecer al Dr. Jordi Bonet sus observaciones a una versión anterior de este documento. Las opiniones expuestas en él son atribuibles únicamente a su autor. Todas las páginas webs mencionadas en este estudio han sido consultadas el 8 de enero de 2026.

¹ Vid. Instrumento de ratificación del Protocolo n.º 16 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Estrasburgo el 2 de octubre de 2013, en BOE núm. 224, 17 de septiembre de 2025, Sec. I. Pág. 120227.

Trataremos con esta nota de dilucidar los aspectos del Protocolo que podrían generar reticencias, ciertamente no invencibles, en nuestro país y otros de nuestro entorno y que se vinculan eminentemente a su compatibilidad con la cuestión prejudicial de la jurisdicción comunitaria. Previamente, expondremos brevemente el objeto y alcance de este instrumento y terminaremos con una panorámica sobre la incipiente jurisprudencia generada hasta el momento en el marco del Protocolo, antes de pasar a unas consideraciones finales.

2. BREVE DESCRIPCIÓN DEL PROTOCOLO NÚM. 16 AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El Protocolo núm. 16, adoptado el 2 de octubre de 2013, tiene por objeto dotar de jurisdicción consultiva al TEDH a instancias de los más altos tribunales de los Estados parte para dirimir cuestiones de principio relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades que define el Convenio europeo en el marco de casos sometidos a la jurisdicción de dichos tribunales.²

El propósito de esta nueva competencia no es otro que el de disminuir la carga de trabajo del TEDH a través del diálogo judicial con las más altas instancias jurisdiccionales de los Estados parte;³ es decir, contribuir a resolver potenciales casos individuales y frenar así el alud de demandas de este tipo que padece el Tribunal Europeo.⁴

Se trata de un Protocolo facultativo, es decir, que no modifica el Convenio europeo ni requiere de unanimidad de ratificaciones para su entrada en vigor, sino que solo vincula a aquellos Estados parte en el Convenio europeo que lo ratifiquen o se adhieran a él. Con la ratificación española, ya son 26 sus Estados parte, 14 de los cuales son Estados miembros de la Unión Europea.⁵

² Artículo 1.1 del Protocolo núm. 16: “Los más altos órganos jurisdiccionales de las Altas Partes Contratantes, tal como hayan sido designados con arreglo al artículo 10, podrán cursar al Tribunal solicitudes de opiniones consultivas sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades que definen el Convenio o sus Protocolos.”

³ Así lo expresa el informe explicativo del Protocolo, al recordar que en la Declaración final de la Conferencia de Izmir sobre el futuro del Tribunal (26-27 de abril de 2011) se propuso introducir este procedimiento para clarificar las disposiciones del Convenio y la jurisprudencia del Tribunal, “thus providing further guidance in order to assist States Parties in avoiding future violations”. Vid. *Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Explanatory Report*, pár. 26, en https://www.echr.coe.int/d/protocol_16_explanatory_report_eng, pár. 2.

⁴ Vale decir que el número de casos pendientes era muy superior en 2013 (casí 100.000) al que teníamos a finales de 2024 (60.350), de acuerdo con los informes anuales del Tribunal (vid. en <https://www.echr.coe.int/annual-reports>). En este sentido, factores como la expulsión de la Federación de Rusia del sistema europeo, aunque mantiene muchos casos vivos, o la entrada en vigor del Protocolo número 15 (que reduce el plazo de presentación de demandas individuales a 4 meses desde la última decisión nacional) han supuesto alrededor de un 25% menos de casos nuevos en los últimos tres años.

⁵ El Protocolo entró en vigor el 1 de agosto de 2018, después de obtener diez manifestaciones de consentimiento. Vid. *Chart of signatures and ratifications of Treaty 214*, en <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list;?module=signatures-by-treaty&treatyenum=214>

La función consultiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no es completamente nueva, pues ya se la había otorgado el Protocolo núm. 14, si bien solo a solicitud del Comité de Ministros y acerca de cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y de sus Protocolos, con exclusión de las referentes al contenido de los derechos y libertades enunciados en dichos instrumentos o sobre cualquier cuestión sobre la que el TEDH pudiera pronunciarse en el ámbito de su competencia contenciosa (art. 47, párs. 1 y 2). En este marco, el TEDH ha dictado dos opiniones consultivas, en 2008 y 2010, sobre aspectos institucionales y procedimentales relativos “a las listas de candidatos presentadas con vistas a la elección de jueces del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”.⁶ También la Convención de Oviedo de 1997 sobre derechos humanos y biomedicina prevé la función consultiva del TEDH, aunque nunca ha llegado a emitirse una opinión en este marco.⁷

El Protocolo núm. 16 tiene un alcance completamente distinto. A instancias de un Alto Tribunal nacional, y con relación a un caso que este tiene pendiente, se pide al TEDH que interprete o aplique los derechos enunciados en el Convenio o sus protocolos a dicho caso. De ello se desprende que la solicitud de dictamen no puede ser abstracta, pues debe haberse suscitado en un caso pendiente ante el tribunal nacional. A su vez, la función del TEDH no es resolver el caso, sino la “cuestión de principio” relativa a la “interpretación o aplicación” del Convenio o sus protocolos a dicho caso (art. 1.1). Como señala la Guía de aplicación del Protocolo, “el Tribunal no tiene competencia para evaluar (...) los hechos de un caso ni para valorar el fondo de las opiniones de las partes sobre la interpretación del Derecho interno a la luz del Derecho del Convenio, ni para pronunciarse sobre el resultado del procedimiento.”⁸

El artículo 5 del Protocolo deja meridianamente claro que las opiniones consultivas del Tribunal no son vinculantes para el Alto Tribunal nacional solicitante. Sin embargo, el informe explicativo del Protocolo viene a decir que, si el tribunal nacional no acata el fallo del TEDH, nada impide al ciudadano perjudicado por esa decisión interponer una demanda individual del art. 34 del Convenio ante el propio TEDH, lo que apunta a la obligatoriedad *de facto* de la opinión consultiva.⁹ El mismo informe aclara, además, que las opiniones consultivas forman parte de la jurisprudencia del TEDH a todos los efec-

⁶ Vid. Opiniones consultivas de 12 de febrero de 2008 y 22 de enero de 2010, en <https://www.echr.coe.int/advisory-opinions>.

⁷ Una única solicitud formulada por el Comité de Bioética del Convenio de Oviedo en 2019 fue rechazada por el Tribunal dos años más tarde por su potencial incompatibilidad con la función jurisdiccional del TEDH bajo el art. 47.2 del Convenio europeo. Vid nota de prensa “European Court rejects request for an advisory opinion on biomedicine treaty” ECHR 273 (2021), 15.09.2021.

⁸ Vid. *Guidelines on the implementation of the advisory-opinion procedure introduced by Protocol No. 16 to the Convention* (approved by the Plenary Court on 18 September 2017), pág. 6.2

⁹ En realidad, el informe explicativo expone la situación inversa (si el particular presenta “una demanda tras un procedimiento en el que se haya seguido efectivamente una opinión consultiva del Tribunal, se espera que los elementos de la demanda relacionados con las cuestiones abordadas en la opinión consultiva sean declarados inadmisibles o suprimidas”), pero se entiende el mensaje perfec-

tos y en igualdad de condiciones que las sentencias,¹⁰ de lo que se desprende que el alcance de la opinión consultiva, y la potencial vía de la demanda individual en caso de que los tribunales nacionales se separen de su tenor, va más allá del caso pendiente.

En otro orden de cosas, el Protocolo evita que el TEDH tenga que interpretar qué se entiende por los “órganos jurisdiccionales de mayor rango” de los Estado parte y otorga a estos la competencia exclusiva sobre su designación (art. 10), que debe incorporarse al instrumento de manifestación del consentimiento (aunque se puede modificar en un momento posterior). España, como la mayoría de Estados parte,¹¹ ha hecho un uso restringido de esa potestad y se ha limitado a designar al Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo.¹²

En cuanto al procedimiento, el órgano jurisdiccional designado debe dirigirse al TEDH a través de un auto motivado que incluya los “datos pertinentes del contexto jurídico y fáctico del asunto pendiente” (art. 1.3).¹³ Corresponde a la formación de Gran Sala la emisión de la opinión consultiva si bien, “al igual que en los recursos ante la Gran Sala del art. 43 CEDH, un colegio de 5 jueces de la Gran Sala debe admitirla”, con la particularidad de que, en este caso, “el colegio habría de motivar las eventuales inadmisiones a efectos de disuadir futuras solicitudes similares que no sean relativas a cuestiones de interpretación, facilitando así el dialogo”.¹⁴

tamente. Vid. *Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Explanatory Report*, cit., p. 26.

¹⁰ *Ibid.*, p. 27: “La interpretación de la Convención y sus Protocolos contenida en tales opiniones consultivas tendría un efecto análogo al de los elementos interpretativos establecidos por la Corte en sus sentencias y decisiones.”

¹¹ La principal excepción sería Rumanía, que ha designado hasta 17 órganos jurisdiccionales, de los cuales 15 son tribunales departamentales, más o menos equivalentes a nuestras Audiencias Provinciales.

¹² Vid. instrumento de ratificación, cit. supra, nota 1. No hubiera sido irracional ampliar ese elenco a otros “altos tribunales” de nuestra jurisdicción, como los Tribunales superiores de justicia de las Comunidades autónomas o la Audiencia Nacional, aunque la decisión del Gobierno se estima más prudente y acorde con el proceder de la inmensa mayoría de estados parte.

¹³ Según el informe explicativo del Protocolo: “Al proporcionar los antecedentes jurídicos y fácticos pertinentes, el tribunal o corte solicitante deberá presentar lo siguiente:

- El objeto del caso interno y las conclusiones fácticas pertinentes formuladas durante el procedimiento interno, o al menos un resumen de las cuestiones fácticas pertinentes; – Las disposiciones jurídicas internas pertinentes; – Las cuestiones pertinentes del Convenio, en particular los derechos o libertades en juego; – Si procede, un resumen de los argumentos de las partes en el procedimiento interno sobre la cuestión; – Si es posible y apropiado, una declaración de su propia opinión sobre la cuestión, incluido cualquier análisis que haya realizado al respecto.” Vid. *Explanatory report*, op. cit., p. 12.

Asimismo, en cuanto al momento procesal oportuno para presentar la solicitud, la Guía para la aplicación del Protocolo recomienda hacerlo “solo después de que, en la medida en que sea pertinente, se hayan identificado los hechos y las cuestiones jurídicas, incluidas las cuestiones relativas al derecho convencional.” Vid. *Guidelines*, cit. supra., p. 10.

¹⁴ Vid. SEVILLA DURO, Miguel Ángel (2020): “El Protocolo núm. 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: El diálogo entre tribunales para la configuración de un espacio europeo de derechos”, *Anales de Derecho*, Número especial AdD: El TEDH en su sesenta aniversario, <https://doi.org/10.6018/analesderecho.452671>, p. 7.

Tanto el colegio como la Gran Sala deben contar con el juez nacional (art. 2.3) y tanto el Comisario de Derechos Humanos como la Alta Parte Contratante de que dependa el órgano jurisdiccional que haya cursado la solicitud “tendrán derecho a presentar observaciones por escrito y a participar en las vistas” (art. 3). Las opiniones serán motivadas, públicas y podrán recoger votos particulares (art. 4). El efecto suspensivo, o no, sobre el procedimiento nacional dependerá de lo que establezca el tribunal nacional.¹⁵

3. OBSTÁCULOS SUSCITADOS A LA RATIFICACIÓN DEL PROTOCOLO

La relativamente tardía ratificación por España del Protocolo núm. 16 ha provocado algunas hipótesis explicativas, siempre de manera crítica, que tienen que ver con aspectos puramente domésticos y con argumentos vinculados a nuestra pertenencia a la Unión Europea.

A escala estrictamente interna, parecería que un motivo de suspicacia podría haber sido los recelos del Tribunal Constitucional a ser “puenteado” por el Supremo; es decir, que la más alta instancia de la jurisdicción ordinaria estaría tentada de evitar el control constitucional elevando consultas al Tribunal Europeo. No parece un argumento de demasiado peso en tanto que algo así ya sucede (y con carácter preceptivo y vinculante en cuanto a la sentencia de la jurisdicción europea) cuando el Supremo debe plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE en la que estén “implicados derechos fundamentales susceptibles de ser abordados luego en vía de amparo constitucional”.¹⁶ En efecto, parece difícil argumentar que el Tribunal Supremo pueda cortocircuitar al Constitucional con una opinión consultiva que, como mucho, puede ser determinante para la jurisdicción solicitante, pero que no impide el recurso de amparo si la parte demandante no está de acuerdo con el fallo del Supremo (o incluso con la Opinión del TEDH, si no le favorece).¹⁷ De hecho, al menos teóricamente, una casación del Supremo en aplicación del criterio del TEDH contraría a las pretensiones de un individuo podría ser anulada en amparo ante el Tribunal Constitucional y nadie la remitiría al Tribunal Europeo, dado que beneficiaría al demandante individual.

¹⁵ Vid. *Guidelines*, op. cit., p. 21-22.

¹⁶ Vid. TOMÁS MALLÉN, Beatriz: “La efectividad del Protocolo n.º 16 al Convenio europeo de derechos humanos y su potencial impacto constitucional en España”, *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público*, Vol. 70/1, enero-junio 2022, p. 403.

¹⁷ El problema es más complejo en otras jurisdicciones. Por ejemplo, en Italia, que no ha ratificado el Protocolo, el Tribunal Constitucional es el garante de la compatibilidad entre la Constitución y el Convenio europeo y los tribunales inferiores deben referirle las dudas que tengan al respecto (con el problema añadido de que el Convenio tiene rango de ley, no constitucional). El “puenteo” de una corte superior al TEDH, aunque la opinión de éste no sea vinculante, puede efectivamente vaciar de contenido la función del Tribunal Constitucional. Y más teniendo en cuenta que no existe el recurso de amparo individual. Vid. ZAMPETTI, Giovanni (2018): *The recent challenges for the European system of fundamental rights: Protocol No. 16 to the ECHR and its role facing constitutional and European Union level of protection*, Discussion Paper, No. 2/18, Europa-Kolleg Hamburg, Institute for European Integration, Hamburg, p. 22 y ss.

En cualquier caso, los posibles conflictos institucionales entre los más altos tribunales del Estado no parece que se vayan a dilucidar en una jurisdicción de carácter formalmente no vinculante, sino más bien mediante el recurso a la cuestión prejudicial en el ámbito comunitario, como ha sucedido con la remisión de la Ley de Amnistía al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por el contrario, cabe argumentar, a favor de la ratificación del Protocolo, que el carácter de “jurisprudencia del TEDH” que tienen estas opiniones pone en desventaja a aquellos Estados que no sean parte en él, dado que no pueden intervenir (como terceros) en los procesos,¹⁸ pero deben asumir la doctrina emitida por el Tribunal europeo.

Un segundo ámbito de preocupación tiene dimensión supranacional y afectaría únicamente a los Estados que son miembros de la Unión Europea. Es conocida la compleja relación que tienen el sistema comunitario y el sistema europeo de protección de derechos humanos y cómo la Comunidad/Unión europea ha ido articulando un sistema propio de reconocimiento y garantía de los derechos humanos que venciera las reticencias de algunas cortes constitucionales nacionales y del TEDH.¹⁹ Desde la perspectiva de este último, la compatibilidad entre ambos regímenes fue reconocida en principio en la sentencia *Bosphorus* (2005), en la que el TEDH consagra su doctrina de la “protección equivalente”, en tanto que la protección de la (entonces) Comunidad europea se refiera “a los derechos fundamentales entendidos de manera omnicompreensiva”, es decir, incluyendo garantías de cumplimiento; y la protección sea “comparable”, aunque no necesariamente idéntica.²⁰ Pese a salvar la pelota de partido, la presunción de conformidad que asume el TEDH no es un cheque en blanco y no le impide seguir examinando comportamientos de Estados parte en el Convenio que tienen su base en normativa comunitaria. De ahí la necesidad de una mayor integración entre ambos conjuntos normativos e institucionales, lo que se traduce, entre otras cosas, en el mandato explícito del art 6.2 del TUE²¹ en el sentido de que la Unión como tal debe adherirse al Convenio europeo de derechos humanos, lo que necesariamente llevará a su sometimiento, únicamente en el marco de sus competencias, a la jurisdicción del TEDH.

La adhesión de la Unión al Convenio Europeo está resultando más compleja de lo que cabía imaginar. En un primer momento, tras el mandato de

¹⁸ Conforme al art. 3 del Protocolo, además del Comisario europeo de derechos humanos y la Alta parte de la que dependa el órgano jurisdiccional solicitante, “el Presidente del Tribunal (...) podrá invitar a cualquier otra Alta Parte Contratante o persona a presentar también observaciones por escrito o a participar en las vistas.”

¹⁹ Vid., por todos, PI LLORENS, Montserrat: *Los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario*, Ariel, Barcelona, 1999.

²⁰ Vid. ALONSO GARCÍA, Ricardo: “La doctrina de Estrasburgo sobre la protección equivalente tras el veto de Luxemburgo a la adhesión de la UE al CEDH (a propósito de *Avotins v. Letonia*)”, *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, WP IDEIR n.º 32 (2017), p. 2.

²¹ Conforme al Tratado de Lisboa de 2007 (en vigor desde 2009).

Lisboa, las negociaciones entre el Consejo de Europa y la Comisión se prolongaron tres años hasta alcanzar un proyecto de acuerdo de 5 de abril de 2013.²² El proyecto se sometió a la “vinculante, pero no preceptiva (art. 218.11 TFUE) valoración del TJUE”, que falló en su contra.²³ Entre los argumentos del Tribunal de Justicia para rechazar el acuerdo de adhesión se menciona al Protocolo núm. 16, que en aquel momento ni siquiera estaba en vigor. En efecto, al TJUE le preocupó que la solicitud de una opinión consultiva al TEDH pudiera desencadenar el procedimiento de “intervención previa” del TJUE que establecía el proyecto de acuerdo, lo que “a su vez soslayaría o evitaría el procedimiento de remisión prejudicial del 267 TFUE”;²⁴ procedimiento que, para el TJUE, y con razón, es crucial para garantizar la uniformidad del sistema jurídico de la Unión. Concretamente, el TJUE efectúa la siguiente reflexión:

“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 (...) 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 (...) 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.*”²⁵

Las negociaciones para superar esta y las demás objeciones al acuerdo observadas por el TJUE no se reanudaron hasta 2019 y han culminado en un nuevo proyecto de acuerdo de adhesión²⁶ que aún está pendiente de validación por parte del Tribunal de Justicia.

En lo se refiere al Protocolo núm. 16, las dos novedades más significativas son que, en primer lugar, la Unión Europea como tal podrá también ratificar el Protocolo 16 (Art. 1.2 del *Draft Revised Agreement*), lo que even-

²² Vid. “Fifth Negotiation Meeting Between the CDDH Ad Hoc Negotiation Group and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights”, Final Report to the CDDH, Doc. 47+1(2013)008rev2, 10 de junio de 2013.

²³ Vid. SAURA ESTAPÀ, Jaume, “El dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea o la difícil adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en LÓPEZ GUERRERA, José Luis (dir), *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una visión desde dentro. En homenaje al juez Josep Casadevall*, Tirant lo Blanch, 2015 p. 436.

²⁴ *Ibíd.*, p. 442-443.

²⁵ Dictamen TJUE 2/2013, de 14 de diciembre de 2014, párs. 196-199. El subrayado es nuestro.

²⁶ Vid. “Draft revised Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms”, 18th Meeting of the CDDH ad hoc negotiation group on the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Estrasburgo, 14-17 de marzo de 2023.

tualmente permitiría al TJUE solicitar opiniones consultivas sobre casos pendientes en su jurisdicción ante la Gran Sala del TEDH. En segundo lugar, el proyecto de acuerdo entre la UE y el Consejo de Europa declara que los tribunales nacionales designados para acudir a la jurisdicción consultiva del TEDH son incompetentes cuando la cuestión que quieran suscitar entre en el “ámbito de aplicación del Derecho de la UE”. Señala, en concreto, que:

“Cuando un tribunal o corte de un Estado miembro de la Unión Europea que haya ratificado el Protocolo n.º 16 del Convenio, en el contexto de un asunto pendiente ante él, se encuentre con una *cuestión relativa a la interpretación o aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio o en sus Protocolos*, dicho tribunal o corte *no se considerará un tribunal o corte supremo* de una Alta Parte Contratante a los efectos del artículo 1, apartado 1, del Protocolo n.º 16 del Convenio *si la cuestión entra en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea*”.²⁷

El memorando explicativo anexo al *Draft Revised Agreement* es diáfano en cuanto al objetivo de esta disposición. Se trata de “impedir el recurso al procedimiento de dictamen consultivo ante el TEDH cuando el Derecho de la UE, *tal y como lo interpreta el TJUE*, exige que un tribunal o corte presente una solicitud de decisión prejudicial al TJUE en virtud del artículo 267 del TFUE.”²⁸ Es decir, si existe la obligación, conforme al Derecho de la Unión, de solicitar una cuestión prejudicial, queda prohibido —y sería una infracción susceptible de recurso de incumplimiento— que el tribunal nacional la soslaye mediante el recurso a la opinión consultiva del TEDH. Ello es así porque “en materias de Derecho de la Unión Europea, el TJUE es el más alto tribunal en el sistema jurídico de la Unión”.²⁹

Esta disposición no va a vaciar de contenido el Protocolo núm. 16 para los Estados miembro de la UE que sean parte en él, pero puede mermarlo severamente. Es bien sabido que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea incorpora la esencia del Convenio europeo y de su protocolo adicional 1.º; y que el TJUE ha considerado que el Convenio europeo, interpretado por el TEDH, forma parte del acervo comunitario.³⁰ El alcance de los

²⁷ Art. 5, *ibid.* El subrayado es nuestro.

²⁸ Vid. “Appendix 5. Draft explanatory report to the Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms”, *ibid.*, p. 86. El subrayado es nuestro.

²⁹ Vid. AGERBEEK, Felix Ronkes: “EU Accession to the European Convention on Human Rights: A New Hope”, en *The Revised Draft Agreement on the Accession of the EU to the ECHR*, European Papers, Vol. 9, 2024, No 2, p. 711.

³⁰ La profesora MANGAS ha señalado que la Carta de derechos fundamentales es un “resumen” del Convenio europeo; y que el art. 6.3 TUE, recogiendo la jurisprudencia del TJUE desde *Nold* (1974), reconoce que “el respeto a los derechos humanos sigue siendo un principio general del ordenamiento de la Unión Europea, por lo que los patrones jurídicos constitucionales e internacionales seguirán formando parte del Derecho de la Unión”. Vid. MANGAS MARTÍN, Araceli: “Introducción”, en MANGAS MARTÍN, Araceli (dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, p. 58 y 66.

derechos humanos en la Unión Europea es, sin embargo, instrumental, es decir, solo alcanza a los actos de los Estados miembros y de las instituciones en aplicación del Derecho de la Unión,³¹ pero tal es la vis expansiva de este, que ciertamente existe el riesgo de que el potencial del Protocolo núm. 16 entre los miembros de la UE quede fuertemente cercenado.

Ciertamente, la exclusión a la que apunta el proyecto de acuerdo no afectaría a los tribunales que no son última instancia en su jurisdicción (porque tienen el *derecho*, pero no la *obligación*, de suscitar la cuestión prejudicial), pero dado que en general los Estados parte, como ha hecho España, solo han designado a las más altas instancias jurisdiccionales como competentes conforme al art. 1.1 del Protocolo, el alcance de esta exclusión sería general. Por otro lado, cabe imaginar el supuesto en que un alto tribunal nacional tenga una duda sobre la aplicación o interpretación del Convenio europeo en un ámbito perteneciente al Derecho de la UE, pero que la duda jurídica no afecte a dicha dimensión comunitaria. Ello, en principio, debería desactivar la obligación de plantear la cuestión prejudicial.

En este contexto cobra todo el sentido que la Unión como tal ratifique el Protocolo núm. 16 de forma que, en cierta manera, se delegue en el TJUE el planteamiento en su momento de esas solicitudes de opinión consultiva al TEDH. También hay que señalar que el art. 5 del *Draft Revised Agreement* reconoce que “La decisión final en los procedimientos en los que el TJUE haya dictado una resolución prejudicial seguirá estando sujeta a revisión por parte del Tribunal en caso de que se presente una solicitud individual en virtud del artículo 34 del Convenio”;³² es decir, que las cuestiones prejudiciales del TJUE serán, llegado el caso, susceptibles de recurso individual ante el TEDH.

En cualquier caso, el proyecto de acuerdo constituye un aviso a navegantes. Aunque no esté en vigor, su mero tenor invita a pensar que un alto tribunal nacional que a día de hoy plantee una opinión consultiva al TEDH en asuntos en que sea preceptiva una cuestión prejudicial, aunque implique también una cuestión de principio sobre la interpretación o aplicación del Convenio europeo, puede estar ya vulnerando el Derecho de la Unión. Con el agravante de que la eventual decisión del TJUE en esa remisión no será, por ahora, susceptible de recurso ante el TEDH, ni el TJUE tiene todavía la capacidad de solicitar por sí mismo la opinión consultiva a Estrasburgo, lo que deja al TJUE como único intérprete de la “cuestión de principio” relativa a la aplicación o interpretación del Convenio europeo.

³¹ En este sentido hay que entender el art. 6.2 del TUE cuando señala que la eventual adhesión al Convenio europeo “no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados”. Lo mismo dice el art. 51 de la Carta de Derechos Fundamentales, que además aclara que sus disposiciones se dirigen a los Estados miembros “únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión”.

³² Vid. “Appendix 5. Draft Explanatory Report...”, op. cit., p. 26.

4. REFERENCIA SUCINTA A LA PRÁCTICA DEL TEDH RELATIVA AL PROTOCOLO NÚM. 16

Desde su entrada en vigor en agosto de 2018 hasta finales de 2025, el TEDH ha recibido 12 solicitudes de opinión consultiva, de las que ha rechazado cuatro y se ha pronunciado sobre siete. En septiembre de 2025, el colegio de 5 jueces aceptó una petición del Tribunal Supremo de Ucrania, que está todavía pendiente de resolución. Francia, Armenia y Rumanía, con dos solicitudes cada una, son las únicas jurisdicciones que han repetido solicitud, admitidas ambas en los casos de Francia y Armenia, rechazadas ambas en el caso de Rumanía.³³

Respecto de las solicitudes rechazadas, las decisiones del TEDH son bastante consistentes y coinciden en señalar la ausencia de “petición de principio” o, lo que es lo mismo, la existencia de una clara jurisprudencia del TEDH sobre la cuestión planteada. Si bien la primera de ellas, emitida el 14 de diciembre de 2020,³⁴ quizás no es tan clara, las otras tres son diáfanas en su argumentación. Destaca en este sentido la Decisión de 28 de junio de 2024,³⁵ en la que, con relación al derecho a un juicio justo (art. 6) y el derecho a la propiedad (art. 1, Protocolo 1), el colegio considera que la jurisprudencia del Tribunal está bien desarrollada en relación con las cuestiones planteadas; y añade, con cierta sorna, que “varios aspectos de dicha jurisprudencia fueron citados juiciosamente por el tribunal solicitante en su decisión de remitir el asunto al Tribunal”.³⁶ Lo mismo sucede en los otros dos casos rechazados,³⁷ que para el TEDH versan sobre cuestiones ampliamente resueltas en su jurisprudencia.

En suma, las decisiones de rechazo se centran en la ausencia de uno de los requisitos del art. 1 del Protocolo 16, esto es, que la solicitud verse sobre

³³ Todas las decisiones y opiniones citadas se pueden encontrar en el sitio web del Consejo de Europa: <https://www.echr.coe.int/advisory-opinions>.

³⁴ Decision on a request for an advisory opinion under Protocol No. 16 concerning the interpretation of Articles 2, 3 and 6 of the Convention. Request by the Supreme Court of the Slovak Republic (Request no. P16-2020-001).

Se trata de una 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 un policía acusado de agredir físicamente a una mujer. El TEDH entiende que no procede clarificar aspectos que el propio órgano judicial nacional estaba en condiciones de apreciar en el caso concreto de conformidad con el CEDH. Vid. también TOMÁS MALLÉN, Beatriz, *op. cit.*, p. 11

³⁵ Décision relative à une demande d’avis consultatif présentée en vertu du Protocole no 16 et concernant l’interprétation ou l’application de l’article 6 de la Convention et de l’article 1 du Protocole no 1 à la Convention. Demande présentée par la Haute Cour de cassation et de justice de Roumanie (Demande no P16-2024-001).

³⁶ *Ibid.*, p. 30.

³⁷ Decision on a request for an advisory opinion under Protocol No. 16 concerning the interpretation of Article 4 of Protocol No. 7 to the Convention. Request by the Supreme Court of Estonia (Request no. P16-2023-002) y Decision on a request for an advisory opinion under Protocol No. 16 concerning the interpretation and application of Article 8 of the Convention. Request by the High Court of Cassation and Justice of Romania (Request no. P16-2024-002).

“cuestiones de principio relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio o sus protocolos” e interpreta que, allí dónde la jurisprudencia del TEDH es suficientemente sólida, no ha lugar a un nuevo pronunciamiento vía opinión consultiva.

Entre las opiniones emitidas, cabe destacar por su potencial alcance general las planteadas por la Corte de Casación de Francia. La Opinión de 10 de abril de 2019³⁸ versa sobre el reconocimiento en Francia de la filiación legalmente establecida en otros países en donde es lícita la maternidad subrogada (en Francia se reconoce al padre biológico, pero no a la madre “de intención”). La Gran Sala sostiene 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 relación.³⁹

También resulta de interés la Opinión de 13 de julio de 2022,⁴⁰ nuevamente planteada por la Corte francesa, por su potencial impacto en Derecho de la Unión Europea. Se trata de un conflicto entre el Ministerio de Transición Ecológica y Solidaridad, por un lado, y diversas asociaciones y federaciones de cazadores, por otro, a raíz de la creación de una Agencia de Biodiversidad y el endurecimiento de la legislación medioambiental, que dificulta a los cazadores retirarse de las ACCA (*Association communale de chasse agréée*) en supuesta violación de los arts. 14 (prohibición de la discriminación) y 1 del Pr. 1 (derecho a la propiedad). En este caso, el TEDH considera que las limitaciones a estos derechos se han producido dentro de los parámetros de su jurisprudencia y, por consiguiente, que el Estado tiene margen de apreciación para adoptar esta legislación. Habida cuenta que la política agrícola es de competencia exclusiva comunitaria, y que la medioambiental es una competencia compartida, la valoración favorable de la Gran Sala evita un potencial conflicto con las instituciones de la Unión.

En cambio, resulta algo sorprendente que el colegio aceptara considerar las dos solicitudes formuladas por Armenia. Por ejemplo, en el caso resuelto por la Opinión de 29 de mayo de 2020,⁴¹ relativo a la aplicación del Código penal

³⁸ Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother. Requested by the French Court of Cassation (Request no. P16-2018-001).

³⁹ Vid. TOMÁS MALLÉN, Beatriz, op. cit. p. 13.

⁴⁰ Advisory Opinion on the difference in treatment between landowners' associations “having a recognised existence on the date of the creation of an approved municipal hunters' association” and landowners' associations set up after that date, requested by the French Conseil d'État (Request no. P16-2021-002).

⁴¹ Advisory Opinion concerning the use of the “blanket reference” or “legislation by reference” technique in the definition of an offence and the standards of comparison between the criminal law in force at the time of the commission of the offence and the amended criminal law, requested by the Armenian Constitutional Court (Request no. P16-2019-001)

reformado *in peius* al expresidente de la República de Armenia, la Gran Sala recuerda que, conforme a “su jurisprudencia previa elaborada con motivo de la resolución de recursos individuales (...) 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”.⁴² En consecuencia, la Gran Sala recuerda que las jurisdicciones nacionales deben verificar en el caso concreto si la ley posterior es más severa que la anterior; en cuyo caso no podría aplicarse. Un principio tan consolidado, en mi opinión, que sorprende que el TEDH deba pronunciarse nuevamente sobre él.⁴³

También es extraño el papel que se obliga a ejercer al TEDH en el caso lituano. En la Opinión emitida el 8 de abril de 2022,⁴⁴ se suscita la compatibilidad de la legislación lituana sobre la destitución (*impeachment*) de una diputada del Parlamento (*Seimas*), a la que se impide volverse a presentar como candidata, con el art. 3 del Protocolo n. 1 al Convenio europeo (derecho a unas elecciones libres). El TEDH ya había declarado, en un caso de 2011, que esa prohibición era desproporcionada y contraria al citado precepto, pero su sentencia aún no se había implementado en Lituania. Por ello, y aunque la Gran Sala afirma que su intención no es convertir la función consultiva en una especie de nueva instancia o servicio de ejecución de sentencias, se ve obligada a reiterar que “la prohibición legal que impide a la Sra. N.V. registrarse como candidata a las elecciones al *Seimas* es una consecuencia directa de las disposiciones constitucionales y legales lituanas sobre la destitución, que el Tribunal en el asunto *Paksas* consideró contrarias al artículo 3 del Protocolo n.º 1”.⁴⁵

Finalmente, en las dos últimas opiniones emitidas hasta la fecha, ambas de 2023, entendemos que la Gran Sala cumple estrictamente con su función de clarificar una cuestión de principio sobre la interpretación o aplicación del Convenio europeo.

⁴² Vid. TOMÁS MALLÉN, Beatriz, *op. cit.*, p. 14.

⁴³ La Opinión de 26 de abril de 2022, también respecto de Armenia, plantea nuevamente un supuesto de irretroactividad de la ley penal, que tampoco debería suscitar grandes dudas a las jurisdicciones nacionales, si bien al tratarse de una cuestión procesal (prescripción) puede tener algo más de interés. Se trata de un caso de torturas (reconocidas en una sentencia del TEDH) que no se castigaron por aplicación de un plazo de prescripción de 10 años. Se pregunta si se puede reactivar el caso sin menoscabo del art. 4 del Protocolo 7, a la que la Gran Sala responde en sentido negativo:

“Cuando un delito esté sujeto a un plazo de prescripción con arreglo al Derecho interno y el plazo de prescripción aplicable ya haya expirado, el artículo 7 del Convenio impide la reanudación de un proceso por dicho delito”.

Vid. Advisory Opinion on the applicability of statutes of limitation to prosecution, conviction and punishment in respect of an offence constituting, in substance, an act of torture, requested by the Armenian Court of Cassation (Request no. P16-2021-001)

⁴⁴ Advisory Opinion on the assessment, under Article 3 of Protocol No. 1 to the Convention, of the proportionality of a general prohibition on standing for election after removal from office in impeachment proceedings, requested by the Lithuanian Supreme Administrative Court (Request no. P16-2020-002).

⁴⁵ *Ibid.*, párr. 99. El subrayado es nuestro.

En la primera, de 13 de abril de 2023,⁴⁶ se suscitan los derechos de una madre biológica con relación a la adopción de su hijo, ya adulto y que consiente en la adopción por parte de su tía, con quién ha vivido desde los 3 años. La Gran Sala considera que el proceso afecta al derecho a la vida privada y familiar de la madre biológica (art. 8) y que ésta debe ser escuchada, lo que ha sucedido en el procedimiento nacional. En otras jurisdicciones la madre biológica tendría derecho a recurrir la adopción, cosa que Finlandia no permite, pero eso entra dentro del amplio margen de apreciación que tiene el Estado en esta materia.

En su más reciente opinión consultiva hasta la fecha, planteada por el Consejo de Estado de Bélgica,⁴⁷ la Gran Sala tiene que hilar fino entre los derechos individuales y la salvaguarda de la seguridad pública en un ámbito tan sensible como el terrorismo salafista. En efecto, el Ministerio del Interior belga había retirado la condición de guarda de seguridad al demandante por haber estado en contacto con individuos asociados a la rama “científica” del salafismo. El TEDH no responde directamente a la pregunta de si representar a ojos de la Administración una amenaza para la seguridad del Estado, sobre la base de unos hechos que no están en discusión, es suficiente para tomar esa medida a la luz del art. 9 del Convenio (libertad de pensamiento, conciencia y religión), sino que señala las circunstancias en que una medida tan restrictiva como esa puede ser compatible con el Convenio:⁴⁸

- Tener una base jurídica accesible y previsible;
- Adoptarse a la luz de la conducta o los actos de la persona en cuestión;
- Adoptarse teniendo en cuenta la actividad profesional de la persona, con el fin de evitar un riesgo real y grave para la sociedad democrática, y perseguir uno o varios de los objetivos legítimos previstos en el artículo 9.2 del Convenio;
- Ser proporcionada al riesgo que pretende evitar y al objetivo u objetivos legítimos que persigue; y
- Poder ser sometida a una autoridad judicial para su revisión de forma independiente, efectiva y con las garantías procesales adecuadas, a fin de garantizar el cumplimiento de los requisitos enumerados anteriormente.

Con la determinación de estos criterios, que el tribunal nacional deberá aplicar al caso concreto, la Gran Sala cumple estrictamente su función de

⁴⁶ Advisory Opinion on the procedural status and rights of a biological parent in proceedings for the adoption of an adult, requested by the Supreme Court of Finland (Request no. P16-2022-001)

⁴⁷ Advisory Opinion as to whether an individual may be denied authorisation to work as a security guard or officer on account of being close to or belonging to a religious movement, requested by the Conseil d'État of Belgium (Request no. P16-2023-001), 14 de diciembre de 2023.

⁴⁸ *Ibid.*, fallo unánime.

orientar a una alta jurisdicción nacional en su interpretación y aplicación de una cuestión de principio relativa al Convenio europeo.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Con su entrada en vigor para España, el Protocolo núm. 16 al Convenio europeo de derechos humanos alcanza, más de doce años después de su adopción, los 26 estados parte. De apariencia modesta y loables objetivos, el potencial del Protocolo puede haber venido lastrado por algunos obstáculos imprevistos en el momento de su adopción, entre ellos, la incertidumbre sobre la compatibilidad entre la opinión consultiva del Protocolo núm. 16 y la cuestión prejudicial ante el TJUE

Respecto del objetivo de reducir las demandas individuales ante el TEDH por vía del diálogo judicial, no parece que la introducción de este recurso vaya a ser un factor determinante en la consecución de ese propósito pues, como hemos señalado, esa reducción se viene produciendo en los últimos años por causas ajenas al Protocolo, como la expulsión de la Federación de Rusia o la entrada en vigor del Protocolo núm. 15. Ello no obsta a valorar positivamente el Protocolo núm. 16, en tanto que las opiniones consultivas del TEDH pueden evitar litigios concretos y desagradables decisiones de Estrasburgo contrarias a sentencias de los más altos tribunales de los estados parte en el Convenio europeo, además de enriquecer la jurisprudencia del TEDH.

Respecto de la compatibilidad de la opinión consultiva vía Protocolo núm. 16 y la cuestión prejudicial del sistema jurisdiccional de la Unión Europea, la conclusión de las negociaciones entre la Comisión y el Consejo de Europa señala la línea roja que las más altas jurisdicciones nacionales no deben traspasar: allá dónde la aplicación o interpretación del Convenio europeo implique una duda relativa al Derecho de la Unión que haga preceptiva la cuestión prejudicial, esos tribunales nacionales “no se considerarán un tribunal o corte supremo” y deberán abstenerse, por tanto, de solicitar una opinión consultiva a la Gran Sala del TEDH. Por el contrario, deberán recurrir en cuestión prejudicial al TJUE que, en su momento (cuando la UE ratifique el Convenio europeo y su protocolo núm. 16) podría solicitar la opinión consultiva al TEDH. Esa adhesión se antoja ahora necesaria y urgente, pues en el interín la prioridad de la cuestión prejudicial ante el TJUE sobre la opinión consultiva ante el TEDH puede vaciar de contenido el Protocolo núm. 16 para los Estados miembros de la UE y convertir al TJUE en el último intérprete del Convenio europeo.

Por el momento, la mayor parte de opiniones consultivas dictadas por la Gran Sala tienen que ver con la interpretación de aspectos nucleares y procesales de derechos clásicos: prohibición de la tortura, irretroactividad de la ley penal, derechos políticos (sufragio pasivo), debido proceso (derecho a ser

escuchado en proceso de adopción; prescripción), sin una vinculación directa, al menos en apariencia, con el Derecho de la Unión. Tampoco es materia comunitaria la gestación subrogada del primer caso francés. En cuanto al proceder del TEDH, parece que ha actuado correctamente en aquellos casos que ha rechazado por referirse a cuestiones ya resueltas en su jurisprudencia, mientras que en los aceptados, pese a algunos titubeos, resuelve con acierto las cuestiones de principio que le plantean los tribunales nacionales.

