



.....

EL PROTOCOLO N. 16 AL CEDH: ¿REFUERZO U OBSTÁCULO AL YA COMPLICADO “DIALOGO ENTRE TRIBUNALES” PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS?

.....

Silvia Romboli¹

SUMÁRIO: Introducción. 1. El análisis del instrumento consultivo previsto en el Protocolo n. 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos. 1.1. Los sujetos legitimados. 1.2. El carácter obligatorio o facultativo del planteamiento. 1.3. El objeto. 1.4. El contradictorio y el rol de las partes en el juicio *a quo* y ante el Tribunal de Estrasburgo. 1.5. La decisión y sus efectos. 2. Conclusiones. Referencias.

1 - Profesora de Derecho Constitucional. ESADE – Universidad Ramon Llull – Barcelona.

INTRODUCCIÓN

La protección de los derechos fundamentales, que se consideraba, hasta cierto momento, una actividad de exclusiva competencia estatal, en las últimas décadas se ha convertido, a todas luces, en una tutela “multinivel”²

Las experiencias totalitarias, a las que con tanta evidencia se contraponen las Constituciones de la segunda posguerra, entre otros efectos y consecuencias acarrearón una cierta apertura de los ordenamientos nacionales hacia el exterior y hacia ámbitos y autoridades supranacionales. La finalidad patente de ese movimiento procuraba garantizar el respeto de aquellos derechos humanos que habían sido negados por los gobiernos dictatoriales, cuyos indeseables resultados y secuelas todavía estaban bien presentes en la memoria de los Constituyentes. Ese plano o ámbito supraestatal, así pues, simbolizaba un garante “externo” que podía intervenir en el caso de que las garantías “internas” no funcionasen apropiadamente.

Por lo que concierne a la tutela de los derechos, el nivel supranacional se desarrolla de manera principal a través de la aprobación de Cartas de derechos y por medio de la identificación de un Juez con la específica competencia de garantizar su respeto y observancia. Se trataría, parece evidente, más allá de su denominación y de su eficacia jurídico-formal, de textos caracterizados por su inequívoca naturaleza constitucional y por un contenido muchas veces análogo al de las Normas Fundamentales nacionales³.

Por estas razones, la doctrina no ha obviado evidenciar la necesidad de encontrar una conexión en los mecanismos de tutela y en las relaciones entre las distintas jurisdicciones (en particular, las europeas con las estatales).

Considerando que la previsión y, señaladamente, la tutela de los derechos fundamentales no puede entenderse como una competencia específica asignada a un juez o a otro, sino, más bien, como una finalidad general que persigue alcanzar el nivel máximo de realización posible, el criterio que ha prevalecido ha sido el de la necesaria colaboración y cooperación entre todos los diferentes niveles de tutela, tanto en el ámbito nacional como en los distintos ámbitos supranacionales⁴.

2 - La doctrina sobre esta materia es muy abundante. Pueden verse, entre otros: CARTABIA, M. *The multilevel protection of fundamental rights in Europe: the European pluralism and the need for a judicial dialogue*, en CASONATO, C. (Coord.), *The protection of fundamental rights in Europe: lessons from Canada*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2004; SORRENTINO, F., *La tutela multilivello dei diritti*, en *Riv. it. dir. pub. com.*, 2005, p. 365 y ss.; RUGGERI, A., *La tutela «multilivello» dei diritti fondamentali, tra esperienze di normazione e teorie costituzionali*, en *Politica del diritto*, fasc. 3, 2007, p. 317 y ss.; GAMBINO, S., *Vantaggi e limiti della protezione multilevel dei diritti e delle libertà fondamentali, fra diritto dell'Unione, convenzioni internazionali e costituzioni nazionali*, en www.forumcostituzionale.it, 2015; MALFATTI, E., *I “livelli” di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Giappichelli, Torino, 2015; CONTI, R., *Il sistema di tutela multilivello e l'interazione tra ordinamento interno e fonti sovranazionali*, en *Questione Giustizia*, fasc. 4/2016, p. 89 y ss.; MONTESINOS PADILLA, C., *La tutela multinivel de los derechos desde una perspectiva jurídico procesal*, Tirant lo Blanch, 2017.

3 - Algunos autores han revelado sus inquietudes respecto del nacimiento de una pluralidad de sistemas de protección de los derechos fundamentales en el ámbito supra e internacional, dotados muchas veces de marcos competenciales que coinciden, cada uno con su propia normativa y sus propios órganos como garantes del nuevo sistema; v. en relación con esto CRUZ VILLALÓN, P. *Rights in Europe: The Crowded House*, Centre of European Law, Working Papers in European Law, Working Paper 01/2012, King's College London, 2012, p. 1-20.

4 - Por estas razones, y para obviar a los problemas que pueden derivar de la presencia de una multiplicidad de Cartas de Derechos (muchas veces con el reconocimiento de derechos coincidentes, como apuntábamos en la nota anterior) y de Jueces para su protección, LÓPEZ GUERRA, L. (*Los Protocolos de reforma n. 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, en *Revista Española de Derecho europeo*, n. 49, enero-marzo, 2014, p. 12) evidencia la necesidad de instaurar medidas de coordinación entre estas normativas y estos órganos que “aseguren un funcionamiento armónico y sin contradicciones de los mecanismos de protección de los derechos humanos”.

Se ha empezado a hablar, así, de “diálogo entre jueces”⁵, esto es, de la creación de unos espacios de intercambio y colaboración entre las distintas jurisdicciones y las distintas jurisprudencias.

A tenor de lo expuesto, se desvela en toda su evidencia la importancia del estudio de los mecanismos que permiten el buen funcionamiento y el constante crecimiento de este diálogo.

Por esta razón, he decidido dedicar esta contribución al análisis del “último” (desde el punto de vista temporal) entre los mecanismos de diálogo entre tribunales, un instrumento todavía poco conocido y aún por “estrenar”: la posibilidad que determinadas autoridades judiciales estatales pidan una opinión consultiva al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, en adelante) según lo previsto en el Protocolo n. 16 al Convenio Europeo de Derecho Humanos (CEDH). En la doctrina se ha sostenido que este instrumento ha sido plasmado, no obstante las numerosas diferencias, mirando a la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, definido por esta razón como el “hermano mayor”⁶.

Procediendo con este análisis introductorio, el Protocolo n. 16 al CEDH⁷, articula, como

5 - Sobre la temática del “diálogo entre tribunales”, entre otros, pueden verse: D’ANDREA, L.; MOSCHELLA, G.; RUGGERI A.; SAITTA, A. *Crisi dello stato nazionale, dialogo intergiurisdizionale, tutela dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2015; LÓPEZ GUERRA, L.M., *El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Españoles. Coincidencias y divergencias*, en GIMENO SENDRA, V., REGUEIRO GARCÍA, M.T. (Coord.), *Nuevas tendencias en la interpretación de los derechos fundamentales*, Universitas, Madrid, 2015, p. 21-43; SÁIZ ARNAIZ, A., *Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: las razones para el diálogo*, en LÓPEZ GUERRA, L.M., SÁIZ ARNAIZ, A. (directores), *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos: una introducción desde la perspectiva del diálogo entre tribunales*, Palestra, Lima, 2015, p. 153-185; SÁIZ ARNAIZ, A. *La interacción entre los tribunales que garantizan derechos humanos: razones para el diálogo*, en *Lo Stato*, 2015; GIOVANNETTI, T., PASSAGLIA, P. *La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*, en ROMBOLI, R. (Coord.), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, Giappichelli, Torino, 2014; DANI, M., *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Cedam, Padova, 2013; DE VERGOTTINI, G., *Oltre il dialogo tra le Corti*, Il Mulino, Bologna, 2010; TESAURO, G., *Il dialogo tra giudice italiano e corti europee*, en BALDUCCI, C., SERRANO, M. L. (Coord.), *Atti del Convegno Nuovi assetti delle fonti del diritto del lavoro*, CASPUR-CIBER Publishing - Pubblicazioni Ecosostenibili. Disponibile en: <http://caspur-ciberpublishing.it/>; SPERTI, A., *Il dialogo tra le corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione nell’esperienza più recente*, en *Rivista di diritto costituzionale*, 2006, p. 125 y ss; GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., *Conflicto y cooperación entre la Constitución española y el Derecho Internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004; SORRENTINO, F., *Nuovi profili costituzionali dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e comunitario*, en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2002, pp. 1355 y ss.; CASTELLÁ ANDREU, J.M., *Derechos constitucionales y pluralidad de ordenamientos*, en APARICIO, M.A. (coord.), *Derechos constitucionales y formas políticas*, Actas del Congreso sobre derechos constitucionales y Estado autonómico, CEDES, Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 2001, p. 141-164; CARTABIA, M.; WEILER, J.H.H. *L’Italia in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2000; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. *La recepción por el Tribunal Constitucional de la jurisprudencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos*, en *Revista de Administración Pública*, n.º. 137, 1995, p. 7-30.

6 - CONTI, R. *La richiesta di “parere consultivo” alla Corte europea delle Alte corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla Cedu ed il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia Ue. Prove d’orchestra per una nomofilachia europea*, en *Consultaonline*, 2014, p. 6.
También en opinión de LÓPEZ GUERRA, L.M. (*Los Protocolos de reforma n. 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, cit., p. 14 y 22) el mecanismo previsto en el Protocolo n. 16 es evidentemente inspirado por el procedimiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE, aunque puedan evidenciarse “notables diferencias”, como veremos también en estas páginas.

7 - Sobre el Protocolo n. 16 al Convenio, pueden verse, entre otros: BARNABO’, M., *La nuova competenza consultiva della Corte europea dei diritti dell’uomo alla luce del Protocollo n. 16 alla Convenzione dei diritti dell’uomo*, en *Federalismi.it*, 2013, n. 4; ASTA, G. *Il Protocollo n. 16 alla Cedu: chiave di volta del sistema europeo di tutela dei diritti umani?*, en *La Comunità internazionale*, 2013, 4, p. 773 y ss.; el ya citado trabajo de LÓPEZ GUERRA, L. *Los Protocolos de reforma n. 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, en *Revista Española de Derecho europeo*, n. 49, enero-marzo, 2014, p. 11-29; RUGGERI, A. *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le Corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all’adesione dell’Unione alla Cedu e all’entrata in vigore del prot. 16)*, en *Riv. AIC*, 7 de febrero de 2014; POLLICINO, O. *La Corte costituzionale è una “alta giurisdizione nazionale” ai fini della richiesta di parere alla Corte Edu ex Protocollo 16?*, en *Forumcostituzionale*, 2 aprile 2014; CONTI, R., *La richiesta di “parere consultivo” alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla Cedu e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia Ue. Prove d’orchestra per una nomofilachia europea*, en *Consultaonline*, 2014; CENTAMORE, G.; AGOSTINI, B. *Protocollo XVI alla Convenzione europea dei diritti umani: osservazioni generali*, en *Diritto penale contemporaneo*, 2014; SICILIANOS, L.-A. *L’élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l’homme. À propos du Protocole n.º 16 à la Convention européenne des droits de l’homme*, en *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, n. 97, 2014, p. 9-29; MARCHINI, M. *Il Protocollo n. 16 alla Cedu: affinità e divergenze con il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, en *Eurojus*, it, 13 de noviembre de 2014; CONTI, R. *La richiesta di “parere consultivo” alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal protocollo n. 16 annesso alla Cedu si affianca al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia Ue*, en *Europeanrights.eu*; LANA, A.G. *Il protocollo n. 16 alla Convenzione europea per*

he subrayado más atrás, un nuevo procedimiento que permite a los tribunales nacionales solicitar del Tribunal Europeo opiniones consultivas sobre la aplicación e interpretación del Convenio Europeo. Hasta hace pocos meses (1 de agosto de 2018) no había entrado aún en vigor, pues no se habían alcanzado la ratificación del número mínimo de Estados miembros del Consejo de Europa que resulta necesario.

Esta competencia “consultiva” se suma así a aquella otra, escasamente utilizada, prevista en los arts. 47-49 CEDH⁸⁸.

Como se dirá más adelante, las opiniones, que tienen que motivarse y pueden contener opiniones disidentes⁹, no cuentan, sin embargo, con eficacia vinculante para el Estado solicitante ni, como es obvio, para ningún otro sujeto.

La aprobación de esta nueva competencia “consultiva” ha sido recibida positivamente, incluso con entusiasmo, por parte de la doctrina, aunque no hayan faltado voces que han mostrado reservas y preocupaciones¹⁰.

Entre los autores que sostienen la primera postura, se ha hablado de una verdadera “*revolución copernicana*” para los ordenamientos de los Estados miembros¹¹ y de la posibilidad de que pueda crearse un beneficioso círculo virtuoso, pues el Tribunal Europeo conocerá de una forma más completa las particularidades de cada supuesto específico y será posible una provechosa relación entre el Juez constitucional y la Corte Europea¹². Llega a afirmarse que este instrumento

la *salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: luci e ombre*, en www.cortedicassazione.it, 23 de octubre de 2014); LAMARQUE, E. (Coord.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino, 2015; ODDI, A., *La nuova funzione consultiva della Corte europea dei diritti dell'uomo (appunti introduttivi)*, en *Eius*, 4 luglio 2016; RIVERA, I., *Il protocollo n. 16 Cedu e la richiesta di parere consultivo ovvero una forma di “rinvio convenzionale” alla Corte di Strasburgo: alcune considerazioni a tre anni dall'adozione*, en *Studi sull'integrazione europea*, 2016, 455; PIRRONE, P., *Il Protocollo n. 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: i pareri pregiudiziali della Corte di Strasburgo*, en *Leggi d'Italia Legale*, 2017.

8 - Se trata del parecer que el Comité de Ministros puede solicitar del TEDH sobre cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y de sus protocolos, que sin embargo no puede concernir al contenido o la eficacia de los derechos y libertades ahí contenidos. La “opinión” tiene que motivarse y se prevé la posibilidad de que los Jueces de Estrasburgo emitan opiniones disidentes.

9 - Esta circunstancia representa una de las diferencias entre este mecanismo y la prejudicial ante el TJUE. En efecto, los Jueces de Luxemburgo no pueden expresar votos particulares de ningún tipo. Se trata, del otro lado, de una característica común respecto de las decisiones del Tribunal Constitucional español.

10 - RIVERA, I., *Il Protocollo n. 16 Cedu e la richiesta di parere consultivo ovvero una forma di “rinvio convenzionale” alla Corte di Strasburgo: alcune considerazioni a tre anni dall'adozione*, en *Studi sull'integrazione europea*, 2016, p. 455 y ss., evidencia algunas contradicciones en el mecanismo del parecer prejudicial y prevé una difícil aplicación del mismo, pues faltarían instrumentos aptos para garantizar su activación (y eficacia) a nivel nacional y su racionalización a nivel europeo; ONIDA, V., *Introduzione*, en LAMARQUE, E. (Coord.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo* cit., p. IX, considera que la reforma del Protocolo n 16 no se fundaría en una lógica muy clara y evidente, pues el Tribunal Europeo intervendría, con su opinión, en un proceso todavía en curso y en el momento de la última instancia; MARCHETTI, B. *Il Prot. 16 Cedu e la giurisdizione amministrativa*, en LAMARQUE, E. (Coord.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo* cit., p. 68 y ss., observa que, en el momento actual, la presencia contemporánea de un mecanismo de consulta al Tribunal Europeo y de una cuestión prejudicial ante la Corte de Luxemburgo se presenta poco conciliable; ZAGREBELSKY, V. (*Parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: vera o falsa sussidiarietà*), en LAMARQUE, E. (Coord.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo* cit., p. 95), prevé que las peticiones de opiniones al Tribunal de Estrasburgo serán muy pocas y que el instrumento no tendrá el éxito deseado; SORRENTI, G. *Un'altra cerniera tra giurisdizioni statali e Corti sovranazionali? L'introduzione della nuova funzione consultiva della Corte di Strasburgo da parte del Prot. 16 Cedu*, en LAMARQUE, E. (Coord.), *La richiesta di pareri* cit., p. 145 y ss., llama la atención sobre el riesgo que la práctica de las opiniones consultivas pueda conllevar, transformándose en una suerte de “réplica” (*doppione*) del recurso individual.

11 - CONTI, R. *La richiesta di “parere consultivo” alla Corte europea*, cit.

12 - CENTAMORE, G.; AGOSTINI, B. *Protocollo XVI alla Convenzione*, cit., 4, hablan de “*dirompente novità per l'ordinamento convenzionale*”.

puede convertirse en el elemento central (la “*chiave di volta*” en italiano) de todo el sistema europeo de derechos humanos¹³.

En efecto, se ha subrayado la trascendencia de la articulación – de manera distinta respecto de lo que en muchas ocasiones ha sucedido utilizando la prejudicial constitucional y aquella europea – de un diálogo directo entre los jueces nacionales y el Tribunal de Estrasburgo, con efectos favorables desde distintas perspectivas. En primer lugar, por la eventual reducción del contencioso ante el Tribunal Europeo¹⁴, gracias a la superación de las dificultades que acarrea para los jueces nacionales obtener principios y reglas generales de una jurisprudencia casuística y la mayoría de las veces sujeta al supuesto concreto, favoreciéndose así, de un lado, una mayor difusión de la cultura y de los contenidos del Convenio y, de otro, que la tutela de los derechos contenidos en el mismo se cumpla principalmente a nivel “local”, convirtiéndose en excepcional el recurso a la Corte de Estrasburgo¹⁵.

Esta misma experimentaría así una importante e inevitable transformación, pasando de ser el juez del caso concreto a ocuparse de problemas más genéricos, fijando los principios generales que posteriormente fundarán la decisión del juez al que le toque resolver la controversia determinada¹⁶.

Al Tribunal Europeo se le asignaría entonces una nueva competencia que le acercaría a las Cortes constitucionales nacionales, por lo menos por lo que concierne a aquellas funciones desarrolladas a través de las tipologías de decisiones que, sin declarar necesariamente la inconstitucionalidad de la norma enjuiciada, proporcionan un principio (más o menos general y genérico, según la circunstancia) al que la actividad del legislador y del juez tiene que atenerse.

El Protocolo n. 16 ha sido denominado, en razón de las características ahora descritas, el “*protocolo del diálogo*”¹⁷; no obstante, que sea de ese modo dependerá claramente de su aplicación práctica y del rol y de la posición del CEDH en el sistema de fuentes del Derecho de cada ordenamiento nacional.

1. EL ANÁLISIS DEL INSTRUMENTO CONSULTIVO PREVISTO EN EL PROTOCOLO N. 16 AL CONVENIO EDH

Con la finalidad de presentar este nuevo instrumento y las problemáticas que su introducción ha planteado respecto del “diálogo entre Tribunales” para la protección multinivel de los derechos, me centraré en el análisis de los elementos esenciales del mencionado procedimiento ante el TEDH.

13 - ASTA, G., *Il protocollo n. 16 alla Cedu* cit., p. 788.

14 - LÓPEZ GUERRA, L.M. *Los Protocolos de reforma n. 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, cit., p. 21 y 28.

15 - Entre otros, PIRRONE, P. *Il protocollo n. 16 alla Convenzione* cit., pp. 3 y ss.; SORRENTI, G. *Un'altra cerniera tra giurisdizioni statali*, cit., p. 145 y ss.

16 - En este sentido POLLICINO, O. *La Corte costituzionale è una “alta giurisdizione nazionale” ai fini della richiesta di parere alla Corte Edu ex protocollo 16?*, en *Forumquadernicostituzionali*, 2 de abril de 2014; CENTAMORE, G.; AGOSTINI, B. *Protocollo XVI alla Convenzione* cit., p. 8 y ss., que afirman que la nueva competencia determinará una modificación de la fisonomía de la Corte Europea, que podrá intervenir *ex ante* y no solo *ex post* como hasta ahora, realizando una verdadera función nomofiláctica en el contexto europeo y creando un punto de equilibrio entre las distintas jurisdicciones; DE SENA, P. *Caratteri e prospettive del prot. 16 Cedu nel prisma dell'esperienza del sistema interamericano di protezione dei diritti dell'uomo*, en LAMARQUE, E. (Coord.), *La richiesta di parere*, cit., p. 1 y ss.

17 - Esta definición es del propio Presidente del Tribunal de Estrasburgo don Dean Spielmann, pronunciada en ocasión de la 123ª Sesión del Comité de Ministros de 16 de Mayo de 2013 (www.echr.coe.int).

1.1 Los sujetos legitimados

El Protocolo n. 16 establece en su art. 1 que están legitimadas para solicitar la opinión consultiva las “más Altas Jurisdicciones” de aquellos Estados que hayan procedido a la ratificación, así como que éstas (indicadas luego con la expresión “autoridades judiciales”) sean como tales reconocidas por cada país en el momento de la firma o del depósito sucesivo a la aprobación del instrumento de ratificación.

En este caso, los términos empleados en el acto normativo terminan por no tener mucha importancia. En efecto, la selección de las autoridades judiciales legitimadas para elevar una duda sobre la interpretación del Convenio tendrá que proceder de una elección política, que quizás lleve a la previsión de un elenco taxativo de sujetos, eliminando el espacio de la interpretación jurisprudencial.

Evidencia aún más la naturaleza política y discrecional de la elección la previsión del Protocolo según la cual la declaración en la que se indican las autoridades judiciales legitimadas “*puede modificarse en cualquier momento*” (art. 10), generando dudas en orden a la independencia de estas autoridades¹⁸. Sobre este particular, ha habido autores que se han preguntado si podrían establecerse límites a dicha discrecionalidad y ejercerse unos controles “desde el exterior”, en los casos en los que, por ejemplo, se adviertan abusos o instrumentalizaciones (como la exclusión de las Cortes constitucionales en aquellos Países en los que estas hayan demostrado su trascendencia para las transiciones democráticas)¹⁹.

La “Memoria explicativa” precisa las razones que sustentan la previsión del Protocolo n. 16: la expresión “las más Altas Jurisdicciones” estaría dirigida a evitar complicaciones potenciales, permitiendo al mismo tiempo una cierta libertad de elección. La misma se refiere a las autoridades jurisdiccionales que se encuentran en la cúspide del sistema judicial nacional y la utilización del “plural” permitiría la inclusión de aquellos órganos judiciales que, no obstante se encuentren en un escalón jerárquico inferior al Tribunal Supremo o al Constitucional, ostentan una posición de especial relevancia en el ordenamiento, por ser, por ejemplo, las “más altas” en una determinada categoría de pleitos.

Sin duda, otra circunstancia que no hay que olvidar y que fundamenta esta elección es el consecuente efecto limitativo sobre el número de peticiones de opiniones a la Corte de Estrasburgo, que podría convertirse en excesivo si se hubiera dejado esta facultad a todas las jurisdicciones nacionales²⁰.

La doctrina ha llevado a cabo unas “previsiones” sobre este punto. Habitualmente no se excluye de este listado, por lo menos en Italia, la Corte de Casación, el Consejo de Estado, el

18 - POLLICINO, O. *La Corte costituzionale è una “alta giurisdizione nazionale”* cit., afirma que esta previsión puede convertirse en una peligrosa “espada de Damocle” sobre todo para los Jueces constitucionales de aquellos Estados que todavía no han terminado su proceso democrático. ROMBOLI, R., *Corte di Giustizia* cit., p. 33, sostiene que el enunciado podría provocar que los sujetos reconocidos como “Altas jurisdicciones” se encuentren en una situación de constante chantaje por parte del legislador, que podría modificar el listado según el comportamiento de cada uno de ellos.

19 - RIVERA, I. *Il Protocollo n. 16 Cedu e la richiesta di parere consultivo* cit., p. 460. Sobre el rol de las Cortes constitucionales en los procesos de transición democrática, puede consultarse el ya citado texto de BIAGI, F., *Corti costituzionali e transizioni democratiche. Tre generazioni a confronto*, Il Mulino, Bologna, 2016.

20 - PIRRONE, P. *Il protocollo n. 16 alla Convenzione* cit., p. 7 y ss. De la misma opinión también LÓPEZ GUERRA, L.M. *Los Protocolos de reforma n. 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, cit., p. 23, que afirma que la limitación a los “más altos tribunales” de los Estados busca sin duda evitar una “proliferación de peticiones” que podrían llevar a complicar el sistema de tutela del Convenio.

Tribunal de Cuentas cuando actúa con poderes jurisdiccionales, la Corte única militar de Roma y el Tribunal superior de las aguas²¹.

Por lo que concierne al Juez constitucional, en la “Memoria explicativa” del Protocolo n. 16 se precisa que “*una más Alta Jurisdicción no tiene necesariamente que ser una autoridad a la que presentar un recurso para satisfacer el requisito del agotamiento de las vías de recursos internos, ex art. 35.1 CEDH*”. Esta puntualización parece querer responder a exigencias y realidades como la italiana, donde no está previsto un recurso directo del ciudadano ante la Corte constitucional y, por ello, el juicio ante esta no se considera un procedimiento necesario para agotar los medios de apelación a nivel nacional (según el principio de subsidiariedad)²².

Las opiniones expresadas hasta la fecha por la doctrina reconocen de manera casi unánime la inclusión de la Corte constitucional dentro de las “más Altas Jurisdicciones” legitimadas para pedir la opinión consultiva al Tribunal de Estrasburgo²³. Uno de los argumentos que fundamentan esta postura ha sido, evidentemente, el hecho de que la jurisprudencia constitucional italiana ha terminado por incluir el Convenio entre las normas que constituyen el parámetro de la constitucionalidad en los juicios de legitimidad constitucional de las leyes (aunque todavía como “*norma interposta*”); sería, entonces, una paradoja excluir ahora la Corte constitucional de los sujetos legitimados para entablar un diálogo directo con la Corte de Estrasburgo²⁴.

Siempre con respecto a este tema, otros autores han llegado a afirmar que la legitimación de la Corte constitucional se manifiesta “*como la única hipótesis en el que la opinión podría alcanzar una significación ‘en abstracto’*”²⁵.

No obstante las opiniones de la doctrina, el legislador italiano ha seguido otra orientación y en el proyecto de ley para la ratificación del Protocolo n. 16 ha enunciado como autoridades legitimadas solo la Corte de Casación, el Consejo de Estado, el Tribunal de Cuentas y el Consejo de justicia administrativa de la región Sicilia, excluyéndose por lo tanto a la Corte constitucional²⁶. Se trata sin duda de una elección difícil de comprender, y ciertamente contra-

21 - PIRRONE, P. *Il protocollo n. 16 alla Convenzione* cit., p. 4 y ss.; CONTI, R. *La richiesta di “parere consultivo” alla Corte europea* cit.

CENTAMORE, G., AGOSTINI, B., *Protocollo XVI alla Convenzione* cit., p. 4, sostienen, sin embargo, que sería preferible limitar la legitimación a la Corte constitucional y a las Secciones Unidas de la Corte de casación. MARCHETTI, B., *Il Prot. 16 Cedu e la giurisdizione amministrativa* cit., p. 74, considera que también el Consejo de Estado en el ámbito del recurso extraordinario al Jefe de Estado debería incluirse entre las “Altas Jurisdicciones”.

22 - Sobre este tema, véase la reciente Sentencia del TEDH de 27 de agosto de 2015, asunto Parrillo c. Italia, y en particular el voto particular expresado por la minoría del colegio. En doctrina puede verse RANDAZZO, B., *Sussidiarietà della tutela convenzionale e nuove prove di dialogo tra le Corti. Parrillo c. Italia: novità in tela di accessibilità del giudizio costituzionale dopo le ‘sentenze gemelle’ (e la sent. n. 49 del 2015)*, en *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, pp. 617 y ss.

La respuesta de la Corte constitucional italiana a esta doctrina proporcionada por el Tribunal Europeo se encuentra en la Sentencia de la Corte constitucional de 26 de marzo de 2015, n. 49, en *Foro italiano*, 2016, I, p. 1623; en doctrina v. SORRENTI, G. *Sul triplice rilievo di Corte cost. sent. 49/2015, che ridefinisce i rapporti tra ordinamento nazionale e Cedu e sulle prime reazioni di Strasburgo*, en *Forumquaderniconstituzionali*, 2015.

23 - Entre otros, PIRRONE, P. *Il protocollo n. 16 alla Convenzione* cit., p. 4 y ss.; POLLICINO, O. *La Corte costituzionale è una “alta giurisdizione nazionale”* cit.; RUGGERI, A. *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti* cit., p. 12; LANA, A.G. *Il protocollo n. 16 alla Convenzione europea* cit., p. 5; CANNIZZARO, E. *Pareri consultivi e altre forme di cooperazione giudiziaria nella tutela dei diritti fondamentali* cit., p. 82 y ss.

24 - CONTI, R. *La richiesta di “parere consultivo” alla Corte europea* cit.

25 - “*Come l’unica ipotesi in cui il parere potrebbe rivestire un rilievo ‘in astratto’*”, v. ONIDA, V., *Introduzione* cit., p. X, que observa como en estos casos se justificaría menos el carácter no vinculante del dictamen.

26 - *Disegno di legge recante “Ratifica ed esecuzione dei Protocolli n. 15 e n. 16 recanti emendamenti alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, fatti, rispettivamente, a Strasburgo il 24 giugno 2013 e il 2 ottobre 2013”*.

ria al espíritu que fundamenta el Protocolo n. 16, dirigido a incrementar el diálogo justo entre las “más Altas Jurisdicciones” (de las que es arduo obviar el Constitucional). Diálogo alentado por el carácter facultativo de la consulta y por la eficacia no vinculante de la opinión.

Muchos comentaristas y la más autorizada doctrina confían en un replanteamiento por parte del legislador italiano; en caso contrario, las posibilidades de una integración sucesiva del listado de sujetos legitimados a pedir opiniones consultivas al TEDH utilizando los instrumentos de la interpretación y la actividad jurisprudencial parecen remotas (aunque algunos autores sostengan esta última teoría²⁷).

Merece la pena entonces, para concluir, evidenciar como esta disciplina puede crear una situación en la que en un ordenamiento jurídico se le reconozca al Juez constitucional la legitimación para plantear cuestiones de inconstitucionalidad ante sí mismo y cuestiones prejudiciales ante la Corte de Luxemburgo, pero al mismo tiempo el máximo intérprete de la Constitución quede fuera de este listado por elección del legislador nacional, como en el caso italiano.

1.2 El carácter obligatorio o facultativo del planteamiento

El segundo aspecto que tenemos que analizar atañe a la naturaleza obligatoria o facultativa de las solicitudes de intervención del TEDH a través del mecanismo *ex* Protocolo n. 16.

En este procedimiento, los “Altos Tribunales” (o “Altas Jurisdicciones”, según la traducción que se haga) que hayan sido elegidos como sujetos legitimados en el momento de la ratificación, tienen la facultad de solicitar una opinión consultiva al Tribunal Europeo, pero nunca una obligación. En la “Memoria explicativa” se afirma, en efecto, que dichas autoridades “pueden” pedir el parecer al Tribunal: “*la solicitud es facultativa y en ningún caso obligatoria*”. E incluso que “*A este propósito es importante también evidenciar que la autoridad jurisdiccional que presente la petición puede renunciar en cualquier momento*”²⁸.

Las razones de esta elección, que diferencia la prejudicial europea de aquellas constitucional y eurounitaria, según algunos comentaristas, se averiguan en la distinta tipología de las normas objeto de estos instrumentos. En el caso del Derecho de la Unión Europea, por ejemplo, se trata de una regulación muy específica que necesita una interpretación uniforme para todos los Estados miembros; las normas del Convenio Europeo, sin embargo, se caracterizan por un contenido más amplio e imponen, en la mayoría de los casos, obligaciones sobre el “resultado”, y no averiguar una solución igual para todos. Por el contrario, siempre que lleguen a aquel resultado, se permiten soluciones diferentes, reconociendo un “margen de apreciación” a los Estados miembros²⁹.

27 - En este sentido se ha expresado RIVERA, I. *Il protocollo n. 16 Cedu* cit., p. 470.

28 - Introducción a la Memoria (o Relación) explicativa al Protocolo n. 16 al CEDH, n. 7.

29 - Entre otros, v. PIRRONE, P. *Il protocollo n. 16 alla Convenzione* cit., p. 3 y ss.; DE SENA, P. *Caratteri e prospettive del prot. 16 Cedu* cit., p. 7-8. Sobre el tema del margen de apreciación estatal en el contexto del Consejo de Europa, pueden verse: GARCÍA ROCA, J. *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2010; GARCÍA ROCA, J. *Soberanía estatal versus integración europea mediante unos derechos fundamentales comunes: ¿cuál es el margen de apreciación nacional?*, en GARCÍA ROCA, J.; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (Coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009; GARCÍA ROCA, J. *La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, en *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 20, 2007, p. 117-143.

En este sistema de prejudicial europea, el juez “no seleccionado” entre los legitimados en el momento de la ratificación del Protocolo n. 16, no tendrá ninguna posibilidad de pedir opiniones interpretativas a la Corte de Estrasburgo. Las únicas posibilidades para los órganos judiciales “inferiores” serían entonces esperar que a través del sistema de recursos la “más alta” jurisdicción se demuestre sensible ante la misma duda, de un lado, o, de otro, plantear al Juez constitucional una cuestión de constitucionalidad y solicitarle la petición de la opinión consultiva al TEDH, creando una suerte de vínculo virtuoso entre la prejudicial constitucional y la europea.

Sin embargo, en situaciones como la italiana en la que, por lo menos hasta ahora, la Corte constitucional no ha sido incluida entre los “Altos Tribunales” habilitados a solicitar el parecer del Juez Europeo, no se ofrece esta segunda opción a los jueces ordinarios³⁰.

Puede ser oportuno evidenciar que, de acuerdo con la mayoría de la doctrina, la labor de realización y difusión de los principios y valores fundamentales confiada a las autoridades jurisdiccionales legitimadas para activar este mecanismo se cumple probablemente en medida insuficiente. En efecto, el instrumento previsto en el Protocolo n. 16 al CEDH se convertiría en un instrumento orientado más bien a un diálogo entre autoridades judiciales en la cumbre de los ordenamientos jurídicos que deja aislados a la mayor parte de los jueces nacionales, además de quedar en la disposición de las fuerzas políticas el acceso (o una futura privación del mismo) a su planteamiento, probablemente con un excesivo grado de precisión.

1.3 El objeto

Por lo que concierne al objeto de la consulta prejudicial que estoy analizando, el art. 1.1 del Protocolo n. 16 afirma que serán las “*cuestiones de principio relativas a la interpretación o aplicación de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio o en sus protocolos*”. La “Memoria explicativa” se limita a precisar que “*el Tribunal interpretará la definición en el momento de decidir si admitir o no la solicitud de una opinión consultiva*”³¹.

Un procedimiento en el que un Tribunal, cuya intervención es requerida por otro órgano jurisdiccional para poder cumplir con su tarea, se pronuncia en abstracto sobre “cuestiones de principio”, pero con fundamento en un caso concreto que tiene que ser especificado ante ese Tribunal y que constituye la *occasio* para la expedición de la opinión, evoca en cierta medida la cuestión incidental de constitucionalidad. Una petición, en definitiva, que se refiere a un caso específico aunque concierna a situaciones y problemáticas más generales, que se concretan en el supuesto del proceso *a quo*.

30 - Merece una mención la reflexión de CHIARLONI, S., *Il Prot. 16 Cedu. Un passo ulteriore verso il governo dei giudici?*, en LAMARQUE, E. (Coord.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo* cit., p. 45, que sostiene que de todas formas si el juez ordinario no encontrara una interpretación conforme a Constitución de la norma sobre la que tiene también una duda interpretativa en relación con el Convenio, de nada serviría la respuesta de Estrasburgo, pues el órgano judicial debería sucesivamente plantear de todos modos la cuestión de legitimidad constitucional ante la Corte constitucional, dado que no tiene la facultad de inaplicar la normativa nacional que contraste con el CEDH.

31 - Ya he evidenciado en las páginas anteriores el amplio margen de discrecionalidad que esta regulación deja en las manos del Tribunal Europeo.

Desde otro ángulo, el referirse a la interpretación solo de la regulación de derechos y libertades incluidos en el CEDH (y no entonces de la normativa nacional), el mecanismo europeo recuerda el sistema de reenvío prejudicial del ordenamiento eurounitario y, justo con fundamento en aquella experiencia, nos hace pensar que en la praxis también el parecer de la Corte de Estrasburgo terminará por extenderse a la conformidad de las normas internas con el Convenio.

La circunstancia que levanta más dudas es la posibilidad que el Tribunal Europeo tenga la capacidad de atender a un ámbito interpretativo exclusivamente abstracto, cuando hasta ahora ha desempeñado sus funciones decidiendo sobre casos concretos³².

De un lado, entonces, la opinión no puede pedirse para encontrar la solución del caso concreto, dado que de esta forma no se respetaría la naturaleza subsidiaria de la intervención del TEDH en la protección de los derechos; de otro, sin embargo, el parecer no puede ser completamente “abstracto”, pues encuentra su origen en un caso concreto. Por estas razones se ha afirmado que la Corte europea tendrá que proporcionar indicaciones de principio al juez nacional, siendo luego tarea de este último deducir las consideraciones y las consecuencias oportunas para adaptar el principio al caso específico y llegara a su solución³³.

1.4 El contradictorio y el rol de las partes en el juicio a quo y ante el Tribunal de Estrasburgo

Me centraré ahora en el rol de las partes y en la posibilidad de que se cree un contradictorio ante el TEDH en ocasión del planteamiento de una opinión consultiva prevista en el Protocolo n. 16.

Sobre ese particular, se ha optado generalmente por interpretar que la solicitud de opinión consultiva puede ser planteada de oficio por la “Alta Jurisdicción” pero también, aunque existe silencio en el Protocolo n. 16 sobre este punto³⁴, que pueda surgir a instancia de parte.

Por lo que concierne al contradictorio ante la Corte Europea, el art. 3 del Protocolo indica algunos sujetos a los que se les reconoce el “*derecho de presentar observaciones por escrito y de participar en las vistas*”: el Comisario para los derechos humanos del Consejo de Europa y el Estado al que pertenece la jurisdicción que ha planteado la petición de parecer.

El mismo artículo prevé la posibilidad para el Presidente del Tribunal Europeo de invitar “*otras partes contrayentes o personas a presentar observaciones por escrito o a participar en las vistas*”. Se trata, por tanto, de una mera posibilidad, dejada a la discrecionalidad del Presidente, que decidirá (verosímelmente) en razón del contenido de la opinión solicitada y de sus consecuencias y efectos en el juicio nacional en el que se originó la prejudicial³⁵.

32 - CENTAMORE, G.; AGOSTINI, B. *Protocollo XVI alla Convenzione* cit., p. 6; CANNIZZARO, E. *Pareri consultivi e altre forme di cooperazione giudiziaria* cit., p. 84.

33 - SORRENTI, G. *Un'altra cerniera tra giurisdizioni statali* cit., p. 159.

34 - Art. 1.1: “*Las más Altas Jurisdicciones de una Alta parte contrayente, designadas conforme al art. 10, pueden presentar al Tribunal solicitudes de opiniones consultivas [...]*”.

35 - En sentido crítico v. ODDI, A. *La nuova funzione consultiva della Corte europea* cit., p. 4, que afirma que también a las partes del juicio principal se habría tenido que reconocer el derecho a presentar observaciones escritas y a participar en las vistas.

Es casi cierto que los sujetos a los que se les solicite participar estarán presentes como *amici curiae*³⁶, pues se especifica en la normativa que la decisión del Presidente se tomará “*en consideración de una buena administración de la justicia*”.

La alusión a unas “personas” sin más especificaciones puede sin duda incluir, aunque no de forma exclusiva y excluyente para otras, las partes del juicio *a quo*; en el “*Rapport explicatif*”, párrafo n. 20, se lee a este respecto: “*podemos esperarnos que las partes involucradas en el proceso en cuyo ámbito se ha solicitado la opinión consultiva serán invitadas a participar en el procedimiento*”.

El Tribunal de Estrasburgo ha precisado además que, para garantizar el respeto del principio de igualdad, se propone añadir una disposición específica en su reglamento que establezca que las partes del juicio *a quo* se inviten de oficio a personarse ante ella misma en ocasión del proceso consultivo-prejudicial³⁷.

1.5 La decisión y sus efectos

Sobre los efectos de las decisiones que terminan el procedimiento ante la Corte de Estrasburgo *ex* Protocolo n. 16, merece la pena analizar, aunque sea sólo sumariamente, el procedimiento establecido en el mismo para la fase ante el Tribunal Europeo, es decir una vez que la solicitud de opinión consultiva haya llegado a Estrasburgo.

Esta se compone de dos momentos diferentes que se cierran con dos resoluciones distintas: una fase que se podría denominar de admisibilidad de la solicitud y una segunda, cuando la primera haya concluido en sentido positivo, relativa propiamente a la emisión de la opinión consultiva sobre cuestiones de principio referentes al contenido del Convenio.

La primera fase se confía a cinco jueces de la Gran Sala, que tendrán que emitir una decisión motivada sobre el respeto de las condiciones previstas en el Protocolo n. 16. En realidad, como se extrae de la lectura de este documento, los requisitos de admisibilidad de la solicitud no están fijados con precisión. Se puede presumir que la inadmisión pueda ser decretada principalmente por razones procesales, como, por ejemplo, la falta de legitimación del sujeto que pide el parecer, la insuficiencia de la motivación o la falta de alegaciones sobre el contexto jurídico y fáctico (ambos requeridos *ex* art. 1.3 del Protocolo), etc.

Se puede pensar también – en analogía con lo que sucede en las prejudiciales constitucional y ante el TJUE – en una inadmisibilidad por razones que conciernen al fondo. Me refiero al caso de la falta manifiesta de fundamento, en aquellos supuestos en los que el Tribunal Europeo haya ya sentado doctrina a través de un caso similar o idéntico, o cuando la duda tenga una solución clara (*acte clair* y *acte éclairé*).

36 - ASTA, G. *Il protocollo n. 16 alla Cedu* cit., p. 781.

37 - *Avis de la Cour sur le projet d protocole n. 16 à la Convention élargissant la compétence de la Cour afin de lui permettre de rendre des avis consultatifs sur l'interprétation de la Convention*, párrafo n. 11.

Una vez superado el filtro de admisibilidad, la Corte de Estrasburgo dictará su opinión motivada; el art. 4.2 del Protocolo establece que, si no hubiera unanimidad de pareceres, cada Juez tiene el derecho de expresar su opinión “separada”³⁸.

Un antiguo y muy renombrado Juez del Tribunal Europeo ha observado como este, muy probablemente, utilizará en sus respuestas a las consultas fórmulas genéricas, de manera que se permita al juez nacional llevar a cabo las consideraciones oportunas para adaptar la interpretación proporcionada a las circunstancias del caso concreto y, añadiríamos, del específico ordenamiento jurídico³⁹.

Huelga repetir que las opiniones consultivas del Tribunal Europeo no tienen efectos vinculantes para el juez remitente, ni para el país al que este pertenece, según lo establecido en el art. 5 del Protocolo n. 16⁴⁰.

En la “Memoria explicativa” del Protocolo se afirma que las opiniones se insertan en un contexto de diálogo entre el TEDH y las autoridades jurisdiccionales nacionales y que “*el órgano remitente decide sobre los efectos de la opinión consultiva en el procedimiento nacional*”.

Se precisa, asimismo, que – y nos parece consecuente y más que congruente con lo que acabamos de mencionar – las opiniones no surtirán efectos en los eventuales recursos de apelaciones sucesivos; sin embargo, sí “*formarán parte de la jurisprudencia del Tribunal Europeo, junto con las sentencias y las decisiones. La interpretación del Convenio y de sus protocolos contenida en dichas opiniones consultivas tendrá los mismos efectos que los principios interpretativos establecidos por el Tribunal en las sentencias y en las decisiones*”.

Estas afirmaciones, consideradas conjuntamente con la jurisprudencia constitucional italiana y española que impone a los jueces ordinarios entender los contenidos del Convenio según la interpretación proporcionada por el Tribunal Europeo en sus decisiones, otorgan un valor diferente de la simple naturaleza “no vinculante” a la eficacia de las opiniones consultivas⁴¹.

Ciertamente la “interpretación conforme” que provenga de Estrasburgo no puede llegar a tener los efectos de la de Luxemburgo; es decir: no podrá claramente consentir al juez nacional inaplicar, con fundamento en una opinión consultiva, el Derecho interno. No obstante, la lectura proporcionada por el Tribunal Europeo podrá sin duda orientar una interpretación del juez ordinario conforme al Convenio o inducir al mismo a plantear una cuestión de constitucionalidad ante el Constitucional denunciando la violación de las obligaciones internacionales.

38 - Sobre este particular, ZAGREBELSKY, V. (*Parere consultivo della Corte europea dei diritti umani* cit., p. 95) recuerda que hasta la fecha en los casos en los que se ha utilizado el instrumento de consulta *ex art. 47 CEDH*, la praxis ha sido de no emitir opiniones disidentes, para proporcionar una única y unitaria respuesta al remitente.

39 - ZAGREBELSKY, V. *Parere consultivo della Corte europea dei diritti umani*, cit., p. 96.

40 - Sobre las razones de fondo de esta elección, puede verse, entre otros: SORRENTI, G., *Un'altra cerniera tra giurisdizioni statali e Corti sovranazionali?* cit., pp. 156 y ss., que afirma que estos efectos son consecuencia lógica del carácter genérico propio de las opiniones de principio proporcionadas por el TEDH.

41 - Pueden encontrarse algunas consideraciones sobre este aspecto en PIRRONE, P., *Il protocollo n. 16 alla Convenzione* cit., 5, que considera que, en el caso en el que el juez ordinario quiera descostarse de la interpretación del TEDH, estará obligado a motivar su decisión.

Sea como fuere, la doctrina no ha tardado en evidenciar como la taxatividad de la afirmación de la falta de eficacia vinculante de los pareceres puede reducirse ulteriormente en razón de otro factor⁴². A saber: es la Gran Sala quien responde a la consulta. La parte del juicio nacional interesada en el respeto del contenido de la interpretación proporcionada por el TEDH, en el caso en el que el juez ordinario no lo haga, puede recurrir, en vía contenciosa, a la misma Corte de Estrasburgo⁴³, que, en aquel caso, se “quitará el traje” de simple órgano consultivo para ponerse el de órgano decisorio. Y, dado que quien viste estos distintos trajes es la misma institución, es muy alta la probabilidad que la segunda decisión vaya en la misma línea que la primera.

2. CONCLUSIONES

La introducción del instrumento analizado en esta breve intervención supone, a todas luces, el incremento de los mecanismos propio del “dialogo entre Tribunales” en materia de protección de derechos fundamentales.

Además de las breves conclusiones a las que me he referido en los comentarios a los distintos epígrafes, merece la pena a este punto preguntarse si la posibilidad de pedir opiniones consultiva, según las características evidenciadas en las paginas anteriores, potencia y realiza un refuerzo en dicho diálogo o si, antes bien, se trata de añadir un procedimiento que termina por entorpecer esa cooperación internacional.

En efecto, si es verdad que, entre los diferentes instrumentos empleados para la realización práctica del “diálogo”, a la doctrina no ha pasado desapercibida la especial relevancia que ha adquirido el mecanismo de la prejudicialidad⁴⁴, no hay certezas sobre la utilidad de predisponer tantos procedimientos distintos para lograr una tutela eficaz de los derechos.

Los mecanismos prejudiciales, como es notorio, han logrado un rol de preeminencia tanto a nivel interno, a saber, con la utilización constante del control incidental de constitucionalidad de las leyes, que ha instaurado una relación virtuosa entre el juez ordinario y las Cortes constitucionales, como en ámbito supranacional, respecto de las relaciones entre los jueces nacionales y el Tribunal de Justicia, en aplicación del art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Y hoy en día, tenemos al centro del debate el Protocolo n. 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, que prevé esa nueva posibilidad de un reenvío prejudicial a la Corte de Estrasburgo para obtener unas directrices de interpretación del CEDH.

42 - Entre otros: LANA, A.G. *Il protocollo n. 16 alla Convenzione europea* cit., p. 5; RIVERA, I. *Il protocollo n. 16 Cedu* cit., pp. 468 y ss.; MARCHETTI, B., *Il Prot. 16 Cedu e la giurisdizione amministrativa* cit., pp. 61 y ss.; RUGGERI, A., *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti* cit., p. 10. Algunos autores (RIVERA, I., *Il Protocollo n. 16 Cedu* cit., p. 460.

43 - En la “Relación explicativa” del Protocolo n. 16 se declara que la emisión de una opinión consultiva “no impide que una de las partes pueda ejercitar posteriormente su derecho a un recurso individual [...] ante el Tribunal. No obstante, si el recurso se propone después de la emisión de una opinión consultiva del Tribunal que se haya respetado, se considera que los elementos del recurso que conciernan a las cuestiones abarcadas en la opinión consultiva tienen que declararse inadmisibles [...]”.

44 - Entre otros: REALE, M.C.; BORRACCETTI, M. *Da giudice a giudice. Il dialogo fra giudice italiano e Corte di giustizia delle comunità europee*, Milano, Giuffrè, 2008; ROMBOLI, R. *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, en CIANCIO (Coord.), *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa*, Roma, 2014, p. 431 y ss.

La progresiva afirmación del método del diálogo ha producido consecuencias en las modalidades de actuación del juez nacional, ordinario y constitucional, en su papel de “garante” de la protección de los derechos fundamentales. Entre otras cuestiones relevantes, una es por ejemplo la relación entre la utilización de estos mecanismos supranacionales y el control, siempre prejudicial, de las leyes en vía incidental al que acabo de referirme. Baste pensar en todo el debate que ha suscitado la denominada “doble prejudicialidad”, a saber, la necesidad de elegir un orden de prioridad entre las cuestiones de inconstitucionalidad nacionales y las cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Luxemburgo cuando sobre una misma norma el juez tenga dudas de conformidad con la Constitución y con el Derecho de la UE⁴⁵.

El diálogo entre aplicadores e intérpretes que operan en distintos niveles de tutela y a través de diferentes cauces procesales ha producido, en efecto, una consecuencia que algunos autores han descrito como una sensación de confusión, de desorientación del juez nacional en su rol de protección de los derechos⁴⁶, pues este sujeto tiene que llevar a cabo actuaciones distintas según tenga que verificar la relación (y sobre todo las posibles contradicciones) entre la ley nacional y la Constitución de su País, entre la misma ley y el CEDH, o entre la ley y el Derecho eurounitario.

En cada uno de estos supuestos, el juez nacional deberá actuar según unas precisas reglas procesales y recurriendo ante un determinado Tribunal. La sensación de “desorientación” a la que se ha aludido, puede conducirle a elegir plantear un tipo de recurso propio de una de las tres relaciones ahora indicadas, cuando sin embargo habría tenido que actuar de conformidad con los procedimientos previstos para otra.

Estas reflexiones han actualizado en algunos autores una nueva concepción y clasificación de los modelos de justicia constitucional o, más en general, de protección de los derechos, dado que estos se originaron según las necesidades concretas de momentos históricos que hoy podemos, en muchos casos, considerar superados⁴⁷.

A pesar de todo ello, el balance del “diálogo” puede valorarse en sentido muy positivo. Así, por ejemplo, se advierte la trascendencia que ha tenido el Convenio (y la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo), de un lado, al servir de norma “interpuesta” para proponer cuestiones de inconstitucionalidad fundadas en la presunta violación del mismo y, de otro, cuando se ha procurado proporcionar una interpretación de la ley nacional conforme a la Constitución y al CEDH por parte de los jueces ordinarios. Asimismo, no puede olvidarse que los Tribunales constitucionales del entorno europeo utilizan constantemente la jurisprudencia del TEDH y las interpre-

45 - CARTABIA, M. *Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di «doppia pregiudizialità», comunitaria e costituzionale*, en *Foro italiano*, 1997, V, p. 222 y ss.; GHERA, F. *Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative della Corte di giustizia*, en *Giur. cost.*, 2000, p. 1193 y ss. Más recientemente, en la doctrina española, CRUZ VILLALÓN, P. y REQUEJO PAGÉS, J. L. *La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad*, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 50, enero-abril, 2015, p. 173-194; COMELLA, V., *El problema del “doble vicio” en que pueden incurrir las leyes nacionales: infracción de la Constitución e infracción del Derecho de la Unión Europea. A propósito del caso Melki*, en *Foro de actualidad*, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, n. 28, 2011, p. 57-61.

46 - GALLO, F. *Rapporti tra Corte costituzionale e Corte Edu*, Bruxelles 24 de mayo de 2012, www.cortecostituzionale.it/relazioniinternazionali.it.

47 - ROMBOLI, R. *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli*, en *Forum di Quaderni costituzionali*, en *Rassegna* n. 3/2014, pp. 1 y ss., que propone la introducción de una organización de tipo enteramente difuso o de una dual, parecida al modelo peruano, en el que se prevé de forma paralela tanto un sistema concentrado como uno difuso.

taciones del contenido de los derechos del Convenio proporcionadas por aquel para fundar sus decisiones en materia de violación de los derechos fundamentales, en algunos casos por expresa previsión constitucional (como en España, *ex art. 10.2 CE*).

Por todo lo expuesto, la introducción de un instrumento a través del cual la Corte de Estrasburgo pueda aclarar la interpretación del contenido del CEDH, en un dialogo directo con las Altas jurisdicciones nacionales, no puede que recibirse con entusiasmo.

REFERENCIAS

AGOSTINI, B. *Protocollo XVI alla Convenzione europea dei diritti umani: osservazioni generali*, en *Diritto penale contemporaneo*, 2014.

ASTA, G. *Il Protocollo n. 16 alla Cedu: chiave di volta del sistema europeo di tutela dei diritti umani?*, en *La Comunità internazionale*, 2013, 4, p. 773 y ss.

BARNABO', M. *La nuova competenza consultiva della Corte europea dei diritti dell'uomo alla luce del Protocollo n. 16 alla Convenzione dei diritti dell'uomo*, en *Federalismi.it*, 2013, n. 4.

BIAGI, F. *Corti costituzionali e transizioni democratiche. Tre generazioni a confronto*, Il Mulino, Bologna, 2016.

CARTABIA, M. *Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di «doppia pregiudizialità», comunitaria e costituzionale*, en *Foro italiano*, 1997, V, p. 222 y ss.

CARTABIA, M. *The multilevel protection of fundamental rights in Europe: the European pluralism and the need for a judicial dialogue*, en CASONATO, C. (Coord.), *The protection of fundamental rights in Europe: lessons from Canada*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2004.

CARTABIA, M.; WEILER, J.H.H. *L'Italia in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2000.

CASTELLÁ ANDREU, J.M. *Derechos constitucionales y pluralidad de ordenamientos*, en APARICIO, M.A. (coord.), *Derechos constitucionales y formas políticas*, Actas del Congreso sobre derechos constitucionales y Estado autonómico, CEDES, Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 2001, p. 141-164.

COMELLA, V. *El problema del “doble vicio” en que pueden incurrir las leyes nacionales: infracción de la Constitución e infracción del Derecho de la Unión Europea. A propósito del caso Melki*, en *Foro de actualidad*, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, n. 28, 2011, p. 57-61.

CONTI, R. *Il sistema di tutela multilivello e l'interazione tra ordinamento interno e fonti sovranazionali*, en *Questione Giustizia*, fasc. 4/2016, p. 89 y ss.

CONTI, R. *La richiesta di “parere consultivo” alla Corte europea delle Alte corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla Cedu ed il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia Ue. Prove d’orchestra per una nomofilachia europea*, en Consultaonline, 2014, p. 6.

CRUZ VILLALÓN, P. *Rights in Europe: The Crowded House*, Centre of European Law, Working Papers in European Law, Working Paper 01/2012, King’s College London, 2012, p. 1-20.

CRUZ VILLALÓN, P. y REQUEJO PAGÉS, J. L. *La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad*, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 50, enero-abril, 2015, p. 173-194.

DANI, M. *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Cedam, Padova, 2013.

DE VERGOTTINI, G. *Oltre il dialogo tra le Corti*, Il Mulino, Bologna, 2010.

GALLO, F. *Rapporti tra Corte costituzionale e Corte Edu*, Bruxelles 24 de mayo de 2012, en www.cortecostituzionale.it/relazioniinternazionali.it.

GAMBINO, S. *Vantaggi e limiti della protezione multilevel dei diritti e delle libertà fondamentali, fra diritto dell’Unione, convenzioni internazionali e costituzioni nazionali*, en www.forumcostituzionale.it, 2015.

GARCÍA ROCA, J. *La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, en *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 20, 2007, p. 117-143.

GARCÍA ROCA, J.; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (Coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

GHERA, F. *Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative della Corte di giustizia*, en *Giur. cost.*, 2000, p. 1193 y ss.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., *Conflicto y cooperación entre la Constitución española y el Derecho Internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

LAMARQUE, E. (Coord.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Giappichelli, Torino, 2015.

LÓPEZ GUERRA, L. *Los Protocolos de reforma n. 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, en *Revista Española de Derecho europeo*, n. 49, enero-marzo, 2014, p. 12.

MALFATTI, E. *I “livelli” di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Giappichelli, Torino, 2015.

MARCHETTI, B. *Il Prot. 16 Cedu e la giurisdizione amministrativa*, en LAMARQUE, E. (Coord.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, p. 68 y ss.

MARCHINI, M. *Il Protocollo n. 16 alla Cedu: affinità e divergenze con il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, en Eurojus.it, 13 de noviembre de 2014.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. *La recepción por el Tribunal Constitucional de la jurisprudencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos*, en *Revista de Administración Pública*, nº. 137, 1995, p. 7-30.

MONTESINOS PADILLA, C. *La tutela multinivel de los derechos desde una perspectiva jurídico procesal*, Tirant lo Blanch, 2017.

ODDI, A. *La nuova funzione consultiva della Corte europea dei diritti dell'uomo (appunti introduttivi)*, en Eius, 4 luglio 2016.

PIRRONE, P. *Il Protocollo n. 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: i pareri pregiudiziali della Corte di Strasburgo*, en *Leggi d'Italia Legale*, 2017.

POLLICINO, O. *La Corte costituzionale è una “alta giurisdizione nazionale” ai fini della richiesta di parere alla Corte Edu ex Protocollo 16?*, en *Forumcostituzionale*, 2 aprile 2014.

RANDAZZO, B., *Sussidiarietà della tutela convenzionale e nuove prove di dialogo tra le Corti. Parrillo c. Italia: novità in tela di accessibilità del giudizio costituzionale dopo le ‘sentenze gemelle’ (e la sent. n. 49 del 2015)*, en *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 617 y ss.

REALE, M.C.; BORRACCETTI, M. *Da giudice a giudice. Il dialogo fra giudice italiano e Corte di giustizia delle comunità europee*, Milano, Giuffrè, 2008; ROMBOLI, R. *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, en CIANCIO (Coord.), *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa*, Roma, 2014, p. 431 y ss.

RIVERA, I., *Il protocollo n. 16 Cedu e la richiesta di parere consultivo ovvero una forma di “rinvio convenzionale” alla Corte di Strasburgo: alcune considerazioni a tre anni dall'adozione*, en *Studi sull'integrazione europea*, 2016, 455.

ROMBOLI, R. *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli*, en *Forum di Quaderni costituzionali*, en *Rassegna n. 3/2014*, p. 1 y ss.

RUGGERI, A. *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le Corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla Cedu e all'entrata in vigore del prot. 16)*, en *Riv. AIC*, 7 de febrero de 2014.

SICILIANOS, L.A. *L'élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme. À propos du Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme*, en *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, n. 97, 2014, p. 9-29.

SORRENTINO, F. *La tutela multilivello dei diritti*, en *Riv. it. dir. pub. com.*, 2005, p. 365 y ss.; RUGGERI, A., *La tutela «multilivello» dei diritti fondamentali, tra esperienze di normazione e teorie costituzionali*, en *Politica del diritto*, fasc. 3, 2007, p. 317 y ss.

SORRENTINO, F. *Nuovi profili costituzionali dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e comunitario*, en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2002, p. 1355 y ss.

SPERTI, A., *Il dialogo tra le corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione nell'esperienza più recente*, en *Rivista di diritto costituzionale*, 2006, p. 125 y ss.

TESAURO, G., *Il dialogo tra giudice italiano e corti europee*, en BALDUCCI, C., SERRANO, M. L. (Coord.), *Atti del Convegno Nuovi assetti delle fonti del diritto del lavoro*, CASPUR-CIBER Publishing - Pubblicazioni Ecosostenibili. Disponibile en: <http://caspur-ciberpublishing.it/>.

