

PROTOCOLO N.º 16 DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. HACIA LA CONVERGENCIA DEL DIÁLOGO JUDICIAL EUROPEO¹

Joxerramon Bengoetxea Caballero

Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea²

Human rights, as general principles, are universal in the abstract, although their application in individual cases must take due account of domestic circumstances (Spano, 2014: 494)



RESUMEN

El presente artículo presenta y analiza el Protocolo n.º 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El protocolo abre un nuevo sistema en lo referente al sistema de protección del Convenio Europeo, pues prevé la consulta prejudicial dando una nueva alternativa procedimental a los órganos jurisdiccionales de mayor rango de una Alta Parte Contratante. Así, cuando les surja alguna duda interpretativa o alguna cuestión de principio sobre algún derecho humano recogido en el Convenio o en alguno

de sus protocolos, podrán suspender el procedimiento y consultar al Tribunal de Estrasburgo, que responderá con una opinión consultiva. Este artículo expone el esquema del propio Convenio, la naturaleza del Tribunal de Estrasburgo y el funcionamiento del nuevo protocolo, así como un análisis de la primera y única opinión consultiva emitida hasta el momento.

PALABRAS CLAVE

Protocolo n.º 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, subsidiariedad, margen de discrecionalidad, consultas prejudiciales, opiniones consultivas, diálogo judicial en Europa.

1 Artíkelu hau gaztelaniaz ere eskuragarri dago
<http://legal.legebiltzarra.eus/article/view/2627>

2 Miembro del Grupo de Investigación sobre Derechos Fundamentales y Unión Europea IT1190-19 (IP: J. I. Ugartemendia) y miembro del Proyecto de Investigación DER 2015-64599-P MINECO/FEDER UE Ikerketa (IP: J. M. Landa), "Delitu osteko aldarriak eta arriskugarritasuna".

ABSTRACT

This article presents Protocol 16 added to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. This protocol has introduced a sort of preliminary reference mechanism to the Strasbourg system of Human Rights protection. High-range Courts from the Contracting Parties can suspend proceedings and refer to the European Court of Human Rights a request for an advisory opinion on a question of principle relating to the interpretation of the rights and freedoms of the Convention and its protocols. The article goes through the main traits of the European Convention and the European Court of Human Rights, and then describes the main issues involved in the new Protocol 16. The article also briefly analyses the only advisory opinion given by the Strasbourg Court so far, and discusses the possible impact of this new instrument.

KEYWORDS

Protocol 16 to the European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, subsidiarity, margin of appreciation, preliminary references, advisory opinions, judicial dialogue in Europe.

LABURPENA

Artikulu honek Giza Eskubideen Europako Itunari atxikitako 16. Protokoloa aurkeztu eta aztertzen du. Protokolo horrek sistema berri bat ireki du Europar Itunaren babes-sistemari dagokionez, epai aurreko galdeketa judiziala aurreikusten baitu Goi Itunki-deetako jurisdikzio gorenei aukera berri bat emanez. Izan ere, Itunaren edo Protokoloren bateko giza eskubideren baten inguruko interpretazio-zalantza eta printzipiozko galdera sortzen zaienean, auzia eten eta Estrasburgoko Auzitegiari galdera egiteko aukera izango dute, honek aholku-irizpen batekin erantzungo dielarik. Artikuluak Itunaren beraren eskema, Estrasburgoko Auzitegiaren izaera eta Protokolo berriaren funtzionamendua azaltzen du, bai eta orain arte emandako lehenengo eta bakarra den irizpena aztertu ere.

GAKO-HITZAK

Giza Eskubideen Europako Hitzarmenari atxikitako 16. Protokoloa, Giza Eskubideen Europako Auzitegia, subsidiarotasuna, hautamen-gunea, epai aurreko galdeketak, aholku-irizpenak, elkarrizketa judiziala Europan.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y PROTOCOLO N.º 16.
- III. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y PROTOCOLO N.º 16.
- IV. PROTOCOLO N.º 16: UNA HERRAMIENTA AUDAZ DE CONSULTA PREJUDICIAL.
- V. INCIDENCIA DEL PROTOCOLO N.º 16 EN EL SISTEMA EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En este artículo voy a hablar sobre una novedad jurídica. Comparezco en esta nueva plaza con un tema propuesto por los editores de la revista, ya que me han pedido que haga referencia al Protocolo n.º 16 al Pacto Europeo de Derechos Humanos, para explicar el nuevo sistema de opiniones consultivas que ha constituido. La reflexión en torno a los derechos humanos es imprescindible en estos momentos singulares y desalentadores en los que vivimos. De hecho, la COVID-19 y los estados de alarma, urgencia o excepción impuestos por diversos estados europeos para combatirla, han producido estragos en nuestras vidas, haciendo tambalear nuestras libertades —imposibilidad de moverse libremente durante el confinamiento, imposibilidad de reunirse o juntarse con gente, imposibilidad de practicar la religión en grupo, restricción total del derecho al ocio, derecho al trabajo puesto en cuestión, imposibilidad de desarrollar la vida cultural en público—, ha condicionado el derecho a la educación, ha puesto en riesgo la salud de las personas, y muchos puestos de trabajo, y ha movilizado medidas policiales, sanciones administrativas y un largo etcétera de acciones preventivas y punitivas dentro del llamado derecho penal administrativo. Pero en mis primeras palabras me corresponde felicitar la iniciativa de *Legal aldizkaria* y desear a la revista una vida tan fructífera como larga, y por último, si bien no menos importante, quisiera darles las gracias por haberme invitado a escribir este artículo haciendo así un hueco a la teoría y sociología del derecho. Y ahora, retomando el hilo, mi tema, voy a preceder a contextualizar el Protocolo n.º 16 partiendo de un zoom amplio para ir acercándonos a la cuestión.

En Europa, tras la Segunda Guerra Mundial, surgieron algunas nuevas instituciones de peso para la colaboración entre estados. Eran los inicios de la Guerra Fría y el “mundo libre” occidental y el bloque soviético dividieron Europa tomando a Alemania y Berlín como eje para la división, bajando el telón de acero. En Europa Occidental, a nivel económico se estableció el Plan Marshall y surgió la OCDE que derivó de aquel; para la colaboración militar se creó la Alianza del Atlántico Norte (OTAN) y en el bloque soviético el Pacto de Varsovia; para el libre comercio se crearon la AELC y la CECA (CE o Mercado Común), y en el bloque soviético el COMECON; y para la colaboración jurídico-política se creó el Consejo de Europa, en 1949, para impulsar la democracia y los derechos humanos. En el “Este” no hubo algo análogo. El Consejo de Europa, un organismo que no tiene nada que ver con el Consejo de la Unión Europea o el Consejo Europeo de esta misma institución, está constituido hoy por hoy, pasados 30 años desde el final de la Guerra Fría, por 47 estados de Europa, desde Azerbaiyán (en el extremo oriental) hasta Islandia (en el extremo occidental), o desde Mónaco (de los más pequeños) hasta Rusia (el más grande y en el extremo oriental). Tiene como finalidad salvaguardar y promover los derechos humanos y las libertades democráticas.

Es bien conocido el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, tal vez más conocido que el propio Consejo de Europa, y es más conocido aún el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con

sede en Estrasburgo, que fue creado por el Convenio. Son muchas y muy importantes las sentencias dictadas en ese Tribunal, algunas de ellas relativas a cuestiones vascas, como son las sentencias de los *casos Otegi, Atutxa, Belen del Río*, las sentencias sobre torturas, o las de los *casos San Argimiro Isasa, Otamendi, Etxeberria, Ataun, Arratibel o Beortegi*, entre otras.

Asimismo, la estructura del Convenio ya no nos resulta extraña. Así, en el primer título, relativo a derechos y libertades que abarca desde el artículo 2 al 14, se recogen algunos derechos básicos –pocos, pero tal vez los más fundamentales–, y posteriormente se prevén diversas normas relativas al procedimiento, por ejemplo, entre los artículos 15 y 18 del mismo apartado se fijan las limitaciones y condiciones que los estados miembros pueden establecer. En el segundo título el Convenio crea el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y establece su composición y normas de funcionamiento, todo ello desde el artículo 19 al 51. En el título tercero se recogen disposiciones generales (jurisdicción, territorialidad, Secretario General, Comité de Ministros, etcétera). En cierta medida, se puede decir que se trata de un documento de defensa de los derechos humanos tan atípico como prototípico.

Prototípico porque es ejemplar: aunque la lista de derechos es limitada y exigua, las normas para garantizar estos derechos son precisas y vinculantes. He ahí el avance en la evolución histórica de los derechos humanos. El resto de proclamaciones de derechos humanos a nivel mundial, incluidos los de algunos estados, no llegan al nivel de protección efectiva que alcanza el Convenio Europeo. Y por eso se ha vuelto ejemplar a nivel mundial. El punto de partida de este sistema europeo de protección de los derechos humanos es que los propios estados tienen que reconocer y salvaguardar los derechos humanos, que la protección que ofrece el Convenio Europeo es, al fin y al cabo, subsidiaria o sustitutoria. En cuanto Alta Parte Contratante, si el Estado no respeta alguno de los derechos humanos recogidos en el Convenio, si lo vulnera, el sistema europeo procederá a ejercer el control. Por eso se dice que el sistema europeo adopta el esquema de la subsidiariedad, puesto que la responsabilidad de salvaguardar los derechos humanos es de los estados y, manteniendo la subsidiariedad, se les reconoce un marco, un espacio, para que protejan los derechos humanos de acuerdo con su sistema y cultura jurídica. Si no se ha alcanzado un consenso sólido a nivel europeo sobre algún derecho humano, cada Estado puede mantener su propia concepción para salvaguardar el “derecho humano” o de la “libertad fundamental” en la forma en que lo comprende.

Pero el Convenio también es *atípico*. Atípico porque hasta entonces la mayoría de los instrumentos jurídicos de derechos humanos han sido listas largas de derechos, pero en el Convenio Europeo los artículos que recogen los “derechos” ni siquiera llegan a un tercio del Convenio. Los derechos que se salvaguardan son los siguientes: derecho a la vida (artículo 2), prohibición de la tortura (artículo 3), prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado (artículo 4), derecho a la libertad y a la seguridad personal (artículo 5), derecho a un juicio justo (artículo 6), *nullum crimen, nulla poena, sine lege* (legali-

dad penal, artículo 7), derecho al respeto a la vida privada y a la intimidad (artículo 8), derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (artículo 9), libertad de expresión (artículo 10), derecho a la libertad de reunión y de asociación (artículo 11), derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia (artículo 12), derecho a un recurso efectivo (artículo 13) y prohibición de discriminación en relación con todos estos derechos (artículo 14). Son pocos derechos, especialmente en comparación con la lista de derechos de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, pero el sistema de protección es sólido. Conviene comprender bien el fundamento que subyace al Convenio.

“No están todos los que son, pero son todos los que están”. Es verdad que su listado de derechos humanos es exiguo y que algunos derechos fundamentales se quedaron por el camino: no solo los derechos socioeconómicos y culturales –como la educación y la salud–, también otros derechos de primera generación, como por ejemplo el derecho a la propiedad. Con ese fin, se ha ido añadiendo protocolos al convenio una vez alcanzado un consenso suficiente en el seno del Consejo de Europa, y así se ha abierto el camino al Convenio para añadir algún nuevo derecho como los derechos de propiedad, lo que se ha hecho y se hace por medio de protocolos, en este caso el Protocolo n.º 1. Se pueden añadir derechos materiales o normas procesales, así como nuevas disposiciones. Así es el Protocolo n.º 16 que iremos exponiendo en este texto, pero antes de abordarlo, permítanme hacer algunas aclaraciones terminológicas.

En la versión en euskera, la convención aprobada el 4 de noviembre de 1950 se denomina *Giza Eskubideen Europako Hitzarmena*, en las lenguas oficiales *Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales* y *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*. En ambas lenguas oficiales se utiliza el término *Convention*, igual que en castellano (que no es lengua oficial), Convenio. En inglés y en francés, en lugar del nombre formal, es habitual utilizar las denominaciones *European Convention on Human Rights* o *Convention européenne des droits de l'homme*, así como utilizar el término “europeo” en lugar de la expresión “de Europa”: *European* o *européenne*. Por eso aquí hemos vamos a denominarlo *Giza Eskubideak eta Oinarrizko Askatasunak Babesteko Europar Ituna*, o en su versión abreviada, *Giza Eskubideen Europako Ituna*, *Europar Ituna*, o *Ituna*. No hemos utilizado el término *hitzarmena* por las siguientes razones: para evitar confundirla con los pactos internacionales aprobados en 1966 en el seno de la Organización de Naciones Unidas, es decir, *Eskubide Zibil eta Politikoen Nazioarteko Hitzarmena* (1966) y *Eskubide Ekonomiko, Sozial zein Kulturalen Nazioarteko Hitzarmena* (1966, Pacto en castellano; *Pacte* en francés, o *Convenant* en inglés). Asimismo, en la versión en euskera denominaremos a los estados que han firmado y ratificado el Convenio *Tratatugile Goren*; en la versión original *Contracting Parties* o *Hautes Contratantes*. En cuanto al tribunal creado por el Convenio Europeo, en la versión en euskera, lo denominaremos *Giza Eskubideen Europar Auzitegia*, o de forma abreviada, *Giza Eskubideen Auzitegia*, *Europar Auzitegia* o *Auzitegia*.

II. CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y PROTOCOLO N.º 16

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, aprobado el 4 de noviembre de 1950, puede ubicarse entre las herramientas y documentos más importantes y efectivos para la salvaguarda de los derechos humanos a nivel mundial. En gran medida, la razón de este éxito se encuentra en el sistema de protección que el propio Convenio establece, principalmente en el Tribunal de Derechos Humanos, que analizaremos en el siguiente apartado. Pero no solo por su sistema de protección, también porque el Convenio adopta una visión práctica, dinámica y dialéctica en relación con los derechos salvaguardados. Voy a tratar de explicar estas características individualmente.

El punto de vista *práctico* viene de la forma en que los derechos se regulan y de la forma en que en el preámbulo se explica la causa del propio Convenio: la realización de una unión más estrecha entre los miembros del Consejo de Europa por medio de los derechos humanos, en la medida en que son el principal exponente de la paz, la justicia y la democracia. Por eso se recogen en el Convenio las “primeras medidas” adoptadas por los estados de Europa –que comparten una tradición política, ideal, de libertad y de *rule of law* (imperio de la ley)– para asegurar en Europa la garantía colectiva de “algunos” derechos recogidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Los derechos que el Convenio quiere garantizar no son académicos o vacíos, sino prácticos y efectivos (caso *Airey vs Irlanda*, sentencia de 9 de octubre de 1979).

Como hemos dicho anteriormente, no se recogen todos los derechos humanos. Las Altas Partes Contratantes asumen el compromiso de garantizar algunos derechos a todas las personas bajo su jurisdicción (artículo 1). Se puede afirmar que los derechos que se recogen en el Convenio son garantizables por las Altas Partes Contratantes: el derecho a la vida, a la integridad física, la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado, el derecho a la libertad personal, es decir, el *habeas corpus* y el derecho a no ser detenido de forma injusta o arbitraria, las libertades políticas (principalmente de conciencia, religión, expresión y reunión), la seguridad, los derechos procesales, los derechos penales, el derecho a la familia y a contraer matrimonio, o el derecho a la vida privada. No se recogen los derechos que los estados quieren garantizar pero que, por falta de recursos, no tienen capacidad o posibilidad de garantizar. Cuando sí se recoge un derecho, entonces se garantiza sin reservas, no queda la proclamación del derecho en un *desideratum* o simple propósito. Por eso, el artículo 13 exige a los estados que dispongan en su sistema jurídico de recursos efectivos (*effective remedy*), para que las víctimas de vulneraciones de los derechos reconocidos por el Convenio tengan una reparación.

Hay tres vías principales para la reparación: subsanar la violación individual y específica de derechos humanos por parte de los estados, ordenar a los estados la indemnización

zación de la víctima, y en algunos casos, adoptar normas o medidas generales por parte de los estados para corregir la vulneración. La practicidad y la efectividad del Convenio son notables (Gerards 2019: Ch I). De hecho, hasta el momento todas las Altas Partes Contratantes han hecho alguna modificación en su sistema jurídico o en sus políticas como consecuencia de alguna sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por ejemplo, en los siguientes ámbitos: la violencia provocada por el racismo, los beneficios de la seguridad social, la prohibición de los escáneres en embriones prenatales, las condiciones de prisión inhumanas, las torturas, la necesidad de un segundo recurso en casos penales, sanciones administrativas por exceso de velocidad, el aborto, la cadena perpetua, la expatriación de los sospechosos de terrorismo, los derechos de las minorías religiosas, entre otros. Es evidente que todas las víctimas de vulneraciones, algunas graves, muy graves, y otras más leves, han recibido protección gracias al Convenio.

Pero la visión es también *dinámica*. El Convenio habla en su preámbulo de “primeras medidas”, y supone así que se van a adoptar más. Se suele decir que el Convenio es un instrumento vivo (*living instrument*) y lo es, principalmente, porque esos derechos que se recogen van adaptándose a las circunstancias cambiantes por medio de la interpretación. Valiéndose de la interpretación, el Tribunal está adaptando y aplicando los derechos reconocidos en el Convenio a nuevas situaciones. Asimismo, los derechos humanos han ido desarrollándose como concepto jurídico básico y como instrumento fundamental del derecho; el núcleo o esencia de estos derechos, además de tener un efecto vertical directo en relación con el Estado, ha pasado a tener un efecto horizontal y transversal en las relaciones entre individuos y personas jurídicas (*horizontal direct effect*). Además, se han ido interpretando las trabas, obstáculos o restricciones que las Altas Partes Contratantes pueden poner a los derechos, no solo para priorizar el margen de discrecionalidad de los estados, sino también para proteger la esencia de los derechos (*autonomous and substantive interpretation of the Convention rights*).

Pero también es dinámico porque la lista de derechos se puede completar. Con ese fin, los protocolos pueden sumar nuevos derechos. La sistematización y pulido final del Convenio se llevó a cabo con el Protocolo n.º 14. Por medio de los protocolos se han incorporado estos nuevos derechos: el derecho a la propiedad, la educación y a elecciones libres en el Protocolo n.º 1; la prohibición de prisión por deudas, la libertad de circulación, la prohibición de la expulsión de nacionales y la prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros en el Protocolo n.º 4; la prohibición de la pena de muerte con excepción del tiempo de guerra en el Protocolo n.º 6 y su prohibición total en el Protocolo n.º 13; condiciones para la expulsión de extranjeros, el derecho a recurrir en los juicios penales, el derecho a la indemnización en caso de condenas injustas, el derecho a no ser juzgado dos veces y la igualdad entre cónyuges en el Protocolo n.º 7, y la prohibición general de discriminación en el Protocolo n.º 12 (no solo en relación con otro derecho ya recogido en el Convenio, conforme a su artículo 14). La garantía colectiva de los derechos que se reconocen en estos protocolos solo se asegura entre las

Altas Partes Contratantes que los han ratificado. Por eso es posible que un Estado conserve la pena de muerte en tiempos de guerra como parte contratante del Protocolo n.º 6 y que otro Estado la haya suprimido totalmente ratificando el Protocolo n.º 13. El resto de protocolos, como es el caso del número 16 que vamos a analizar, son relativos al sistema de protección y organizan la vía judicial. Cada protocolo es un tratado internacional que se añade al Convenio Europeo y por eso se trata de un instrumento vivo.

En tercer lugar, digamos que el Convenio Europeo de Derechos Humanos es *claro*. Está escrito en un lenguaje comprensible y tiene una sistemática adecuada: contiene derechos incondicionales, derechos con condiciones estrictas y derechos condicionados. Los derechos absolutos no se pueden limitar ni en estado de excepción ni en tiempos de guerra. Los derechos que, según el artículo 15 del Convenio, las Altas Partes Contratantes nunca pueden derogar –más concretamente, los derivados de las prohibiciones absolutas que se imponen a los estados– son la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos o degradantes (artículo 3), la prohibición de la esclavitud o servidumbre (artículo 4.1) y el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* (artículo 7). A continuación, hay derechos que son absolutos en tiempos de paz, pero que en situaciones graves de guerra (*Notstand*) se pueden limitar bajo condiciones estrictas (derecho a la vida en tiempos de guerra); y otros derechos casi absolutos, como es el caso la prohibición del trabajo forzado y la libertad personal (la prohibición de la detención injusta o arbitraria y el *habeas corpus* recogido en el artículo 6). Finalmente, hay derechos que son relativos y restrictivos; las limitaciones son escalonadas, en función de los derechos, con limitaciones desde estrictas a difusas. El artículo 8 es un ejemplo típico:

- (1) Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
- (2). No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

La clave está en la calibración de las trabas que acepta el párrafo segundo.

En esta última categoría, especialmente, aparece el carácter *dialéctico* del Convenio. Porque, aunque se acepten las restricciones, los estados deben mantener la protección de la esencia o el núcleo del derecho (*the substance of the right*); no pueden suprimir la efectividad mínima de los derechos. Las restricciones que se establezcan deberán cumplir las siguientes condiciones: estar previstas en la ley, ser públicas (estar publicadas), ser de necesidad acuciante en una sociedad democrática (doctrina *pressing social needs*), ser moderadas o proporcionadas (doctrina *least restrictive means*), deben ser adoptadas para proteger objetivos reales y legítimos (doctrina *real and legitimate aims*), no ser arbitrarias ni caprichosas (criterio de la idoneidad), y deben ofrecer garantías procesales (controla-

bles judicialmente). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha elaborado todas estas doctrinas relativas a las condiciones de las restricciones de derechos. Y, precisamente, está desarrollando un difícil equilibrio, una dialéctica, en relación con este tipo de derechos y los límites o restricciones de los derechos. A las Altas Partes Contratantes se les reconoce cierto “margen de discrecionalidad” o ámbito de valoración (*margin of appreciation*) pero la esencia de los derechos debe salvaguardarse y controlarse desde Europa. Por lo tanto, se abre un ámbito bastante extenso para la interpretación, y es comprensible que haya dudas sobre dónde reside esa esencia y ese núcleo de los derechos. Con el sistema del Convenio vigente hasta ahora, los órganos jurisdiccionales de mayor rango de las Altas Partes Contratantes interpretan en sus sentencias los derechos humanos recogidos en las constituciones o en las leyes de rango constitucional de sus Estados y una vez agotados todos los recursos internos, la última vía judicial es el Tribunal de Estrasburgo. Con el Protocolo n.º 16 se añade una nueva posibilidad al sistema, es decir, esos altos tribunales podrán suspender el procedimiento y plantear una consulta prejudicial al Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre una cuestión que les suscite alguna duda interpretativa.

El margen de discrecionalidad está ligado al principio de subsidiariedad. El Protocolo n.º 15, que todavía no está en vigor (es de 2013 y está pendiente de ratificación de las Altas Partes Contratantes), añadirá al preámbulo del Convenio un párrafo de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –emitido por primera vez en el caso *Handyside vs el Reino Unido* (A 24 (1976); 1 EHRR 737)– añadiendo la siguiente fórmula: “Afirmando que incumbe en primer lugar a las Altas Partes Contratantes, con arreglo al principio de subsidiariedad, garantizar el respeto de los derechos y libertades definidos en el presente Convenio y sus protocolos, y que, al hacerlo, gozan de un margen de discrecionalidad, bajo el control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que instituye el Presente Convenio”<. El Tribunal conserva la jurisdicción para controlar que no se vulnera la esencia del derecho, como manifestó en la sentencia de la *Lengua belga*, “provided that there is no injury to the substance of the right”. El Convenio ofrece medidas o protecciones mínimas, *minimum standards*. He aquí, una vez más, la dialéctica entre subsidiariedad y efectividad, que reposa en manos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

III. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y PROTOCOLO N.º 16

Como hemos dicho, el Tribunal es el organismo más conocido creado por el Convenio. No vamos a adentrarnos aquí en su composición, y en los detalles de sus normas de procedimiento o funcionamiento, pero sí en su esquema básico. Debemos comprender de nuevo la sistemática del Convenio: las Altas Partes Contratantes asumen el compromiso de proteger y respetar en sus respectivas jurisdicciones los derechos

recogidos en el Convenio. Asumen responsabilidad internacional en caso de vulnerar esos derechos. Pero la vulneración solo puede declararla el Tribunal de Derechos Humanos. Para poder poner en marcha la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los Estados Parte deben haber dicho la última palabra en relación con el caso o problema concreto, es decir, que no van a cambiar su posicionamiento o resolución jurídica concreta en que el contencioso en cuestión. Las vulneraciones que puede ocasionar un estado son de dos tipos: a) la vulneración que reside en la adopción de una disposición recogida en la ley, o de la propia ley en su totalidad (es decir, vulneración de la legalidad convencional producida por una norma del ordenamiento jurídico de dicho estado) y b) la vulneración de la norma individual (decisión judicial, sentencia, que aplica una norma jurídica en el caso concreto vulnerando en Convenio).

En ambos casos es necesario que se hayan agotado la vía judicial y todos los recursos, es decir, que se hayan agotado las vías judiciales internas (*exhaustion of domestic remedies*). Entonces, y solo entonces, se puede decir que el Estado ha dado su última palabra en relación con una ley o un caso concreto, y solo entonces podrá el Tribunal analizar si ese Estado, en su ley o en sus sentencias superiores, ha respetado o vulnerado la esencia de alguno de los derechos recogidos en el Convenio. En la resolución del caso *Demopoulos e.a. vs Turquía* (2011, admisibilidad) tal y como el Tribunal aclaró, el agotamiento de las vías judiciales internas es una condición imprescindible del sistema de protección. Los estados no son responsables hasta que tienen ocasión de dar su última palabra, y hasta haber utilizado la última oportunidad para corregir las posibles vulneraciones en el sistema jurídico de los estados, o bien hasta que están en situación de hacerlo.

Para aclarar estas cuestiones, la persona que ha visto vulnerados sus derechos humanos puede presentar una petición, un recurso, ante el Tribunal, manifestando cuál o cuáles son esos derechos, y desarrollando, asimismo, la mayoría de argumentos de hecho y de derecho que considere. Entonces, el Tribunal analizará si la demanda es admisible. El Tribunal podrá actuar en dos formaciones: en una sala o en pleno (temas o cuestiones de principio de derechos humanos recogidos en el Convenio). Esta última cuestión es de gran importancia como veremos más adelante. El Tribunal, por lo tanto, ejerce el control judicial del Estado y para ello empleará los principios y los métodos de la interpretación judicial, las doctrinas relativas a las restricciones mencionadas en el apartado anterior (*review*). A la hora de valorar y analizar la jurisprudencia del Tribunal deberíamos tener en cuenta los siguientes principios: la efectividad y subsidiariedad, que se recogen también en el Convenio, no sin cierta tensión dialéctica, o el margen de discrecionalidad (mencionados anteriormente), los estándares o criterios locales (en ausencia de consenso europeo), el significado autónomo de los conceptos empleados por el Convenio (no dependiente de ningún sistema jurídico estatal), el carácter de instrumento vivo del Convenio (adaptación evolutiva en función de los consensos), la existencia o no de consenso a nivel europeo, la importancia del precedente, y que el Tribunal no puede sustituir a las autoridades de las Altas Partes Contratantes a la hora

de decidir sobre sus asuntos. Esos criterios, una vez más, se resumen en ese equilibrio entre efectividad y autonomía (subsidiariedad).

Este no es lugar para hablar sobre la interpretación del Tribunal, aspecto que ya abordara hace tiempo en otra sede (Bengoetxea y Jung, 1991). Fundamentalmente, me voy a limitar a señalar que en aquella ocasión detectamos que el método sistémico-dinámico era preponderante. Considero que todavía puede valer como doctrina interpretativa del Tribunal de Estrasburgo. Pero lo que hay que decir es que el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo ha recibido diversas críticas, precisamente, por su jurisprudencia y su método de interpretación sistémico-dinámico (teleológico-sistemático). Las críticas más serias llegaron de un sector de los jueces del Reino Unido tal como expuso Robert Spano, un magistrado de ese país y actual presidente del Tribunal (Spano 2014: 489):

Firstly, the Strasbourg Court, as an international court, should not second-guess domestic policy choices and judicial rulings in the national application of human rights. This criticism has also been couched in terms of the Court not going far enough in the granting of a margin of appreciation to the Member States.

Secondly, the Court has, when interpreting the European Convention on Human Rights, strayed far away from giving the text the meaning as it was understood at the time when the Convention was drafted and adopted by the Member States. Here, reference has especially been made to the alleged tendency of the Court to unify rules of criminal procedure in the Member States, to formulate obligations of a positive nature not worded in the text of Convention provisions and to expand the scope of certain rights, especially Article 8 on the right to respect for private and family life.

Como se puede observar, la primera crítica principal está relacionada con la subsidiariedad y el margen o ámbito de apreciación o discrecionalidad: según la crítica, el Tribunal no respetaría la autonomía de los estados. Tal vez convendría que el Tribunal conociera mejor y más de cerca los puntos de vista de los Estados Parte, ante el margen de valoración o discrecionalidad en relación con políticas y asuntos judiciales. Eso exigiría un nuevo mecanismo, para hacer al Tribunal más sensible a las peculiaridades domésticas. El Protocolo n.º 15, sobre subsidiariedad, y en cierta medida también el Protocolo n.º 16 responderán a esa preocupación. La segunda crítica está relacionada con los métodos de interpretación: según la crítica, el Tribunal no habría tenido en cuenta el “significado literal” y la “intención original” de las Altas Partes Contratantes y habría optado por una interpretación atrevida o activista. Estas críticas suelen ser *petitio principii*, porque asumen *a priori* cuál es concretamente la intención original o el significado literal, como si existiera un significado “auténtico” según el cual podemos decir que la interpretación del Tribunal ha ido demasiado lejos (*interpretatio praeter legem*) o que ha ido a la deriva (*interpretatio contra legem*). Pero lo que está en cuestión es precisamente qué es esa *lex*, cuál es el sentido prístino, si es que existiese, independientemente de los consensos semióticos y pragmáticos más o menos oscilantes.

Lamentablemente no podemos detenernos más en estos puntos, pero vamos a exponer otro aspecto del trabajo del Tribunal y otra crítica vertida contra el mismo, esta vez sociológica. En cierta medida se puede decir que el Tribunal se ha convertido en la víctima de su propio éxito. No son nuestras palabras, son del propio tribunal (*ECHR in 50 questions*, 2014: pregunta 45, “*the Court has been a victim of its own success*”). Recibe entre 40.000 y 60.000 demandas al año y necesita un plazo cada vez más largo para dictar sus sentencias, casi nunca son menos de tres años y, por término medio, tarda cinco o seis años en proporcionar una sentencia. No hay cifras oficiales en este sentido en las estadísticas que el propio Tribunal publica. Según el informe anual del Tribunal (*Annual Report*, 2019: 130), en 2019 había 60.000 demandas pendientes de resolución (el 25 % eran demandas procedentes de Rusia, el 16 % de Turquía, el 15 % de Ucrania, 506 asuntos de Francia y 162 de España).

Vistas estas cifras, no es sorprendente que el Tribunal lleve tiempo preocupado por la carga de trabajo y que desde el Consejo de Europa se hayan adoptado diversas medidas y reflexiones con el fin de agilizar esa carga. El Protocolo n.º 11 (1994) introdujo las primeras modificaciones de fondo, suprimiendo la Comisión Europea de Derechos Humanos (*European Commission of Human Rights*). Posteriormente, en el Protocolo n.º 14 (2004), en el Protocolo n.º 14 bis (2009) y en el Protocolo n.º 15 (de 2013 y aún sin ratificar) se introdujeron los cambios de mayor calado. Para el año 2014 el sistema de protección y control estaba totalmente adaptado, es decir, las salas y los plenos, la formación de juez único, el sistema de recurso interno de Sala a Gran Sala, la reducción de los plazos del procedimiento y un largo etcétera que no vamos a analizar aquí, dado que nuestro objeto de estudio es el Protocolo n.º 16.

IV. PROTOCOLO N.º 16: UNA HERRAMIENTA AUDAZ DE CONSULTA PREJUDICIAL

Hemos visto que el Protocolo n.º 15 introduce formalmente el principio de subsidiariedad en el Convenio, reconociendo el margen de discrecionalidad de las Altas Partes Contratantes. En la misma línea, el Protocolo n.º 16 quiere implicar a las Altas Partes Contratantes en el sistema de protección de los derechos humanos, pero esta vez con una nueva herramienta. En lugar de controlar *a posteriori* la vulneración por parte de un Estado de un derecho humano recogido en el Convenio o en los protocolos añadidos al Convenio y ratificados por las Altas Partes Contratantes, las altas instancias jurisdiccionales de las Altas Partes Contratantes podrán remitir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos una cuestión especial, *a priori*, antes de dictar sentencia, es decir, podrán plantear una cuestión o consulta prejudicial. Así, el Tribunal podrá responderles por medio de una opinión consultiva (*advisory opinion*), aclarando cuestiones de principio relativas a algún derecho recogido en el Convenio.

Esta no es la primera vez que aparece la idea de la opinión consultiva en el sistema del Convenio Europeo. Ya el Protocolo n.º 2 añadió al Convenio los artículos 47, 48 y 49 con el precedente de emitir opiniones consultivas. Pero estamos hablando de opiniones consultivas muy diferentes. El Comité de Ministros del Consejo de Europa, por mayoría de sus miembros, puede solicitar al Tribunal que emita opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y los protocolos, pero no sobre los derechos y libertades que se recogen en el Convenio y sus protocolos (Título I del Convenio), ni en cuestiones que puedan estar relacionadas con casos que esté analizando el Tribunal. El Tribunal decidirá en torno a la admisibilidad y, en caso de que la admita, emitirá opiniones consultivas justificadas (*advisory opinions*), con votos particulares en su caso, y estas se notificarán a las Altas Partes Contratantes. Como se puede observar, las opiniones consultivas previstas en el Protocolo n.º 16 son muy diferentes.

El origen de este innovador protocolo puede ubicarse en el proceso denominado *Interlaken*, es decir, un trámite que impulsa la necesidad de mejorar el respeto de los derechos humanos en el seno de los estados que son Altas Partes Contratantes; en palabras del entonces presidente del Tribunal, “*the need to improve de protection of human rights at domestic level*” (Spielman, 2013: 8). Este largo proceso partió de un informe de expertos, pasó por el debate y la declaración en la ciudad suiza de Interlaken y llevó en 2012 a la denominada Declaración de Brighton sobre el futuro del Tribunal de Estrasburgo. Esta declaración fue asumida por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, que aprobó en 2013 los protocolos n.º 15 y 16. Inmediatamente fue difundida para la ratificación por parte de las Altas Partes Contratantes. Mientras el Protocolo n.º 15, en su artículo 7, establece la ratificación por parte de todas las Altas Partes Contratantes, el artículo 8 del Protocolo n.º 16, exige la ratificación de diez Altas Partes Contratantes para poder entrar en vigor. Esto ya se ha conseguido, la décima ratificación, de la República Francesa, llegó el 01-08-2018, y aunque en el momento en el que se escriben estas líneas España todavía no ha ratificado ni el uno ni el otro, para las Altas Partes Contratantes que ratifiquen el Protocolo se añaden cinco artículos nuevos al Convenio Europeo. Son precisamente los primeros cinco artículos del protocolo y los estados que lo han ratificado pueden acudir al Tribunal Europeo a plantear cuestiones prejudiciales, como ayuda en la interpretación del Convenio. Ya se han planteado las primeras cuestiones, como veremos más adelante.

No es ocioso preguntar sobre el porqué de este nuevo instrumento. En una primera aproximación podemos ver que este nuevo sistema choca contra un principio fundamental del Convenio Europeo, en concreto, contra la necesidad de agotar la vía judicial interna. Por eso consideramos que se trata de un instrumento audaz, porque hasta ahora el Tribunal no ha actuado nunca sin que las Altas Partes Contratantes hubieran dado su última palabra. Con el nuevo sistema, el Tribunal no analiza o controla al Estado Parte, no lo juzga, sino que le ayuda. Estamos ante un genuino diálogo judicial institucionalizado. Se trata de un diálogo *ex ante*, pues aún no se ha producido el último pronunciamiento por parte de la Alta Parte Contratante que agotaría los re-

curso internos. En el imaginario del Tribunal siempre ha estado la idea de la subsidiariedad, el reconocimiento del margen de discrecionalidad y la realización del control final, atendiendo a la esencia del derecho. Por ese motivo, el Tribunal nunca ha tenido intención de sustituir a los tribunales domésticos o internos (*domo*) a la hora de juzgar los casos y sus peculiaridades. *The Court would require strong reasons to substitute its view for that of the domestic courts* (caso *von Hannover vs Alemania* número 2, 2012). El Tribunal ha tenido siempre muy claro cuál es el rol y la función de cada jurisdicción, y que a él le corresponde el control final. Por eso era necesario agotar las vías judiciales y los recursos internos antes de acudir a la jurisdicción de Estrasburgo (doctrina *exhaustion of domestic remedies*). El diálogo judicial se producía solo *ex post*, tras la toma de posición definitiva por parte de la Alta Parte Contratante.

Pero ahora el Tribunal de Derechos Humanos asume una nueva función, en concreto, la del diálogo con los órganos jurisdiccionales de mayor rango de las Altas Partes Contratantes. En línea con el proceso de Interlaken, corresponde a los estados la protección de los derechos humanos, y en ese cometido pueden recabar y recibir la ayuda del Tribunal de Estrasburgo cuando la estimen necesaria. Es preferible recibir ayuda *ex ante* a la hora de interpretar los derechos humanos del Convenio, para tenerla en cuenta y aplicarla en el procedimiento, que recibir la sentencia y el control del Tribunal de Estrasburgo *ex post*, una vez realizado el juicio. Mejor conseguir de antemano una solución compatible con los derechos humanos, que obtener la respuesta correctora después de haber dictado sentencia años después. Para las Altas Partes Contratantes también es mejor poder adoptar una resolución que sea acorde con la opinión del Tribunal, que recibir una sentencia que considere que se ha vulnerado algún derecho humano.

A continuación abordaremos la sistemática que establece el Protocolo n.º 16. La primera observación es que no hay que confundirlo con el sistema de consulta prejudicial que se ha empleado desde el principio en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es decir, con el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, pues trata de cuestiones prejudiciales muy diferentes. Podría haber una tendencia a confundirlos pero se trata, fundamentalmente, de instrumentos diferentes. ¿Quién puede plantear la consulta prejudicial? El artículo 1 del Protocolo n.º 16 menciona, de forma indefinida, a “órganos jurisdiccionales de mayor rango”, “*highest courts or tribunals*”, sin especificar que tengan que ser los supremos, “*the highest*”, y por lo tanto no tienen por qué limitarse a los órganos de máximo rango jurisdiccional. Corresponde a la jurisprudencia ir aclarando esta cuestión, pero en principio lo determinará cada Estado, y atendiendo al artículo 10 del Protocolo, no tendría por qué estar circunscrito a la jurisdicción de casación ni de amparo. Porque dicha disposición prevé que serán las Altas Partes Contratantes que ratifiquen el Protocolo las que indicarán cuáles son esos “órganos jurisdiccionales de mayor rango”; y no solo eso, también podrán modificar dicha designación más adelante, siempre que se lo notifiquen directamente al Tribunal. En España cabría autorizar a los Tribunales Superiores de Justicia, por ejemplo.

Por lo tanto, la última palabra la tienen las Altas Partes Contratantes, y no el Tribunal. Esos órganos jurisdiccionales de mayor rango serán los que tengan la opción de presentar la consulta prejudicial. Decimos opción, porque presentar una consulta prejudicial por una duda de interpretación o de aplicación en relación con alguno de los derechos recogidos en el Convenio es discrecional, y no hay ninguna obligación de plantear una consulta. Estamos ante lo que en lógica deóntica se conoce como permisión total, una autorización. En este punto encontramos una de las principales diferencias en relación con la sistemática del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, porque cualquier jurisdicción de los Estados miembro –sean tribunales o juzgados– está habilitada para plantear la cuestión prejudicial (e incluso están obligadas a hacerlo cuando se trata de una duda en relación con la validez, según la jurisprudencia *Foto Frost*), y las máximas instancias jurisdiccionales de los Estados miembro, aquellas que se encargan de los recursos finales, tienen la obligación de plantear la cuestión prejudicial cuando tengan una duda genuina sobre la validez o la interpretación de una norma de derecho de la UE, (en interpretación de la doctrina *Cilfit*).

¿Sobre qué pueden preguntar los órganos jurisdiccionales de mayor rango según el Protocolo n.º 16? Deben plantear la consulta en relación con un asunto del que estén conociendo y en el que haya dudas interpretativas, en un caso real en el que, para poder emitir un sentencia, haya que despejar una duda sobre alguno de los derechos humanos o libertades fundamentales recogidos en el Convenio o en sus protocolos. Y no se trata de una duda cualquiera, debe ser una cuestión de principio relativa a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio o sus protocolos. El órgano jurisdiccional que lleve a cabo la solicitud deberá motivar su petición: aportar información fundamental en relación con el caso, aportando tanto información sobre los hechos probados como explicaciones sobre las normas jurídicas que les son aplicables. Si quiere obtener una respuesta u opinión efectiva y práctica, debe ponerse al Tribunal de Estrasburgo en situación de poder ayudar. Pero a la hora de emitir su opinión, el Tribunal de Estrasburgo no puede entrar en los hechos del caso, ni a valorar los puntos de vista de los litigantes, ni apreciar la idoneidad de las normas domésticas, ni opinar sobre la sentencia que debiera dictarse en el asunto *a quo*. Con prudencia, abordará solamente las cuestiones de principio³.

Tratándose de una opinión consultiva, el dictamen que reciban los órganos remitentes, se tendrá en cuenta a la hora de dirimir el caso pero no es vinculante. Los órganos *a*

3 “L’objectif de la procédure n’est pas de transférer le litige à la Cour, mais de donner à la juridiction qui a procédé à la demande les moyens nécessaires pour garantir le respect des droits de la Convention lorsqu’elle jugera le litige en instance (...). La Cour n’est compétente ni pour se lier à une analyse des faits, ni pour apprécier le bien-fondé des points de vue des parties relativement à l’interprétation du droit interne à la lumière du droit de la Convention, ni pour se prononcer sur l’issue de la procédure. Son rôle se limite à rendre un avis en rapport avec les questions qui lui ont été soumises. C’est à la juridiction dont émane la demande qu’il revient de résoudre les questions que soulève l’affaire et de tirer, selon le cas, toutes les conséquences qui découlent de l’avis donné par la Cour pour les dispositions du droit interne invoquées dans l’affaire et pour l’issue de l’affaire”. AVIS CONSULTATIF demandé par la Cour de cassation française (Demande no P16-2018-001) 10 avril 2019, #25.

quo no tienen por qué seguir el criterio de Estrasburgo. Se trata de un consejo. Y no es una sentencia o resolución, es un dictamen, una opinión. Tal vez, si fuera vinculante, la relación entre ambas jurisdicciones no sería dialógica o basada en el diálogo. Sería una relación disciplinaria y jerárquica, y eso iría en contra del propio espíritu del Convenio, según el cual, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es subsidiario. Los órganos jurisdiccionales de mayor rango de un Estado difícilmente pedirían ayuda al Tribunal Europeo para interpretar o aplicar un derecho o libertad recogido en el Convenio si la respuesta vinculara totalmente al órgano de la jurisdicción *a quo*, a quien corresponde dictar sentencia, al ser el órgano de la jurisdicción que conoce del asunto. Asimismo, difícilmente plantearía dicho órgano la consulta si tuviera que esperar mucho tiempo para recibir una respuesta del Tribunal de Estrasburgo. Al Tribunal Europeo de Derechos Humanos le interesa responder rápido y dar una respuesta práctica, útil.

¿Cómo va a abordar el Tribunal Europeo de Derechos Humanos la consulta? El artículo 2 del Protocolo nos da las líneas principales. Cuando el Tribunal de Estrasburgo reciba una cuestión razonada por un órgano jurisdiccional de alto rango de una Alta Parte Contratante, lo primero que hará será darle un trato urgente para que los plazos no se prolonguen demasiado. Si el objetivo es ayudar la respuesta debe ser rápida, en caso contrario, no servirá de ayuda. Con ese fin, el Tribunal de Estrasburgo creará una sala especial que se pronunciará sobre la aceptación de la solicitud de opinión consultiva (artículo 1). Una comisión (panel) de la Gran Sala decidirá si la solicitud es admisible. En dicho panel intervendrá un representante del órgano jurisdiccional de la Alta Parte Contratante que presente la solicitud, el tribunal *a quo* y, en su defecto, el presidente del Tribunal Europeo designará a un juez suplente a partir de una lista de nombres presentada previamente por dicha Alta Parte Contratante.

Para decidir sobre la aceptabilidad, fundamentalmente, debe hacerse el siguiente análisis de dos pasos: determinar si la situación que se menciona –hechos, normas en juego, acciones o decisiones– perjudica a una persona o a más; en otras palabras, determinar (1) cuál es el derecho humano o la libertad fundamental concreta del Convenio o sus protocolos que está en juego (pudiendo ser varios), y (2) determinar si hay alguna medida por parte de la Alta Parte Contratante que vulnere dicho derecho o libertad. Ambos pasos serán imprescindibles: (a) un hecho atribuible al Estado –ya sea una norma jurídica de su sistema jurídico, ya sea una acción o decisión de sus autoridades– que (b) vulnera un derecho o libertad (c) a una persona, una víctima, (d) provocándole un perjuicio. Si se ha respondido afirmativamente a estas preguntas, el panel puede analizar si (3) la situación que se le plantea es una cuestión nueva, si plantea cuestiones de principio, si hay jurisprudencia establecida en torno al tema o si realmente se trata de un caso difícil (*hard case*). Esta última idea es muy difícil de medir y deberíamos estudiar los casos para saber si es así, pero, por el momento, no se ha rechazado ninguna cuestión. Si se considera que la consulta prejudicial no es admisible, el panel deberá razonar o justificar el rechazo, y debería exponer el análisis que hemos mencionado (1, 2 y 3).

Pero si admite la consulta prejudicial, el panel se lo remitirá a la Gran Sala para que lo estudie y emita la opinión consultiva. La opinión consultiva también deberá estar razonada, es decir, el Tribunal deberá dar argumentos a favor de la opinión consultiva. ¿Y cuáles pueden ser esas razones, esos motivos? Deberá responder a los pasos mencionados en el párrafo anterior (1-2, o a, b, c y d) –es decir, determinar si el Convenio está en juego, cuáles serían los derechos o libertades en cuestión y si la vulneración de derecho o libertad que se ha identificado se le puede imputar al Estado– y deberá añadirles un tercer paso importante. Determinar si la traba, restricción u obstáculo al derecho humano o a la libertad podrían estar justificados. Este es el análisis más complejo. Para ello tenemos que remitirnos a las características de los derechos que recoge el Convenio y que hemos mencionado supra: algunos derechos son absolutos, otros no. Los derechos absolutos, al ser el reverso de las prohibiciones absolutas, no pueden verse limitados; no deben vulnerarse en ningún caso y, por lo tanto, para esos derechos sería suficiente con exponer las razones del análisis de dos pasos expuesto en el párrafo anterior. Así la opinión consultiva estaría justificada. Pero la dificultad no está ahí, la clave está en los derechos relativos o relacionales, porque el propio Convenio acepta restricciones, bajo determinadas condiciones, y porque ahí puede entrar en juego el “margen de discrecionalidad” de los estados. Aquí, los argumentos que las diferentes partes puedan aportar (los litigantes y el juez que emite la consulta, el órgano *a quo*) son muy importantes. Pero antes de emprender el análisis del Tribunal hay un procedimiento en el que las partes tienen la posibilidad de exponer su punto de vista. Veamos quiénes pueden participar en este diálogo.

El comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa (*Commissioner of Human Rights of the Council of Europe*) podrá dar su opinión y argumentos en todos los casos, pero no tiene por qué hacerlo. Y en el único caso hasta el momento, que analizaremos más abajo, no lo ha hecho. También podrá hacerlo el Estado Parte del que dependa el órgano jurisdiccional que lleve a cabo la solicitud, porque así se recoge en el artículo 3 del Protocolo: de nuevo un guiño especial a la subsidiariedad. En este caso se supone que el Estado utilizará ese derecho. Esta intervención se hará normalmente por escrito, pero el Tribunal puede acordar ofrecer una audiencia, y en ese caso ambos podrán intervenir también oralmente para exponer su punto de vista. Además, discrecionalmente, el presidente de la Gran Sala puede invitar a cualquier otro organismo que considere conveniente, incluidos el resto de Altas Partes Contratantes, para que presenten sus observaciones por escrito o participando en las audiencias. Cabe pensar que la parte que ha suscitado la cuestión principal también puede ser invitada, pero esto no se prevé obligatoriamente y esta es otra diferencia con respecto al proceso de Luxemburgo (TJUE), porque en ese caso, la parte que plantea la consulta prejudicial en el procedimiento *a quo* y el resto de partes que puedan estar implicadas en el asunto (terceras partes con interés legítimo intervinientes en el procedimiento) tienen derecho presentar aportaciones oralmente y por escrito (observaciones u opiniones). Ade-

más, no olvidemos que en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos hay dos lenguas oficiales, el inglés y el francés, y por lo tanto, las cuestiones y los escritos que se presentan deberán estar redactados en alguna de esas dos lenguas. La opinión consultiva se emitirá también en una de esas dos lenguas. Como sabemos el régimen lingüístico del TJUE es distinto: bilingüe hacia las partes y órgano *a quo*, multilingüe hacia el exterior (cuestión prejudicial, conclusiones del AG y sentencia) pero francófono en el interior (deliberación y comunicaciones internas).

¿Cuál es la fuerza de la opinión consultiva del Tribunal? Como hemos dicho anteriormente, las opiniones consultivas no son vinculantes, se emiten con intención de ayudar, pero el Protocolo ordena claramente que la opinión consultiva debe ser motivada siempre (artículo 4). Así se muestra que la intención del Tribunal es hacer una interpretación adecuada y comprensiva del Convenio. Además, esta disposición prevé votos particulares, que pueden ser referidos a la totalidad o a parte de la opinión consultiva, y ahí encontramos otra diferencia con el sistema de Luxemburgo, donde no hay votos particulares. Esta disposición ordena al Tribunal a comunicar la opinión consultiva al órgano jurisdiccional *a quo* y a la Alta Parte Contratante así como a publicar las opiniones consultivas que emita. Al tratarse de un sistema preventivo, podemos pensar que si un órgano jurisdiccional de mayor rango de una Alta Parte Contratante presenta una cuestión de este tipo, lo hace para hacer caso posteriormente y para seguir la opinión consultiva. Podría ocurrir, sin embargo, que el órgano jurisdiccional *a quo* esté más conforme con un voto particular que con el dictamen que refleja la mayoría de la Gran Sala, y nada obliga o limita a que en el litigio principal finalmente se priorice una interpretación distinta de la mayoritaria de la Gran Sala, por ejemplo la de un voto particular. La vocación del Protocolo n.º 16 es aportar una asistencia interpretativa y ello puede materializarse tanto a través del voto particular como de la opinión mayoritaria. La utilidad de la interpretación pluralista aportada por la Gran Sala subraya la importancia del diálogo judicial entablado, que se produciría tanto entre el órgano *a quo* y la Gran Sala como dentro de esta última entre la mayoría y la opinión discordante.

Finalmente, el hecho de que se haya planteado una consulta prejudicial en un caso concreto por parte de un órgano jurisdiccional de alto rango de una Alta Parte Contratante no obstará a que se remita de nuevo al Tribunal de Estrasburgo un recurso contra la decisión final del Estado (de dicha Alta Parte Contratante) en la misma causa, eso sí, una vez agotados todos los recursos internos. En ese caso, el Tribunal Europeo debería estudiar la aceptabilidad del caso y, si lo considera aceptable, debería analizar el caso en profundidad, pero teniendo muy en cuenta la opinión consultiva a la hora de interpretar el Convenio. La situación que acabo de mencionar es hipotética, por supuesto, pero no hay en el Protocolo ninguna disposición que descarte dicha hipótesis. Habrá que ver cómo evoluciona la práctica del Protocolo para contrastar estas conjeturas.

V. INCIDENCIA DEL PROTOCOLO N.º 16 EN EL SISTEMA EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Es demasiado pronto para saber cuál será la incidencia del Protocolo n.º 16 en el sistema del Convenio. Tan solo un caso ha recibido la opinión consultiva, y el segundo está en estudio en estos momentos. La *Cour de Cassation* francesa hizo llegar el 16 de octubre de 2018 una consulta prejudicial al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la primera desde su entrada en vigor el 1 de agosto de 2018. Se trata de una cuestión bastante complicada:

1. Al negarse a inscribir en el registro de nacimientos, matrimonios y defunciones los detalles del certificado de nacimiento de un niño nacido en el extranjero como resultado de un acuerdo de gestación subrogada, en la medida en que el certificado designa a la “madre comitente”⁴ como “madre legítima”, al tiempo que acepta la inscripción en la medida en que el certificado designa al “padre comitente”, que es el padre biológico del niño, ¿el Estado Parte se extralimita en su margen de discrecionalidad en virtud del artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales? A este respecto, ¿debe hacerse una distinción dependiendo de que el niño haya sido concebido utilizando los óvulos de la “madre comitente”?
2. ¿Sería admisible una respuesta afirmativa a alguna de las preguntas anteriores y compatible con el artículo 8 del Tratado la solución de que la madre pretendiente adopte al hijo de su cónyuge, padre biológico, cuando ésta sea la forma de establecer la relación jurídica materno-infantil?

Conviene saber que el asunto que provoca esta consulta viene de lejos. De hecho, tiene su origen en la sentencia *Menesson et Labasse contre France* (n.º 65192/11, de 26 de junio de 2014) del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Los dos niños Menesson nacieron en California por gestación subrogada y en Estados Unidos la relación de filiación con sus padres se estableció sin ningún problema (a la madre subrogada no se le pagó por el servicio, pero le indemnizaron por los gastos generados por la gestación). Sin embargo, los niños Menesson no pudieron registrar en Francia esa relación de filiación, reconocida en Estados Unidos, ni siquiera la relación para con el padre, porque el tribunal de apelación de París eliminó en 2010 la transcripción del certificado de nacimiento estadounidense de los niños Menesson que se hizo en el registro civil, una decisión que ratificó el Tribunal de Casación. El Tribunal de Estrasburgo consideró en aquella ocasión que hubo una vulneración, pero no del derecho al respeto de la

⁴ Este término tiene una difícil traducción, el término inglés es “*intended mother*”, el francés “*la mère d’intention*”. A la hora de la inscripción, el interesado manifiesta quién quiere designar como madre. La madre legítima, en cambio, es aquella que legalmente se considera como madre. La madre biológica sería la que pasa los procesos de fecundación, gestación y alumbramiento. La tendencia general es considerar a la madre biológica como madre legítima.

vida familiar de los niños y sus padres, sino del derecho al respeto de la vida privada de los niños. Francia modificó su derecho en el caso del padre biológico reconociendo la relación jurídica de padre-hijo y aceptándolo como padre comitente, pero en el caso de la madre, la madre comitente no podía ser la madre legal, salvo que fuera la madre biológica. Así, los *Mennesson* llegaron de nuevo hasta la Corte de Casación y solicitaron la revisión del recurso (*demande de réexamen du pourvoi en cassation*), y en el marco de dicha revisión surgió esta consulta.

En aplicación del artículo 3 del Protocolo n.º 16, en el proceso para la opinión consultiva, presentaron observaciones escritas ante la Gran Sala del Tribunal de Estrasburgo los cuatro miembros de la familia *Mennesson*, los padres y los hijos cada uno por su parte, y el Gobierno de la República de Francia. Asimismo, el Tribunal autorizó los siguientes participantes y sus escritos: Reino Unido, República Checa e Irlanda como Altas Partes Contratantes, la oficina del Ombudsman de Francia y el Centro de Estudios Interdisciplinarios de Género del Departamento de Sociología e Investigación Social de la Universidad de Trento, y las organizaciones no gubernamentales: AIRE Centre, Helsinki Foundation for Human Rights, ADF International, International Coalition for the Abolition of Surrogate Motherhood y la Asociación de Médicos Católicos de Bucarest. Además, el Tribunal de Estrasburgo llevó a cabo un estudio comparado que abarcó cuarenta y tres Altas Partes Contratantes del Consejo de Europa, y tras comparar su regulación en relación con la gestación subrogada, concluyó en el párrafo 23 que no existe un tratamiento común, ya que está prohibida en 24 estados, tolerada en 10 y permitida en 9 estados. Pero, en cualquier caso, esté la gestación subrogada prohibida, tolerada o permitida, en diversos Estados Parte del Convenio (en 19 estados) es posible que la madre comitente acredite la relación jurídica de filiación con un niño con el que no está genéticamente relacionada, y eso ocurre en más estados aún en el caso del padre biológico (en 31 estados). Las modalidades varían notablemente de un estado a otro, siendo la adopción una opción, entre otras. El análisis de derecho comparado estableció que no existe en Europa un consenso suficiente sobre la problemática.

Las respuestas dadas por los 17 miembros de la Gran Sala del Tribunal a estas preguntas complicadas no se quedan atrás en lo que respecta a sombras y laberintos. Veamos la opinión consultiva de 10 de abril de 2019:

En una situación en la que un niño nacido en el extranjero a través de un acuerdo de gestación subrogada y concebido utilizando los gametos del “padre comitente”, y en la que la relación paterno-filial con el padre comitente es reconocida en la legislación nacional (doméstica),

1. El derecho del niño al respeto de su vida privada en el sentido del artículo 8 del Convenio exige que la legislación nacional reconozca una relación jurídica de filiación con la madre comitente, designada en el certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero como “madre legítima”,

2. El derecho del niño al respeto de su vida privada no exige, sin embargo, que dicho reconocimiento adopte la forma de “inscripción” en el registro civil de nacimientos, matrimonios y defunciones de los datos de la partida de nacimiento legalmente establecida en el extranjero; pudiendo utilizarse otros medios, como la adopción de niño por la madre comitente.

El dictamen consultivo prejudicial no es muy largo, tiene en torno a 5.000 palabras, comparado con las sentencias, que suelen ser mucho más extensas (una media de en torno a 15.000 palabras). La consulta se resuelve en cinco meses, en lugar de los cinco años de elaboración de la sentencia. Por lo tanto, el procedimiento ha sido rápido y breve. Es difícil determinar el alcance práctico de consejo o asistencia que ofrece este dictamen consultivo en el caso concreto. Cabe conjeturar que el Tribunal de Derechos Humanos recomienda a la Corte de Casación que adopte un enfoque pragmático mediante una sentencia que posibilite, en interés de los menores, que el registro pueda asentar a la madre legítima como la madre comitente, aunque no sea al mismo tiempo la madre biológica, más aun si los gametos de la madre se hubieran utilizado para la fecundación (cosa que no ocurre en este caso, #47). La Corte de Casación debe tener en cuenta el interés del menor, y debe comprender que la falta de reconocimiento de la filiación para con la madre comitente perjudica al menor, generando una situación de inseguridad jurídica con respecto a su identidad en la sociedad⁵. Este parece ser el argumento justificativo. Y con ese fin, si no hay más remedio que utilizar la única solución existente en el derecho francés, la de la adopción, insta al Tribunal a que la adopte y evite los pormenores relativos a que la “madre comitente” sea al mismo tiempo “madre legítima” –entendida como madre no biológica– que se recogen en los documentos extranjeros. En este tema, el Tribunal es consciente (#57 y 58) de que la adopción no es la solución ideal, porque quienes adoptan tienen que estar casados y porque sería necesario el consentimiento de la madre subrogada, pero no ha entrado en el análisis de esas cuestiones, porque no puede hacerlo en el procedimiento de opinión consultiva y, por tanto, le corresponde a la Corte de Casación.

El Tribunal reconoce que a nivel europeo no hay consenso suficiente en relación con la gestación subrogada (#43 y el estudio comparado citado anteriormente en el #23), que hay posturas ético-jurídicas muy diferentes, y que no le corresponde entrar en esa cuestión porque entra dentro del ámbito de la subsidiariedad, y en ese ámbito los Estados tienen un margen de discrecionalidad, prevaleciendo los estándares locales. Menciona asimismo que en el seno de la Conferencia de La Haya se está trabajando un convenio internacional para abordar estas cuestiones con el fin de dar una respuesta común desde el derecho internacional privado (#59). Pero aun así, los estados no pueden perjudicar los intereses de los menores por esa discrecionalidad, porque la

⁵ “l’absence de reconnaissance en droit interne du lien entre l’enfant et la mère d’intention défavorise l’enfant dès lors qu’il le place dans une forme d’incertitude juridique quant à son identité dans la société” (opinión consultiva, #40 y 42).

relación paterno-filial afecta a la identidad del menor, y en ese ámbito, a la hora de proteger la identidad del menor sí que existe un consenso europeo suficiente y, por ende, el margen de discrecionalidad de las Altas Partes Contratantes se reduce. El derecho interno francés, los derechos domésticos de las Altas Partes Contratantes, deberían reconocer esa relación jurídica paterno-filial cuando la madre comitente también es la madre legítima del certificado de nacimiento emitido en el extranjero. Pero ello no implica que las Altas Partes Contratantes estén obligadas a recoger en sus registros civiles todos los pormenores que aparecen en los certificados emitidos en el extranjero. Porque a la hora de elegir formas y modos concretos, las Altas Partes Contratantes tienen un margen de discrecionalidad mayor y la adopción puede ser una forma aceptable de establecer la relación paterno-filial.

Una decisión salomónica, que busca la equidad, sin necesidad de volver a modificar el derecho doméstico. Tal vez se confirme este alcance de la subsidiariedad en el futuro y el tono de las opiniones consultivas que el Tribunal dé a las consultas prejudiciales siga siendo cuidadoso y equilibrado, y tal vez los juristas de las Altas Partes Contratantes agradezcan esta moderación⁶. Si fuera así, se dejaría un amplio ámbito de decisión a la jurisdicción *a quo*, y el diálogo judicial se verá reafirmado. Pero esta auto-restricción puede conllevar existe el riesgo de que las jurisdicciones *a quo* esperen obtener unos dictámenes consultivos más comprometidos y terminen por renunciar a la consulta. Es demasiado pronto para pronosticar nada. Está por ver cómo se desarrolla la práctica de la consulta prejudicial y la “jurisprudencia” de las opiniones consultivas. La próxima estación está en Armenia, en torno a una cuestión muy delicada, porque el Tribunal Constitucional ha preguntado si una norma penal sancionadora (artículo 300 del Código Penal) se puede aplicar al presidente de forma retroactiva, por haberse abrogado de los poderes del Estado en los disturbios que ocurrieron en dicho país en 2008. ♦

6 En palabras de Lord Reed, “[The] Strasbourg Court’s aim is not to construct a code to be adopted by the 47 contracting states. It knows very well that there are important differences between the various societies and legal systems. But the Court is developing a body of high level principles which can be taken to be applicable across the different legal traditions. Bearing that in mind, in the Strasbourg law, as in our own, we need to identify the principles underlying the development of a line of authorities on a particular topic. We can then develop our law, when necessary, by finding the best way, faithful to our own legal tradition, of giving expression to those principles. If we do so, our domestic legal tradition can continue to develop”. La traducción sería la siguiente: “El objetivo del Tribunal de Estrasburgo no es construir un código que deban adoptar los 47 Estados Parte. Es consciente de la existencia de importantes diferencias entre las sociedades y de que hay sistemas legales diferentes. Pero el Tribunal está desarrollando un cuerpo de principios de alto rango que sea aplicable en las diferentes tradiciones jurídicas. Con todo ello, en el derecho de Estrasburgo, así como en el nuestro, debemos identificar los principios que subyacen al desarrollo de un conjunto de normas en relación con un tema concreto. Así podremos desarrollar nuestro derecho, si fuera necesario, encontrando el camino más fiel a nuestra tradición jurídica, dando expresión a dichos principios. Si lo hacemos así, nuestra tradición jurídica (la doméstica) podrá seguir desarrollándose”. (Reed 2013:15)

BIBLIOGRAFÍA

Bengoetxea, J. y Jung, H. (1991). Towards a European Criminal Jurisprudence? The Justification of Criminal Law by the Strasbourg Court. *Legal Studies* 11(3):239–80.

European Court of Human Rights (2020). *Annual Report 2019 of the European Court of Human Rights, Council of Europe*. Strasbourg. Recuperado de https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2019_ENG.pdf

European Court of Human Rights (2014). *The ECHR in 50 Questions*. Strasbourg: ECHR, Public Relations Unit. Recuperado de https://www.echr.coe.int/Documents/50Questions_SPA.pdf

Gerards, J. (2019). *General Principles of the European Convention of Human Rights*, Cambridge University Press.

Spano, R. (2014). Universality or Diversity of Human Rights?: Strasbourg in the Age of Subsidiarity. *Human Rights Law Review*, 14(3):487–502. <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngu021>

Spielmann, D. (13 January 2014): Allowing the Right Margin: *The European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?* [Speech]. Heidelberg: Max Planck, Institute for Comparative Public Law and International Law. Recuperado de https://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20140113_Heidelberg_ENG.pdf

Reed, R.J. (11 November 2013). *The Common Law and the ECHR*, [Speech at the Inner Temple]. London: Inner Temple. Recuperado de https://d17g388r7gqnd8.cloudfront.net/2017/08/lecture_reed_2013.pdf