

LA JURISDICCIÓN CONSULTIVA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN EL MARCO DEL PROTOCOLO N° 16*

THE ADVISORY JURISDICTION OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN THE FRAMEWORK OF PROTOCOL NO. 16

*Carlos Fernández de Casadevante Romani***

Resumen: El 1 de agosto de 2018 entró en vigor el Protocolo n°16 al Convenio europeo de derechos humanos (CEDH) de 4 de noviembre de 1950. Este Protocolo permite a los órganos jurisdiccionales de mayor rango determinados por los Estados Parte en el momento de manifestar el consentimiento en obligarse por él, solicitar al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) la emisión de opiniones consultivas sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio o sus protocolos con ocasión de los asuntos que están conociendo. Se trata de un mecanismo de colaboración entre el TEDH y esos órganos jurisdiccionales nacionales que, en el marco de la jurisdicción consultiva, se añade a la que el citado CEDH reconoce al Comité de Ministros del Consejo de Europa. El presente trabajo tiene por objeto el estudio tanto del propio Protocolo n°16 como de la jurisprudencia del TEDH dictada hasta el momento en el ejercicio de la jurisdicción consultiva que dicho Protocolo le reconoce y que incluye tanto las solicitudes de dictamen admitidas (siete) como las rechazadas (dos).

Palabras-clave: TEDH - Convenio Europeo de Derechos Humanos - Jurisdicción consultiva - Protocolo n° 16.

Abstract: On August 1, 2018, Protocol No. 16 to the European Convention on Human Rights (ECTHR) of November 4, 1950 entered into force. This Protocol allows the highest courts determined by the States Parties at the time of expressing consent to be bound by it to request the ECTHR to give advisory opinions on questions of principle concerning the interpretation or application of the

* Trabajo recibido el 26 de agosto de 2024 y aprobado para su publicación el 18 de septiembre del mismo año.

** Profesor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad Rey Juan Carlos (URJC), Madrid-España. Titular de la *Cátedra Jean Monnet en Derecho de la Unión Europea* de la URJC otorgada por la UE en 2008. Autor de cuantiosas publicaciones de gran difusión y reconocimiento tanto en España como en el extranjero. ORCID

<https://orcid.org/0000-0003-4747-4820> E-mail: carlos.fernandezdecasadevante@urjc.es

rights and freedoms defined in the Convention or its protocols on the occasion of the cases they are hearing. This is a mechanism of collaboration between the ECtHR and these national courts which, in the context of advisory jurisdiction, is in addition to that which the ECHR recognizes for the Committee of Ministers of the Council of Europe. The purpose of this work is to study both Protocol 16 itself and the case law of the ECtHR handed down to date in the exercise of the advisory jurisdiction recognized by the Protocol, including both the requests for opinions admitted (seven) and those rejected (two).

Keywords: ECtHR - European Convention on Human Rights - Advisory jurisdiction - Protocol No. 16.

Sumario: I. Introducción. II. La jurisdicción consultiva del TEDH. 1. En el marco del CEDH. 2. En el marco del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina). 3. En el marco del Protocolo n° 16. III. Opiniones consultivas emitidas. 1. Dictamen consultivo sobre el reconocimiento en el Derecho interno de una relación paterno filial entre un niño nacido como consecuencia de una maternidad subrogada en el extranjero y la madre de intención. 2. Dictamen consultivo sobre la utilización de la técnica de “tipificación en blanco” o “tipificación por remisión” en la definición de un delito y los patrones comparativos entre el Derecho Penal vigente en el momento de la comisión del delito y el Derecho Penal modificado. 3. Dictamen consultivo sobre la evaluación de la proporcionalidad, con arreglo al art. 3 del Protocolo n° 1 del Convenio, de una prohibición general de que una persona se presente como candidata a unas elecciones tras un procedimiento de destitución. 4. Dictamen consultivo sobre la aplicabilidad de la prescripción a los procesos, condenas y sanciones por delitos que constituyan, en sustancia, actos de tortura. 5. Dictamen consultivo sobre la diferencia de trato entre las comunidades de propietarios “con existencia reconocida en la fecha de creación de una comunidad de cazadores autorizada” y las comunidades de propietarios creadas posteriormente. 6. Dictamen consultivo sobre el estatuto y los derechos procesales de los padres biológicos en los procedimientos de adopción de adultos. 7. Dictamen consultivo sobre la denegación de autorización para trabajar como vigilante de seguridad o agente de vigilancia por motivos de proximidad o pertenencia a un movimiento religioso. IV. Opiniones consultivas desestimadas. 1. Decisión sobre una solicitud de dictamen consultivo del Tribunal Supremo de la República de Eslovaquia. 2. Decisión sobre una solicitud de dictamen consultivo de una sala de la Sala de lo Penal de Estonia. V. Conclusiones.

I. Introducción

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH), adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950, es obra del Consejo de Europa. Sólo cinco años antes había finalizado la II Guerra Mundial, una tragedia colectiva que generó millones de muertos y que asoló el continente europeo. La generación que la padeció reacciona en los planos político y jurídico. En el plano *político* promoviendo y creando Organizaciones Internaciona-

les en el marco de las cuales los Estados cooperen. Nace así, en 1945, la ONU cuya Carta fundacional prohíbe expresamente el recurso a la fuerza y obliga a los Estados a resolver pacíficamente sus controversias. En suelo europeo, en 1949, mediante el Estatuto de Londres se crea el Consejo de Europa (Organización Internacional de cooperación) con el objetivo de realizar una unión más estrecha entre sus miembros. Poco después, en 1951¹, ve la luz la primera Organización Internacional de integración -la CECA- cuyo éxito animará a avanzar todavía más en esa dirección².

En el plano *jurídico*, esa reacción se concreta en la elaboración de normas internacionales en materia de derechos humanos; normas que constituyen el origen del sector del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En 1948, y en el plano universal, la Declaración Universal de Derechos Humanos. En 1966, también en el marco de la ONU, los Pactos Internacionales de 1966. En Europa, y de la mano del Consejo de Europa, el CEDH³, un tratado que, además, instituye por primera vez en el ordenamiento internacional dos órganos de control con competencia en la materia. De un lado, la Comisión Europea de Derechos Humanos. De otro, un tribunal internacional: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH)⁴. Ambos inicialmente con competencia facultativa⁵. En 1998, el Protocolo nº 11 suprimirá la Comisión Europea de Derechos humanos y configurará el TEDH con jurisdicción obligatoria⁶.

En la actualidad, y tras la expulsión de Rusia por la agresión a Ucrania, los cuarenta y seis Estados miembros del Consejo de Europa son Parte en el CEDH.

Ahora bien, la protección de los derechos humanos por parte del Consejo de Europa no se agotó en el CEDH, sino que éste fue enriquecido progresivamente por medio de Protocolos relativos a otros derechos inicialmente no contemplados por el citado Convenio o modificando determinados aspectos del sistema de protección. Hasta la fecha, un total de dieciséis.

(1) Precedida en 1949 por el BENELUX.

(2) Dando lugar, en 1957, dos nuevas Organizaciones Internacionales de Integración: la Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEA o EURATOM).

(3) Este contexto sociohistórico figura en el Preámbulo del propio CEDH con las alusiones a la justicia, a la paz, a la democracia y a la protección y respeto de los derechos humanos (así, en los párrafos cuarto y quinto).

(4) En América, en 1969, la Convención Americana de Derechos Humanos se inspirará en el CEDH creando también dos órganos de control: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

(5) A los que hay que añadir la labor supervisora del Comité de Ministros del Consejo de Europa en cuanto a la ejecución de las sentencias del Tribunal y la competencia otorgada al Secretario General del Consejo de Europa para solicitar informes a los Estados Parte.

(6) En vigor de manera general y para España, el 1 de noviembre de 1998 (BOE, nº 152, de 26 de junio de 1998).

Como sucede en el Derecho de los Tratados, se trata de Protocolos -tratados- respecto de los cuales los Estados Parte en el Convenio europeo son libres a la hora de decidir, en ejercicio de su soberanía, si desean o no manifestar el consentimiento en obligarse por los mismos. En consecuencia, así como todos los Estados Miembros del Consejo de Europa son parte en el CEDH, no todos lo son de todos los Protocolos que lo desarrollan o completan. Sobre este particular, la diversidad de situaciones es la regla.

Los Protocolos que han desarrollado y completado el CEDH son los que citamos seguidamente. En primer lugar, el *Protocolo Adicional*, de 20 de marzo de 1952, que contempla derechos relativos a la propiedad, a la instrucción (educación y enseñanza) y a la celebración de elecciones libres)⁷. En segundo término, el *Protocolo n° 4*, de 16 de septiembre de 1963, que contiene el derecho a no ser privado de libertad por la única razón de no poder ejecutar una obligación contractual, el derecho a entrar o salir voluntariamente del país nacional y a no ser expulsado del propio país nacional, el derecho a la libre circulación y residencia y la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros⁸. En tercer lugar, el *Protocolo n° 6*, de 28 de abril de 1983, relativo a la abolición de la pena de muerte⁹. En cuarto lugar, el *Protocolo n° 7*, de 22 de noviembre de 1984, que incorpora los siguientes derechos: el derecho de los extranjeros a no ser expulsados del territorio del Estado en el que residen regularmente salvo en ejecución de una decisión tomada conforme a la ley, con las debidas garantías, o por motivos de orden público o de seguridad nacional, el derecho de toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal a que se examine por una jurisdicción superior la declaración de culpabilidad o condena, el derecho a ser indemnizado en supuestos de error judicial, el derecho a no ser perseguido o castigado penalmente por infracciones de las que ha sido absuelto o condenado por un juicio definitivo conforme a la ley y al procedimiento penal del Estado Parte y, por último, la igualdad de los esposos en los derechos y responsabilidades de carácter civil entre ellos y en sus relaciones con sus hijos respecto al

(7) <https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty-num=009>

En vigor para España el 27 de noviembre de 1990 (BOE, n° 11, de 12 de enero de 1991).

(8) STE n° 46 (<https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty-num=046>).

Cuestión hoy de gran actualidad. Resulta llamativo que el Consejo de Europa lo abordara ya en 1963 (fecha de este Protocolo). Ratificado por España el 16 de septiembre de 2009 (BOE, n° 247, de 13 de octubre de 2009).

(9) STE n° 114 (<https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty-num=114>). En realidad, no es de abolición total ya que la permite en tiempo de guerra. La abolición total vendrá de la mano del Protocolo n° 13, de 3 de mayo de 2002, relativo a la abolición de la pena de muerte en cualquier circunstancia (STE n° 187, <https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty-num=187>). Ratificado por España el 14 de enero de 1985 (BOE, n° 92, de 17 de abril de 1985).

matrimonio, durante el mismo y en el momento de su disolución¹⁰. En quinto lugar, el *Protocolo n° 12*, de 4 de noviembre de 2000, relativo a la prohibición general de la discriminación¹¹. En sexto lugar, el *Protocolo n° 13*, de 3 de mayo de 2002, relativo a la abolición de la pena de muerte en toda circunstancia¹².

Junto a ellos, otros Protocolos han modificado cuestiones puntuales de procedimiento limitadas al Convenio europeo¹³. Así el Protocolo n° 11 que, como ya hemos expuesto, supuso la modificación radical del Convenio europeo en cuanto a los órganos de control. La modificación posterior llevada a cabo por el Protocolo n° 14 afectó únicamente al modo con arreglo al cual el TEDH se organiza a los efectos

(10) STE n° 187 (<https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=117>).

Ratificado por España el 16 de septiembre de 2009. En vigor para España: 1 de diciembre de 2009 (BOE, n° 249, de 15 de octubre de 2009).

(11) STE n° 177 (<https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=177>).

Ratificado por España el 13 de febrero de 2008. En vigor para España: 1 de junio de 2008 (BOE, n° 64, de 14 de marzo de 2008). El art. 1 de este Protocolo proclama: "1. El goce de los derechos reconocidos por la ley ha de ser asegurado sin discriminación alguna, en particular por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. 2. Nadie podrá ser objeto de discriminación por parte de una autoridad pública, en particular por los motivos mencionados en el apartado 1".

(12) Su ratificación conlleva la abolición definitiva de la pena de muerte en el territorio del Estado Parte. Ratificado por España el 16 de diciembre de 2009. En vigor para España: 1 de abril de 2010 (BOE, n° 77, de 30 de marzo de 2010).

(13) El Protocolo n° 2 (STE n° 44) atribuyó jurisdicción consultiva al TEDH. De conformidad con su artículo 5 párrafo 3 formaba parte integrante del Convenio desde su entrada en vigor el 21 de septiembre de 1970 (<https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=044>). Los Protocolos de enmienda n° 3 (STE n° 45), que entró en vigor el 21 de septiembre de 1970 (<https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=045>); n° 5 (STCE n° 55), que entró en vigor el 20 de diciembre de 1971 (<https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=055>); n° 8 (STE n° 118), que entró en vigor el 1 de enero de 1990 (<https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=118>). Todas las disposiciones modificadas o añadidas por dichos Protocolos fueron sustituidas por el Protocolo n° 11 (STE n° 155), a partir de la fecha de su entrada en vigor el 1 de noviembre de 1998 (<https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=155>). Desde esa fecha, el Protocolo n° 9 (STE n° 140), que entró en vigor el 1 de octubre de 1994 (<https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=140>), quedó derogado y el Protocolo n° 10 (STE n° 146, <https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=146>) quedó sin objeto. Los Protocolos 9 y 10 trataban respectivamente la legitimación activa ante el TEDH y de las competencias decisorias del Comité de Ministros sobre si existió o no violación del CEDH. Con posterioridad el Convenio europeo ha sido modificado por el Protocolo n° 14, de 13 de mayo de 2004 (STCE n° 194, <https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=194>), cuya entrada en vigor conllevó la derogación del Protocolo n° 14 bis, de 27 de mayo de 2009 (STCE n° 204, <https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=204>).

del trámite de admisión de demandas, instaurando la intervención de un Juez único en la fase de admisión de la demanda (antes era un Comité de tres jueces).

Posteriormente, el *Protocolo n° 15*, de 24 de junio de 2013¹⁴, entre otras cosas, reduce de 6 a 4 los meses el plazo exigido para acudir al TEDH desde el agotamiento previo de los recursos internos en el Estado al que se le atribuye la violación.

Por último, el 1 de agosto de 2018 entró en vigor el *Protocolo n° 16*¹⁵, de 2 de octubre de 2013, que permite a los órganos jurisdiccionales de mayor rango determinados por los Estados Parte, solicitar al TEDH que emita opiniones consultivas sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio o sus protocolos¹⁶.

Es a este último y a las opiniones consultivas emitidas en su marco hasta la fecha por el TEDH que dedicamos el presente trabajo. Se trata de un análisis que tiene por objeto preferentemente tanto el propio Protocolo n° 16 como la jurisprudencia del citado Tribunal dictada hasta el momento en el ejercicio de la jurisdicción consultiva que dicho Protocolo le reconoce y que incluye tanto las solicitudes de dictamen admitidas (siete) como las rechazadas (dos)¹⁷.

II. La jurisdicción consultiva del TEDH

II. 1. En el marco del CEDH

Como en todos los órganos jurisdiccionales internacionales, la jurisdicción del TEDH posee una doble naturaleza: contenciosa y consultiva. *Contenciosa*, en el marco de las demandas interestatales (art. 33) e individuales (art. 34) que le pueden ser sometidas una vez agotados los recursos internos. *Consultiva*, regulada en los arts.

(14) STCE, n° 213 (<https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=213>).

BOE, n° 109, de 7 de mayo de 2021. Ratificado por España el 20 de septiembre de 2018. Entró en vigor con carácter general y para España, el 1 de agosto de 2021.

(15) STCE n° 214 (<https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=214>).

No firmado ni ratificado por España.

(16) De conformidad con el art. 10, que dice: “Cada Alta Parte Contratante del Convenio indicará, en el momento de la firma o en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación, mediante una declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, los órganos jurisdiccionales que designa a los efectos del artículo 1, párrafo 1, del presente Protocolo. Esta declaración podrá, en cualquier momento, y de igual modo, ser modificada”.

(17) La última, de fecha 19 de febrero de 2024: TEDH, *Décision relative à une demande d'avis consultatif formée par la Cour suprême d'Estonie*, Demande no P16-2023-002, 19.2.2024 [Collège de la Grande Chambre], <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-7879612-10963901>; Solicitud (n° P16-2023-002).

47, 48 y 49 del Convenio¹⁸. En relación con la misma, sólo posee legitimación activa el Comité de Ministros del Consejo de Europa. En cuanto a su *objeto*, sólo pueden ser cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y de sus Protocolos (art. 47.1). En sentido contrario, las opiniones consultivas “no podrán referirse ni a las cuestiones que guarden relación con el contenido o la extensión de los derechos y libertades definidos en el Título I del Convenio y sus Protocolos, ni a las demás cuestiones de las que el Tribunal o el Comité de Ministros pudieran conocer de resultas de la presentación de un recurso previsto por el Convenio” (art. 47.2).

Afirmada la competencia consultiva del TEDH, el art. 48 precisa que es al propio Tribunal al que corresponde resolver si la solicitud de opinión consultiva presentada por el Comité de Ministros es de su competencia, tal como la define el artículo 47. Una vez emitida la opinión consultiva, la misma será comunicada al Comité de Ministros (art. 49.3).

Con carácter adicional, aunque vinculada a su jurisdicción contenciosa, el TEDH posee también una jurisdicción *interpretativa* a través de la Gran Sala. Se trata de la hipótesis prevista en los arts. 30 y 43 del Convenio europeo. En el caso del art. 30, es la Sala que está conociendo de la demanda la que puede inhibirse en favor de la Gran Sala¹⁹. Ahora bien, esto sólo es posible si concurren las cuatro circunstancias siguientes. En primer lugar, que el asunto pendiente ante la Sala plantee una cuestión grave relativa a la interpretación del Convenio o de sus Protocolos o que la solución dada a una cuestión pudiera ser contradictoria con una sentencia dictada anteriormente por el Tribunal. En segundo término, la inhibición sólo es posible mientras la Sala no haya dictado sentencia. Por último, no cabe la inhibición si alguna de las partes se opone a ello. En otros términos, no tiene que haber oposición por ninguna de las partes (demandante y Estado demandado).

La hipótesis prevista en el art. 43, por el contrario, tiene lugar una vez que la Sala que conocía la demanda ha dictado sentencia. En este caso, y en el plazo de tres meses a partir de la fecha de la sentencia de la Sala, cualquier parte en el asunto puede solicitar la remisión del asunto ante la Gran Sala. Como señala el art. 43.1, esto sólo es posible “*en casos excepcionales*”. El art. 43.2 añade que, entonces, “un colegio de cinco jueces de la Gran Sala aceptará la demanda si el asunto plantea

(18) Esta jurisdicción consultiva no fue prevista inicialmente por el Convenio. Fue atribuida al TEDH por el Protocolo nº 2 (STE nº 44). De conformidad con su artículo 5 párrafo 3, forma parte integrante del Convenio desde su entrada en vigor el 21 de septiembre de 1970.

(19) El art. 30 dice: “Si el asunto pendiente ante una Sala plantea una cuestión grave relativa a la interpretación del Convenio o de sus Protocolos, o si la solución dada a una cuestión pudiera ser contradictoria con una sentencia dictada anteriormente por el Tribunal, la Sala podrá inhibirse en favor de la Gran Sala, mientras no haya dictado sentencia, salvo que una de las partes se oponga a ello”.

una cuestión grave relativa a la interpretación o a la aplicación del Convenio o de sus Protocolos o una cuestión grave de carácter general”²⁰.

Respecto de esta jurisdicción consultiva, el propio TEDH destaca que la limitación de su competencia consultiva a “cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y de sus Protocolos” fue subrayada con ocasión de los trabajos preparatorios del Protocolo n° 2, momento en el cual “de hecho, se decidió, en efecto mantener el adjetivo “jurídico” para excluir cualquier competencia del Tribunal en cuestiones de carácter político”²¹. Abundando en la cuestión subraya que de los trabajos preparatorios relativos al Protocolo n° 2 se desprende que al conferir al TEDH una competencia consultiva, la intención era conferirle “una competencia general para interpretar el Convenio, que se extendería, por tanto, a las cuestiones relativas a la aplicación del Convenio pero no derivadas de un ‘procedimiento contencioso’”²².

En relación con Protocolo n° 16, su Preámbulo ya pone de manifiesto que la ampliación de la competencia del Tribunal para emitir opiniones consultivas “reforzará la interacción entre el Tribunal y las autoridades nacionales y consolidará así la implementación del Convenio, de conformidad con el principio de subsidiariedad”²³. El TEDH se hace eco de él y afirma que esa es la *finalidad* del procedimiento consultivo, dando a los órganos jurisdiccionales nacionales la posibilidad de solicitar un dictamen sobre “cuestiones de principio relativas a la interpretación o aplicación del conjunto de derechos y libertades definidos en el Convenio o en sus protocolos” (artículo 1 § 1 del Protocolo n° 16) que se planteen “en un asunto pendiente ante él” (artículo 1 § 2 del Protocolo n° 16)”²⁴. Es más,

(20) El art. 43 dice: “1. En el plazo de tres meses a partir de la fecha de la sentencia de una Sala, cualquier parte en el asunto podrá solicitar, en casos excepcionales, la remisión del asunto ante la Gran Sala. 2. Un colegio de cinco jueces de la Gran Sala aceptará la demanda si el asunto plantea una cuestión grave relativa a la interpretación o a la aplicación del Convenio o de sus Protocolos o una cuestión grave de carácter general. 3. Si el colegio acepta la demanda, la Gran Sala se pronunciará acerca del asunto mediante sentencia”.

(21) TEDH, *Avis consultatifs sur certaines questions juridiques relatives aux listes de candidats présentés en vue de l'élection des juges de la Cour européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, 12 février 2008, parágrafo 36 (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-2267394-2418393>). Sólo los gobiernos español y austriaco presentaron observaciones oponiéndose, “ya que, en su opinión, tenían un carácter político” (Ibid.).

(22) Ibid., parágrafo 37. En opinión de CACHO SÁNCHEZ, se trata de “una definición tan restrictiva” que justifica “que se la haya considerado una competencia ‘virtual’ o ‘residual’” (CACHO SÁNCHEZ, Y. “El potencial desarrollo del nuevo procedimiento consultivo ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: fortalezas, debilidades, oportunidades y amenazas”, *REDI*, Vol.71/2, julio-diciembre 1979, p. 172). La autora toma esa expresión de ONDOUA, A. - SZYMCZAK, D. (Dirs.), *La fonction consultative des juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2009, p. 6.

(23) En el párrafo segundo.

(24) TEDH, *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*, P16-2021-001, 26/04/2022, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-7317048-10811277>, parágrafo 53.

“La finalidad del procedimiento -consultivo- no es trasladar el litigio al Tribunal, sino dar al órgano jurisdiccional del que emana la demanda los medios necesarios para garantizar el respeto de los derechos del Convenio al resolver el asunto pendiente. El Tribunal no es competente ni para analizar los hechos del asunto ni para apreciar la argumentación de las partes en cuanto a la interpretación del Derecho interno a la luz del Derecho del Convenio, ni para pronunciarse sobre el resultado del procedimiento. Su función se limita a emitir un dictamen sobre las cuestiones que se le remitan. Corresponde al tribunal del que emana la demanda resolver las cuestiones planteadas por el asunto y extraer, en su caso, todas las consecuencias de la opinión del Tribunal para las disposiciones de Derecho interno invocadas en el asunto y para el resultado del asunto (*Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention [GC], demande no P16-2018-001, Cour de cassation française, § 25, 10 avril 2019 ('Avis consultatif P16-2018-001')*)”²⁵.

En cuanto al *objeto* del dictamen, de los apartados 1 y 2 del artículo 1 del Protocolo n° 16 el TEDH deduce que los dictámenes que debe emitir en virtud del mismo deben “limitarse a las cuestiones que tengan relación directa con el litigio pendiente ante los órganos jurisdiccionales internos”. Asimismo, “tienen por objeto orientar a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cuestiones de principio relativas al Convenio aplicables en casos similares *Ibidem*, § 26)”²⁶, proporcionando “lo antes posible”, al órgano jurisdiccional que presentó la demanda las orientaciones que le permitan garantizar el respeto de los derechos del Convenio cuando se pronuncie sobre el litigio pendiente:

“55. Al formular su dictamen, el Tribunal tendrá debidamente en cuenta los escritos y demás documentos presentados por los distintos participantes en el procedimiento. No corresponde, sin embargo, al Tribunal responder a todos los motivos y alegaciones que se le presenten, ni desarrollar detalladamente los fundamentos de su respuesta, ya que, en virtud del Protocolo n° 16, el Tribunal no está obligado a responder a cada uno de los motivos y alegaciones que se le presenten, ni a desarrollar detalladamente los fundamentos de su respuesta, su función no consiste en dictar resoluciones contradictorias sobre demandas contenciosas mediante una sentencia vinculante, sino, lo antes posible, proporcionar al órgano jurisdiccional que presentó la demanda las orientaciones que le permitan garantizar el respeto de los derechos del Convenio cuando se pronuncie sobre el litigio pendiente (Dictamen consultivo P16-2018-001, antes citado, § 34)”.

(25) *Ibid.*

(26) *Ibid.*, párrafo 54.

Desde un punto de vista de Derecho Comparado llaman la atención las diferencias existentes en materia consultiva entre el TEDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Tanto desde su propia concepción como desde el aspecto cuantitativo.

Respecto al primero, como ya hemos indicado, en su origen el CEDH de 1950 no contempló la jurisdicción consultiva del TEDH, siendo incorporada ésta al texto del Convenio a través del Protocolo n° 2. Por el contrario, la Convención Americana de Derechos Humanos la previó *ab initio* en el art. 64²⁷, siendo completado por el Reglamento de la Corte²⁸. Además, fue establecida de manera muy amplia, lo que la distingue de las demás jurisdicciones internacionales. La propia Corte lo destaca, con ocasión de su ejercicio, manifestando que “el art. 64 de la Convención confiere a esta Corte la más amplia función consultiva que se haya confiado a tribunal internacional alguno hasta el presente...”²⁹. Tanto es así, que frente a las dos únicas opiniones consultivas emitidas hasta la fecha por el TEDH en el marco del CEDH³⁰,

(27) Que dice: “1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. 2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales. En la actualidad, es el Capítulo VIII de la Carta de la OEA el que enumera los órganos de la misma”.

(28) Por los arts. 59 a 61, que regulan los requisitos que deben cumplir las solicitudes según el texto respecto al cual se pide interpretación: la Convención Americana sobre Derechos Humanos, otros tratados, o leyes internas. También, por los arts. 62 y 63, que determinan el procedimiento a seguir. Por último, el art. 64, relativo a la emisión y estructura que debe poseer el contenido de las opiniones que emita la Corte.

(29) Corte Interamericana de Derechos Humanos: “*Otros tratados*”. Objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC1/82, del 24 de setiembre de 1982. Serie A N 1, párrafo 14; Ed: Secretaría de la Corte, San José, Costa Rica, 1982. En lo atinente a los trabajos preparatorios de la Convención Americana, ver párr. 17. Vid. CISNEROS SÁNCHEZ, M., “Algunos aspectos de la jurisdicción consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a11771.pdf>. En la misma línea NIKKEN, P., “Partiendo de la base de que la Convención Americana sobre Derechos Humanos le atribuyó la más vasta función consultiva que se haya confiado a tribunal internacional alguno hasta el presente...” (“La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM, Semin1 (unam.mx), p. 162).

(30) TEDH, *Avis consultatif sur certaines questions juridiques relatives aux listes de candidats présentées en vue de l'élection des juges de la Cour européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, 12 février 2008 (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-2267394-2418393>) y *Avis consultatif sur certaines questions juridiques relatives aux listes de candidats présentées en vue de l'élection des juges de la Cour européenne des droits de l'homme (no 2)*.

Por Decisión de 2 de junio de 2004 el TEDH rechazó la solicitud del Comité de Ministros de emisión -en el marco del art. 47 del Convenio europeo- de una opinión consultiva sobre «la coexistencia del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de la Comunidad de Estados Independientes y el Convenio Europeo de Derechos Humanos».

la Corte IDH ha emitido más de treinta en el marco de la Convención Americana de derechos humanos.

II. 2. En el marco del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina)

Al margen del CEDH y de sus protocolos, otro tratado adoptado en el marco del Consejo de Europa contempla también la jurisdicción consultiva del TEDH. Se trata del *Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina)*, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997³¹.

En el marco de este tratado, el presidente del Comité de Bioética del Consejo de Europa solicitó al TEDH la emisión de un dictamen consultivo sobre dos cuestiones relacionadas con las personas que sufren trastornos mentales. Las preguntas formuladas por dicho Comité tenían por objeto aclarar determinados aspectos de la interpretación jurídica del art. 7 del Convenio de Oviedo³², con el fin de informar los futuros trabajos del Comité de Bioética en este ámbito. Con tal fin, pregunta:

“1. A la luz del objetivo del Convenio de Oviedo de “[garantizar] a toda persona, sin discriminación, el respeto de su integridad” (artículo 1 del Convenio de Oviedo), ¿cuáles son las “condiciones de protección” a que se refiere el artículo 7 del Convenio de Oviedo [protección de las personas que sufren un trastorno mental] que deben preverse por ley en los Estados miembros para cumplir los requisitos mínimos de protección?”

El TEDH, por unanimidad, decidió que la solicitud de dictamen consultivo no era de su competencia tal como se define en el citado art. 47.

(31) Cuyo art. 29, titulado “Interpretación del Convenio” dice: “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos podrá emitir dictámenes consultivos, con independencia de todo litigio concreto que se desarrolle ante un órgano jurisdiccional, sobre cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del presente Convenio, a solicitud de:

El Gobierno de una de las Partes, una vez informadas las demás Partes.

El Comité instituido por el artículo 32, en su composición restringida a los representantes de las Partes en el presente Convenio, mediante decisión adoptada por mayoría de dos tercios de los votos emitidos” (*STCE 164 - Convention pour la protection des Droits de l’Homme et de la dignité de l’être humain à l’égard des applications de la biologie et de la médecine: Convention sur les Droits de l’Homme et la biomédecine (coe.int)*).

(32) El art. 7 dice: “Artículo 7. Protección de las personas que sufran trastornos mentales. La persona que sufra un trastorno mental grave sólo podrá ser sometida, sin su consentimiento, a una intervención que tenga por objeto tratar dicho trastorno, cuando la ausencia de este tratamiento conlleve el riesgo de ser gravemente perjudicial para su salud y a reserva de las condiciones de protección previstas por la ley, que comprendan los procedimientos de supervisión y control, así como los de recurso”.

2. En caso de tratamiento de un trastorno mental sin el consentimiento de la persona afectada con el fin de proteger a otras personas de daños graves (véase el apartado 1 del artículo 26 del Convenio de Oviedo), que, por lo tanto, no entra en el ámbito de aplicación del artículo 7 del Convenio de Oviedo, ¿deben aplicarse las mismas condiciones de protección mencionadas en la pregunta 1)?³³.

El TEDH considera que, aunque el Convenio de Oviedo tenga un carácter diferente al del CEDH, las exigencias que se derivan para los Estados de su art. 7 se corresponden con las que se desprenden del Convenio europeo, ya que todos los Estados que han ratificado el Convenio de Oviedo están vinculados también por el CEDH. En consecuencia, estima que las garantías previstas en el Derecho interno que corresponden a las “condiciones de protección” exigidas por el art. 7 del Convenio de Oviedo, deben ser de tal naturaleza que satisfagan las exigencias de las disposiciones pertinentes del CEDH tal y como han sido interpretadas por el Tribunal en su jurisprudencia que, por otra parte, es abundante en lo relativo al tratamiento de los trastornos mentales.

Además, subraya que su propia jurisprudencia en este ámbito,

“... se caracteriza por un enfoque dinámico de la interpretación del Convenio Europeo, guiado en particular por la constante evolución de las normas jurídicas y médicas, tanto a nivel nacional como internacional. Las autoridades nacionales competentes deben, por tanto, velar por que su Derecho interno sea y siga siendo plenamente conforme con las normas pertinentes del Convenio Europeo, en particular las que imponen a los Estados obligaciones positivas de garantizar el disfrute efectivo de los derechos fundamentales”³⁴.

Por estas razones, concluye,

“ni el establecimiento de requisitos mínimos que deben fijarse por ley, en el sentido del artículo 7 del Convenio de Oviedo, ni una “aclaración” de dichos requisitos sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el tratamiento no consentido de personas que padecen trastornos mentales no puede ser objeto del dictamen consultivo solicitado en virtud del artículo 29 de dicho instrumento. Por consiguiente, la primera cuestión no es competencia del Tribunal. En cuanto a la segunda cuestión, que se deriva de la primera y está estrechamente relacionada con ella, el Tribunal considera igualmente que no es de su competencia responderla”³⁵.

(33) TEDH, Communiqué de presse de la Greffière de la Cour (CEDH 273 (2021), 15 septembre 2021, p. 3, HUDOC - European Court of Human Rights (coe.int).

(34) Ibid.

(35) Ibid.

En consecuencia, rechaza la solicitud de dictamen que le había sido planteada.

II. 3. En el marco del Protocolo n° 16

El Protocolo n° 16, de 2 de octubre de 2013³⁶, ha ampliado la competencia consultiva del TEDH al contemplar que los órganos jurisdiccionales de mayor rango de los Estados Parte puedan solicitar al Tribunal que emita opiniones consultivas “sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio o sus protocolos” (art. 1). Su preámbulo, en el párrafo tercero, justifica este objetivo en la consideración de “que la ampliación de la competencia del Tribunal para emitir opiniones consultivas reforzará la interacción entre el Tribunal y las autoridades nacionales y consolidará así la implementación del Convenio, de conformidad con el principio de subsidiariedad”.

El art. 10 determina que corresponde a los Estados Parte designar los órganos jurisdiccionales en cuestión, lo que harán mediante una declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa en el momento de la firma o en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación del citado Protocolo³⁷.

La opinión consultiva que solicita el órgano jurisdiccional nacional debe tener por *objeto* un asunto del que esté conociendo, debiendo motivar su petición y proporcionar los elementos jurídicos y fácticos pertinentes del asunto del que esté conociendo³⁸.

A los fines de su aceptación o denegación, la opinión consultiva es analizada por un colegio de cinco jueces de la Gran Sala del TEDH. En caso de ser aceptada, se da traslado de ella a la Gran Sala para que emita la opinión consultiva. En caso de negativa a aceptar la solicitud, el colegio de cinco jueces deberá motivarla.

Tanto en la formación de colegio de cinco jueces como en la de Gran Sala participa en calidad de “miembro de pleno derecho” el juez del Estado del que dependa el órgano jurisdiccional que lleve a cabo la solicitud. En su ausencia o cuando no esté en condiciones de intervenir, “actuará en calidad de juez una persona desig-

(36) Entró en vigor el 3 de octubre de 2018. Ratificado hasta la fecha por 22 de los 46 Estados miembros del Consejo de Europa.

(37) El art. 10 dice: “Cada Alta Parte Contratante del Convenio indicará, en el momento de la firma o en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación, mediante una declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, los órganos jurisdiccionales que designa a los efectos del artículo 1, párrafo 1, del presente Protocolo. Esta declaración podrá, en cualquier momento, y de igual modo, ser modificada”.

(38) Así lo dispone el art. 1 en sus párrafos 2 y 3: “2. El órgano jurisdiccional que lleve a cabo la solicitud únicamente podrá pedir una opinión consultiva en el marco de un asunto del que esté conociendo. 3. El órgano jurisdiccional que lleve a cabo la solicitud deberá motivar su petición y proporcionar los elementos jurídicos y fácticos pertinentes del asunto del que esté conociendo”.

nada por el Presidente del Tribunal a partir de una lista presentada previamente por dicha Parte Contratante”³⁹.

Otra novedad que incorpora el Protocolo n° 16 es la participación del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa en este procedimiento⁴⁰, pudiendo también hacerlo -mediante la presentación de observaciones escritas así como en las audiencias- el Estado del que dependa el órgano jurisdiccional que solicita la opinión consultiva. Por último, el presidente del Tribunal puede invitar también a cualquier Estado parte en el Protocolo o a cualquier persona a que presente observaciones por escrito y a participar en las audiencias. Así lo dispone el art. 3:

“El Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa y la Alta Parte Contratante de la que dependa el órgano jurisdiccional que lleve a cabo la solicitud tendrán derecho a presentar observaciones por escrito y a participar en las audiencias. El Presidente del Tribunal podrá igualmente, en interés de una buena administración de justicia, invitar a cualquier otra Alta Parte Contratante o persona a presentar observaciones por escrito y a participar en las audiencias”.

Como es propio del Estado de Derecho y al igual que sucede en la jurisdicción contenciosa, también en la consultiva las opiniones consultivas deben ser motivadas y en el caso de que la opinión consultiva en cuestión no represente, en todo o en parte, el parecer unánime de los jueces, cualquier juez tendrá derecho a unir a ella su opinión separada. Una vez emitida, la opinión consultiva será comunicada tanto al órgano jurisdiccional nacional que la solicitó, como al Estado parte del que dependa dicho órgano. Por último, serán publicadas⁴¹.

En cuanto a los *efectos jurídicos* de las opiniones consultivas el art. 5 del Protocolo n° 16 afirma que “no serán vinculantes”, lo que no significa que carezcan de efectos jurídicos respecto del órgano jurisdiccional nacional que la solicitó ni que sean irrelevantes. En cualquier caso, la formulación contenida en el art. 5 trae nuevamente a la palestra la eterna discusión entre actos vinculantes y no vinculantes en la que generalmente se otorga más relevancia a los primeros (como consecuencia de su indudable valor vinculante), infravalorando la relevancia que los últimos poseen debido a sus innegables efectos jurídicos⁴².

(39) Art. 2.3.

(40) El Comisario de Derechos Humanos es un órgano político independiente e imparcial creado en 1999 por el Consejo de Europa para promover el conocimiento y el respeto de los derechos humanos en los 46 Estados miembros de esta Organización Internacional (<https://www.coe.int/fr/web/commissioner/accueil>).

(41) Todo ello en el art. 4.

(42) Respecto de los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de la ONU, en el marco del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 vid. la obra colectiva de FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI (dir.), *Los efectos jurídicos en España de las decisiones*

En nuestra opinión, esa perspectiva que discrimina a los actos no vinculantes debido únicamente a su condición de tales es insatisfactoria y oculta la realidad, toda vez que los efectos jurídicos que tienen las opiniones consultivas (en general, de todos los tribunales internacionales, y también las emitidas en el marco del Protocolo n° 16) son, en realidad, similares a los de los actos vinculantes. En primer lugar, porque el órgano que la solicita acude voluntariamente al Tribunal solicitando su interpretación sobre la cuestión planteada. Por lo tanto, en virtud del principio de la buena fe que rige las relaciones internacionales no puede luego invocar que la opinión consultiva que libre y soberanamente ha solicitado no es vinculante para, así, desentenderse de ella y negar sus efectos jurídicos.

En segundo término, porque la interpretación que realiza el Tribunal y que constituye el objeto del dictamen en respuesta a la solicitud de opinión consultiva recibida, declara el derecho aplicable al caso por el órgano judicial internacional competente para ello en el marco del tratado internacional en cuestión. Aquí, el CEDH y el Protocolo n° 16.

Es más, como el propio TEDH ha puesto de manifiesto, el dictamen emitido por él en el marco de su jurisdicción consultiva constituye “una decisión judicial autorizada” sobre el Convenio europeo y sus protocolos, así como sobre otros tratados adoptados en el marco del Consejo de Europa, que se la reconocen.

Así lo declaró con ocasión de la solicitud de dictamen que recibió del presidente del Comité de Bioética en el marco del art. 29 del *Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina)*, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, anteriormente citado⁴³:

“Aunque los dictámenes del Tribunal en virtud del art. 29 sean consultivos y, por tanto, no vinculantes, una respuesta sería, no obstante, una decisión judicial autorizada al menos tanto sobre el propio Convenio Europeo como sobre el Convenio de Oviedo y pondría en riesgo al Tribunal en el ejercicio de su competencia contenciosa preeminente”⁴⁴.

Expuesto el marco general del Protocolo n° 16 procedemos, a continuación, al análisis de las opiniones consultivas aceptadas y rechazadas (siete y dos, respectivamente) emitidas hasta la fecha en su ámbito por el TEDH.

de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional, ed. Dykinson, Madrid, 2020.

(43) Vid. pp. 10-11 del presente trabajo.

(44) TEDH, Communiqué de presse de la Greffière de la Cour (CEDH 273 (2021), 15 septiembre 2021, p. 3.

III. Opiniones consultivas emitidas

III. 1. Dictamen consultivo sobre el reconocimiento en el Derecho interno de una relación paternofilial entre un niño nacido como consecuencia de una maternidad subrogada en el extranjero y la madre de intención

La solicitud de dictamen la plantea el Tribunal de Casación francés en el marco del art. 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar)⁴⁵.

En cuanto al *contexto*, la solicitud del dictamen por el Tribunal de Casación francés trae causa del asunto *Menesson c. Francia* [n° 65192/11,⁴⁶ TEDH 2014, en el cual el TEDH examinó en el marco del art. 8 del Convenio europeo la imposibilidad para dos niños nacidos en California por gestación subrogada de obtener en Francia -como querían los padres de intención⁴⁷- el reconocimiento de la filiación legalmente establecida entre ellos en Estados Unidos.

Respecto a las preguntas formuladas por el Tribunal de Casación, son las siguientes:

“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” como ⁴⁸“madre legítima”, al tiempo que acepta la inscripción en la medida en que el certificado designa al “padre

(45) TEDH, Demanda n° P16-2018-001, de 10 de abril de 2019 (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-6708599-9909826>). El art. 8 dice: “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”.

(46) TEDH, *Menesson c. Francia* [n° 65192/11, Sentencia de 26 de junio de 2014 (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145179>).

(47) Los padres intencionales (o de intención) en un proceso de gestación subrogada “son las personas que toman la decisión de firmar un contrato con la gestante o madre subrogada con el fin de llevar a cabo un embarazo y tener un hijo. En aquellos países donde la gestación subrogada está permitida, estos padres intencionales serán los únicos padres legales del recién nacido (los padres intencionales en la gestación subrogada (go4baby.com).

(48) “La expresión “padre/madre comitente” se entiende referida a aquellas personas que, como respuesta a su deseo de ser padres, comisionan la gestación de su futuro hijo a una gestante subrogada (TEDH, Demanda n° P16-2018-001, de 10 de abril de 2019 (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-6708599-9909826>), párrafo 9. Utilizamos la traducción al español realizada por el Equipo de Traducción de la Subdirección General de Constitucional y Derechos Humanos del Ministerio de Justicia (<https://www.mjusticia.gob.es/es/areas-actuacion/internacional/tribunal-europeo-derechos/jurisprudencia-tedh/otros-asuntos-relevantes/protocolo16/articulo-derecho-respeto-vida1>).

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. En caso de respuesta afirmativa a cualquiera de las dos preguntas anteriores, ¿la posibilidad de que la madre comitente adopte al hijo de su cónyuge, el padre biológico, como medio para establecer la relación jurídica materno-filial, garantizaría el cumplimiento de los requisitos del artículo 8 del Convenio?”⁴⁹.

En relación con esa cuestión, en el citado asunto el TEDH manifestó:

“100. Este análisis adquiere especial importancia cuando, como en el presente caso, uno de los padres intencionales es también el padre del niño. Habida cuenta de la importancia de la filiación biológica como elemento de la identidad de cada persona (véase, por ejemplo, *Jäggi c. Suiza*, n° 58757/00, § 37, TEDH 2006-X), no puede alegarse que redunde en interés del menor privarle de un vínculo jurídico de esa naturaleza cuando la realidad biológica de ese vínculo ha quedado establecida y el menor y el progenitor afectado reclaman su pleno reconocimiento. No sólo no se reconoció el vínculo entre los demandantes tercero y cuarto y su padre biológico en el momento de la solicitud de transcripción de las partidas de nacimiento, sino que su establecimiento mediante un reconocimiento de paternidad o de adopción o por efecto de la posesión de estado sería contrario a la jurisprudencia prohibitiva establecida también sobre estos puntos por la *Cour de cassation* (véase el apartado 34 *supra*). El Tribunal considera, a la vista de las consecuencias de esta grave restricción de la identidad y del derecho al respeto de la vida privada de los -niños- demandantes..., que al obstaculizar de este modo tanto el reconocimiento como el establecimiento en Derecho interno de su relación paterno-filial con su padre biológico, el Estado demandado fue más allá de lo que le permitía su margen de apreciación”⁵⁰.

En su solicitud de dictamen consultivo, la *Cour de cassation* pone de manifiesto que su jurisprudencia ha evolucionado desde la sentencia del TEDH recaída en el asunto *Mennesson c. Francia*. De acuerdo con esa evolución, ahora es posible en Francia la transcripción de la partida de nacimiento de un niño nacido como consecuencia de una maternidad subrogada realizada en el extranjero siempre que designe al padre intencional como padre del niño cuando es el padre biológico. No así en caso de maternidad intencional. Sin embargo, la esposa del padre, la madre

(49) *Ibid.*, párrafo 9.

(50) TEDH, *Mennesson c. Francia* [n° 65192/11, Sentencia de 26 de junio de 2014, párrafo 100 (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145179>)].

de intención, tiene ahora la posibilidad de adoptar al niño si se cumplen las condiciones legales y si la adopción responde al interés superior del niño, lo que crea una relación paterno-filial con el niño, siendo la adopción del hijo del cónyuge facilitada por la legislación francesa.

Mediante resolución de 16 de febrero de 2018, el Tribunal francés de Revisión de Decisiones Civiles estimó la solicitud de revisión del recurso de casación sobre cuestiones de Derecho interpuesto el 15 de mayo de 2017, en virtud del artículo L. 452-1 del Código de la Organización Judicial, por el matrimonio *Menesson*, en calidad de representantes legales de los dos hijos menores, contra la sentencia del Tribunal de Apelación de París de 18 de marzo de 2010 que había anulado la transcripción en el registro francés de nacimientos, matrimonios y defunciones de los datos relativos a los certificados de nacimiento de los hijos nacidos en Estados Unidos.

La petición del Tribunal de Casación de que el TEDH emitiera un dictamen se hizo en el contexto del nuevo examen de ese recurso.

En su dictamen, adoptado por unanimidad, la Gran Sala concluye:

“En una situación en la que, como en el escenario descrito en las preguntas planteadas por el Tribunal de Casación, un niño nacido en el extranjero a través de un acuerdo de gestación subrogada y concebido utilizando los gametos del padre comitente y de una tercera donante, y en la que la relación jurídica paternofilial con el padre comitente ha sido reconocida en la legislación nacional:

1. El derecho del niño al respeto de su vida privada en el sentido del artículo 8 del Convenio exige que la legislación nacional prevea la posibilidad de reconocer una relación jurídica paternofilial 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 en el sentido del artículo 8 del Convenio no exige que dicho reconocimiento adopte la forma de inscripción en el registro de nacimientos, matrimonios y defunciones de los datos de la partida de nacimiento legalmente establecida en el extranjero; pueden utilizarse otros medios, como la adopción del niño por la madre comitente, siempre que el procedimiento establecido por la legislación nacional garantice que pueda ser aplicado con prontitud y eficacia, de conformidad con el interés superior del niño”⁵¹.

(51) TEDH, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-6708599-9909826>. Cita tomada de la traducción al español realizada por el Ministerio de Justicia (*Dictamen en relación con el reconocimiento en el Derecho interno de una relación jurídica paterno-filial entre un niño nacido mediante gestación subrogada en el extranjero y la madre comitente*).

III. 2. Dictamen consultivo sobre la utilización de la técnica de “tipificación en blanco” o “tipificación por remisión” en la definición de un delito y los patrones comparativos entre el Derecho Penal vigente en el momento de la comisión del delito y el Derecho Penal modificado

La solicitud de dictamen consultivo la plantea el Tribunal Constitucional de Armenia⁵² en el marco del art. 7 del CEDH (*nullum crimen sine lege*, no hay pena sin ley)⁵³.

Esta solicitud tiene lugar en el *contexto* de dos casos pendientes ante el Tribunal Constitucional relativos a manifestaciones que tuvieron lugar en Armenia a finales de febrero y principios de marzo de 2008, en los que se plantearon cuestiones sobre la interpretación y aplicación de la disposición del Código Penal armenio que tipifica como delito el derrocamiento del orden constitucional de Armenia⁵⁴.

Las preguntas que formula el Tribunal Constitucional en su solicitud de dictamen consultivo son las siguientes:

“1. ¿Requiere el concepto de ‘Derecho’ establecido tanto en el artículo 7 del Convenio como en otros de sus artículos -por ejemplo, en los artículos 8 a 11- el mismo grado de precisión en cuanto a los requisitos cualitativos de certeza, accesibilidad, previsibilidad y estabilidad?”

(52) TEDH, Demanda núm. P16-2019-001, de 29 de mayo de 2020 (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-6708599-9909826>).

(53) El art. 7 dice: “1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. 2. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas”.

(54) Como señala la Gran Sala, en 2018, el expresidente de Armenia, Sr. R. Kocharyan, fue acusado de derrocamiento del orden constitucional por haber declarado el estado de excepción y haber hecho intervenir a las Fuerzas Armadas para reprimir las manifestaciones postelectorales que tuvieron lugar en febrero y marzo de 2008. En la época de los hechos, los actos dirigidos al derrocamiento violento del orden constitucional estaban penados por el art. 300 de la antigua versión del Código Penal, bajo el delito de “usurpación de poder”. En 2009, el Código Penal fue modificado, así como la definición de los delitos de “usurpación del poder” (art. 300) y “derrocamiento del orden constitucional” (art. 300.1), pero la pena siguió siendo la misma. El Sr. Kocharyan fue acusado sobre la base del art. 300.1 del Código Penal de 2009, según el cual el delito en cuestión consistía en “la abolición de facto, por anulación en el ordenamiento jurídico, de una norma enunciada en los artículos 1 a 5 o en el apartado 1 del art. 6 de la Constitución”. La versión anterior era más amplia en el sentido de que se castigaba cualquier acción dirigida a anular el orden constitucional, mientras que en la versión de 2009 sólo se castigaba la abolición *de facto* de determinados principios fundamentales de la Constitución. En otros aspectos, el artículo 300 del antiguo Código Penal era más restringido, en la medida en que contenía un elemento de violencia, ausente en el delito de “atentado” (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-6708784-8934776>).

2. En caso contrario, ¿de qué modo se delimitan?

3. ¿Es posible considerar que el Derecho penal que define un delito y que hace referencia a ciertas disposiciones de un acto con supremacía jurídica y mayor abstracción satisface los requisitos de seguridad jurídica, accesibilidad, estabilidad y previsibilidad?

4. A la luz del principio de irretroactividad del Derecho penal (artículo 7.1 del Convenio), ¿qué normas se establecen para comparar el Derecho penal vigente en el momento de la comisión del delito con el Derecho penal modificado, a fin de determinar las similitudes o diferencias contextuales (esenciales)?⁵⁵.

En su dictamen la Gran Sala del TEDH manifiesta que no puede responder ni a la primera ni a la segunda pregunta, por no cumplir los requisitos del art. 1 del Protocolo n° 16⁵⁶. Sí lo hace a las demás en los términos siguientes:

“2. El uso de la técnica de “tipificación en blanco o por remisión” para tipificar como delito las acciones u omisiones no es en sí mismo incompatible con los requisitos del artículo 7 del Convenio. La disposición remitente y la de referencia, en su conjunto, deben permitir a la persona prever qué conductas pueden hacerla penalmente responsable, recurriendo al asesoramiento jurídico adecuado en caso necesario. Este requisito se aplica del mismo modo a las situaciones en que la disposición de referencia se sitúe en un rango jerárquico superior en el ordenamiento jurídico de que se trate o tenga un nivel de abstracción superior al de la disposición remitente. La forma más eficaz de garantizar la claridad y la previsibilidad es que la referencia sea explícita y que la disposición remitente establezca los elementos constitutivos del delito. Por otro lado, las disposiciones de referencia no pueden ampliar el alcance de la tipificación penal establecida en la disposición remitente. En cualquier caso, corresponde al tribunal -solicitante del dictamen- aplicar tanto la disposición remitente como la de referencia para evaluar si la responsabilidad penal era previsible en las circunstancias del caso.

3. Para determinar si, a los efectos del artículo 7 del Convenio, una ley promulgada tras la presunta comisión de un delito es más o menos favorable para el acusado que la ley vigente en el momento de la presunta comisión del delito, deben tenerse en cuenta las circunstancias específicas del caso (principio de

(55) TEDH, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-6708599>, párrafo 11 Cita tomada de la traducción del dictamen realizada por el Ministerio de Justicia (*Dictamen en relación con el uso de la técnica de “tipificación en blanco” o “tipificación por remisión” en la definición de un delito y los patrones comparativos entre el derecho penal vigente en el momento de la comisión del delito y el derecho penal modificado.*

(56) “1. El Tribunal no puede responder a las cuestiones primera y segunda, ya que no cumplen los requisitos del artículo 1 del Protocolo núm. 16 (Ibid.).

concreción). Si la ley posterior es más severa que la que se encontraba en vigor en el momento de la presunta comisión del delito, no podrá aplicarse⁵⁷.

III. 3. Dictamen consultivo sobre la evaluación de la proporcionalidad, con arreglo al art. 3 del Protocolo nº 1 del Convenio, de una prohibición general de que una persona se presente como candidata a unas elecciones tras un procedimiento de destitución

La solicitud de dictamen consultivo la plantea el Tribunal Supremo Administrativo de Lituania⁵⁸ y se sitúa en el marco del art. 3 del Protocolo nº 1 del CEDH⁵⁹.

Respecto al *contexto* en el que la misma tiene lugar, viene dado por la negativa al registro de la candidatura de la Sra N.V. (antigua jueza) a las elecciones al *Seimas* de 2020⁶⁰.

En mayo de 2012, el Fiscal General, considerando que era probable que la Sra. N.V. hubiera cometido varios delitos en relación con los hechos relativos al procedimiento de custodia de menores en el que participó en calidad de jueza, solicitó al *Seimas* la suspensión de la inmunidad de la que gozaba por ese motivo. En junio de 2012, el *Seimas* levantó la inmunidad para que pudiera ser detenida y procesada. En octubre de 2012, la Sra. N.V. fue elegida como miembro del *Seimas* por la lista *Drašos kelias*, adquiriendo a partir de ese momento todos los derechos de representante de la nación.

En diciembre de 2013 se inicia un procedimiento de destitución⁶¹ contra ella por no haber cumplido sus obligaciones como miembro del *Seimas* (se encontraba en EEUU durante el procedimiento de destitución). Solicitada su extradición a EEUU por las autoridades lituanas, ésta es concedida.

(57) TEDH, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-6708599-9909826>. Cita tomada de la traducción del dictamen realizada por el Ministerio de Justicia (vid. nota anterior).

(58) TEDH, *Avis consultatif concernant l'appréciation de la proportionnalité, sous l'angle de l'article 3 du Protocole nº 1 à la Convention, d'une interdiction générale pour une personne de se porter candidate à une élection après une destitution dans le cadre d'une procédure d'impeachment*, P16-2020-002, Protocol 16, Accepted, 08/04/2022 (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-7306131-10801071>).

(59) El art. 3 dice: "Derecho a elecciones libres: Las Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo".

(60) El *Seimas* es el Parlamento unicameral de Lituania; órgano que constituye el Poder Legislativo. N.V. había ejercido como juez en el Tribunal Regional de Kaunas. Fue una de las principales protagonistas de un procedimiento de custodia de menores de gran repercusión en Lituania (procedimiento ya examinado por el TEDH en el asunto *Stankūnaitė c. Lituania*, nº 67068/11, de 29 de octubre de 2019 (cf. *ibid.*, par. 10).

(61) "Impeachment".

Según criterio de la Gran Sala “De los registros públicos se desprende que, el 8 de julio de 2021, el Tribunal Regional de Panevėžys declaró a la Sra. N.V. culpable de obstrucción de las actividades de un agente judicial, resistencia a un funcionario y lesiones corporales leves, y le impuso una pena de prisión de un año, nueve meses y seis días”; pena que no cumplió dado que se consideró que ya la había cumplido por el tiempo que ya había pasado en prisión preventiva. La Sra. N.V. interpuso recurso de apelación contra la sentencia del el Tribunal Regional de Panevėžys pero el Tribunal de Apelación la confirmó mediante Sentencia de 25 de enero de 2022 (pudendo ser recurrida ante el Tribunal Supremo en el plazo de tres meses).

En 2020, la Sra. N.V. solicita su inscripción como candidata a las elecciones al *Seimas* que se celebrarían en octubre de ese año pero la Comisión Electoral Central deniega la inscripción de su candidatura basándose en que en 2014 había sido objeto de un procedimiento de destitución que había dado lugar a la revocación de su mandato en el *Seimas*, “de modo que ya no podía ser titular de un mandato parlamentario (artículo 2, apartado 5, de la Ley sobre las elecciones al *Seimas*, apartado 49 infra)”⁶². Como consecuencia de ello, la Sra. N.V. impugna la decisión de la Comisión Electoral Central ante el Tribunal Supremo Administrativo, quien decide solicitar una opinión consultiva al TEDH.

Las preguntas formuladas por el Tribunal Supremo Administrativo en su solicitud de opinión consultiva son las siguientes:

“1) ¿Excede un Estado contratante el margen de apreciación que le confiere el artículo 3 del Protocolo n.º 1 del Convenio si no garantiza la compatibilidad de su Derecho interno con las obligaciones internacionales derivadas de las disposiciones del artículo 3 del Protocolo n.º 1 del Convenio y, en consecuencia, impide a una persona destituida como miembro del *Seimas* en el marco de un procedimiento de destitución ejercer el aspecto «pasivo» de su derecho de sufragio pasivo durante un período de seis años?

En caso afirmativo, ¿podría justificarse tal situación por la complejidad de las circunstancias específicas, directamente vinculada a la posibilidad de que el órgano legislativo adapte las disposiciones nacionales de rango constitucional a las obligaciones internacionales del Estado?

2. ¿Cuáles son los requisitos y criterios derivados del artículo 3 del Protocolo n.º 1 del Convenio que determinan el alcance del principio de proporcionalidad que el juez interno debe tener en cuenta y verificar en la situación de que se trata?

(62) TEDH, *Avis consultatif concernant l'appréciation de la proportionnalité, sous l'angle de l'article 3 du Protocole n° 1 à la Convention, d'une interdiction générale pour une personne de se porter candidate à une élection après une destitution dans le cadre d'une procédure d'impeachment, ob. cit., par. 24.*

En tal situación, al apreciar la proporcionalidad de una prohibición general que restringe el ejercicio de los derechos garantizados por el artículo 3 del Protocolo nº 1, ¿resulta adecuado atribuir un peso decisivo no sólo a la institución de un plazo, sino también a las circunstancias de cada caso concreto relativas a la naturaleza del cargo del que se ha sido destituido y al acto que dio lugar al procedimiento de destitución?”⁶³.

En su dictamen, adoptado por unanimidad, la Gran Sala del TEDH concluye que los criterios para decidir si la inhabilitación para ejercer un cargo parlamentario impuesta en un procedimiento de destitución ha excedido de lo que es proporcionado según el art. 3 del Protocolo nº 1:

“deben ser de carácter objetivo y permitir que se tengan en cuenta de forma transparente las circunstancias pertinentes relativas no sólo a los hechos que condujeron a la destitución de la persona en cuestión, sino también, y sobre todo, al cargo que dicha persona pretende ejercer en el futuro. Deben definirse, ante todo, en función de las exigencias del buen funcionamiento de la institución de la que la persona pretende formar parte y, por ende, del sistema constitucional y de la democracia en su conjunto en el Estado de que se trate”⁶⁴.

III. 4. Dictamen consultivo sobre la aplicabilidad de la prescripción a los procesos, condenas y sanciones por delitos que constituyan, en sustancia, actos de tortura

La solicitud de dictamen consultivo la plantea el Tribunal de Casación de Armenia (la Corte Suprema de Primera Instancia)⁶⁵ en el marco del art. 7 del CEDH (principio de legalidad penal, *nullum crimen sine lege*).

La pregunta formulada en la solicitud de opinión consultiva por el Tribunal de Casación es la siguiente:

“¿Sería conforme con el artículo 7 del Convenio Europeo la inaplicación de la prescripción de la responsabilidad penal por tortura o cualesquiera otros delitos equiparados a ella invocando las fuentes del Derecho internacional, si el

(63) TEDH, *Avis consultatif concernant l'appréciation de la proportionnalité, sous l'angle de l'article 3 du Protocole n° 1 à la Convention, d'une interdiction générale pour une personne de se porter candidate à une élection après une destitution dans le cadre d'une procédure d'impeachment*, ob. cit., par. 7.

(64) Ibid.

(65) TEDH, *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*, P16-2021-001, 26/04/2022 (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-7317048-10811277>).

Derecho interno no prevé ningún requisito de inaplicación de la prescripción de la responsabilidad penal?”⁶⁶.

La pregunta planteada es consecuencia de la declaración de prescripción por los tribunales armenios de procedimientos judiciales abiertos contra agentes de policía por la comisión de actos de tortura que dieron lugar en su momento a la declaración de violación del art. 3 (tanto sustantiva como procesal) del CEDH por el TEDH en el asunto *Virabyan c. Armenia*⁶⁷. En su sentencia, el TEDH declaró que el demandante (Sr. Virabyan) había sido sometido a tortura mientras estaba bajo custodia policial en abril de 2004 y que las autoridades no habían llevado a cabo una investigación efectiva sobre sus denuncias de malos tratos. En concreto, no se había incoado ningún proceso contra los agentes de policía y la única causa penal incoada en el momento de los hechos, que posteriormente había sido archivada, lo fue contra el demandante Sr. Virabyan por agredir a uno de los agentes de policía, uno de los presuntos autores de la tortura.

Tras posteriores recursos y decisiones de órganos judiciales armenios declarando y rechazando la prescripción, el 4 de julio de 2019, el Tribunal de Apelación de lo Penal desestimó los recursos contra la prescripción y confirmó la sentencia del Tribunal de Primera Instancia. Consideró que las exigencias del Derecho interno no permitían a los órganos jurisdiccionales, en este caso concreto, aplicar directamente la jurisprudencia del TEDH relativa a la prohibición de la aplicación de los plazos de prescripción. El Tribunal de Apelación de lo Penal declaró que:

“Las conclusiones del Tribunal de Primera Instancia de que los acusados debían quedar exentos de responsabilidad penal de conformidad con el artículo 75 § 1(3) del CC (véase el apartado 40 infra) habían sido legales y razonadas, teniendo en cuenta la necesidad de mantener los principios de legalidad e igualdad de todos ante la ley, la exigencia de que las cuestiones relativas a la culpabilidad y el castigo de una persona se determinen únicamente por las normas del Derecho penal y la inacceptabilidad de aplicar el Derecho penal por analogía. Si, en contra de estas exigencias, no se aplicara el plazo de prescripción, ello supondría una violación de los derechos del acusado y podría producir inseguridad jurídica y calificarse de arbitrariedad”⁶⁸.

(66) Ibid.

(67) TEDH, *Virabyan c. Armenia*, nº 40094/05, §§ 165 79, Sentencia de 2 de octubre de 2012.

(68) TEDH, *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*, P16-2021-001, parágrafo 24, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-7317048-10811277>

Planteado recurso por el Ministerio Público ante el Tribunal de Casación, éste decide solicitar al TEDH un dictamen sobre la base de la pregunta anteriormente expuesta.

En su dictamen, adoptado por unanimidad, la Gran Sala, concluye que cuando una infracción está sujeta a prescripción en el ordenamiento jurídico interno y el plazo de prescripción ha expirado, el art 7 del CEDH impide que se incoe de nuevo un procedimiento en relación con dicha infracción. En consecuencia:

“Corresponde en primer lugar al órgano jurisdiccional nacional determinar, en el contexto de sus normas constitucionales y penales internas, si las normas de Derecho internacional que tienen valor normativo en el ordenamiento jurídico interno -en el presente caso en virtud del artículo 5 § 3 de la Constitución -pueden constituir una base jurídica suficientemente clara y previsible en el sentido del artículo 7 para permitir concluir que el delito en cuestión no ha prescrito”⁶⁹.

III. 5. Dictamen consultivo sobre la diferencia de trato entre las comunidades de propietarios “con existencia reconocida en la fecha de creación de una comunidad de cazadores autorizada” y las comunidades de propietarios creadas posteriormente

La solicitud de dictamen consultivo la plantea el Consejo de Estado francés⁷⁰ en el marco del art. 14 del CEDH⁷¹.

En cuanto al contexto en el que tiene lugar la cuestión planteada al Tribunal, la misma acontece en el marco de un procedimiento pendiente ante el Consejo de Estado, al que se acudió a raíz de una modificación introducida en el artículo L. 422-18 del Código del Medio Ambiente por el artículo 13 (punto I, n.º 16) de la Ley n.º 2019-773, de 24 de julio de 2019, por la que se crea la Oficina Francesa de la Biodiversidad, modificando las funciones de las federaciones de cazadores y reforzando la policía medioambiental⁷².

La cuestión planteada al Tribunal por el Consejo de Estado es la siguiente:

(69) Ibid.

(70) TEDH, *Avis consultatif demandé par le Conseil d'État français*, Demande n° P16-2021-002, 13.07.2022 [GC], <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-7385707-10746862>

(71) El art. 14 dice: “Prohibición de discriminación: El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

(72) Cf. TEDH, *Avis consultatif demandé par le Conseil d'État français*, Demande n° P16-2021-002, 13.07.2022 [GC], <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-7385707-10746862>, parágrafo 12.

“¿Cuáles son los criterios pertinentes para apreciar si una diferencia de trato establecida por ley, como la descrita en el apartado 13 de la presente decisión, persigue, a la luz de las prohibiciones establecidas por el artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 1 del Primer Protocolo Adicional, un objetivo de utilidad pública basado en criterios objetivos y racionales, en relación con los fines de la ley que lo establece, que, en el presente caso, pretende evitar la práctica desordenada de la caza y promover la gestión racional del patrimonio cinegético, en particular fomentando la práctica de la caza en territorios de una superficie suficientemente estable y amplia?”⁷³.

La Gran Sala señala con carácter preliminar “que la cuestión que se le plantea en la parte dispositiva de la resolución del Consejo de Estado de 15 de abril de 2021 se refiere a los criterios que permiten al órgano jurisdiccional requirente apreciar si la diferencia de trato establecida por el artículo L. 422-18 del Código del Medio Ambiente en su redacción actual es o no compatible con el artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 1 del Protocolo nº 1 (véase el apartado 9 supra)”⁷⁴.

Y concluye:

“1. En lo que atañe a la diferencia de trato que resulta del artículo L. 422-18 del Código del Medio Ambiente entre las asociaciones «de existencia reconocida en la fecha de creación del ACCA» y las asociaciones creadas posteriormente, corresponde en primer lugar al órgano jurisdiccional remitente apreciar si tal diferencia de trato puede estar comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 1 del Protocolo n. 1 y, en caso afirmativo, si se refiere a personas que se encuentran en situaciones análogas o comparables en el sentido del artículo 14 en relación con el artículo 1 del Protocolo n. 1.

2. En caso de respuesta afirmativa a cada una de estas cuestiones previas, corresponde al órgano jurisdiccional remitente, para determinar si la diferencia de trato de que se trata en el presente asunto es ‘legítima y razonable’ y, por tanto, compatible con el artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 1 del Protocolo n. 1, asegurarse de lo siguiente: en primer lugar, de que, al distinguir entre categorías de propietarios o titulares de derechos de caza en función de la fecha de constitución de su asociación, el legislador perseguía uno o varios ‘fines legítimos’; en segundo lugar, de que la ley cumplía el requisito de legalidad consagrado en el artículo 1 del Protocolo nº 1 y, en tercer lugar, de que existía una ‘relación razonable de proporcionalidad’ entre los medios empleados y el fin o fines legítimos perseguidos.

(73) Ibid.

(74) Ibid.

A este respecto, su apreciación debe realizarse a la luz del criterio de la ‘falta manifiesta de un fundamento razonable’ para regular el uso de los bienes, en el sentido del artículo 1, párrafo segundo, del Protocolo nº 1.

Para apreciar la proporcionalidad de la medida que establece la diferencia de trato controvertida, el órgano jurisdiccional requirente debe tener en cuenta, en particular, la naturaleza del criterio de diferenciación establecido por la ley y su incidencia en el margen de apreciación de las autoridades nacionales, la elección de los medios empleados para alcanzar el objetivo o los objetivos perseguidos, la adecuación de los medios empleados en relación con el objetivo o los objetivos perseguidos y el impacto de los medios empleados”⁷⁵.

En consecuencia, concluye que es a la luz, en particular, de estos elementos, que corresponde al Consejo de Estado determinar si la diferencia de trato establecida por la disposición legislativa controvertida en el litigio del que conoce cumple o no el requisito de proporcionalidad y, en consecuencia, si dicha diferencia de trato es o no compatible con el art. 14 en relación con el art. 1 del Protocolo nº 1.

III. 6. Dictamen consultivo sobre el estatuto y los derechos procesales de los padres biológicos en los procedimientos de adopción de adultos

La solicitud de dictamen consultivo la plantea el Tribunal Supremo de Finlandia⁷⁶ y se sitúa en el marco de los arts. 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) y 6.1 (derechos y obligaciones de carácter civil y acceso a un tribunal). Tiene lugar dentro de un procedimiento conducido ante el propio Tribunal Supremo finlandés en materia de adopción, relativo a la adopción de un adulto, C, por su tía, B, con la que había vivido desde los tres años hasta la edad adulta y que se había convertido en su tutora sustituta a petición de la madre biológica del niño, A. Esta última había seguido participando en la educación de C y había permanecido en contacto con él. Cuando B solicitó autorización para adoptar a C, A se opuso. El Tribunal de Primera Instancia decidió, de oficio, oír a la madre biológica en calidad de testigo y, a continuación, autorizó la adopción, al considerar que se cumplían los requisitos establecidos en el artículo 4 de la Ley de Adopción para autorizar la adopción de un adulto, habida cuenta, en particular, de que C había sido criado por B y de que, cuando aún era menor de edad, su relación era comparable a la de un progenitor y un hijo. El Tribunal de Apelación declaró que el recurso de A era inadmisibile y lo desestimó sin examinar el fondo por considerar que el progenitor de un adulto no es parte en el procedimiento de adopción previsto por la ley y, por tanto, no tiene derecho a recurrir una resolución en esta materia.

(75) Ibid.

(76) TEDH, *Avis consultatif demandé par la Cour de Suprême de Finlande*, Demande nº P16-2022-001, 13.4.2023 [GC] (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-7623158-10493191>).

Cuando A solicitó autorización para recurrir esta decisión, el Tribunal Supremo de Finlandia solicitó al Tribunal una opinión consultiva sobre las siguientes cuestiones:

“(1) ¿Debe interpretarse el Convenio en el sentido de que los procedimientos judiciales relativos a la concesión de una adopción de un hijo mayor de edad en general, y en particular en las circunstancias del presente caso, están amparados por la protección del progenitor biológico a que se refiere el artículo 8 del Convenio?”

(2) En caso de respuesta afirmativa a la cuestión anterior, ¿deben interpretarse los artículos 6 y 8 del Convenio en el sentido de que el progenitor biológico de un hijo mayor de edad debe, en todos los casos, o en las circunstancias del presente asunto en particular, ser oído en los procedimientos judiciales relativos a la concesión de la adopción?

(3) En caso de respuesta afirmativa a las preguntas anteriores, ¿deben interpretarse los artículos 6 y 8 del Convenio en el sentido de que el progenitor biológico de un hijo mayor de edad debe ser reconocido como parte en el procedimiento y debe tener derecho, mediante la interposición de un recurso, a que la resolución por la que se autoriza la adopción sea revisada por un tribunal superior?”⁷⁷.

En su *conclusión*, adoptada por unanimidad, la Gran Sala determina que los procedimientos judiciales relativos a la adopción de un hijo mayor de edad afectan a la vida privada del progenitor biológico en el sentido del art. 8 del Convenio y que dicho progenitor debe tener la oportunidad de ser oído y sus alegaciones deben tenerse en cuenta a efectos de la decisión en la medida en que sean pertinentes. Sin embargo, estima que dado el amplio margen de apreciación de que dispone el Estado para regular el procedimiento de adopción de un adulto, el cumplimiento del art. 8 “no exige que se reconozca al padre biológico la condición de parte ni el derecho a recurrir la decisión por la que se autoriza la adopción.”

En relación con el art. 6, afirma:

“A los efectos de la aplicabilidad del artículo 6, parece que lo que A invoca realmente es un «derecho» de un progenitor biológico, en el contexto de la adopción de un adulto, a que el tribunal nacional competente pondere sus derechos e intereses y un derecho de recurso contra el resultado de dicha ponderación si le es desfavorable. Sin embargo, parece que los motivos de fondo que pueden justificar la adopción de un adulto, establecidos en el artículo 4 de la Ley de Adopción, son esencialmente fácticos, siendo la función del tribunal competente determinar si la relación entre el adoptante y la persona adoptada

(77) TEDH, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-7627957-10501398>

es efectivamente de la naturaleza prescrita por la ley, y que no es necesario tener en cuenta los intereses de ninguna otra parte. Según jurisprudencia reiterada del Tribunal -TEDH- sin embargo, éste no puede crear, mediante la interpretación del artículo 6 § 1, un derecho sustantivo que carezca de base jurídica en el Estado de que se trate. A la luz de las explicaciones proporcionadas por el Tribunal Supremo sobre el contenido y la lógica de las disposiciones legales pertinentes, parece que no puede sostenerse, ni siquiera discutiblemente, que el derecho reclamado por A esté reconocido en el Derecho interno. No obstante, corresponde al tribunal del que emana la demanda determinar si es así⁷⁸.

En consecuencia, la Gran Sala concluye que:

“Si el tribunal del que emana la demanda determina que no puede sostenerse, ni siquiera discutiblemente, que el derecho reclamado por la madre biológica esté reconocido en el Derecho interno, se deducirá que el artículo 6 del Convenio no es aplicable en relación con la madre biológica en el contexto del procedimiento de adopción de adultos⁷⁹”.

III. 7. Dictamen consultivo sobre la denegación de autorización para trabajar como vigilante de seguridad o agente de vigilancia por motivos de proximidad o pertenencia a un movimiento religioso

El dictamen consultivo lo solicita el Consejo de Estado de Bélgica⁸⁰ y tiene por objeto la denegación de autorización para trabajar como vigilante de seguridad o agente de vigilancia por motivos de proximidad o pertenencia a un movimiento religioso. Todo ello, a la luz del art. 9 del CEDH, relativo a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión⁸¹.

La cuestión planteada por el Consejo de Estado en su solicitud de dictamen consultivo es la siguiente:

(78) Ibid.

(79) Ibid.

(80) *Avis consultatif demandé par le Conseil d'État de Belgique*, Demande no P16-2023-001, 14.12.2023 [GC], <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-7849870-10902725>

(81) El art. 9 dice: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. 2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás”.

“La mera proximidad o pertenencia a un movimiento religioso que la autoridad administrativa competente considere que, dadas sus características, representa una amenaza a medio o largo plazo para el país, ¿constituye motivo suficiente en virtud del artículo 9 § 2 (derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión) del Convenio para adoptar una medida adversa contra alguien, como la prohibición de ejercer la profesión de vigilante de seguridad?”.

En su conclusión, adoptada por unanimidad, la Gran Sala responde afirmativamente a la pregunta formulada por el Consejo de Estado, a la vez que determina que la denegación de la autorización para ejercer la profesión de agente de vigilancia o de seguridad a una persona cuya pertenencia -probada por la autoridad administrativa competente- a un movimiento religioso que representa una amenaza para el Estado, para ser ajustada a Derecho, debe reunir las características siguientes:

“La pertenencia probada de una persona a un movimiento religioso que la autoridad administrativa competente considere, habida cuenta de sus características, que representa una amenaza para el Estado, puede justificar la denegación de la autorización para ejercer la profesión de agente de vigilancia o de seguridad, siempre que la medida en cuestión:

- 1) tenga una base jurídica accesible y previsible,
- 2) se adopte teniendo en cuenta el comportamiento o los actos del interesado,
- 3) se adopte, habida cuenta de la actividad profesional de dicha persona, con el fin de prevenir la materialización de un riesgo real y grave para la sociedad democrática y persiga uno o varios objetivos legítimos en el sentido del artículo 9 § 2 del Convenio,
- 4) sea proporcional al riesgo que se pretende prevenir y a la finalidad o finalidades legítimas que se persiguen; y
- 5) esté sujeta a un control judicial independiente y efectivo, con las garantías procesales adecuadas para asegurar que se cumplen las condiciones anteriores”⁸².

(82) *Avis consultatif demandé par le Conseil d'État de Belgique*, Demande no P16-2023-001, 14.12.2023 [GC], <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-7849870-10902725>

IV. Opiniones consultivas desestimadas

IV. 1. Decisión sobre una solicitud de dictamen consultivo del Tribunal Supremo de la República de Eslovaquia

La solicitud la formula el Tribunal Supremo de la República de Eslovaquia y se sitúa dentro de los arts. 2 (derecho a la vida)⁸³, 3 (prohibición de la tortura)⁸⁴ y 6.1 (derecho a un proceso equitativo)⁸⁵ del CEDH, en el marco de un proceso penal contra un agente de policía⁸⁶. En 2019, este recurrió ante el Tribunal Supremo en casación contra su condena por agresión con lesiones y alteración del orden público. Impugnó el hecho de que la investigación de su caso había sido llevada a cabo por funcionarios de la Inspección del Ministerio del Interior; funcionarios que están directamente subordinados tanto personal como funcionalmente al Ministro del Interior, y son responsables de procesar a los agentes de policía que están subordinados al mismo Ministro.

En su pregunta, el Tribunal Supremo pedía al TEDH que aclarase si la Inspección cumplía los criterios establecidos en los arts. 2, 3 y 6.1 del CEDH, relativos a las investigaciones de los delitos cometidos por agentes de policía, y si dichas investigaciones debían ser realizadas por una autoridad independiente e imparcial, así como su papel en el procedimiento en cuestión.

(83) El art. 2 dice: “Derecho a la vida. 1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un Tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena. 2. La muerte no se considerará como infligida en infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario: a) en defensa de una persona contra una agresión ilegítima; b) para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente; c) para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección”.

(84) El art. 3 dice: “Prohibición de la tortura. Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

(85) El art. 6.1 dice: “1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia”.

(86) TEDH, *Décision relative à une demande d'avis consultatif formée par la Cour suprême de la République slovaque*, Demande n° P16-2020-001,1.3.2021 [Collège de la Grande Chambre], <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-6951446-9351336>

Decisión

El colegio de cinco jueces de la Gran Sala del TEDH observó que las cuestiones planteadas se referían esencialmente a la imparcialidad del juicio del acusado en virtud del art. 6. En particular, la exigencia contenida en ese artículo de que el tribunal sea independiente e imparcial. Asimismo, abundando en la noción de independencia, la exigencia de que el tribunal sea independiente del poder legislativo, del poder ejecutivo y de las partes.

El colegio de la Gran Sala señala también que en un dictamen de armonización anterior emitido en 2015⁸⁷, el Tribunal Supremo eslovaco sostuvo que «la garantía de independencia que un tribunal debe ofrecer al acusado no beneficia a la víctima si el asunto no llega a la fase de juicio». A juicio del TEDH,

“al concluir en el citado dictamen que lo esencial para la preservación del derecho del acusado a un juicio justo en materia penal es la independencia del tribunal de enjuiciamiento, el Tribunal Supremo dio orientaciones pertinentes para responder a la cuestión que ahora se plantea”⁸⁸.

En consecuencia, el colegio de cinco jueces de la Gran Sala desestima la solicitud de dictamen porque, según su criterio, la cuestión planteada no se refiere a un asunto sobre el que el órgano jurisdiccional requirente necesitaría el asesoramiento del TEDH:

“los puntos planteados en la presente solicitud de opinión consultiva, en razón de su naturaleza, grado de novedad y/o complejidad, o por otras razones, no se refieren a una cuestión respecto de la cual el órgano jurisdiccional requirente necesitaría orientaciones del Tribunal de Justicia para poder garantizar el respeto de los derechos del Convenio al resolver el litigio pendiente. En resumen, la presente demanda no cumple los requisitos del artículo 1 del Protocolo n° 16, por lo que el Tribunal decide no admitirla”⁸⁹.

IV. 2. Solicitud de dictamen consultivo de una sala de la Sala de lo Penal de Estonia

La solicitud la formula el Tribunal Supremo de Estonia, siendo examinada por un colegio de la Gran Sala del TEDH a la luz del art. 4 del Protocolo n° 7⁹⁰. Tiene por

(87) Dictamen n° Tpj 62/2015. Ibid.

(88) Ibid.

(89) Ibid.

(90) TEDH, *Décision relative à une demande d'avis consultatif formée par la Cour suprême d'Estonie*, Demande no P16-2023-002, 19.2.2024 [Collège de la Grande Chambre], <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-7879612-10963901>; Solicitud (n° P16-2023-002).

objeto el sobreseimiento de un procedimiento por parte de un fiscal que no se refiere a un asunto sobre el que el órgano jurisdiccional requirente necesitaría orientación del Tribunal⁹¹. Consta de las dos preguntas siguientes:

“1) ¿Puede interpretarse el concepto de sobreseimiento en el sentido del artículo 4, apartado 1, del Protocolo n° 7 del [Convenio] en el sentido de que comprende un auto del Ministerio Fiscal por el que -tras el examen del fondo de los hechos relativos a una presunta infracción penal y de las pruebas correspondientes- se pone fin a la fase preliminar del proceso penal porque el Ministerio Fiscal considera que el acusado no cometió la infracción de que se trata o que el hecho cometido por el acusado no reúne los elementos constitutivos de una infracción penal?».

(2) En caso de respuesta afirmativa a la cuestión anterior, ¿es firme tal absolución, en forma de auto del fiscal, en el sentido del artículo 4, apartado 1, del Protocolo n° 7 del [Convenio], si las partes en el proceso ya no pueden impugnar el auto, aunque la ley atribuya a un fiscal de rango superior el derecho -hasta la expiración del plazo de prescripción de la infracción penal- a anular, por iniciativa propia, el auto que puso fin al proceso penal?”⁹².

El TEDH, mediante decisión adoptada el 19 de febrero de 2024, rechaza la solicitud de dictamen al considerar que, contrariamente a lo que exige el art. 1.1 del Protocolo n° 16, la solicitud no plantea una cuestión de principio relativa a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio o sus protocolos que justifique su examen por la Gran Sala del TEDH.

(91) El objeto de la opinión consultiva se sitúa en el marco del art. 4 del Protocolo n° 7, relativo al derecho a no ser juzgado o condenado dos veces. El art. 4 dice: “Derecho a no ser juzgado o condenado dos veces. 1. Nadie podrá ser perseguido o condenado penalmente por los tribunales del mismo Estado, por una infracción por la que ya hubiera sido absuelto o condenado en virtud de sentencia firme conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado. 2. Lo dispuesto en el párrafo anterior no impedirá la reapertura del proceso, conforme a la ley y al procedimiento pena La cuestión planteada por el Consejo de Estado en su solicitud de dictamen consultivo estaba redactada de la siguiente manera: “La mera proximidad o pertenencia a un movimiento religioso que la autoridad administrativa competente considere que, dadas sus características, representa una amenaza a medio o largo plazo para el país, ¿constituye motivo suficiente en virtud del artículo 9 § 2 (derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión) del Convenio para adoptar una medida adversa contra alguien, como la prohibición de ejercer la profesión de vigilante de seguridad ?” del Estado interesado, cuando hechos nuevos o ulteriormente conocidos o un vicio esencial en el procedimiento anterior pudieran afectar a la sentencia dictada. 3. No se autorizará derogación alguna del presente artículo en virtud del artículo 15 del Convenio”.

(92) Ibid., parágrafo 2.

El colegio de cinco jueces del TEDH observa que el recurso sí cumple los requisitos primero, tercero y cuarto establecidos en el artículo 1 del Protocolo n. 16⁹³, pero no así el segundo requisito de admisibilidad. Esto es, que la misma se refiera a “cuestiones de principio” (art. 1.1) “que, por su naturaleza, grado de novedad y/o complejidad, o por otros motivos, versen sobre una materia respecto de la cual el órgano jurisdiccional requirente necesite orientación del Tribunal”⁹⁴. Es decir, “una cuestión nueva y/o compleja”. Como no es el caso puesto que la cuestión controvertida ya es objeto de una jurisprudencia consolidada, según la cual la retirada del procedimiento por parte de un fiscal no equivale a una condena o absolución, el colegio de cinco jueces determina que el art. 4 del Protocolo n° 7 no es aplicable en tal situación⁹⁵.

En consecuencia, decide no admitir a trámite la solicitud.

V. Conclusiones

1. Si comparamos el recurso a la jurisdicción consultiva en el marco del CEDH con el recurso a la misma en el marco del Protocolo n° 16, encontramos que, así como el Comité de Ministros del Consejo de Europa (órgano competente para solicitarlas) ha utilizado esta posibilidad sólo dos veces, desde su entrada en vigor el 1 de agosto de 2018, el TEDH ha emitido siete dictámenes y ha rechazado dos solicitudes en el marco de la jurisdicción consultiva del Protocolo n° 16. El primero, el 10 de abril de 2019. La última decisión de rechazo, el 19 de febrero de 2024.

2. Es significativo que sólo 22 de los Estados miembros del Consejo de Europa (menos de la mitad de sus 46 integrantes) hayan ratificado el Protocolo n° 16 permitiendo a sus órganos jurisdiccionales de mayor rango solicitar al TEDH que emita opiniones consultivas sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio o sus protocolos. Este hecho pone de manifiesto una cierta desconfianza hacia el Tribunal, al que sólo parecen admitir como último recurso en el ámbito de la jurisdicción contenciosa, impidiendo de este modo la colaboración entre sus órganos jurisdiccionales de más alto rango y el TEDH en orden a lograr una correcta aplicación del CEDH y de sus protocolos en el orden interno en relación con cuestiones vinculadas a los mismos.

(93) Esto es, que la misma versa sobre cuestiones relativas a la aplicación o interpretación de los derechos y libertades definidos en el Convenio o sus protocolos en el marco de un asunto del que está conociendo el órgano jurisdiccional que solicita el dictamen.

(94) El art. 1.1 dice: “1. Los órganos jurisdiccionales de mayor rango de una Alta Parte Contratante, de acuerdo con lo especificado en el artículo 10, podrán solicitar al Tribunal que emita opiniones consultivas sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio o sus protocolos”.

(95) TEDH, <https://www.echr.coe.int/fr/w/advisory-opinion-2>

3. En el ejercicio del procedimiento consultivo del Protocolo n° 16 no hay ninguna interferencia ni injerencia en el modo de funcionamiento de las jurisdicciones internas. Por el contrario, su objetivo es sólo ayudar y orientar al órgano jurisdiccional nacional que le plantea las cuestiones, de manera que le permita garantizar el respeto de los derechos del CEDH y de los protocolos en cuestión. Esto es lo que hace el TEDH cuando emite el dictamen solicitado y que luego el órgano remitente aplica al litigio que está conociendo.

4. Aunque el art. 5 del Protocolo n° 16 afirma que las opiniones consultivas no son vinculantes, en nuestra opinión, donde debe ponerse el foco es en los efectos jurídicos de las mismas. De este modo, a partir de la libertad y de la voluntariedad con la que el órgano jurisdiccional nacional de más alto rango solicita al TEDH la emisión del dictamen en el marco del citado Protocolo n° 16 (ratificado también voluntariamente por el Estado en cuestión en ejercicio de su soberanía) y del principio de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales, que rige el comportamiento de los Estados en las relaciones internacionales, es difícilmente sostenible que tales dictámenes (como no son vinculantes, de acuerdo con el art. 5) son irrelevantes. Por el contrario, de lo anteriormente expuesto se desprende que sus efectos jurídicos son similares a los que tendrían de ser vinculantes porque el dictamen, como pone de manifiesto el TEDH, es una decisión judicial autorizada del citado tribunal sobre el CEDH y sus protocolos, que afirma el Derecho aplicable en el caso concreto según el criterio del TEDH. De ahí que el órgano jurisdiccional nacional no tenga otro remedio que aplicarlo ya que por ese motivo lo solicitó.

5. Como es habitual en su jurisprudencia dictada en el marco del ejercicio de su jurisdicción contenciosa, también con ocasión del ejercicio de su jurisdicción consultiva en el marco del Protocolo n° 16 el TEDH recurre con frecuencia al Derecho Comparado y al Derecho Internacional. En este último caso, a tratados internacionales relacionados con la cuestión que le ha sido planteada.