

LA APERTURA DEL DIÁLOGO PREJUDICIAL DE NUESTROS ALTOS TRIBUNALES CON ESTRASBURGO (CON LA ENTRADA EN VIGOR DEL PROTOCOLO 16 CEDH)

Ricardo Alonso García

En el *BOE* núm. 224, del pasado 17 de septiembre, se publicaba el *Instrumento de ratificación del Protocolo nº 16 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Estrasburgo el 2 de octubre de 2013*. Dicho Instrumento se depositó ante el Secretario General del Consejo de Europa, en la misma ciudad de Estrasburgo, el 31 de julio anterior, por lo que entrará en vigor en nuestro país, de conformidad con las previsiones del propio Protocolo, el próximo 1 de noviembre¹.

No deja de ser llamativa la rapidez con la que se ha tramitado su inserción en nuestro ordenamiento (nueve meses desde su firma, el 29 de octubre de 2024, hasta su ratificación, el 31 de julio pasado²), tras más de 11 años de absoluto silencio desde la apertura a su firma el 2 de octubre de 2013³. Ese mismo día, la estamparían los representantes de Armenia, San Marino y Turquía, junto con los siguientes Estados miembros de la UE: Eslovaquia, Eslovenia, Finlandia, Francia e Italia (país este último que, a pesar de su temprana firma, sigue hoy en día sin proceder a su ratificación, como también sucede con Turquía).

¹ Cfr. *infra*, artículo 8.2 del Protocolo.

² La prestación del consentimiento fue autorizada por las Cortes Generales, ex artículo 94.1 de la Constitución, el 20 de mayo.

³ De «inexplicable» y «recalcitrante» calificaba Raúl Cancio, allá por 2022, la posición de España ante el Protocolo 16 (cfr. *España y su enigmática desafección con el Protocolo 16 CEDH*, <https://www.almendron.com/tribuna/espana-y-su-enigmatica-desafeccion-con-el-protocolo-no-16-cedh/>).

Casi 5 años después de su apertura a la firma, concretamente el 1 de agosto de 2018, entró en vigor tras el depósito por Francia de su instrumento de ratificación⁴, momento en el que se cumplieron las condiciones para dicha entrada en vigor establecidas en el propio Protocolo (concretamente, la suma de 10 Altas Partes Contratantes⁵).

Desde entonces, otras 15 Altas Partes han procedido a su ratificación, por lo cual son ya 25, tras la adición última de España, los Estados vinculados por el Protocolo (de entre los cuales, 13 son miembros de la UE⁶).

También desde entonces, el TEDH ha emitido 7 opiniones consultivas⁷ (así denomina el Protocolo a las decisiones prejudiciales de Estrasburgo), habiendo inadmitido 4, casi todas ellas por no tratarse, conforme impone el artículo 1.1 *in fine* del Protocolo, de «*cuestiones de principio* relativas a la interpretación o aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio o en sus Protocolos»⁸.

* * *

No se trata de presentar aquí y ahora un estudio, siquiera mínimo y descriptivo, del *modus operandi* del Protocolo⁹; *modus operandi* que, por lo de-

⁴ Tan sólo un par de meses después, la propia Francia activaría por vez primera el novedoso mecanismo prejudicial del Protocolo 16. A ello dediqué en su momento otra Tribuna de esta Revista, bajo el título *Un otoño prejudicial francés para la historia* (REDE n° 68, 2018).

⁵ Según el apartado 1 del artículo 8, «el presente Protocolo entrará en vigor el primer día del mes siguiente al cumplimiento de un plazo de tres meses después de la fecha en que diez Altas Partes Contratantes del Convenio hayan expresado su consentimiento en quedar vinculadas por el Protocolo». El apartado 2, por su parte, dispone que «para cualquier otra Alta Parte Contratante del Convenio que exprese posteriormente su consentimiento en quedar vinculada por el presente Protocolo, este entrará en vigor el primer día del mes siguiente al cumplimiento de un plazo de tres meses después de la fecha de expresión de su consentimiento en quedar vinculada por el Protocolo».

⁶ A saber, las ya mencionadas Eslovaquia, Eslovenia, Finlandia y Francia, a las que se han ido sumando, por orden de ratificación: Estonia y Lituania (el mismo día que Francia), Países Bajos y Grecia (2019), Luxemburgo (2020), Rumanía y Bélgica (2023), y, finalmente, Suecia y España (2025).

⁷ Procedentes de Francia (2), Armenia (2), Lituania, Finlandia y Bélgica.

⁸ Esto es, y con palabras del TEDH, por no tratarse de «cuestiones nuevas y/o complejas», al haber sido ya objeto de «una jurisprudencia bien establecida»: cfr. las decisiones de inadmisión, a lo largo de 2024, respecto de las solicitudes procedentes de Estonia y Rumanía (2).

⁹ Tanto Luis López Guerra como yo mismo realizamos tempranas aproximaciones al Protocolo publicadas en 2014 (cfr., respectivamente, *Los Protocolos de reforma n° 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, REDE n° 49, y *Epílogo: la novedosa opinión consultiva del Protocolo número 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, en R. Alonso y J.I. Ugartemendía (dir.), «La cuestión prejudicial europea», *European Inklings* n° 4). Con posterioridad a su entrada en vigor en 2018, cfr. entre nosotros, p.e., Juan José Ruiz Ruiz, *El refuerzo del diálogo entre tribunales y la triple*

más, comenzó a ser articulado por el propio TEDH en 2016 mediante las modificaciones introducidas en su Reglamento de Procedimiento¹⁰, a las que siguieron, justo un año después¹¹, las *Orientaciones*¹², no vinculantes¹³, que resultan periódicamente actualizadas¹⁴ y cuyo objetivo, como anuncian en su *Introducción*, no es otro que «ofrecer asistencia práctica sobre la iniciación y el seguimiento del procedimiento establecido en el Protocolo n.º 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos a los tribunales competentes para presentar una solicitud de opinión consultiva», debiendo ser percibidas tomando en consideración «el espíritu de diálogo y cooperación entre las autoridades nacionales y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que subyace al Protocolo».

Intentaré, eso sí, realizar unas breves aportaciones con el fin de incitar al lector a reflexionar acerca de la verdadera naturaleza de esta nueva vía de diálogo judicial que se abre con Estrasburgo. Haré también al final algunas aún más breves observaciones atinentes, específicamente, a su incidencia en el sistema jurídico español.

* * *

Lo primero que destacaría es que el término escogido de «opinión consultiva» no es precisamente, creo, el más adecuado, aunque sólo sea porque exactamente la misma expresión es utilizada por el mismo CEDH en un con-

prejudicialidad en la protección de los derechos fundamentales: en torno al Protocolo n.º 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos (Teoría y Realidad Constitucional, vol. 42, 2019); Miguel Ángel Sevilla Duro, *El Protocolo núm. 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El diálogo entre tribunales para la configuración de un espacio europeo de derechos* (Universidad de Murcia. Anales de Derecho, 2020); Beatriz Tomás Mallén, *La efectividad del Protocolo n.º 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y su potencial impacto constitucional en España* (Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público, vol. 70/1, 2022).

¹⁰ Concretamente, un nuevo Capítulo X integrado, bajo la rúbrica «De las opiniones consultivas a tenor del Protocolo n.º 16 al Convenio», por los artículos 91 a 95 del Reglamento.

¹¹ Concretamente, en la sesión plenaria del TEDH de 18 de septiembre de 2017.

¹² *Traducción propia* («lignes directrices» en la versión francesa, «guidelines» en la inglesa). Tales «directrices» o «guías» recuerdan en cuanto a su naturaleza, que no contenido, a las *Recomendaciones del TJUE relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales* («recommandations» en la versión francesa, «recommendations» en la inglesa). El hecho de no haber trasladado a Estrasburgo la misma terminología acuñada desde hace tiempo en Luxemburgo bien podría responder, como insistiré *infra*, a la pretensión de marcar cierta distancia entre los espíritus llamados a presidir ambos tipos de cooperación judicial con los tribunales nacionales.

¹³ «Las orientaciones », puede leerse en la *Introducción*, «no son vinculantes y deben leerse a la luz de las disposiciones del Protocolo n.º 16 del Convenio y de los artículos correspondientes del Reglamento del Tribunal, así como a la luz de los elementos de la práctica judicial establecidos por el Tribunal y que son considerados a continuación como relevantes».

¹⁴ La versión actual data de 25 de septiembre de 2023.

texto totalmente diferente, cual es el de su artículo 47; precepto este que, bajo la rúbrica «opiniones consultivas», prevé su emisión por el TEDH «a solicitud del Comité de Ministros, acerca de cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y de sus Protocolos». Tales opiniones nada tienen que ver, por tanto, con las del Protocolo 16, solicitadas por los Altos Tribunales nacionales en el marco de litigios de los cuales estén conociendo, refiriéndose estas, por otro lado, y como ya se ha señalado, a «cuestiones de principio relativas a la interpretación o aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio o en sus Protocolos», las cuales son excluidas del radio de acción del artículo 47 CEDH: «Estas opiniones», puntualiza el apartado 2 de dicho precepto, «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»¹⁵.

Aclarado lo cual, es cierto que el término «opinión consultiva» casa bien con su naturaleza *no vinculante*, según dispone expresamente, de manera escueta y categórica, el artículo 5 del Protocolo. Ello, no obstante, y al margen de lo que luego matizaré al respecto, no puede ocultar su evidente *carácter prejudicial*, y su inmediata comparación con el mecanismo del artículo 267 TFUE, «piedra angular», con palabras del TJUE, del sistema instituido por los Tratados comunitarios en los años 50¹⁶.

Dejando a un lado semejante examen comparativo, creo necesario recalcar, en todo caso, que también en el contexto del Protocolo 16 estamos, técnicamente hablando, ante «cuestiones prejudiciales» suscitadas por jueces nacionales ante jueces europeos.

Ello, pese a la un tanto sorprendente *Orientación* que, bajo la rúbrica «Efectos en los procesos internos de la solicitud de una opinión consultiva», determina que «corresponderá al tribunal solicitante decidir si el proceso interno debe suspenderse en espera de la opinión consultiva del Tribunal»¹⁷.

Semejante deferencia hacia los ordenamientos jurídicos nacionales, como sucede con la declaración de los efectos no vinculantes de la opinión, sólo puede entenderse por cuanto imbuida del muy marcado espíritu de «cooperación» entre jueces nacionales y europeos que preside el Protocolo 16¹⁸.

¹⁵ Hasta el momento, el TEDH sólo ha emitido 2 opiniones *ex* artículo 47 (10 de febrero de 2008 y 22 de noviembre de 2010), ambas referidas a cuestiones concernientes a las listas de candidatos presentadas con vistas a la elección como jueces del Tribunal.

¹⁶ Cfr. p.e., recientemente, STJUE *Royal Football Club Seraing*, 1 de agosto de 2025 (C-600/23), FJ 77.

¹⁷ *Orientación VIII. 21.*

¹⁸ Tal y como recalcan, como vimos, las *Orientaciones* en su *Introducción*. Y ello en un contexto de *interacción* entre el TEDH y las autoridades nacionales presidido, como declara el Preámbulo del Protocolo y conviene también subrayar, por el *principio de subsidiariedad*.

Dicho lo cual, y como también sucede con los referidos efectos no vinculantes de las opiniones, parece que la práctica terminará desvirtuando la literalidad del texto.

* * *

Por lo que respecta al artículo 5, nadie discute a estas alturas que la vinculabilidad tenderá a producirse *de facto*, aunque sólo sea por el hecho de que, de no atenerse el juez nacional a la opinión, una ulterior demanda ante el TEDH, fundamentada en una incorrecta interpretación/aplicación del CEDH, tendría todas las de ganar. Así se desprende, por lo demás, de esa fuente hermenéutica privilegiada para la interpretación del Protocolo 16 que es su *Memoria Explicativa*¹⁹.

En efecto, la *Memoria* corrobora de manera más sutil la anterior valoración, al sostener, *a contrario sensu*, que «cuando se presenta una demanda tras un proceso en el que se ha seguido efectivamente una opinión consultiva del Tribunal, es de esperar que los elementos de la demanda relacionados con las cuestiones tratadas en la opinión consultiva sean declarados inadmisibles o se desestimen».

Incluso la misma *Memoria* apunta a continuación hacia una fuerza expansiva de las opiniones más allá de los litigios de los que traen causa, al declarar que, pese a carecer de «efecto directo sobre otras demandas posteriores», las opiniones «se insertan en la jurisprudencia del Tribunal, junto con sus sentencias y resoluciones», de manera que «la interpretación del Convenio y de sus protocolos contenida en las opiniones consultivas tiene efectos análogos a los elementos interpretativos establecidos por el Tribunal en sus sentencias y resoluciones»²⁰.

De ahí que resulte incomprensible la renuencia de España a ratificar el Protocolo hasta hace apenas unas semanas (por no hablar de otros Estados

¹⁹ Cfr. https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/protocol_16_explanatory_report_eng.

²⁰ Cfr. al respecto el Dictamen del Consejo de Estado emitido el 6 de febrero de 2025 (95/2025/1.953/2024), en relación con el expediente correspondiente al Protocolo 16. En dicho Dictamen, el Consejo, tras considerar que la prestación del consentimiento habría de encuadrarse en el artículo 94.1, subapartado a), por afectar el Protocolo «a los fundamentos de la sociedad internacional» (dada «la modificación de las funciones de órganos principales de determinadas organizaciones internacionales [como el Consejo de Europa]»), apreció, asimismo, el encaje en el segundo supuesto del subapartado c) del mismo artículo 94.1, dado que, si bien sería «cierto que las modificaciones que el Protocolo 16 introduce en el Convenio no tienen carácter sustantivo, sino orgánico procedimental, y que las opiniones consultivas no tienen carácter vinculante», habría de tenerse en cuenta, ello no obstante, «que dichas opiniones son expresión de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su labor de interpretación del Convenio», la cual «resulta esencial a la luz de lo previsto en el artículo 10.2 de la Constitución».

de peso tanto en el marco de la Unión como del Consejo de Europa, caso de Italia o Alemania²¹), si dicha renuencia se analiza desde la perspectiva de la capacidad del juez nacional para participar de manera directa en las lecturas del CEDH por parte del TEDH, convertido aquel, si ubicado al margen del Protocolo 16, en un mero actor pasivo en las interpretaciones por el TEDH del CEDH, a las que en última instancia estaría en todo caso obligado a acomodarse.

* * *

En lo que concierne, por otro lado, a la deferencia de las *Orientaciones* hacia los sistemas nacionales respecto de la suspensión del litigio interno²² que estaría en el origen de la solicitud de la opinión consultiva («corresponderá al tribunal solicitante», recordemos que reza la *Orientación VIII.21*, «decidir si el proceso interno debe suspenderse en espera de la opinión consultiva del Tribunal»), la naturaleza en todo caso «prejudicial» de la consulta aflora claramente de esas mismas *Orientaciones*.

En efecto, una vez subrayada la inviabilidad de cuestiones de naturaleza abstracta, la *Orientación II. 6.2*, tras reproducir literalmente el texto del artículo 1.1 del Protocolo en el sentido de que la opinión solicitada habrá de versar «sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio o sus protocolos», puntualiza justo a continuación que «el tribunal solicitante ha de estimar necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo»²³.

Así evidenciada, pues, la *naturaleza prejudicial* de las cuestiones suscitadas al TEDH, la deferencia hacia los sistemas nacionales, sobre la que volveré, encontraría en todo un caso un límite infranqueable si no se quiere tergiversar la referida naturaleza, a saber: llegado a más tardar el momento del señalamiento para la deliberación (o incluso de la deliberación misma), el tribunal tendrá que suspender el del procedimiento en espera de la respuesta por el TEDH a la opinión solicitada, salvo que estime también en ese mismo momento que habría dejado de ser necesaria, por el motivo que fuere, la opinión en cuestión, en cuyo caso debería proceder, antes de emitir su fallo

²¹ Recordemos que Italia, pese a ser uno de los primeros Estados que firmó el Protocolo el 2 de octubre de 2013, sigue sin ratificarlo hoy en día. Y por lo que respecta a Alemania, ni siquiera ha procedido a la firma.

²² Suspensión que, al margen del momento en el que se decrete, la *Memoria Explicativa* da por sentada. Así, el Punto 17 de la *Memoria* advierte que «las dilaciones indebidas en los procedimientos ante el Tribunal [de Estrasburgo] concernientes a opiniones consultivas, también causarían retrasos en el procedimiento pendiente ante el tribunal remitente, y deberían por ello ser evitadas». Y más adelante, en el Punto 23, se refiere la *Memoria* a los «procedimientos nacionales suspendidos» al abordar la espinosa cuestión de la lengua en la que tendrían que redactarse las opiniones consultivas.

²³ Cfr., en relación con deficiencias en el juicio de relevancia, la inadmisión de la opinión solicitada por el Tribunal Supremo eslovaco (P16-2020-001).

y en consonancia con lo dispuesto por el artículo 92.2.3 del Reglamento de Procedimiento del TEDH, a notificar a Estrasburgo la retirada de aquella²⁴.

* * *

En definitiva, opino que, como ya adelanté, más que ante solicitudes de opiniones consultivas, nos encontramos ante auténticas «cuestiones prejudiciales», en el sentido de incidentes procesales activados en el marco de un litigio, en búsqueda de una ayuda interpretativa capaz de arrojar luz a los efectos de poder emitir un fallo. Y, conviene advertir, la naturaleza prejudicial de un incidente no tiene porqué conllevar, inexorablemente, ni la suspensión del proceso en el momento mismo de su activación, ni una estricta vinculación al pronunciamiento interpretativo.

El hecho de que las cuestiones prejudiciales en el contexto del sistema jurisdiccional de la Unión Europea sí que reúnan ambas características (suspensión y vinculatoriedad), no implica que la carencia de estas en otros sistemas desnude a las cuestiones de similar índole de su naturaleza «prejudicial».

Es más, también conviene no olvidar que, en el seno de la Unión, la naturaleza vinculante de las sentencias prejudiciales no se recoge ni en los Tratados constitutivos, ni en el Estatuto del TJUE, ni siquiera en sus normas de procedimiento. Por el contrario, se trata de una proclamación jurisprudencial²⁵. Y en cuanto a la naturaleza suspensiva de la cuestión en el momento mismo de su planteamiento, según cabe inferir del artículo 23 del Estatuto²⁶, y explicita la n.º 30 de las *Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales*²⁷, debe tenerse igualmente

²⁴ «En caso de que retire su solicitud, la jurisdicción de la que procede aquella notificará esta retirada al Secretario. Al recibo de dicha notificación, el TEDH cerrará el procedimiento».

²⁵ Cfr., p.e., el punto 5 del fallo en la STJCE *Fazenda Pública*, 14 de diciembre de 2000 (C-446/98). En cuanto a la extensión de la vinculatoriedad de las sentencias prejudiciales más allá del litigio principal, baste con recordar la afirmación del Tribunal de Justicia en el FJ 57 de su capital Sentencia de 5 de marzo de 1996 (C-46 y 48/93), *asuntos acumulados Brasserie du Pêcheur y Factortame*: «En cualquier caso, una violación del Derecho comunitario es manifiestamente caracterizada cuando ha perdurado a pesar de haberse dictado una sentencia en la que se declara la existencia del incumplimiento reprochado, de una sentencia prejudicial o de una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia en la materia, de las que resulte el carácter de infracción del comportamiento controvertido».

²⁶ El cual dispone: «En los casos a que se refiere el artículo 267 [TFUE], la decisión del órgano jurisdiccional nacional que suspende el procedimiento y somete el asunto al Tribunal de Justicia será notificada a este último por dicho órgano jurisdiccional. A continuación, el Secretario del Tribunal de Justicia notificará tal decisión a las partes litigantes, a los Estados miembros y a la Comisión, así como a la institución, órgano u organismo de la Unión que haya adoptado el acto cuya validez o interpretación se cuestiona».

²⁷ DO C/2024/6008. Según la citada Recomendación, «aunque el órgano jurisdiccional nacional sigue siendo competente para adoptar medidas cautelares, especialmente

en cuenta que: 1) admite matizaciones en lo que concierne a aspectos del proceso no vinculados directamente con la interpretación solicitada²⁸; y 2) defiere a los sistemas nacionales el régimen en cuanto a la suspensión de otros procesos nacionales (esto es, sin haber mediado la activación del artículo 267 TFUE), en espera de una interpretación ya solicitada²⁹.

Dicho lo cual, otra cosa es que la elección de la expresión «opiniones consultivas» responda a un esfuerzo por marcar las distancias con una prejudicialidad cargada de tanto abolengo como es la de la Unión Europea, intentando reforzar al máximo, *ab initio* y para superar posibles reticencias de los Estados a su ratificación, el espíritu de cooperación entre el juez nacional y Estrasburgo; espíritu que, sobre el papel, parece adquirir tintes mucho más intensos que el que preside la interacción, en términos de diálogo, entre el juez nacional y Luxemburgo. Con otras palabras: podría haberse buscado de entrada, a través de la nominación, resaltar una mayor «horizontalidad» de la novedosa cooperación entre jueces nacionales y europeos en el seno del Consejo de Europa, frente a la «verticalidad» que irradiaría del sistema de la Unión.

* * *

A diferencia también del sistema de cooperación diseñado en la Unión, en el que *todos* los jueces nacionales son llamados a participar del diálogo con Luxemburgo, el sistema instaurado por el Protocolo 16 (artículo 1.1) limita la interacción a «los altos tribunales de las Partes Contratantes», precisando al respecto (artículo 10) que estas deberán concretar, en el momento de la firma o del depósito del instrumento de ratificación (o aceptación o aprobación),

cuando la cuestión planteada se refiera a la validez de un acto o disposición, *la presentación de una petición de decisión prejudicial entraña sin embargo la suspensión del procedimiento nacional* hasta que el Tribunal de Justicia o el Tribunal General se pronuncien».

²⁸ Cfr. p.e. STJUE *BK y ZhP*, 17 de mayo de 2023 (C-176/22), cuyo fallo reza en los siguientes términos: «El artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que un órgano jurisdiccional nacional que ha planteado una petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 267 TFUE suspenda el procedimiento principal únicamente en lo referente a los aspectos de este que puedan verse afectados por la respuesta que el Tribunal de Justicia dé a dicha petición».

²⁹ Cfr. p.e. STJUE en los *asuntos acumulados X y Van Dijk*, 9 de septiembre de 2015 (C-72/14 y C-197/14), que dedica el punto segundo de su fallo a declarar que «el artículo 267 TFUE, párrafo tercero, debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, como es el caso del órgano jurisdiccional remitente, no está obligado, por un lado, a plantear cuestión alguna al Tribunal de Justicia de la Unión Europea por el mero hecho de que un órgano jurisdiccional nacional inferior, en un asunto similar al que debe dirimir dicho órgano jurisdiccional remitente y que versa exactamente sobre la misma clase de controversia, haya planteado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial, y, por otro lado, tampoco está obligado a esperar la respuesta a dicha cuestión prejudicial». Por lo que respecta a España, es bien conocida la surrealista historia vivida por el añadido y al poco tiempo derogado 43 bis LEC.

cuáles de entre sus correspondientes «altos tribunales» resultarían habilitados para solicitar, *facultativamente en todo caso*, la opinión consultiva³⁰.

En el caso de España, tal concreción ha recaído en el Tribunal Supremo y en el Tribunal Constitucional, siguiendo, en líneas generales, la tónica de las demás Partes Contratantes³¹.

Así las cosas, estará por ver si el tenso clima que en los últimos tiempos se ha venido respirando en nuestro país (particularmente en el ámbito de lo penal) entre los supremos intérpretes, respectivamente, de la legalidad ordinaria y la constitucionalidad, no se traduce en una suerte de circunvalación recurrente del control *concentrado* sobre la ley; sistema este de control que, por lo demás, el propio Tribunal Constitucional optó por resquebrajar en su Sentencia 140/2018³².

³⁰ A diferencia, como es bien sabido, del régimen del artículo 267 TFUE, que sienta la obligación de activarlo en relación con aquellos órganos jurisdiccionales cuyas resoluciones no puedan ser objeto de ulterior recurso en Derecho interno. Cabe advertir, a título hoy anecdótico, que, en el ámbito de la Unión, y, más concretamente, en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal, hubo un tiempo (entre la reforma de Ámsterdam y la de Lisboa) en el que también se dejó en manos de los Estados miembros aceptar la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia, mediante una declaración que, al ser formulada, debería especificar qué órganos jurisdiccionales del correspondiente Estado miembro (si cualquiera de ellos, o solo aquellos cuyas resoluciones no podrían ser objeto de ulterior recurso) estarían legitimados para activar la cuestión prejudicial, en términos facultativos. Y cabe asimismo recordar que España fue el único Estado miembro que limitó la legitimación a los órganos jurisdiccionales cuyas decisiones no fueran susceptibles de ulterior recurso, reservándose, al mismo tiempo, el derecho de transformar (en su legislación interna) la mera facultad en obligación de activar la cuestión prejudicial (cfr. DO L 114 de 1.5.1999, p. 56, y DO C 120 de 1.5.1999, p. 24).

³¹ De la que por ejemplo se aparta nuestra antecesora inmediata en la ratificación, Suecia, en cuya declaración aparecen como habilitados para solicitar opiniones consultivas, junto con el Tribunal Supremo y el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo: el Tribunal de Trabajo, el Tribunal de Apelación en materia inmobiliaria y medioambiental, el Tribunal de Apelación en materia de migración, y el Tribunal de Apelación de Svea en asuntos de arrendamiento. Rumanía, por su parte, restringió en 2024 la habilitación al Tribunal Constitucional y al Tribunal Superior de Casación y Justicia, modificando así su declaración de diez años antes, en la que a los citados órganos se sumaban hasta otros 15 Tribunales de Apelación (en función del territorio). Las declaraciones al respecto de todas las Partes Contratantes figuran en el Instrumento de ratificación de España, publicado en el BOE citado al comienzo de esa Tribuna. España, por cierto, ha sido hasta el momento la única Parte Contratante que, junto a la declaración vinculada con el artículo 10 del Protocolo, ha añadido otra interpretativa de autoridades de Gibraltar, previendo el caso de una intervención de estas si el Reino Unido llegara a consentir el Protocolo (la misma declaración interpretativa fue en su momento presentada en relación con los Protocolos 4, 7 y 13).

³² Acerca de los problemas que podrían suscitar posibles circunvalaciones del artículo 267 TFUE por la vía del Protocolo 16, apuntadas por el TJUE en su Dictamen 2/13 (sobre la adhesión de la UE al CEDH), cfr. las consideraciones al respecto de Siofra O'Leary y Tim Eicke, *Some Reflections on Protocol No. 16* (pp. 18-20), accesible en: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Speech_20190125_O_Leary_Eicke_JY_ENG

