

LOS DERECHOS HUMANOS EN LA UNIÓN EUROPEA. EN ESPECIAL, EL PROBLEMA DE LA ADHESIÓN DE LA UNIÓN AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

RUTH MARTINÓN QUINTERO

*Profesora Ayudante Doctora Derecho Internacional Público
y Relaciones Internacionales
Universidad de La Laguna*

SUMARIO: I. EL ORIGEN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS COMUNIDADES EUROPEAS. II. EL TRATADO DE LISBOA Y LOS DERECHOS HUMANOS. III. LA RELACIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA CON EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS ANTES DEL DICTAMEN 2/2013. IV. LA ADHESIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA AL CEDH. 1. El Dictamen 2/2013. 1.1. *Las características específicas y el principio de autonomía del Derecho de la Unión.* 1.2. *Artículo 344 TFUE.* 1.3. *La figura del codemandado.* 1.4. *Procedimiento de intervención previa.* 1.5. *La Política Exterior y de Seguridad Común.* V. REFLEXIONES FINALES.

Palabras clave

Unión Europea; Derechos fundamentales; Tribunal de Justicia de la Unión Europea; Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Resumen

El proceso europeo de integración que ha llevado a la Unión Europea actual ha conocido en su seno un progresivo reconocimiento y garantía de los derechos humanos propios de la cultura jurídica de sus Estados miembros. Dicho proceso debía culminar, por deseo de esos mismos Estados, con la adhesión de la Unión Europea al Convenio para la Protección de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas. Sin embargo, el Dictamen 2/2013 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea puede haber terminado con las esperanzas de que se produzca dicha adhesión.

I. EL ORIGEN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Los Tratados fundacionales de las Comunidades Europeas no contemplaron ninguna disposición específica sobre los derechos humanos, los cuales se mencionan en el Derecho

originario hasta el Tratado de la Unión Europea en 1992¹. Sin embargo, es cierto que la exigencia de ser un Estado democrático y respetuoso con los derechos humanos fue un requisito imprescindible para poder convertirse en Estado miembro, aunque tampoco apareciese como obligación jurídica explícita en los tratados hasta tiempos recientes. Al mismo tiempo, «ciertos principios como el de la no discriminación o el de la libre prestación de servicios podrían, en ciertos casos, ser coincidentes con algunas disposiciones relativas a los derechos humanos»².

Una de las explicaciones que se ha dado a la no contemplación de los derechos fundamentales en esos primeros tratados reside en que parecía difícil concebir posibles interferencias entre las regulaciones de carácter eminentemente económico que se establecían, y derechos fundamentales principalmente referidos en ese momento a los derechos civiles y políticos. La experiencia, sin embargo, ha demostrado cuán errónea era esta apreciación, dado que obviaba el hecho de que los derechos fundamentales actúan como límite de la actividad de todo poder público, y la Unión Europea lo es. Los riesgos de colisión entre la normativa europea y el respeto a los derechos humanos se han visto lógicamente acrecentados tras la asunción competencial en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal —Tratado de la Unión Europea de 1992—; o tras la comunitarización de la materia relativa a visados, asilo, inmigración y la cooperación judicial en material civil —Tratado de Ámsterdam³—.

No cabe duda de que la incorporación progresiva de los derechos humanos al Derecho europeo ha sido principalmente obra del Tribunal de Justicia⁴. Sin embargo, éste tuvo una primera etapa descrita como «inhibicionista»⁵, en la que no aceptó la argumentación de los recurrentes de que determinados actos de derecho comunitario violaban derechos fundamentales amparados por las constituciones nacionales. Esto llevó a que algunos tri-

¹ «La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario» (párrafo 2 del art. F del Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992; entró en vigor el 1 de noviembre de 1993).

² J.R. CANEDO ARRILLAGA y L.I. GORDILLO PÉREZ, «Los derechos fundamentales en la Unión Europea a la espera de Lisboa», *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 39, 2008, pp. 27-60, p. 30.

³ Tratado modificativo del Derecho originario firmado en Ámsterdam el 2 de octubre de 1997; entró en vigor el 1 de mayo de 1999.

⁴ Con las denominaciones Tribunal de Justicia y Tribunal de Luxemburgo nos referimos a la institución judicial de las Comunidades Europeas primero y de la Unión Europea después.

⁵ J.C. LÓPEZ ROZAS, «La compleja adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos y las secuelas del Dictamen 2/2013 del Tribunal de Justicia», *La Ley Unión Europea*, núm. 23, 2014, pp. 40-56, p. 43.

bunales constitucionales de los Estados miembros⁶ empezaran a declararse competentes para controlar en última instancia el ajuste de los actos comunitarios a los derechos fundamentales, en lo que suponía un riesgo para la aplicación uniforme y el reconocimiento del principio de primacía del Derecho o comunitario⁷.

Ante esta situación, comenzó la evolución hacia una jurisprudencia proteccionista de los derechos humanos en el ámbito del Derecho comunitario cuyo inicio se sitúa en la Sentencia del Asunto *Stauder* de 1969⁸, en la que se reconoció, aunque todavía solo implícitamente, que los derechos fundamentales formaban parte de los principios generales del Derecho comunitario. Sentencias posteriores confirmaron esta concepción. Ello permitió modificar la trayectoria iniciada por los tribunales constitucionales e iniciar una nueva doctrina denominada «*de la protección equivalente*»⁹ de acuerdo a la cual en tanto las Comunidades Europeas garantizaran una protección de los derechos fundamentales equivalente en lo esencial a la de los textos constitucionales, las instituciones constitucionales no ejercerían competencia jurisdiccional en materia de aplicación del Derecho derivado y, por tanto, no lo revisarían en función de los derechos fundamentales recogidos en sus Constituciones. Una opción similar acabó siendo asumida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos —en adelante, TEDH o Tribunal de Estrasburgo—, como veremos después, al otorgar presunción de conformidad del Derecho comunitario con el Convenio

⁶ La Corte constitucional italiana —Sentencia núm. 183 de 27 de diciembre de 1973, caso *Frontini*— estableció que la limitación de la soberanía derivada del proceso de integración no podría suponer el otorgamiento a las instituciones comunitarias del poder de violar principios fundamentales constitucionales o derechos inalienables de la persona. El Tribunal constitucional alemán —Sentencia *Solange I*, de 29 de mayo de 1974— sostuvo que en tanto no se hubiese alcanzado un desarrollo suficiente del proceso de integración como para que el Derecho comunitario tuviera un catálogo de derechos fundamentales, un tribunal alemán podría acudir al Tribunal constitucional alemán si no quedaba satisfecho con la respuesta que el Tribunal de Luxemburgo le diera respecto a la compatibilidad entre la norma comunitaria y los derechos fundamentales; si bien, el Tribunal constitucional no se declaraba competente para invalidar la norma comunitaria, sino para declarar inconstitucional todo acto de los poderes públicos germanos tendentes a su aplicación interna. Para un recorrido más extenso sobre la relación entre los tribunales constitucionales de los Estados miembros y el TJ, *vid.* C. VIDAL PRADO, *El impacto del nuevo derecho europeo en los tribunales constitucionales*, Colex, Madrid, 2004. Para el breve recorrido de la tardía «rebelión» del Tribunal Constitucional español, *vid.* A. ALLUÉ BUIZA, «La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos un proceso complejo de difícil solución», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 29, 2015, pp. 33-54, p. 37.

⁷ J.R. CANEDO ARRILLAGA y L.I. GORDILLO PÉREZ, «Los derechos fundamentales...» *cit.*, p. 32.

⁸ Sentencia del TJ de 12 de noviembre de 1969, Asunto 29/69 *Stauder*, párrafo 7.

⁹ Sentencia *Solange II* del Tribunal constitucional alemán de 22 de octubre de 1986. También el Consejo constitucional francés asumió una doctrina de protección equivalente siempre que no se entrase en clara colisión con el texto constitucional. *Vid.* J.R. CANEDO ARRILLAGA, y L.I. GORDILLO PÉREZ, «Los derechos fundamentales...» *cit.*, p. 36.

Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales¹⁰ —en adelante, CEDH— en tanto ofreciese una protección equivalente.

El Tribunal de la Unión Europea ha venido dictaminando el reconocimiento y la obligatoriedad de los derechos fundamentales como principios generales del Derecho sobre la base de un triple fundamento: los derechos fundamentales comprendidos dentro de los principios generales del Derecho de la Unión Europea; la parte dogmática de los textos y las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros; y los instrumentos jurídico-internacionales de los que son parte los Estados miembros en materia de derechos humanos, en especial, el CEDH —caso *Nold*¹¹—.

Esta jurisprudencia se vio reforzada por declaraciones de las instituciones de la Unión y por las sucesivas modificaciones de los Tratados. En ese sentido supuso un punto de inflexión el Tratado de la Unión Europea al hacer del respeto de los derechos fundamentales uno de los principios generales del Derecho comunitario, al tiempo que recogió el CEDH y las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros como fuentes de los mismos —art. F2, actual 6.2 TUE—.

Sin embargo, ello era claramente insuficiente como base para quienes defendían la adhesión de las Comunidades al CEDH. Tras la aprobación del Tratado de la Unión Europea —y su recién incorporada ciudadanía europea— el Consejo solicitó una opinión consultiva al TJ sobre si era posible —recurriendo al art. 235 del Tratado de la Comunidad Europea, actual 352 TFUE— entender que la protección de los derechos humanos constituía una competencia implícita, transversal a toda política comunitaria, suficiente para fundamentar dicha adhesión. El Dictamen 2/94 del Tribunal de Justicia mostró su posición de manera breve y concisa acerca de la imposibilidad de la misma por la inexistencia de base jurídica para dicha adhesión. Es decir, por entender que la Comunidad Europea carecía de competencia para firmar tratados internacionales en materia de derechos humanos, de modo que la adhesión requeriría la modificación de los Tratados.

Sin embargo, el incremento del protagonismo de los derechos humanos en el ámbito comunitario continuó avanzando cuando el Tratado de Ámsterdam impuso a los países candidatos el respecto a los derechos humanos y el Estado de Derecho, e instauró el procedimiento de suspensión de derechos de voto y derechos derivados del Tratado ante una violación grave y persistente de los mismos —recogido en los actuales punto 2 al 5 del art. 7 del TUE—, a lo que el Tratado de Niza¹² añadiría el procedimiento preventivo por el cual se pueden dirigir recomendaciones al Estado que presente un caso de riesgo claro de violación grave —recogido en el actual art. 7.1 TUE—.

¹⁰ Firmado en Roma el cuatro de noviembre de 1950 en el seno del Consejo de Europa.

¹¹ Sentencia del TJ de 14 de mayo de 1974, Asunto 4/72 *Nold*, párrafos 12 y 13.

¹² Tratado firmado en Niza el 27 de febrero de 2001, que entró en vigor el 3 de febrero de 2003.

El Tratado de Ámsterdam también legitimó la invocación de la violación de los derechos fundamentales en el marco de los recursos existentes, confirmando la jurisprudencia al respecto, y desarrolló la protección de los derechos fundamentales en ciertos ámbitos específicos —derechos sociales, tratamiento de datos de carácter personal, derecho de acceso ciudadano a los documentos del Parlamento, la Comisión y el Consejo (...)

Por otro lado, el Consejo Europeo de Colonia de 1999 decidió la redacción de una carta de derechos. Este texto se acabó aprobando por un acuerdo interinstitucional por los presidentes del Parlamento europeo, la Comisión y el Consejo, el 7 de diciembre de 2000 en Niza, y que debía lograr su valor jurídico a través de su incorporación al Tratado por el que se constituía una Constitución para Europa. Como éste no llegó nunca a entrar en vigor, hubo que esperar al Tratado de Lisboa.

II. EL TRATADO DE LISBOA Y LOS DERECHOS HUMANOS

Efectivamente, el Tratado de Lisboa¹³ aborda las cuestiones pendientes en materia de derechos humanos en varios sentidos, principalmente en el art. 6 del Tratado de la Unión Europea que comienza estableciendo que «*La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000 (...), la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias¹⁴ de la Unión tal como se definen en los Tratados*». Por tanto, se da valor jurídico a la Carta aprobada en Niza y, además, con el mismo rango que el derecho originario a través de la técnica jurídico internacional de incorporación por referencia¹⁵.

En cualquier caso, como afirma la Declaración relativa a la Carta, aneja al Tratado de Lisboa, la Carta confirma los derechos fundamentales garantizados por el CEDH y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros. «*La*

¹³ Firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 por todos los representantes de los Estados miembros de la Unión Europea. Entró en vigor tras la ratificación de todos ellos el 1 de diciembre de 2009. Estructura el Derecho originario en dos textos: el Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, además de la incorporación por referencia de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

¹⁴ También el art. 2 del Protocolo 8 muestra la preocupación por la no afectación a las competencias de la UE: «*El acuerdo a que se refiere el art. 1 garantizará que la adhesión no afecte a las competencias de la Unión ni a las atribuciones de sus instituciones. Garantizará que ninguna de sus disposiciones afecte a la situación particular de los Estados miembros respecto del Convenio Europeo, en particular respecto de sus Protocolos, de las medidas que adopten los Estados miembros como excepción al Convenio Europeo con arreglo a su art. 15 y de las reservas al Convenio Europeo formuladas por los Estados miembros con arreglo a su art. 57*» —que hacen que esas situaciones de los Estados miembros respecto al Convenios sean muy diversas—.

¹⁵ Para la explicación del porqué de esta solución, *vid.* A. MANGAS MARTÍN, *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, pp. 66-67.

Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión ni crea ninguna nueva competencia ni ningún nuevo cometido para la Unión y no modifica las competencias y cometidos definidos por los Tratados», de modo que la Carta está vinculada al ejercicio de las competencias de la Unión y no goza de ninguna aplicación autónoma.

El segundo punto del art. 6 de TUE continúa afirmando que *«La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados»*. Con esta afirmación los Estados respondían al Dictamen 2/1994 dejando atrás la falta de competencia, lo que unido al reconocimiento formal de personalidad jurídica a la Unión —art. 47 TUE— parecía significar la superación de los obstáculos anteriores para la adhesión, aunque ello debiera de hacerse dentro de los márgenes permitidos por el Protocolo 8 *Sobre el apartado 2 del art. 6 del Tratado de la Unión Europea relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*.

Por último, el art. 6 del TUE finaliza con un tercer párrafo que afirma que *«Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales»*. En un principio parecía que los derechos y libertades del CEDH tendrían este tratamiento de forma provisional, mientras no se produjera la adhesión al Convenio, puesto que entonces pasarían a ser derecho convencional de la Unión Europea. En cualquier caso, se trataría del precepto que debería permitir continuar como hasta ahora puesto que significa positivar la labor del Tribunal de Justicia.

III. LA RELACIÓN DEL TJ CON EL TEDH ANTES DEL DICTAMEN 2/2013¹⁶

Antes de adentrarnos en las consecuencias del mandato de adhesión al CEDH del art. 6 del TUE, vamos a recordar cómo han sido las relaciones entre el Tribunal de Luxemburgo y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁷ hasta la negativa del Tribunal de Justicia a que la Unión Europea se adhiera al CEDH expresada en su Dictamen 2/2013¹⁸.

¹⁶ Para un recorrido más amplio por el *status quo* anterior al Dictamen 2/2013, *vid.* C. ECKES, «EU Accession to the ECHR: Between Autonomy and Adaptation», *The Modern Law Review*, núm. 76(2), 2013, pp. 254-285.

¹⁷ Órgano judicial del Consejo de Europa para la garantía de los derechos y libertades del CEDH por parte de los Estados miembros.

¹⁸ Dictamen 2/2013 del Tribunal de Justicia (Pleno), de 4 de diciembre de 2014.

El Tribunal de Justicia ha ido incorporando el CEDH y la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en su argumentación jurídica, si bien lo ha hecho a través del filtro de los principios generales. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera al CEDH como un elemento de interpretación de indudable valor hermenéutico pero sin eficacia jurídica directa. Es decir, aunque el Tribunal cita con frecuencia la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, evita considerarse expresa e irremediamente constreñido por la misma, para erigirse así en el máximo intérprete de los derechos fundamentales, incluidos los contenidos en el CEDH, en el ámbito de la Unión Europea. La aplicación indirecta del contenido del CEDH como principios generales, de los que es guardián e intérprete supremo el propio Tribunal de Justicia, garantiza la autonomía y la primacía del Derecho de la UE. De modo que el Tribunal de Luxemburgo se mantiene como máximo intérprete del CEDH en el contexto comunitario, incluso cuando asume la interpretación jurisprudencial del Tribunal de Estrasburgo¹⁹.

Por su parte, el TEDH ha desarrollado un control mediato o indirecto del Derecho de la Unión Europea a través de la ejecución que los Estados hacen del mismo. Es decir, los Estados miembros son responsables del respeto a las obligaciones del Convenio aun en áreas donde el ejercicio de la competencia se ha transferido a la organización supranacional, e incluso donde tienen un margen reducidísimo de aplicación y apreciación como en el caso de los reglamentos. Ello es así porque el TEDH mantiene la línea jurisprudencial según la cual los Estados parte en el Convenio no están exentos de responsabilidad por los ámbitos de competencia atribuidos a la Unión o que son consecuencia de aquellos. Considera que es difícil aceptar que se pueda reducir la eficacia del CEDH a las personas en su jurisdicción sobre la base de la transferencia de ciertos poderes a la Unión Europea.

Uno de los problemas de estos casos en los que el TEDH ha controlado de forma mediata el respeto al CEDH en la aplicación y ejecución del Derecho de la Unión por parte de sus Estados miembros, ha sido la imposibilidad de que la Unión pueda concurrir como parte litigante para defender su posición. Por otro lado, este control, por parte del Tribunal de Estrasburgo puede no casar bien con los principios de autonomía y primacía que el Tribunal de Luxemburgo ha edificado respecto al ordenamiento jurídico comunitario.

Al mismo tiempo, ante la inexistencia de una legitimación pasiva de la Unión en el sistema de control del CEDH, los individuos que han entendido que sus derechos eran vulnerados por alguna decisión o actuación de las instituciones de la Unión Europea han

¹⁹ Hay quienes han llegado a hablar de una «convencionalización» del Derecho de la Unión, en el sentido de su progresiva integración en el ámbito —sustantivo y procedimental— del Convenio Europeo. *Vid.* L. LÓPEZ GUERRA, «Derechos e integración europea», J.I. Ugartemendía Eceizabarrena, y G. Jáuregui Bereciartu (coords), *Derecho Constitucional Europeo. Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 33-34.

interpuesto una demanda contra todos sus Estados miembros, habiendo finalmente casos que han sido admitidos a trámite por el TEDH²⁰.

Por su parte, el TEDH ha construido una posición marcada por dos principios: la imposibilidad de dejar a los ciudadanos desprotegidos en sus derechos respecto al Derecho comunitario, por un lado; y la necesidad de desarrollar una cooperación activa con otra organización internacional que muestra una historia de respeto al sistema de Estrasburgo. En la sentencia del caso *Bosphorus*²¹, se muestra una genuina combinación de estos principios con una jurisprudencia deferente y de aproximación progresiva.

Por un lado, en dicha sentencia se afirma la competencia del TEDH sobre cualquier medida legislativa o administrativa de los Estados partes del Convenio aunque las mismas tengan origen en obligaciones jurídico internacionales como las del Derecho comunitario y no se tenga margen de apreciación respecto a las mismas. La importancia de este planteamiento es absoluta, ya que supone un control del Derecho de la Unión Europea casi equiparable al que existiría si ésta se adhiriese al CEDH, lo que algunos vieron una motivación a «la adhesión de la Unión Europea al CEDH, en la medida en que la solución retenida por el TEDH produce, en cierta medida, consecuencias similares a la adhesión»²².

Por otro lado, si el acto nacional en el origen de la violación no es más que una simple y pura transcripción del Derecho Comunitario, el Estado no será responsable respecto del Convenio, a condición de que el Derecho Comunitario ofrezca una protección equivalente de los derechos fundamentales —equiparable a la doctrina *Solange II* del Tribunal Constitucional alemán— lo que en este caso le llevaba a presumir que Irlanda no se apartaba de sus obligaciones con respecto del Convenio al cumplir sus deberes como miembro de la Unión. Esta construcción se realiza por considerar como principio de interés general el buen funcionamiento de una organización supranacional, como la Unión Europea, basada en nociones propias como la aplicación uniforme o la primacía, poniendo de manifiesto la importancia creciente que reconoce a la cooperación internacional y a la necesidad que se deriva de asegurar el buen funcionamiento de las organizaciones internacionales.

Ahora bien, esa protección equivalente es una presunción *iuris tantum*, de modo que dicha presunción de conformidad del Derecho comunitario con el CEDH, podrá ser rebatida si se demuestra que el Derecho comunitario no ofrece una protección equivalente a la

²⁰ J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, «El TJUE pierde el rumbo en el Dictamen 2/13: ¿Merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 52, 2015, pp. 825-869, p. 837.

²¹ Sentencia TEDH 30 de junio de 2005, *Bosphorus Airways c. Irlanda*.

²² C. ANTÓN GUARDIOLA, «TEDH. Sentencia de 30.06.2005, *Bosphorus Airways*, 45036/98 - Derecho Comunitario y Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Comunitario*, núm. 28, 2007, pp. 943-957, p. 947.

dispensada por el Convenio²³. En esos casos, los intereses de la cooperación internacional deberían ceder ante el valor del CEDH como instrumento de orden público europeo en el campo de los derechos humanos. Esto es lo que de hecho ha sucedido, por ejemplo, en la famosa Sentencia del TEDH del caso *MSS contra Bélgica y Grecia*²⁴ en el que la Corte condenó a Bélgica por las consecuencias de la mera ejecución del Reglamento núm. 343/2003/EC —Reglamento de Dublín— y enviar a un solicitante de asilo a Grecia. En un sentido similar se pronunció el TEDH en el caso *Tarakhel contra Suiza*²⁵ el 4 de noviembre de 2014. La cercanía en el tiempo de este pronunciamiento respecto al *Dictamen 2/2013* —de 18 de diciembre de 2014—, ha hecho pensar en la influencia que pudo tener en el mismo aunque no se llegue a hacer referencia expresa a dicha sentencia, e incluso en la línea que puede consolidarse en Estrasburgo tras la negativa del Tribunal de Justicia a la adhesión.

Por otro lado, la fórmula conciliatoria de la presunción de la protección equivalente del TEDH respecto al Tribunal de Justicia —que llegó a ser criticada por quienes la concibieron como un desentenderse de la función proteccionista que le correspondía al Tribunal de Estrasburgo— parecía tratarse de una solución provisional a la espera de la adhesión de la Unión al CEDH²⁶. En cualquier caso, es importante recordar que «el establecimiento de esta presunción de protección equivalente supone un esfuerzo notable por parte del TEDH, tendente a conciliar el cumplimiento de las obligaciones dimanantes del Convenio y de la pertenencia a la Unión Europea, y reducir, si fuera necesario, la intensidad de su función de control, con respecto al cumplimiento de los Estados parte de sus compromisos resultantes del Convenio»²⁷.

IV. LA ADHESIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA AL CEDH

Como explican Witte e Imamović²⁸, después del Tratado de Lisboa, la adhesión de la UE al CEDH podría verse menos urgente por varias razones: el valor jurídico otor-

²³ Para una explicación más amplia sobre la ruptura de la presunción de equivalencia, *vid.* J.M. CORTÉS MARTÍN, «Sobre el sistema unionista de protección de los derechos humanos y la ruptura de su presunción de equivalencia con el CEDH», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 46, 2013, pp. 935-971.

²⁴ Sentencia TEDH de 21 de enero de 2011.

²⁵ Sentencia TEDH de 4 de noviembre de 2014. Aunque Suiza no es miembro de la UE sí estaba obligada por el Reglamento UE 604/2013 objeto del caso, por acuerdo bilateral con la Unión. En esta sentencia el TEDH exigió un nivel de protección más exigente que el establecido por el TJ.

²⁶ *Vid.* J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, «El TJUE pierde... *cit.*, p. 838 y S. SOLDEVILA FRAGOSO, «Dictamen 2/2013 del Tribunal de Justicia del 18 de diciembre de 2014, sobre la (¿imposible?) adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos», *Actualidad administrativa*, núm. 6, 2015, pp. 49-59, p. 43 ss.

²⁷ S. SOLDEVILA FRAGOSO, «Dictamen 2/2013 del...» *cit.*, p. 55.

²⁸ B. DE WITTE y S. IMAMOVIĆ, «Opinion 2/13 on Accession to the ECHR: Defending the EU Legal Order against a Foreign Human Rights Court», *European Law Review*, núm. 5, 2015, pp. 683-705, p. 684.

gado a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; porque el CEDH mejora su posición en el ordenamiento jurídico de la UE en la medida en que el art. 6.3 del TUE deja claro que los derechos del Convenio constituyen principios generales del Derecho de la Unión Europea en lugar de mera fuente de inspiración de los mismos; y, sobre todo, por la cláusula del art. 52.3 de la Carta de Derechos que establece que «*En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el CEDH —lo cual sucede con la mayoría de ellos—, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa*»²⁹.

Sin embargo, perviven importantes razones, y muchos y diversos son los argumentos esgrimidos, para defender la adhesión de la Unión Europea al CEDH. En primer lugar, se defiende la idoneidad de la existencia de un control externo del ordenamiento jurídico de la UE en el ámbito de los derechos humanos común al que experimentan los ordenamientos nacionales, de forma que la UE pase a ser parte de ese espacio común europeo de derechos y libertades constituido por el importante sistema de protección del CEDH y la relevante jurisprudencia del TEDH³⁰.

La adhesión supondría un nuevo recurso para los particulares que consideren que sus derechos han sido vulnerados por las instituciones de la Unión Europea³¹. De modo que además de aportar coherencia al sistema jurídico de la UE, aumentaría la seguridad jurídica y fortalecería la legitimidad de la Unión³², al clarificar las relaciones entre el TEDH y el TJUE. Es más, los problemas derivados de los casos en los que se pronuncia el Tribunal de Estrasburgo sobre cuestiones de Derecho comunitario sin que la Unión pueda defender su postura también desaparecerían en la medida en que podría participar en los procedimientos como cualquier otro Estado parte.

Incluso se ha afirmado que, en la medida en que la UE adquiriría en materia de derechos humanos una posición semejante a la de los ordenamientos nacionales, debía permitir al TJUE apuntalar su posición en materia de derechos humanos frente a los tri-

²⁹ Vid. la interpretación de A. MANGAS MARTÍN, *Carta de los... cit.*, p. 52-52 de este artículo como apertura y compatibilidad de la Carta con el CEDH.

³⁰ A. MANGAS MARTÍN, *Carta de los... cit.*, p. 72.

³¹ Se ha llegado a plantear que la convicción de que las decisiones del TJ pudiesen ser revisadas por el TEDH en materia de derechos humanos serviría al primero de acicate para ser más sensible a estas cuestiones, pues aunque constantemente se proclame la vigencia de los derechos humanos en la UE realmente son pocas los casos en los que el TJ ha concluido que se han producido lesiones efectivas de esos derechos. F.J. MATÍA PORTILLA, «La adhesión de la UE al CEDH hoy: una valoración de los trabajos realizados hasta el momento», L.I. Gordillo Pérez (dir.), *Constitutionalism of European Supranational Courts. Recent developments and challenges*, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 217-264, p. 239.

³² J.R. CANEDO ARRILLAGA y L.I. GORDILLO PÉREZ, «Los derechos fundamentales...» *cit.*, p. 52.

bunales constitucionales de los Estados miembros, uno de los flancos en los que siempre se ha mostrado más vulnerable³³.

En definitiva, la adhesión podía haber significado el desarrollo de una cultura común de los derechos, incrementando la credibilidad del sistema europeo en este ámbito y armonizando la jurisprudencia de ambos tribunales. Sin embargo, el TJUE ha impedido la consecución de este proceso con su Dictamen 2/2013.

1. El Dictamen 2/2013

Atendiendo al mandato configurado en el art. 6.2 del TUE y precisado en los tres artículos del Protocolo 8, el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior encargó a la Comisión la negociación³⁴ del acuerdo de adhesión el 4 de junio de 2010. Previamente, el Comité de Ministros del Consejo de Europa había dado un mandato *ad hoc* al Comité Director de Derechos del Hombre del Consejo de Europa para la elaboración de ese texto de adhesión junto a la Unión Europea³⁵. El 5 de abril de 2013 se alcanzó un Proyecto de acuerdo de adhesión. A continuación, de acuerdo al art. 218.11 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea —en adelante, TFUE—, la Comisión solicitó el pronunciamiento del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad de tal acuerdo con el Derecho primario de la Unión el 4 de abril de 2013. Esta consulta generó el Dictamen 2/2013, emitido el 18 de diciembre de 2014.

En su Dictamen, el Tribunal de Justicia consideró que el Proyecto de Acuerdo de Adhesión de la Unión Europea al CEDH no es compatible con el art. 6.2 del TUE ni con el Protocolo número 8. Esta incompatibilidad deriva de cinco elementos fundamentales, a saber: las características específicas y el principio de autonomía del Derecho de la Unión, el alcance del art. 344 TFUE, la figura del codemandado, el mecanismo de intervención previa del TJUE y el control jurisdiccional de la PESC.

El Tribunal admite en su Dictamen que el Tratado de Lisboa resolvió el problema de la inexistencia de base jurídica para la adhesión de la Unión al CEDH, pero subraya que, puesto que la Unión no puede considerarse un Estado, dicha adhesión ha de tomar en consideración las características específicas de la Unión —derivadas de principios capitales como el de autonomía, primacía y efecto directo—, como exigen precisamente

³³ J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, «La adhesión de la Unión Europea al CEDH: algo más que una cuestión meramente jurídica», *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, núm. 12, 2012, pp. 1-14, p. 14.

³⁴ Respecto a los aspectos formales y a los principales interrogantes abiertos en el proceso de negociación, *vid.* J.R. MARÍN ASÍS, *La participación de la Unión Europea en tratados internacionales para la protección de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 2013, pp. 37 ss.

³⁵ También el Consejo de Europa modificó el art. 59 del CEDH a través del Protocolo 14 para permitir la adhesión de la UE al Convenio.

los requisitos que los propios Tratados impusieron a la adhesión. Por ello, antes de adentrarse a exponer las incompatibilidades que encuentra entre el Proyecto de Acuerdo y el mandato de adhesión al CEDH, presenta en las «*Consideraciones preliminares*» —párrafos 153-177— su concepción del ordenamiento jurídico de la UE, transformando la referencia del Protocolo 8 a «*las características específicas de la UE y el Derecho de la UE*»³⁶ en unos estándares complejos y exigentes a los que va a referir su análisis de compatibilidad subsiguiente, como veremos a continuación.

1.1. *Las características específicas y el principio de autonomía del Derecho de la Unión*

El Tribunal de Justicia se centra en tres aspectos de la posible adhesión que considera que atentan a las características específicas y, en particular, al principio de autonomía del Derecho de la Unión.

En primer lugar se observa que, como consecuencia de la adhesión, el CEDH, al igual que cualquier otro acuerdo internacional celebrado por la Unión, obligaría a las instituciones de la Unión y a los Estados miembros y, por lo tanto, formaría parte integrante del Derecho de la Unión. En tal supuesto, la Unión, como cualquier otra Parte Contratante, estaría sujeta a un control externo que tendría por objeto el respeto de los derechos y libertades reconocidos en el CEDH. Por lo tanto, la Unión y sus instituciones, incluido el Tribunal de Justicia, estarían sujetas a los mecanismos de control previstos por dicho Convenio, y en particular a las decisiones y sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El Tribunal de Justicia observa que es ciertamente inherente al concepto mismo de control externo que, por una parte, la interpretación dada al CEDH por el TEDH vincularía a la Unión y a todas sus instituciones y que, por otra parte, la interpretación dada por el Tribunal de Justicia a un derecho reconocido por el CEDH no vincularía al TEDH. No obstante, precisa que no puede ocurrir lo mismo con la interpretación que haga el propio Tribunal de Justicia del Derecho de la Unión, y en particular de la Carta.

A este respecto, el Tribunal de Justicia subraya en particular que, puesto que el CEDH otorga a las Partes Contratantes la facultad de establecer estándares de protección superiores a los garantizados por dicho Convenio³⁷, es preciso garantizar la coordinación

³⁶ Que dicho art. 1 del Protocolo precisa del modo siguiente: «*En particular por lo que se refiere a: a) las modalidades específicas de la posible participación de la Unión en las instancias de control del Convenio Europeo; b) los mecanismos necesarios para garantizar que los recursos interpuestos por terceros Estados y los recursos individuales se presenten correctamente contra los Estados miembros, contra la Unión, o contra ambos, según el caso.*»

³⁷ «*Ninguna de las disposiciones del presente Convenio se interpretará en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte*» —art. 53 CEDH—.

entre el CEDH y la Carta. A partir de la interpretación del art. 53 de la Carta³⁸ hecha por el propio Tribunal, éste afirma que cuando los derechos reconocidos por la Carta se corresponden con derechos garantizados por el CEDH, es preciso que la facultad otorgada a los Estados miembros por el CEDH siga estando limitada a lo necesario para no poner en peligro el nivel de protección que contempla la Carta ni la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión. El Tribunal de Justicia observa que no se ha establecido disposición alguna en el acuerdo previsto para garantizar tal coordinación.

Efectivamente, la interpretación de la cláusula de *non regression* del art. 53 de la Carta no puede interpretarse en el sentido de que garantiza «la primacía del ordenamiento que conceda un mayor nivel de protección del derecho fundamental en cuestión, pues eso rompería el principio de primacía del Derecho comunitario y representaría un riesgo a la unidad del ordenamiento comunitario»³⁹. Así lo entendió en relación con los Tribunales Constitucionales⁴⁰ el TJ en el caso *Melloni*, en cuya sentencia se estableció que la aplicación de estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales no debe afectar «al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión»⁴¹. Es decir, lo que el TJUE exige a los Tribunales Constitucionales en relación con la interpretación que estos hagan de los derechos fundamentales recogidos en sus respectivas Constituciones cuando su nivel de protección no coincida con el que aquel haga de ese mismo derecho consagrado también en la Carta, se niega a aceptarlo cuando el afectado es él mismo y el controlador judicial externo es el TEDH.

En cualquier caso, lo dispuesto en el art. 53 del CEDH simplemente permite a los Estados parte ofrecer una protección mayor a la de la Convención, pero no se les obliga a ello; de modo que si los Estados no pueden elevar la protección a esos derechos por sus obligaciones bajo el ordenamiento de la UE ello no afecta a sus obligaciones respecto al CEDH⁴². Asimismo, la aceptación del nivel de protección del CEDH no proviene del

³⁸ «Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros» —art. 53 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea—.

³⁹ J. MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES, en A. Mangas Martín, *Carta de los... cit.*, p. 857.

⁴⁰ Si bien la primacía del Derecho de la Unión Europea no solo sobre el Derecho interno de rango legislativo sino también el constitucional, tiene una amplia presencia en la jurisprudencia del TJUE. *Vid.* vg. T. GROPPi, «La «primauté» del derecho europeo sobre el derecho constitucional nacional: un punto de vista comparado», *Revista de Derechos Constitucional Europeo*, núm. 5, 2006, pp. 225-243.

⁴¹ Sentencia TJUE de 26 de febrero de 2013 (C-399/11), párrafo 60.

⁴² B. de WITTE, S. IMAMOVIĆ, «Opinion 2/13 on...» *cit.*, p. 696.

art. 53 de la Carta sino del tercer párrafo de su art. 52 —que el TJ no menciona en la argumentación de su Dictamen—:

«En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa».

Del mismo modo que la rotundidad de la sentencia del caso *Melloni* a favor de la primacía del Derecho de la Unión Europea dificulta el diálogo entre el TJ y los Tribunales Constitucionales⁴³, en este caso, parece que también se rechaza aceptar el espíritu mostrado por el TEDH en su «deferente» jurisprudencia *Bosphorus* y optar por un diálogo judicial equivalente tendente a mantener cada cual las peculiaridades de sus respectivos ordenamientos.

Por otro lado, el Tribunal de Justicia considera que el enfoque adoptado en el Proyecto de acuerdo atenta contra el principio de confianza mutua entre esos Estados miembros. «Dicho principio obliga a cada uno de los Estados miembros (...) a considerar, salvo circunstancias excepcionales, que todos los demás Estados miembros respetan el Derecho de la Unión y, muy especialmente, los derechos fundamentales reconocidos por ese Derecho»⁴⁴. El TJUE argumenta que la asimilación que realiza el Proyecto de acuerdo de la Unión a un Estado y reservarle un papel de todo punto idéntico al de cualquier otra Parte Contratante, ignora precisamente la naturaleza intrínseca de la Unión. En particular, este enfoque no tiene en cuenta que los Estados miembros, en lo que atañe a las materias que han sido objeto de un traspaso de competencias a la Unión, han aceptado que sus relaciones se rijan por el Derecho de la Unión, con exclusión de cualquier otro Derecho. Al imponer que se considere que la Unión y los Estados miembros son Partes contratantes, no sólo en sus relaciones con las Partes que no son miembros de la Unión, sino también en sus relaciones recíprocas, el CEDH exigiría que cada Estado miembro verificase el respeto de los derechos fundamentales por parte de los demás Estados miembros, pese a que el Derecho de la Unión impone la confianza mutua entre esos Estados miembros. En esas circunstancias, la adhesión puede poner en peligro el equilibrio en que se basa la Unión y la autonomía del Derecho de la Unión. Ahora bien, en el acuerdo proyectado no se ha previsto nada para prevenir este resultado.

⁴³ Vid. v.g. L. BACHMAIER WINTER, «Más reflexiones sobre la sentencia Melloni: primacía, diálogo y protección de los Derechos fundamentales en juicios *in absentia* en el Derecho Europeo», *Revista Española de Derechos Europeo*, núm. 16, pp. 153-180.

⁴⁴ Dictamen 2/2013 del TJ de 4 de diciembre de 2014, párrafo 191.

En este punto la doctrina ha criticado una nueva concepción pretoriana del principio de confianza mutua que extiende su ámbito de actuación a las relaciones horizontales entre los Estados miembros, que en cualquier caso sería endeble y forzada para sostener la no adhesión. Muestra una clara desconfianza respecto al TEDH —tal vez por las últimas sentencias de éste referidas a los ámbitos de libertad, justicia e interior comentadas supra— y tal vez suponga la muestra más relevante del deseo del TJ de preservar un estándar de protección de los derechos fundamentales en la UE. De hecho, el Dictamen afirma que en el ámbito competencial de la UE los Estados han aceptado que sus relaciones mutuas «*se rijan por el Derecho de la Unión con exclusión, si así lo exige éste, de cualquier otro Derecho*»⁴⁵, pero precisamente el mandato de la adhesión al CEDH refleja el deseo de los Estados miembros de que en el Derecho de la Unión quiere que intervenga, en el ámbito de los derechos humanos, ese otro Derecho europeo que es el del CEDH.

Por último, dentro de este amplio apartado referido a las amenazas a las características específicas y la autonomía de la Unión, el Tribunal de Justicia pone de relieve que el Protocolo núm. 16 del CEDH, firmado el 2 de octubre de 2013⁴⁶, permite a los órganos jurisdiccionales de mayor rango de los Estados miembros dirigir al TEDH solicitudes de opiniones consultivas sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades garantizados por el CEDH o sus Protocolos. Dado que en caso de adhesión, el CEDH formaría parte integrante del Derecho de la Unión, el mecanismo instaurado por dicho Protocolo podría afectar a la autonomía y la eficacia del procedimiento de remisión prejudicial establecido en el TFUE, especialmente cuando los derechos garantizados por la Carta se corresponden con los reconocidos por el CEDH.

«No puede excluirse que una solicitud de opinión consultiva formulada en virtud del Protocolo núm. 16 por un órgano jurisdiccional nacional pueda desencadenar el procedimiento denominado de «intervención previa» del Tribunal de Justicia»⁴⁷, creando así un riesgo de que se soslaye el procedimiento de remisión prejudicial establecido en el art. 267 TFUE, que (...) constituye la piedra angular del sistema jurisdiccional instaurado por los Tratados»⁴⁸.

El Tribunal de Justicia estima a este respecto que el Proyecto de acuerdo no ha previsto nada en cuanto a la articulación entre estos dos mecanismos. Sin embargo, puesto

⁴⁵ Dictamen 2/2013 del TJ de 4 de diciembre de 2014, párrafo 193.

⁴⁶ Por tanto, es un protocolo firmado después del acuerdo de adhesión y que este no prevé en ningún sentido, de modo que en cualquier caso el TJ hubiera podido impedir su firma a posteriori si demostrase que con ello viola el Derecho de la Unión. J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, «El TJUE pierde...» *cit.*, p. 843.

⁴⁷ Es un procedimiento contemplado en el propio Proyecto de adhesión y tiene por objeto que el Tribunal de Justicia intervenga en aquellos puntos de que conozca el TEDH y en que se cuestione el Derecho de la Unión, sin que éste haya sido aún interpretado por el TJ.

⁴⁸ Dictamen 2/2013 del TJ de 4 de diciembre de 2014, párrafo 198.

que la cuestión prejudicial al TJUE es obligatoria para esos mismos tribunales cuando estén conociendo litigios que entren dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión y afecten a los derechos humanos, no termina de verse la incompatibilidad con el Protocolo 16 que no exime a los máximos tribunales nacionales de su obligación de referir la cuestión prejudicial al TJ de acuerdo al art. 267 TFUE. Es posible que el temor del TJ radique en que mediante una consulta al TEDH este puede marcar en su decisión una interpretación previa de un derecho del CEDH susceptible de prejuzgar la interpretación que el TJUE haría del mismo derecho de la Carta. Sin embargo,

«cuenta con toda la lógica que corresponda al TEDH marcar la interpretación correcta de los derechos recogidos en el CEDH y que su criterio rija para todas las partes del mismo, incluida en su momento la Unión. (...) El TJUE acoge una concepción absoluta y política de la autonomía del ordenamiento de la Unión (...). La autonomía así concebida parecería estar llamada a jugar en la UE un papel semejante al que la soberanía juega en los Estados»⁴⁹.

1.2. *Artículo 344 TFUE*

Seguidamente, el Tribunal de Justicia recuerda que el Tratado FUE dispone que los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los Tratados —art. 34 TFUE—, es decir, a instancia alguna distinta del Tribunal de Justicia. El art. 3 del Protocolo 8 obliga expresamente a no afectar a dicho art. 344 del TFUE. Por consiguiente, continua razonando el TJ, cuando se cuestiona el Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia tiene competencia exclusiva para conocer de cualquier litigio entre Estados miembros y entre éstos y la Unión relacionado con el cumplimiento del CEDH⁵⁰ en tanto pasase a formar parte del Derecho de la Unión. El hecho de que, según el Proyecto de acuerdo, los procedimientos ante el Tribunal de Justicia no deban considerarse modos de solución de controversias a los que las Partes Contratantes renuncian con arreglo al CEDH, no basta para preservar la competencia exclusiva del Tribunal de Justicia. El Proyecto de acuerdo deja subsistente la posibilidad de que la Unión o los Estados miembros planteen una demanda ante el TEDH que tenga por objeto una supuesta violación del CEDH cometida por un Estado miembro o por la Unión en relación con el Derecho de la Unión. La existencia misma de esta posibilidad vulneraría las exigencias del TFUE. En estas circunstancias, el Proyecto de acuerdo únicamente podría ser compatible con el TFUE si la competencia del TEDH estuviese expresamente excluida respecto de los litigios entre Estados miembros o entre éstos y la Unión relacionados con la aplicación del CEDH en el marco del Derecho de la Unión.

⁴⁹ J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, «El TJUE pierde...» *cit.*, pp. 843-844.

⁵⁰ Dictamen 2/2013 del TJ de 4 de diciembre de 2014, párrafo 204.

El hecho de que el propio Protocolo 8 contemple en su art. 3 el posible problema del art. 344 del TFUE parecía lógico por el tenor tanto de ese artículo del TFUE como del art. 55 del CEDH⁵¹. Por ello, el art. 5 del Proyecto de Acuerdo estableció que los procedimientos ante el TJUE no debían considerarse modos de solución de controversias a los que las partes renuncian de acuerdo al art. 55, de modo que las disputas entre miembros de la UE sobre la Convención podían llevarse ante el TJUE. Ir más allá e impedir que estas disputas llegaran al Tribunal de Estrasburgo no es posible en tanto pueden existir con independencia del Derecho de la Unión Europea. De modo que el extremo interpretativo del TJUE haría que el art. 344 TFUE dejase sin contenido el mandato del art. 6.2 del TUE, al privarlo de cualquier efecto útil. Por otro lado, si la UE tiene sus peculiaridades el sistema del CEDH, también. Pedir una exclusión total y expresa de la competencia del TEDH derivada del art. 33 del CEDH⁵² supondría embestir un aspecto sustancial del ordenamiento derivado de dicho Convenio.

1.3. *La figura del codemandado*

El codemandado es una institución que se crea en el Tratado de adhesión para salvar las peculiaridades de la Unión en su condición de parte potencial del CEDH sin ser Estado. De forma que para lograr la adecuada defensa del Derecho de la Unión —exigido en el art. 1.b del Protocolo 8— se hacía preciso facilitar que la UE pudiese personarse en todos los procedimientos ante el TEDH en los que se cuestionase la compatibilidad del Derecho de la UE con el CEDH. Es decir, el objetivo del mecanismo del codemandado es garantizar que los recursos interpuestos ante el TEDH por terceros Estados y los recursos individuales se presenten correctamente contra los Estados miembros, contra la Unión, o contra ambos, según el caso. El Proyecto de acuerdo prevé que una Parte Contratante se convierta en codemandada bien aceptando una invitación del TEDH, bien por decisión de éste a solicitud de la propia Parte Contratante. Cuando la Unión o los Estados miembros soliciten intervenir en calidad de codemandados en un asunto ante el TEDH, deberán demostrar que concurren los requisitos para su participación en el procedimiento y el TEDH se pronunciará sobre esta solicitud a la vista de la verosimilitud de las alegaciones formuladas. Según el Tribunal de Justicia, mediante este control, el TEDH se ve llamado a apreciar las normas del Derecho de la Unión que regulan el reparto de competencias entre

⁵¹ Artículo 55 CEDH: «Las Altas Partes Contratantes renuncian recíprocamente, salvo compromiso especial, a prevalerse de los tratados, convenios o declaraciones que existan entre ellas, a fin de someter, por vía de demanda, una diferencia surgida de la interpretación o de la aplicación del presente Convenio a un procedimiento de solución distinto de los previstos en el presente Convenio».

⁵² Artículo 33 CEDH: «Toda Alta Parte Contratante podrá someter al Tribunal cualquier incumplimiento de lo dispuesto en el Convenio y sus Protocolos que, a su juicio, pueda ser imputado a otra Alta Parte Contratante».

ésta y sus Estados miembros, así como los criterios de imputación de los actos u omisiones de éstos. El TEDH puede adoptar una decisión definitiva al respecto que obliga tanto a los Estados miembros como a la Unión. Permitir que el TEDH adoptase una decisión como ésta podría vulnerar el reparto de competencias entre la Unión y sus Estados miembros, y no asegura la autonomía de la UE y su ordenamiento jurídico.

Frente a la postura del TJ, Martín Pérez de Nanclares⁵³ pone de relieve que lo fundamental sería lograr la garantía de que los posibles codemandados tenga información sistemática y suficiente de todos los procedimientos en los que podrían concurrir motivos para intervenir en condición de tales, así como ajustar al máximo el análisis de razonabilidad del TEDH al mínimo formal imprescindible para aceptar la solicitud. En este sentido, Witte e Imamovic⁵⁴ explican que la apreciación encomendada al TEDH nunca supondría una interpretación vinculante de las reglas sobre reparto de competencias como materia del derecho de la Unión Europea, y enmarcan su argumentación en el modo de apreciación del propio TEDH respecto a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Del mismo modo que la UE no estaría presente en la discusión de Estrasburgo sobre la correcta interpretación del Derecho de la Unión Europea en juego, tampoco lo están los Estados en relación a la interpretación de su Derecho interno. Es decir, si la UE se convierte en parte del CEDH, el TEDH tendrá que interpretar aunque sea mínimamente el Derecho de la UE para ser capaz de afirmar si se ha producido o no una violación de dicho Convenio. El hecho de que el TJ no dude en interpretar convenios internacionales cuya interpretación en principio está encomendada a otras instituciones internacionales, refuerza el cuestionamiento de la celosa actitud del TJ.

1.4. *Procedimiento de intervención previa*

Asimismo, el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre el procedimiento de su intervención previa, es decir, aquel contemplado en el Proyecto de adhesión que tiene por objeto permitir que el Tribunal de Justicia intervenga en aquellos asuntos de los que conozca el TEDH y en que se cuestione el Derecho de la Unión, sin que éste haya sido aún interpretado por el TJ. Señala en primer lugar que, a tal efecto, la cuestión de si el Tribunal de Justicia ya se ha pronunciado sobre la misma cuestión jurídica que es objeto del procedimiento ante el TEDH únicamente puede resolverla la institución competente de la Unión, debiendo la decisión de dicha institución vincular al TEDH. Es decir, permitir que el TEDH se pronunciase sobre esta cuestión equivaldría a atribuirle competencia para interpretar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Por consiguiente, este procedimiento

⁵³ J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, «El TJUE pierde...» *cit.*, p. 855.

⁵⁴ B. DE WITTE, S. IMAMOVIC, «Opinion 2/13 on...» *cit.*, pp. 697-698.

debería configurarse de tal manera que, en cualquier asunto pendiente ante el TEDH, se remitiese una información completa y sistemática a la Unión para que la institución competente pudiese apreciar si el Tribunal de Justicia ya se ha pronunciado sobre la cuestión que es objeto del asunto y, en caso contrario, pudiese iniciar dicho procedimiento. La abogada general también observó este problema y propuso que se obligase al TEDH, al menos en caso de duda, a darle al TJ la oportunidad de pronunciarse⁵⁵.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia observa que el Proyecto de acuerdo excluye la posibilidad de dirigirse al Tribunal de Justicia para que se pronuncie sobre una cuestión de interpretación del Derecho derivado mediante el procedimiento de intervención previa —que se referiría solo, bien al pronunciamiento sobre la validez del Derecho derivado, o bien a la interpretación de una disposición de Derecho originario—. Esta limitación del alcance de dicho procedimiento exclusivamente a las cuestiones de validez respecto al Derecho derivado vulneraría las competencias de la Unión y las atribuciones del Tribunal de Justicia. Este parece más un problema de interpretación originado por el Informe Explicativo del Proyecto de Adhesión, que por lo que éste establece en sí mismo, pues la abogada general no tuvo ningún problema en interpretar que lo dispuesto en el art. 3.6 de dicho Acuerdo era suficientemente amplio para incluir también la interpretación del derecho derivado⁵⁶.

1.5. *La Política Exterior y de Seguridad Común*

Por último, el Tribunal de Justicia analiza las características específicas del Derecho de la Unión en lo que se refiere a la tutela judicial en materia de política exterior y de seguridad común —«PESC»—, ámbito en el que más dificultades se habían previsto precisamente porque la mayor parte de los actos adoptados en el marco de la PESC escapan al control jurisdiccional del Tribunal de Justicia de acuerdo a la regulación de las competencias del Tribunal de Justicia establecida en los Tratados⁵⁷. Sin embargo, como consecuencia de la adhesión tal como está contemplada en el Proyecto de acuerdo, el TEDH estaría facultado para pronunciarse sobre la conformidad con el CEDH de determinados actos, acciones u omisiones que se producen en el marco de la PESC, y en particular, de aquellos cuya legalidad desde el punto de vista de los derechos fundamentales escapa a la com-

⁵⁵ Opinión de la Abogada General Sra. Juliane Kokott presentada el 13 de junio de 2014, párrafos 183 y 184.

⁵⁶ Opinión de la Abogada General Sra. Juliane Kokott presentada el 13 de junio de 2014, párrafos 132-135.

⁵⁷ El art. 24.1 del TUE *in fine* afirma que «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea no tendrá competencia respecto de estas disposiciones, con la salvedad de su competencia para controlar el respeto del art. 40 del presente Tratado y para controlar la legalidad de determinadas decisiones contempladas en el párrafo segundo del art. 275 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea».

petencia del Tribunal de Justicia. Ello equivaldría a encomendar el control jurisdiccional exclusivo de dichos actos, acciones u omisiones de la Unión, en lo relativo al respeto de los derechos garantizados por el CEDH, a un órgano externo a la Unión. Por consiguiente, concluye el TJ, el Proyecto de acuerdo no tendría en cuenta las características específicas del Derecho de la Unión en lo que respecta al control jurisdiccional de los actos, acciones u omisiones de la Unión en el ámbito de la PESC⁵⁸.

En cualquier caso, es posible considerar que precisamente porque en este ámbito la UE está impedida para controlar judicialmente la actividad de la UE, es especialmente relevante que sí lo pueda hacer el TEDH. De hecho, precisamente por ello este era un argumento constante en los defensores de la adhesión de la UE al CEDH. Es más, el que otra corte pueda ejercer un poder que se le niega al TJ no puede significar que el Proyecto de adhesión afecte a las competencias del TJ; es exactamente lo opuesto⁵⁹, en el sentido de que no hay competencias que afectar.

Es significativo que la preocupación de la abogada general en este punto se centrara en si el hecho de tener el TJ la competencia tan mermada en este ámbito, podría constituirse en razón de imposibilidad de la adhesión por incumplimiento del principio de tutela judicial efectiva recogido en los arts. 6 y 13 del CEDH. La abogada general se aleja de la solución propuesta por la Comisión —entender más amplio el ámbito competencial del TJ en materia PESC— y opta por la que seguramente es la solución más elegante y sencilla: puesto que la ejecución de la PESC recae en los Estados miembros, los tribunales nacionales se presentan en todo caso al particular como la vía obvia para someter al control jurisdiccional los actos, medidas u omisiones que se produzcan en el contexto de la PESC y de algún modo le afecten⁶⁰. De modo que no parece difícil concluir que la tutela judicial efectiva de los particulares exigida en el CEDH pudiese considerarse garantizada aunque el Tribunal de Luxemburgo no pudiera decidir prejudicialmente ni tuviera competencia sobre la validez de dichos actos.

V. REFLEXIONES FINALES

Habida cuenta de los problemas identificados, el Tribunal de Justicia concluye que el Proyecto de acuerdo de adhesión de la Unión Europea al CEDH no es compatible con las disposiciones del Derecho de la Unión. El Tribunal de Justicia opta por una interpretación tan extensiva del principio de autonomía del Derecho de la Unión que impide la adhesión de la UE al CEDH en los términos negociados en el Proyecto de Acuerdo de Adhesión

⁵⁸ *Vid.* especialmente Dictamen 2/2013 del TJ de 4 de diciembre de 2014, párrafos 254 y 256.

⁵⁹ B. de WITTE, S. ИМАМОВИЧ, «Opinion 2/13 on...» *cit.*, p. 703.

⁶⁰ Opinión de la Abogada General Sra. Juliane Kokott presentada el 13 de junio de 2014, párrafo 98.

y la hace realmente muy difícil de cara al futuro, en la medida en que no ofrece ninguna guía o propuesta de solución para poder cumplir con el mandato del art. 6.2 del TUE.

La adhesión debía suponer, como en el caso de los demás Estados partes del CEDH, el que la UE estuviese sujeta a un control externo que tendría por objeto el respeto de los derechos y libertades reconocidos en dicho Convenio. Por lo tanto, la Unión y sus instituciones, incluido el Tribunal de Justicia, estarían sujetos a los mecanismos de control previstos, y en particular a las decisiones y sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Es decir, el TEDH se hubiera constituido en una jurisdicción especializada respecto al TJ, que tendría la última palabra en materia de derechos fundamentales. Sin embargo, éste parece haber reaccionado como si se tratase de establecer un tribunal jerárquicamente superior⁶¹. Parece evidente que el celo del Tribunal por mantener su monopolio sobre cualquier ámbito y extensión del Derecho de la Unión Europea no le permitió ver las posibilidades de conciliación que la doctrina y la abogada general concibieron para preservar convenientemente la autonomía del ordenamiento de la UE.

En lugar de buscar soluciones, el TJ se aferró a una concepción absoluta y política de la autonomía del derecho de la UE erigiéndolo en una suerte de megaprincipio o principio de principio⁶², o principio absoluto. Sin embargo, en el caso del intento de adhesión actual —a diferencia del rechazado en el Dictamen 2/94— el TJ no parece haber tenido en cuenta que existe un mandato del Derecho originario —art. 6.2 TUE— que no puede cuestionar. Resulta muy discutible que el TJ pueda usar la autonomía del ordenamiento jurídico de la UE como argumento para oponerse a un acuerdo ordenado por el instrumento jurídico básico de dicho ordenamiento jurídico. Llegados a este punto parecería que el TJ está predicando la autonomía más de sí mismo que del Derecho de la Unión Europea como ordenamiento jurídico, lo que la mayor parte de la doctrina considera que le ha llevado a una posición de aislamiento o aislacionismo jurídico, que ahora ha manifestado en el espacio europeo de los derechos humanos pero que podría acabar mostrándolo también en otros ámbitos internacionales más generales llegado el caso, por ejemplo ante el Tribunal Internacional de Justicia⁶³.

⁶¹ Witte e Imamovic creen que detrás de la rotunda negativa del TJ a la adhesión está el temor a que las divergencias entre ambos tribunales respecto al nivel de protección de los derechos se volverían más concretas (y, por tanto, más evidentes, añadido yo) reemplazando el «diálogo» a distancia segura. B. DE WITTE, S. IMAMOVIĆ, «Opinion 2/13 on...» *cit.*, p. 685.

⁶² «La autonomía así concebida parecería estar llamada a jugar en la UE un papel semejante al que la soberanía juega en los Estados. Pero con la diferencia de que, mientras que en los Estados miembros la pertenencia a la Unión —aparte de otros factores añadidos— supone una erosión sustancial de su soberanía, la Unión pretende estirar los confines de la autonomías más allá de lo recomendable», J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, «El TJUE pierde...» *cit.*, p. 844.

⁶³ *Vid.* J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, «El TJUE pierde...» *cit.*, p. 848.

De cara al futuro está por ver hasta qué punto se podrá continuar como hasta ahora. El TEDH puede no mantener su presunción de protección equivalente, a todas luces concebida como solución provisional, y los tribunales constitucionales de los Estados miembros también podrían rebelarse respecto a la interpretación del art. 53 de la Carta dada por el Tribunal y endurecer en ámbitos concretos su aceptación del principio de primacía del Derecho de la Unión con el consiguiente efecto negativo para el diálogo judicial europeo.

Dean Spielmann, presidente del TEDH en la apertura del año judicial de 2015, mencionó en su discurso del 30 de enero, el Dictamen del TJ. Tras expresar su decepción respecto al mismo, dejó claro que para él lo importante era asegurar que no hubiese vacío alguno en la protección de los derechos humanos en el espacio de la Convención, tanto si la violación es imputable a los Estados como a una institución supranacional. Porque lo esencial no es tener una concepción jerárquica de sistemas que están en conflicto entre sí, sino que la clave es asegurar una garantía coherente de los derechos fundamentales en toda Europa⁶⁴.

Por tanto, ante este escenario, el Dictamen 2/2013 parece haber desencadenado un resultado paradójico en la medida en que la desconfianza hacia el TEDH y el celo respecto a su autonomía mostrados por el TJ no van a impedir que el Tribunal de Estrasburgo continúe conociendo como hasta ahora de los actos dictados por los Estados en ejecución del Derecho de la Unión Europea, tal vez con menos generosidad en el uso del principio de equivalencia, mientras el TJ seguirá sin poder ser parte en el procedimiento para defender su posición.

Por último, es inevitable hacer mención al debate sobre el grado de activismo del TJ y los límites de esa creatividad judicial. No cabe duda de que ese activismo ha existido desde muy temprano, pero en general fue apoyado por el papel que esa jurisprudencia europea suponía en la consolidación e incluso el avance en el proceso de integración a través del ejercicio de la función de interpretación de un Derecho con frecuencia abierto y contradictorio. Por supuesto, tampoco han faltado las críticas de quienes observaron extralimitaciones en el Tribunal. Sin embargo, es difícil precisar cuándo se produce esa extralimitación, cuándo se rebasan los límites y en consecuencia se pierde legitimidad, más aún por la falta de precisión en la descripción del papel del Tribunal en los propios tratados. Probablemente, el Dictamen 2/2013 ha logrado como ninguna otra decisión del TJ hacer coincidir a la mayor parte de la doctrina en que en esta ocasión ese activismo judicial sí ha «*corrido salvajemente*»⁶⁵.

⁶⁴ President Dean Spielmann, Solemn hearing for the opening of the judicial year of the European Court of Human Rights. Opening speech, 30 January 2015, p. 5.

⁶⁵ Haciendo uso de la expresión *—running wild—* que usó H. Rasmussen en 1987 en su libro *On Law and Policy in the European Court of Justice: A Comparative Study in Judicial Policymaking*, Martinus Nijhoff, Dordrecht/Boston/Lancaster.

TITLE

HUMAN RIGHTS IN THE EUROPEAN UNION. IN PARTICULAR, THE ISSUE OF THE ACCESSION OF THE UNION TO THE EUROPEAN CONVENTION OF HUMAN RIGHTS

SUMMARY

I. ORIGIN OF HUMAN RIGHTS IN EUROPEAN COMMUNITIES. II. LISBON TREATY AND HUMAN RIGHTS. III. RELATION BETWEEN COURT OF JUSTICE AND EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS BEFORE OPINION 2/2013. IV. ACCESSION OF THE EUROPEAN UNION TO THE ECHR. 1. Opinion 2/2013: 1.1. *The specific characteristics and the principle of autonomy of Union law*. 1.2. *Article 344 TFEU*. 1.3. *The figure of the co-defendant*. 1.4. *Prior intervention procedure*. 1.5. *The Common Foreign and Security Policy*. V. FINAL THOUGHTS.

KEYWORDS

European Unión; Fundamental rights; Court of Justice of European Union; European Court of Human Rights.

ABSTRACT

The European process of integration that has led to the current European Union has hosted a continued path of recognition and guarantee of human rights habitual in the legal culture of its Member States. That process should reach its highest point with the access of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. However, the Opinion 2/2013 by the Court of Justice of European Union may have extinguished the hope of such accession.

Fecha de recepción: 14/10/2016

Fecha de aceptación: 24/10/2016