

LA ADHESIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: UN PROCESO COMPLEJO DE DIFÍCIL RESOLUCIÓN

THE ACCESSION OF THE EUROPEAN UNION TO THE EUROPEAN CONVENTION OF HUMAN RIGHTS: A DIFFICULT RESOLUTION PROCESS

ALFREDO ALLUÉ BUIZA

Profesor Titular de Derecho Constitucional.

Universidad de Valladolid

SUMARIO: 1. LA IDEA CONSTITUCIONAL EUROPEA Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. 2. EL PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA EN LO ESENCIAL EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS COMO MECANISMO TRADICIONAL DE ARTICULACIÓN. 3. EL CONTROL EXTERNO PERO INDIRECTO ANTE EL TEDH. 4. LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA Y SU SISTEMA DE GARANTÍAS. 5. EL CONTROL EXTERNO DE CARÁCTER DIRECTO: EL PROYECTO DE ACUERDO DE ADHESIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA AL CEDH Y SU CONTESTACIÓN POR EL TJUE. 6. CONCLUSIONES.

1. LA IDEA CONSTITUCIONAL EUROPEA Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El nacimiento de la Unión Europea se enmarca en un proceso de eclosión de la garantía supranacional de los derechos. Todo el elenco de convenios, cartas y tratados sobre la materia que implican la búsqueda de un sistema de garantía externo a los propios sistemas estatales surgen en este período. No obstante, los Tratados de París y de Roma no hacen referencia alguna a los mismos ni establecen sistema alguno de control externo. Esto es así porque el proceso de integración nace y se desarrolla sobre la base de una teoría funcionalista de búsqueda de una integración económica, única y exclusivamente, como necesidad del capitalismo tardío de establecer una disciplina basada en una serie de libertades económicas.

Podemos decir que la naturaleza de las Comunidades Europeas se basaba en la creación de una organización internacional de carácter regional y de intereses específicos, siendo éstos en un primer momento, muy modestos (la integración de la energía del carbón y del acero de un área sempiternamente conflictiva –El Ruhr–) para ampliar dicha integración, posteriormente, al mercado integrado y a la energía nuclear, fundamentalmente ésta última, como necesidad imperiosa tras la crisis de Suez. La visión de los fundadores de las Comunidades era meramente tecnocrático-administrativa, más allá de lo que los movimientos y la doctrina proeuropeísta pretendiera entonces como desiderátum final.

Sin embargo, el proceso de integración evolucionó, principalmente a través de las aportaciones jurisprudenciales comunitarias y, muy posteriormente, por las sucesivas reformas del derecho originario, y se extendió a materias «*ad extra*» de las relaciones meramente económicas. El sistema de libertades comunitarias, propio de una interrelación de la economía de Estados miembros democráticos, dio paso a la asunción de materias «sensibles» propias de los sistemas constitucionales, transmutándose las comunidades en una organización de carácter general.

Más allá del sustrato democrático de las Comunidades (que ha existido desde el inicio y que nadie discute) sustentado en unos principios «materiales» cohesionados con la idea de la democracia, el desarrollo del proceso de integración derivó en un paulatino reconocimiento del estándar democrático de protección de los derechos. Por vez primera el preámbulo del Acta única Europea, en 1986, hace explícito este principio material al «promover conjuntamente la democracia, basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones y leyes de los Estados miembros y en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales y en la Carta Social Europea».

El Tratado de Maastricht, en 1992 significa la asunción de esas llamadas materias «sensibles» en el elenco competencial comunitario: moneda, ciudadanía,¹ espacio de libertad, seguridad y justicia (si bien éste en una esfera todavía intergubernamental). En definitiva, asunción de competencias soberanas que aproximan al proceso de integración a la idea constitucional, donde el derecho europeo empieza a ser un derecho «materialmente» constitucional, si bien abierto, evolutivo e incluso, conflictual, con los sistemas constitucionales de los Estados miembros adheridos.

Como afirma LÓPEZ GUERRA, «el resultado de la famosa estrategia funcionalista... ha dado como resultado una superposición cumulativa de prácticas, normas e instituciones que no responden a un diseño constitucional clásico pero que establecen una realidad innegable; una Unión Europea como entidad diferenciada en el concierto internacional, que no responde a las características definidoras del Estado nacional ni de la alianza de Estados». Así, la doctrina ha definido este proceso relacional entre la Unión y los Estados, un tanto entusiásticamente, como constitucio-

¹ Luis LÓPEZ GUERRA: «Derechos e integración europea». Ponencia –versión provisional– presentada en el VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, celebrado en San Sebastián en febrero de 2010, p. 2.

nalismo «multinivel», en la búsqueda de un equilibrio constante de las acciones y reacciones de los diferentes actores del sistema². Constitucionalismo un tanto «post-moderno» que inevitablemente ha originado recelos por parte de los sistemas constitucionales (históricamente consolidados) de los Estados miembros, originándose un gran número de sentencias de los tribunales constitucionales estatales, que tienen un alto carácter preventivo a la hora de defender el grado de intangibilidad constitucional que le es propio a cada Estado, sobre todo en lo que afecta al ámbito y protección de los derechos (sentencia del TCFA «Maastricht» de 1993, la decisión del Consejo Constitucional Francés en 2004 referente a la Constitución Europea, o las Sentencias, en 2009, de los Tribunales Constitucionales checo y alemán con motivo de la ratificación del Tratado de Lisboa. Incluso podemos encontrar en la declaración 1/2004, de 13 de diciembre, de nuestro Tribunal Constitucional relativa a la ratificación de la Constitución Europea alguna semántica preventiva «a la alemana»³).

Así, el Tratado de Maastricht, introduce en el «Tratado-frontispicio» (TUE) un art. F2 que expresaba lo siguiente: «La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantiza en el Convenio Europeo para la protección de Derechos Humanos... y tal y como resulta de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, como principios generales del derecho comunitario», artículo que se reproducirá casi literalmente en el art. 6 del TUE, versión Amsterdam. Paradójicamente estas reformas del Derecho Originario y las posteriores (salvo el frustrado Proyecto de Constitución) no desarrollan estas disposiciones en forma de articulación de un elenco de derechos jurisdiccionalmente garantizados. Habrá que esperar a que el Tratado de Lisboa dote de naturaleza constitutiva a una declaración interinstitucional con casi una década de existencia, como era la Carta Europea de Derechos Fundamentales, conformando un elenco de derechos que forman parte indisoluble del derecho originario europeo.

2. EL PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA EN LO ESENCIAL EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS COMO MECANISMO TRADICIONAL DE ARTICULACIÓN

Al margen de lo dicho, a nadie escapa que las materias del elenco competencial de la primera, y dilatada, fase del proceso de integración podrían ser suscepti-

² Laurence BURGORGUE-LARSEN: «La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial» –versión provisional–. Ponencia presentada al Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, celebrado en San Sebastián en febrero de 2010, p. 4.

³ En su FJ 4º, reiterada en la STC 26/2014, de 13 de febrero, FJ 3º (Asunto «Melloni»): « en el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución Española, sin que los hipotéticos excesos del derecho europeo respecto de la propia Constitución europea fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en éste, en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y la supremacía de la Constitución que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitarán, que desde la perspectiva actual se consideran inexistentes, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes»

bles, en su regulación y aplicación a los derechos de los justiciables de los Estados miembros. Para ello, el Tribunal de Justicia, entonces de la Comunidad Europea, fue construyendo una doctrina de los derechos fundamentales. Así la Sentencia «Stauder» de 12 de noviembre de 1969, las sentencias «Internationale Handelsgesellschaft» y «Köster» de 17 de diciembre de 1970 o la sentencia «Nold» de 14 de mayo de 1974, contradicen una primigenia jurisprudencia «Stork» de 4 de febrero de 1959, donde se consideraba que no podría invocarse un derecho fundamental reconocido constitucionalmente, pues su aplicación pondría en cuestión la autonomía del derecho comunitario (y, en definitiva, la autonomía del sistema, a la hora de que el Tribunal de Justicia se viera obligado a interpretar el derecho comunitario de acuerdo con ese derecho fundamental internamente garantizado).

Pues bien, este giro jurisprudencial parte de que los derechos fundamentales internamente garantizados forman parte de los principios materiales del Derecho europeo, asegurándose por el Tribunal de Justicia su aplicación a través de lo que se ha denominado la función «pretoriana» del Tribunal de Luxemburgo; que la doctrina no ha considerado suficiente⁴. Como se ha dicho, tal vez subyace una posición poco adánica del Tribunal de Luxemburgo, a fin de evitar, con este giro doctrinal, una hipotética transformación de la función de los jueces nacionales y su conversión en jueces del Derecho europeo, pues los afectados por normas o actos comunitarios podrían invocar los derechos constitucionales que el juez nacional se vería compelido a garantizarlos⁵.

En ese plano, al que nos referimos anteriormente, de acciones y reacciones entre las instancias comunitarias y nacionales, en el ámbito de la protección jurisdiccional de los derechos, éstas se han movido históricamente mediante un equilibrio precario entre la salvaguarda de la primacía del derecho comunitario y los «contralímites» impuestos por las jurisdicciones constitucionales nacionales a fin de preservar la intangibilidad constitucional propia en materia de derechos. Así, desde la Sentencia «Frontini» de 27 de diciembre de 1973 de la Corte Constitucional italiana, hasta la Sentencia «Melloni» del Tribunal Constitucional español de 13 de febrero de 2014, todo el sistema relacional se ha sustentado, con mayor o menor intensidad, en las llamadas «líneas rojas» o, lo que es lo mismo, en la imposibilidad de que los Estados otorgaran a las instituciones comunitarias un poder de violar los principios fundamentales de los ordenamientos constitucionales y los derechos contenidos en éstos. La evolución de esta confrontación, más que diálogo, fue evo-

⁴ Luis López Guerra: Ob. Cit., p. 5. Por su parte, Fco. Javier MATÍA PORTILLA («La adhesión de la UE al CEDH hoy: una valoración de los trabajos realizados hasta el momento», en *Constitutionalism of European Supranational Courts. Recent developments and challenges* –Luis Ignacio Gordillo Pérez, Director–, Aranzadi 2015, p. 239) considera que «hay una relación inversamente proporcional entre las abundantes afirmaciones relacionadas con la vigencia de los derechos fundamentales en la Unión y las escasas condenas efectivas», aventurando el autor a la existencia de un cierto «margen para la impunidad en la Unión en lo que afecta al respeto de los derechos fundamentales».

⁵ Al respecto, ver: José Ramón CANEDO ARRILLAGA y Luis I. GORDILLO PÉREZ: «Los derechos fundamentales en la Unión Europea a la espera de Lisboa», en *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº 39/2008, pp. 33 y ss.

lucionando como es más que sabido, desde la exigencia de que la Unión ajustara su ámbito de protección de derechos al de los ordenamientos constitucionales (sentencia «Solange I», del tribunal Constitucional Federal Alemán, de 20 de mayo de 1974) a comprender una «mera equivalencia en lo esencial» entre los derechos reconocidos en los sistemas constitucionales y su protección en el ámbito comunitario, a fin de que en la aplicación del derecho comunitario se evitase la intervención del juez constitucional con el fin de poder revisar el derecho comunitario derivado a la luz de los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados (Sentencia «Solange II» de 22 de octubre de 1986, del mismo Tribunal).

Sin embargo, como afirma Fausto VECCHIO, se ha producido un repunte en la europeización de los «contralímites» y un regreso latente a la reconstrucción formalista del sistema de fuentes tanto en el Consejo Constitucional francés, como en los tribunales constitucionales polaco y letón sobre la base del uso de la fórmula de la identidad constitucional «como un reconocimiento a las reivindicaciones de sus competencias y, de una manera más general, como una afirmación de sus doctrinas nacional soberanistas»⁶.

No obstante ese repunte intervencionista de los tribunales constitucionales puede aportar, aunque parezca una paradoja, más soluciones que riesgos en lo que se refiere a la idea del poder judicial europeo como una «red judicial» donde «cada actor del sistema de la Unión tiene derecho a la palabra, a opinar»⁷; si, desde nuestro punto de vista, se desarrolla como natural, el sistema de reenvío prejudicial por parte de la justicia constitucional.

Así, la tardía «rebelión» de nuestro Tribunal Constitucional ha marcado el camino de esa natural desembocadura del diálogo prejudicial entre un Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia. Un camino recorrido por una jurisprudencia relativa a la aplicación del espacio de libertad, seguridad y justicia (asuntos «euroorden») que, desde el año 2000 (STC 91/2000, de 30 de marzo), pasando por las Sentencias 177/2006, de 27 de junio y 199/2009, de 29 de septiembre, concluye con la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 26 de febrero de 2013 (Asunto «Melloni»), donde el Tribunal Constitucional español planteó⁸ la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia⁹ (Auto 86/2011, de 9 de junio) previa suspensión del

⁶ Fausto Vecchio: «Primacía del derecho europeo y contralímites como técnicas para la relación entre ordenamientos» en <http://www.ugr.es/REDCE17>, 14/03/2013, p. 18.

⁷ Laurence Burgorgue-Larsen: ob. cit., p. 6

⁸ Como así lo plantearon, en sus votos particulares a la STC 199/2009, de 28 de septiembre, los Magistrados Rodríguez Zapata y Pérez Tremps.

⁹ El Tribunal de Justicia resolvió la cuestión planteada en su Sentencia de 26 de febrero de 2013. De igual modo, el Consejo Constitucional francés planteó, en un caso similar, una cuestión prejudicial que desembocó en la Sentencia del TJUE, asunto «Fransson», de 30 de mayo de 2013. Sin embargo, en el asunto «Michaud c. Francia» que concluyó con una Sentencia del TEDH el 6 de diciembre de 2012, donde se cuestionaba una directiva que contenía una serie de medidas que excepcionaban el derecho del abogado a la no colaboración con las autoridades fiscales, el Consejo Constitucional francés se negó a plantear la cuestión prejudicial, lo que para el TEDH, que construye una interesante jurisprudencia

recurso de amparo, viéndose compelido, por la interpretación del Tribunal de Luxemburgo a denegar el amparo, en la STC 26/2014, de 13 de febrero. En este Auto, a diferencia de su anterior jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ya no habla de «contenido absoluto» del derecho fundamental concernido (en este caso el derecho a un juicio justo) sino de «contenido esencial». Como se ha afirmado, un Estado de la Unión Europea no puede imponer a los demás Estados su parámetro nacional de protección de los derechos fundamentales, debiendo moverse en sus relaciones dentro de un parámetro común sustantivo y procesal, en una cultura común de los derechos en una equivalencia formal entre los sistemas nacionales de garantías y la aceptación de la suficiencia de estas garantías sin imposiciones de ningún tipo¹⁰.

3. EL CONTROL EXTERNO PERO INDIRECTO ANTE EL TEDH

En lo referente a los intentos de establecimiento de un control externo aunque indirecto de la aplicación del derecho comunitario en su afectación a los derechos contenidos en el CEDH. Desde el momento en que la aplicación del derecho comunitario corresponde fundamentalmente a las instancias nacionales de los Estados adheridos, se podía dar la paradoja de originarse un control indirecto sobre el Derecho de la Unión Europea, organización no adherida CEDH.

De este modo, como afirma Argelia QUERALT¹¹, «todos los Estados estaban sometidos a un control externo común, incluso si aplicaban el derecho comunitario... sin embargo, la Unión quedaba al margen de todo este entramado de garantía. En definitiva suponía que en el mismo territorio coexistían dos estándares en materia de derechos fundamentales». Esto no ha impedido que se haya creado un sistema común de carácter «semiabierto» (que sólo podrá cerrarse con la efectiva adhesión de la UE al Convenio, como afirma la autora, ya que el TEDH ha podido fiscalizar indirectamente a la Unión a través del control de los actos estatales de transposición del ordenamiento comunitario, como ocurrió en los conocidos casos «Matthews c. Reino Unido» de 1999, o «Bosphorus c. Irlanda» de 30 de junio de 2005 (si bien en ésta última lo que se cuestiona es un reglamento comunitario donde el margen de aplicación del Estado miembro es reducidísimo, a diferencia del anterior consistente en aplicar mediante la normativa electoral nacional, un instrumento híbrido y generalista como era el Acta y Decisión de 1976 de elecciones al Parlamento Europeo).

dencia en torno a la equivalencia en el acceso de los particulares a las diferentes cortes supranacionales, no supone un problema irresoluble, pues el hecho de que en un determinado caso una jurisdicción constitucional no plantee la cuestión prejudicial, no le impide que se pueda desplegar, en cualquier momento, toda su potencialidad.

¹⁰ Voto particular del magistrado Pérez Tremps al Auto 86/2011, de 9 de junio.

¹¹ Argelia QUERALT JIMÉNEZ «La protección de derechos y libertades en Europa tras la entrada en vigor del Protocolo núm. 14 al CE». *Revista Española de Derecho Europeo* n° 36/ octubre-diciembre 2010, pp. 512 y 513.

El diálogo entre la jurisdicción irlandesa, el Tribunal de Justicia y el TEDH que culmina en la Sentencia «Bosphorus», deriva en un inicial reconocimiento por parte del Tribunal de Luxemburgo de no ser el único intérprete en la aplicación del Derecho europeo cuando éste afecte a derechos fundamentales, como era el reglamento comunitario que establecía las restricciones al comercio de los Estados de la UE con la Antigua República de Yugoslavia, en tanto ésta fuera responsable de la vulneración de derechos fundamentales en el conflicto de los Balcanes. Es lo que el profesor BUSTOS GIBERT¹² ha titulado como «una relación de enriquecimiento mutuo en la construcción de un sistema para la protección de derechos».

Conviene destacar que dicho enriquecimiento difícilmente se hubiera podido dar si no se hubiera producido la cuestión prejudicial previa del Tribunal Supremo irlandés ante el Tribunal de Justicia. Muy probablemente la utilización natural (e incluso, obligada) de este procedimiento, como veremos inmediatamente, sea clave en este proceso; pues, como afirma Fausto Vecchio¹³, «es de vital importancia que los tribunales constitucionales, a través de un medio efectivo como es el reenvío prejudicial (y el Tratado, decimos nosotros –art. 267, párrafo tercero TFUE–) habla solamente de asuntos pendientes ante un «órgano jurisdicción nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno», por lo que no se puede excluir, a priori, a la jurisdicción constitucional), expongan sus razones y acosen al Tribunal de Justicia europeo a que asuma su función constitucional, la cual ha sido fortalecida por la Carta de los Derechos Fundamentales y, de acuerdo, con lo demostrado por los jueces de Luxemburgo, pueda cumplirlo dignamente».

No obstante, en esta última sentencia se apuntó una cuestión formal¹⁴, que posteriormente va a significar la dificultad un tanto insalvable (salvo que se utilice el sistema de reenvío prejudicial) del tránsito de un control externo indirecto a un control directo por parte del TEDH, cual es la falta de equivalencia (como así se hizo constar en los votos particulares concurrentes con la sentencia) en el acceso

¹² Rafael BUSTOS GIBERT: «TJCE y TEDH: una relación de enriquecimiento mutuo en la construcción de un sistema para la protección de los derechos». En *Integración europea a través de los derechos fundamentales: de un sistema binario a un sistema integrado*, J. GARCÍA ROCA y P.A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2009, pp. 147 y ss., citado por Argelia QUERALT JIMÉNEZ: Ob. cit., p. 512, cita nº 77.

¹³ Ob. cit., p. 22.

¹⁴ Y no es una cuestión puramente formal, sino que obre todo tiene un alcance sustancial ya que, como se dice en los votos concurrentes a la Sentencia Bosphorus: «el derecho a una demanda individual es una de las obligaciones básicas asumidas por los Estados al ratificar el Convenio. Por consiguiente, es difícil aceptar que se pueda reducir la eficacia de este derecho a las personas en su jurisdicción en base a que han transferido ciertos poderes a la Unión europea. Para el Tribunal, dejar al sistema judicial comunitario la tarea de asegurar una “protección equivalente”. Sin retener un medio para verificar caso por caso que la protección es realmente “equivalente”, sería consentir tácitamente la sustitución en el campo del Derecho comunitario, del estándar convencional por un estándar comunitario que podría estar inspirado en el estándar convencional pero cuya equivalencia con este último no sería objeto de un examen autorizado». Ver: Omar BOUAZZA ARIÑO «Notas de jurisprudencia del tribunal Europeo de Derechos Humanos» en *Revista de Administración Pública*, núm. 168, septiembre-diciembre de 2005, p. 277.

de ambos tribunales ya que el acceso individual al TJCE en su día no estaba contemplado, y hoy está contemplado muy restrictivamente¹⁵, mientras que sí existe la legitimación individual en el TEDH¹⁶.

4. LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA Y SU SISTEMA DE GARANTÍAS

Como hemos apuntado, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea surge en el año 2000 en forma de Declaración Común Interinstitucional con el objetivo de visualizar una catalogación de derechos con su correspondiente sistema de garantías. La utilización de una Declaración Común, y no a través de la reforma del derecho originario, o del establecimiento de un nuevo tratado o convenio que forme parte de este derecho, se inscribe en la tradicional naturaleza mutativa del Derecho de la Unión, el cual a través de instrumentos de difícil naturaleza encaje jurídico va siendo desbordado en sus aspectos constitutivos para que, con el paso del tiempo, se produzca la adecuada reforma de los Tratados. Así ha sido en el caso de la Carta, cuya vigencia durante casi una década se inscribe en una especie de «soft law» utilizándose gradualmente por los tribunales nacionales, por el propio Tribunal de Justicia y por el TEDH, como instrumento interpretativo, principalmente en lo que concierne a los llamados «derechos nuevos» (matrimonios transexuales o protección de datos, por ejemplo).

Hay que esperar a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa para que se reconozca fuerza vinculante originaria al contenido de la Carta, sin que la misma se incorpore al texto del Tratado. La mecánica establecida en el art. 6.1 del TUE no debe de sorprendernos desde la óptica constitucional (aunque a diferencia del Proyecto de Constitución Europea, que incorporaba la Carta, presupone que el Tratado de Lisboa se mueve más en el terreno de la apariencia convencional que en la constitucional) pues ha sido también una práctica de algunos sistemas constitucionales el establecer la catalogación de derechos en un instrumento distinto al de la constitución¹⁷.

La Carta, lógicamente operaría en el ámbito de la aplicación del Derecho de la Unión Europea, quedando desvinculadas del contenido de la Carta las materias que

¹⁵ Ver párrafo cuarto del art. 263 del tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, actualmente en vigor.

¹⁶ Sin embargo, el TEDH se aparta de dicha doctrina. Así, en el asunto «Michaud c. Francia» citado por nosotros, resuelto en la STEDH de 6 de diciembre de 2012, se considera que el sistema de acceso a ambos tribunales es equivalente, pues: 1. Los particulares se benefician del control de normas de la Unión que efectúan, a través de los diferentes recursos que están en el Tratado por los Estados miembros y por las Instituciones de la Unión, legitimadas también para acudir al TJUE. 2. Porque se puede constatar ante las jurisdicciones nacionales por parte de los particulares una vulneración del Derecho de la Unión en materia de derechos fundamentales; y dichas jurisdicciones pueden plantear el reenvío prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

¹⁷ Luis LÓPEZ GUERRA: Ob. Cit., p. 7.

no sean regladas por dicho derecho. Hay que observar, sin embargo, los problemas que se pueden derivar de un reparto competencial compartido, del plus competencial que suponen las llamadas cooperaciones reforzadas y, no digamos, el nuevo Derecho europeo que en principio no es estrictamente Derecho de la Unión y que surge con la reforma del art. 136 del Tratado de Lisboa y el posterior establecimiento de los Tratados llamados «parásitos» (Déficit Excesivo, Fiabilidad Financiera, Estabilidad y Gobernanza) que se nutren de las instituciones y del derecho emanado por éstas pero que no forman parte del acervo jurídico de la Unión.

Más allá de estas cuestiones meramente apuntadas, lo que sí es cierto, como considera LÓPEZ GUERRA¹⁸, es que si hay, en principio, una dualidad de regímenes de los derechos fundamentales dentro de cada Estado, la tendencia será hacia el establecimiento de un régimen homogéneo de derechos fundamentales, entendiendo las tradiciones constitucionales comunes de los Estados (reconocidas en el art. 6.3 del TUE) como una heterogeneidad básica que no impediría una convergencia natural entre regímenes de derechos, convergencia que se acentuaría si la Unión se adhiriera al CEDH.

En lo que concierne al sistema de garantías, éstas se reducen a lo dispuesto en los siguientes artículos: el artículo 52, que recoge, como es sabido, la técnica del Convenio denominada de «segundos párrafos» en orden a la limitación de un derecho siempre que sea establecida por ley, respete el contenido esencial del derecho y justificado por necesidades de la democracia. Por su parte el artículo 54 recoge casi miméticamente el contenido de la controvertida cláusula del «abuso de derecho» contenida en el artículo 17 de Convenio, muy vinculada al principio de democracia militante.

Hemos de detenernos a la llamada garantía de protección del artículo 53 de la Carta, por el cual «ninguna de las disposiciones de la Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales... en particular el Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros». Dicha disposición ha sido objeto de una interpretación hartamente controvertida. Para el Consejo de la Unión este artículo tiene como objeto «mantener el nivel de protección que ofrecen actualmente en sus respectivos ámbitos de aplicación... el nivel de protección ofrecido por la Carta no podrá, bajo ningún concepto ser inferior al garantizado por el CEDH, lo que trae como consecuencia que el régimen de limitaciones establecido en la Carta no puede quedar por debajo del nivel previsto en el CEDH»¹⁹.

¹⁸ *Id.*, pp. 9 y 10.

¹⁹ Consejo de la UE: «carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones relativas al texto completo de la Carta» Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 200, pp. 74 a 77.

En el caso de la protección de los derechos constitucionalmente protegidos, el Tribunal de Justicia, sin embargo ha realizado una interpretación diferente, que ha generado una cierta «desconfianza» en las cortes constitucionales²⁰, pues el artículo 53, para el Tribunal, no permite que un Estado pueda establecer un estándar de protección más elevado. De este modo, en la Sentencia, a la que ya hemos hecho referencia, sobre el «asunto Melloni» de 26 de febrero de 2013, el Tribunal de Justicia considera que el artículo 53 no puede ser invocado para subordinar la aplicación del Derecho de la Unión a condiciones previstas en el ámbito, más elevado, de protección, constitucional de los derechos fundamentales. En este caso, recuerda el Tribunal, «el artículo 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea debe interpretarse en el sentido de que no permite que un Estado subordine la entrega de una persona condenada en rebeldía a la condición de que la condena pueda ser revisada por el Estado emisor, para evitar una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y de los derechos de la defensa protegidos por la Constitución».

5. EL CONTROL EXTERNO DE CARÁCTER DIRECTO: EL PROYECTO DE ACUERDO DE ADHESIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA AL CEDH Y SU CONTESTACIÓN POR EL TJUE

El mandato explicitado por el Tratado de Lisboa (art. 6.2 de adhesión al Convenio, el cual obvia la anterior expresión «procurará adherirse») y concretado en el Protocolo nº 8 anexo al Tratado²¹, condicionado únicamente a que dicha adhesión «no modificará las competencias de la Unión que se define en los Tratados»,

²⁰ Como considera en su voto particular la Magistrada Adela Asúa, a la Sentencia 26/2014, de 13 de febrero que deniega el amparo al justiciable Stefano Melloni, atendiendo a la resolución prejudicial del Tribunal de Justicia, «si bien el Tribunal Constitucional ha aceptado la interpretación de que el artículo 53 de la Carta no permite que España aplique un nivel de protección más alto que el de la Carta en una materia –la orden europea de detención y entrega– en la que existen normas comunes europeas... la Sentencia de la mayoría, por tanto, al completar la respuesta del Tribunal de Justicia con la doctrina establecida en su día por este Tribunal en la DTC 1/2004, de 13 de diciembre, parece estar indicando que no acepta la respuesta a la tercera pregunta que le ha proporcionado el tribunal de Justicia, y que considera que el Tribunal Constitucional está facultado para aplicar el nivel de protección eventualmente mayor que puede derivar de la Constitución española en el ámbito de aplicación del derecho de la Unión... la sentencia de la mayoría estaría formulando de forma implícita su rechazo a la primacía del Derecho de la Unión que el Tribunal de Justicia ha vuelto a confirmar precisamente en su Sentencia de 26 de febrero de 2013. Todas las citas que el fundamento jurídico 3 entresaca de la DTC 1/2004, apuntan en la misma dirección: se dirigen a subrayar los límites de la integración europea. La aceptación de la primacía del Derecho de la Unión está condicionada –se reitera hasta tres veces con distintas formulaciones– al respeto de los principios y valores básicos de la Constitución.

²¹ E, igualmente, la Declaración nº 2 del Tratado de Lisboa relativa al apartado 2 del art. 6 del TUE, donde la conferencia conviene que la adhesión debería realizarse de manera que se preserven las especificidades del ordenamiento jurídico de la Unión, tomando nota la CIG de que existe un diálogo regular ente el TJUE y el TEDH, que podrá fortalecerse cuando la UE se adhiera al Convenio.

fue acogido favorablemente por la doctrina de manera casi unánime. Para Susana SANZ CABALLERO²², la adhesión «transmitirá un mensaje de coherencia entre la UE y el régimen paneuropeo de protección de los derechos fundamentales del Consejo de Europa, eliminando la incongruencia de la dualidad normativa existente en estos momentos en la materia en el marco de la UE». Igualmente, Argelia QUERALT considera²³ que «la adhesión, por tanto, supondrá que el tribunal no tendrá que colocarse nuevamente en la difícil posición de responsabilizar a los Estados parte de las violaciones convencionales cuyo origen real se encuentra en el ordenamiento jurídico comunitario. Cuando la Unión Europea forme parte del CEDH, el Tribunal podrá controlar en igualdad de condiciones las actividades de los poderes públicos estatales y comunitarios». Según José MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES²⁴, «la adhesión de la Unión al CEDH es más una oportunidad que un riesgo. En el caso de la Unión, esa oportunidad lo es tanto para su ordenamiento jurídico como para el TJUE: en el primer caso porque se verá reforzada su legitimidad jurídica y adquirirá en materia de derechos humanos una posición muy semejante a la de los propios ordenamientos nacionales; y en el segundo porque verá apuntalado frente a los tribunales constitucionales uno de los flancos en los que siempre se ha mostrado vulnerable».

El propio autor relativiza la supuesta alarma acerca de los efectos devastadores de una adhesión formal, siendo consciente de que la «introducción de ese control judicial externo obliga a realizar no pocas adaptaciones jurídicas en el ámbito del CEDH como en la propia UE, sin que la adhesión al Convenio suponga una modificación competencial o una amenaza a la autonomía del Derecho de la Unión, ni una modificación de la jurisprudencia del TJUE dialogante con los tribunales constitucionales a raíz de la jurisprudencia Solange, continuada con la jurisprudencia posterior a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa; además, la Carta mantiene en su artículo 52.4 la conexión con la interpretación que se deriva de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros²⁵.

²² Susana SANZ CABALLERO: «Crónica de una adhesión anunciada: Algunas notas sobre la negociación de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 38, enero/abril 2011, p. 103.

²³ Ob. Cit., p. 514.

²⁴ José MARTÍN 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*, nº 14, 2012, p. 14. Fco. Javier MATÍA PORTILLA (Ob. cit., p. 239) habla de «margen de impunidad en la Unión en lo que afecta al respeto de los derechos fundamentales», pues «si bien resulta innegable que el Tribunal de Justicia ha tenido un papel esencial en el diseño del modelo de protección de los derechos fundamentales (a partir de las difundidas Sentencias Stauder y Nold), no han sido muchas las ocasiones en las que ha concluido que se han producido lesiones efectivas de dichos derechos fundamentales, hay, por decirlo de una forma más esquemática, una relación inversamente proporcional entre las abundantes afirmaciones relacionadas con la vigencia de los derechos fundamentales de la Unión y las escasas condenas decretadas».

²⁵ José MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES: Ob. cit., p. 3.

Para la Comisaria europea Vivianne Reding la intención era establecer las lagunas en el sistema europeo de protección de los derechos fundamentales, asegurando una coherencia entre los enfoques del Consejo de Europa y la Unión Europea. Para el Consejo de Europa la adhesión significa poner a la UE en el mismo plano que sus Estados miembros, siendo el firmante nº 48 del Convenio y sentando un juez propio en el Tribunal; permitiendo que la voz de la UE sea escuchada cuando los casos comparezcan ante el Tribunal de Estrasburgo²⁶. En definitiva: desarrollo de una cultura común de los derechos, credibilidad del sistema europeo en este campo y desarrollo armonizado de la jurisprudencia de ambos tribunales²⁷.

El proceso negociador para una adhesión «rápida»²⁸ (tal y como establecía el programa de Estocolmo adoptado en el Consejo Europeo de 11 de diciembre de 2009)²⁹ se inicia con la autorización del Consejo de Justicia e Interior, como formación específica, mediante una Decisión adoptada en junio de 2010, por unanimidad conforme a la regulación sobre adopción de acuerdos internacionales del artículo 218, apartado segundo TFUE (cuyo origen es un proyecto de iniciativa de la Comisión que autoriza a ésta a iniciar dicho proceso, pero sometida a la consulta de un grupo de trabajo de carácter intergubernamental sobre derechos fundamentales dependiente del Consejo, a tenor del apartado cuarto).

Esta última cuestión no puede suscitar dudas acerca de su regularidad, ya que no estamos ante la puesta en marcha de mecanismos de carácter orgánico (la antigua «comitología», hoy «*aggiornada*», pero existente, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa) propios de las competencias de ejecución del Consejo delegadas a la Comisión; lo que permite un cierto grado o grados de control de la acción de la Comisión por un entramado intergubernamental. En este caso, por el contrario, la competencia de suscribir acuerdos internacionales por parte de la Comisión, tiene como correlato que el Consejo tenga la potestad de poder nombrar un comité especial de carácter consultivo, pues es el Consejo el que aprueba previamente las directrices de la negociación.

Se hizo necesaria la reforma del art. 59 del CEDH, mediante el artículo 17 del Protocolo nº 14 (aprobado el 13 de mayo de 2004 finalmente ratificado por Rusia el 18 de febrero de 2010, lo que permitió su desbloqueo y entrada en vigor el 1

²⁶ Ver: <http://europa.eu/rapid>, de 20-10-2011, p. 1.

²⁷ Ver: <http://hablamosdeeuropa.es>, de 20-10-2011, p. 1.

²⁸ Ya se intentó por parte de la Unión Europea el inicio de negociaciones de adhesión al CEDH mediante el peligroso subterfugio del actual 352 TFUE, que tiene su progenia en el art. 235 TCE que habilita una suerte de poderes implícitos cuya utilización «en blanco» como sería en este caso, produciría una flagrante vulneración del principio de atribución competencial de los Estados a la UE. El Tribunal de Justicia, en su Dictamen 2/94, de 28 de mayo de 1996 determinó que no existía base jurídica expresa en el Tratado para la puesta en marcha de una adhesión al CEDH, no pudiendo utilizarse la técnica entonces establecida en el entonces art. 235.

²⁹ Para un conocimiento de los antecedentes de este proceso que se remontan a la Declaración de Laeken en 2001, ver el exhaustivo relato sobre los mismos en Fco. Javier MATÍA PORTILLA: Ob. cit., pp. 219 a 221.

de junio) para dar cabida a la posibilidad de adhesión de una organización internacional a un Convenio pensado sólo para Estados, estableciendo la salvedad de que la Unión no se adhiere al Consejo de Europa pero sí participaría en sus instituciones, como es la participación en la designación de un juez, participación en la Asamblea parlamentaria para elección de los miembros del TEDH, mediante una delegación que tendrá el mismo número de representantes que la delegación del Estado miembro del Consejo de Europa que tenga el mayor número de representantes; igualmente, la participación de la Unión en el Comité de Ministros a los efectos del necesario control de la ejecución de las Sentencias. Sería una participación, en palabras de Francisco Javier MATÍA³⁰, de «geometría variable», como son, según el autor, las previstas en el Convenio: vigilancia de la ejecución de Sentencias del TEDH; fiscalización de los acuerdos amistosos; solicitud de informes consultivos sobre interpretación de la Convención y la decisión de reducir, bajo solicitud de la asamblea plenaria del Tribunal, el número de jueces de las Salas e, incluso funciones no expresamente previstas en el Convenio como son, entre otras, la adopción de recomendaciones, declaraciones que afecten exclusivamente al sistema del Convenio.

Sobre la espinosa cuestión de la ejecución de las Sentencias la Comisión Europea recuerda, en la solicitud de Dictamen al TJUE sobre el Acuerdo, que los principios generales de cooperación leal de los Estados con la Unión, lo que obliga a actuar coordinadamente, origina el que la propia Unión y los Estados dispongan de 29 votos de un total de 48 en el Comité de Ministros, por lo que se hace necesario, como así lo establece el Acuerdo, para preservar la eficacia del mecanismo de control, adaptar las reglas mediante la introducción de reglas de voto especiales.

Siguiendo con el proceso, por su parte, el Consejo de Europa designó como negociador en mayo de 2010 al Comité Director de Derechos Humanos formado por catorce Estados, de los cuales, la mitad son miembros de la UE que actuarían como «contraparte» de la Comisión Europea. Como afirma Susana SANZ CABALLERO³¹, «esta decisión del Consejo de Europa no resulta cómoda para la Comisión Europea, acostumbrada a que en las negociaciones de tratados internacionales no haya representación de los Estados de la UE, sino a actuar ella sola en representación de todos». El 7 de julio de 2010 se iniciaron las negociaciones, las cuales concluyeron con el Acuerdo sobre los proyectos de instrumentos de adhesión de 5 de abril de 2013.

Coetáneamente al inicio de las negociaciones el Tribunal de Justicia emitió un documento de reflexión de fecha de 2 de mayo de 2010³², donde se advierte que el Tribunal de Justicia aplica de forma habitual el Convenio y advierte que si una de las características del Convenio es la subsidiariedad en el sentido de que los Estados deben garantizar, mediante mecanismos suficientes, los derechos reconocidos

³⁰ Fco. Javier MATÍA PORTILLA: Ob. cit., pp. 235 y ss.

³¹ Susana SANZ CABALLERO: Ob. cit., p. 105.

³² Ver documento en : <https://www.curia.europa.eu>

en éste, implica que el control externo que atañe al TEDH debe venir precedido por un efectivo control interno adecuado por parte de los Estados y de la Unión, en caso de que se adhiera. De este modo, para el Tribunal de Luxemburgo «es preciso evitar que el TEDH llegue a resolver sobre la conformidad de un acto de la Unión con el Convenio sin que previamente el Tribunal de Justicia haya podido pronunciarse de forma definitiva sobre la cuestión»³³, pues solo a él le incumbe en exclusividad declarar la invalidez de un acto de la Unión, no siendo los tribunales nacionales competentes para declarar la validez de dichos actos en orden a la preservación de la uniformidad del Derecho europeo³⁴.

Si funcionara automáticamente, y en todos los casos (incluso, apuntamos nosotros, en el reenvío prejudicial por parte de los Tribunales Constitucionales) el procedimiento de reenvío prejudicial al TJUE la cuestión no presentaría mayor problema en orden al agotamiento previo de recursos. Como afirma José Martín y Pérez de Nanclares³⁵ esta situación se daría en muy pocos casos pero es susceptible de darse, más allá del carácter obligatorio y no voluntario «cuando se trate de procesos nacionales sobre los que no quepa ningún recurso ulterior o cuando se trate de procesos en los que el objeto de la controversia afecte a la validez de un acto de la Unión (y no la interpretación)». Pero, como considera el autor, puede ocurrir que «por un juego inadecuado de la “teoría del acto claro” o, simplemente, por desdén judicial en algún caso concreto, el Tribunal de Justicia no haya tenido ocasión de pronunciarse.»

Y esta posibilidad es apuntada por el Tribunal en su documento de reflexión, pues es consciente de que «no cabe dar por seguro que se produzca una remisión al Tribunal de Justicia en todos los casos en los que pudiera ponerse en cuestión la conformidad de una acción de la Unión con los derechos fundamentales»³⁶, en tanto en cuanto la iniciación del procedimiento prejudicial no corresponde a las partes, pero sobre todo, para el Tribunal, porque se hace «difícil considerar ese procedimiento como un medio de recurso cuyo ejercicio constituyera un requisito previo necesario antes de toda acción ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en aplicación de la regla del agotamiento de los medios de recurso internos»³⁷. De este modo, hay que determinar en el proceso negociador un «mecanismo capaz de garantizar que el Tribunal de Justicia pueda conocer de forma efectiva sobre la cues-

³³ Punto III.9.

³⁴ Punto III.8.

³⁵ JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES: Ob. cit., p. 9. El Autor (p. 10) hace referencia a las posiciones del proceso negociador sobre esta cuestión. Así, quienes planteaban la posibilidad de solventarse el problema con la interposición por parte de la Comisión de un recurso de incumplimiento por el contrario el Estado cuyos órganos jurisdiccionales no hubieran planteado la cuestión prejudicial a la que estaban obligados o la creación de un nuevo procedimiento consistente en un recurso *ad hoc* donde la Comisión estuviera legitimada para interponerlo ante el TJUE en los casos planteados ante el TEDH y que no hubiera podido pronunciarse previamente.

³⁶ Punto IV.10.

³⁷ Punto IV.11.

ción de la validez de un acto de la Unión antes de que el TEDH se pronuncie sobre la conformidad de ese acto con el Convenio»³⁸. Como veremos inmediatamente, la solución aportada por el Acuerdo de 2013 en absoluto colma las aspiraciones del Tribunal de Luxemburgo.

El 18 de diciembre de 2014 el Tribunal de Justicia emite un dictamen³⁹, a petición de la Comisión Europea, conforme al artículo 218, apartado 11 TFUE acerca de la compatibilidad con los Tratados con el proyecto de Acuerdo de 2013. La crítica que se hace desde el Dictamen del Tribunal de Justicia gravita en torno a la preocupación de que el acuerdo significa una implementación de las potestades del TEDH, creándose una entidad «súper-supranacional»⁴⁰. En este sentido, el Tribunal de Luxemburgo detecta, entre otras, los siguientes reproches, los cuales aunque operan aparentemente en el campo procesal, tienen un carácter sustantivo pues son susceptibles de alterar el orden competencial establecido en el Tratado que, como hemos dicho, el art. 6.2 TUE y el Protocolo nº 8 determinan como indisponible.

El Tribunal se hace eco del alcance del llamado «control externo» para lo cual, si bien sería entendible que la interpretación dada por TEDH al Convenio vincularía a la Unión Europea y a sus instituciones, incluido, lógicamente, el Tribunal de Justicia y la interpretación que hiciera del Convenio este Tribunal no vincularía al TEDH. Sin embargo, no hay garantía en el Acuerdo de lo contrario, es decir, que las apreciaciones del Tribunal de Justicia relativas al ámbito de aplicación material del derecho de la Unión, especialmente a efectos de determinar si un Estado miembro está obligado a respetar los derechos fundamentales de la unión, no deberían poder ser cuestionadas por el TEDH⁴¹.

No hay, por lo tanto, mecanismos de coordinación que permitan dar una cierta efectividad del llamado «nivel de protección del art. 53 de la Carta, pues no debería afectar al nivel de protección previsto en la Carta, ni a la primacía, unidad y efectividad del Derecho de la Unión Europea». Es decir, como hemos visto anteriormente, el Tribunal de Justicia en sus observaciones vuelve por «pasiva» el sentido del artículo 53 de la Carta en tanto que es un nivel mínimo indisponible, no pudiendo quedar limitado en caso de que se busque un nivel superior.

El gran problema que plantea al Acuerdo el Tribunal, y ya lo hemos apuntado es la prohibición que el Tratado establece de la posible alteración del régimen competencial establecido. Para empezar el TFUE en su art. 344 establece el no sometimiento de las controversias entre los Estados relativas a la interpretación y aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto al previsto en los

³⁸ Punto V.12.

³⁹ Dictamen 2/13 TJUE, de 18 de diciembre de 2014. Ver documento en: <https://www.curia.europa.eu>

⁴⁰ En expresión de Susana SANZ CABALLERO (Ob. cit., p. 109) aunque para la autora, «no sería jerárquicamente superior al TJUE, pero sí un tribunal especializado que será quien tenga la última palabra en Europa en materia de derechos fundamentales».

⁴¹ Apartados 185 y 186 del Dictamen. 2/13 TJUE.

Tratados, siendo la competencia exclusiva del TJUE. Como es sabido, pueden residenciarse ante el TEDH controversias interestatales, conforme al art. 33 del Convenio. Si bien éstas son bastante excepcionales (actualmente Ucrania ha planteado una controversia contra Rusia) permiten la confrontación entre Estados cuando la controversia tenga por objeto una violación del CEDH en relación con el derecho de la Unión, lo que pone en cuestión los principios generales del Derecho europeo de cooperación leal y confianza mutua entre los Estados adheridos.

Un problema de carácter procesal, pero que puede afectar sustantivamente al principio de no alteración competencial, es el establecimiento del mecanismo del codemandado, a fin de garantizar que los recursos interpuestos ante el TEDH por los Estados o particulares se presenten contra quien realmente corresponda (el Estado, la UE o los dos). De este modo, a fin de «evitar cualquier laguna en el sistema del CEDH relacionada con la participación, la responsabilidad y la eficacia frente a terceros», como se dice en el Acuerdo, si un Estado o la UE es la demandada, el TEDH puede invitar a la parte no demandada a adherirse como codemandado, cabiendo la posibilidad de que sea a petición propia, y, en este caso, el Estado o la Unión deben demostrar que concurren los requisitos para su participación en el procedimiento, por lo que el TEDH se convierte en intérprete de las normas europeas que regulan el reparto de competencias entre la UE y los Estados.

Debemos observar que la figura de codemandado no es similar a la figura del codefensor existente en el CEDH conforme al art. 36 del mismo, que es una especie de intervención adhesiva «que no altera la relación procesal ni el alcance subjetivo del fallo»⁴², siendo el codemandado parte en el procedimiento no pudiendo entenderse como una mera intervención de terceros⁴³, como así lo ha entendido la doctrina, siendo una solución que ésta ha valorado positivamente pues evita que el TEDH se vea obligado a pronunciarse sobre el reparto de competencias entre la UE y los Estados; por lo que será inhabitual una pronunciación por la cual el TEDH impute a una u otra parte la violación, dejando que éstas determinen a quién corresponde la responsabilidad⁴⁴ e, incluso lo habitual será una intervención automática de la Unión y El estado o Estados ante el Tribunal⁴⁵.

Más allá de estas presunciones, que a nuestro entender no dejan de serlo, el Tribunal de Justicia, en su Dictamen, plantea una serie de reproches procesales. Entre ellos, observa que la invitación la Unión o a un Estado de que sea codemandado por parte del Tribunal de Estrasburgo no puede tener carácter vinculante, es decir que el potencial codemandado no puede ser obligado a ser parte en un procedimiento que no ha sido dirigido contra él⁴⁶.

⁴² Fco. Javier MATÍA PORTILLA: Ob. cit., p. 230.

⁴³ JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES: Ob. cit., p. 9.

⁴⁴ Fco. Javier MATÍA PORTILLA: Ob. cit., p. 232.

⁴⁵ JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES: Ob. cit., p. 12.

⁴⁶ Apartado 220.

Mayor problema suscita el hecho de que, en caso de que un potencial codemandado pida ser parte en el proceso, necesariamente debe aportar una serie de razones que evidentemente, implican una interpretación del Derecho de la Unión, lo que en principio no supone ningún problema. El problema, a juicio del Tribunal de Justicia, se plantea en relación al pronunciamiento por parte del Tribunal de Estrasburgo de esta solicitud, pues entonces sí que se produce, en esa labor de verificación de las razones que conforme al Derecho de la Unión ha realizado el posible y futuro codemandado, una apreciación de las normas del Derecho de la Unión que regulan el reparto de competencias entre ésta y los Estados miembros⁴⁷.

Además, el Tribunal de Justicia observa un problema de mayor calado, cual es el que el TEDH pueda decidir, en su fallo, aunque de manera excepcional, a quien de las partes litisconsorcialmente demandadas, corresponde la responsabilidad, es decir, que sólo una de ellas sea considerada responsable de la violación, aunque como regla general el fallo declarará una responsabilidad conjunta y será por acuerdo de ellas quién y de qué modo se asume dicha responsabilidad. El Tribunal de Justicia, considera que en ambos casos se vulnera la autonomía del Derecho de la Unión. En la hipótesis excepcional, sin duda alguna⁴⁸; pero también en la regla general, pues si «la solicitud de reparto de la responsabilidad se basa en un acuerdo entre demandado y codemandado, esta circunstancia no sería suficiente por sí sola para excluir por completo que se vulnere la autonomía del Derecho de la Unión. En efecto, la cuestión del reparto de la responsabilidad debe resolverse únicamente con arreglo a las normas del Derecho de la Unión pertinentes, bajo el control, en su caso del Tribunal de Justicia, a quien corresponde la competencia exclusiva para asegurarse de que el acuerdo entre demandado y codemandado respeta dichas normas. Permitir que el TEDH convalidase un eventual acuerdo entre la Unión y sus Estados miembros sobre el reparto de la responsabilidad equivaldría a permitirle sustituir al Tribunal de Justicia a la hora de dirimir una cuestión que pertenece al ámbito de la competencia exclusiva de éste»⁴⁹.

Del mismo modo, cuando el TEDH resuelva un caso con codemandados puede dejar al arbitrio de éstos la asunción de la responsabilidad de cara a la ejecución de la sentencia, a expensas de la convalidación del acuerdo por el TEDH (lo que puede interpretarse como una injerencia en la competencia sobre el reparto competencial) No queda claro en el Acuerdo que el TEDH no pueda determinar taxativamente a quien corresponde la responsabilidad, por lo que la injerencia sería flagrante. No obstante, insiste el TJUE, que aunque no estableciera taxativamente esa responsabilidad, el acto de convalidación del acuerdo por el Tribunal de Estrasburgo significaría admitir que el TEDH puede sustituir al Tribunal de Justicia en una cuestión que pertenece al ámbito de la competencia exclusiva de éste, pues en este caso no deja de dirimirse a quién corresponde la competencia.

⁴⁷ Apartados 224 y 225.

⁴⁸ Apartados 229 a 231.

⁴⁹ Apartado 234.

Otro problema planteado es el referente a la necesidad de una intervención previa del Tribunal de Justicia⁵⁰, si no la ha habido, principalmente por vía prejudicial como cuestión incidental, a fin de garantizar el principio de agotamiento de recursos. Sin embargo, el que esta cuestión la decida el TEDH puede suponer dar a éste la atribución para interpretar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En este sentido el Tribunal de Luxemburgo plantea si no sería más adecuado para salvar este escollo que sea el propio Tribunal quien determine si interviene previamente o no al cotejo de la información previamente enviada por el Tribunal de Estrasburgo.

El Acuerdo de 2013, según el punto 66 del proyecto de informe explicativo, determina que la intervención previa ha de pedirse cuando deba de realizarse por el Tribunal de Justicia un pronunciamiento acerca de la validez de una disposición de derecho derivado o bien sobre la interpretación de una disposición de derecho primario, pero se excluye la posibilidad de pedir al Tribunal de Justicia para que se pronuncie sobre una cuestión de interpretación del derecho derivado⁵¹. Para el Tribunal de Justicia «si no se permitiese al Tribunal de Justicia aportar la interpretación definitiva del derecho derivado y si el TEDH, al examinar la conformidad de ese derecho con el CEDH, diese por sí mismo una interpretación determinada entre todas las posibles, se estaría vulnerando, sin lugar a dudas el principio de competencia exclusiva del Tribunal de Justicia para la interpretación definitiva del Derecho de la Unión⁵²».

Un escollo añadido es el referente a la firma del protocolo nº 16 al CEDH, firmado el 5 de abril de 2013 después de la firma del Acuerdo y que, en principio el mismo no contempla la adhesión a dicho Protocolo. La cuestión no es baladí pues en dicho instrumento se reconoce la posibilidad de que «los órganos jurisdiccionales de mayor rango de los Estados miembros» puedan 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, lo que puede solaparse con la exigencia imperativa del Derecho de la Unión de acudir indefectiblemente al reenvío prejudicial. El Tribunal considera⁵³ que, «puesto que el CEDH formaría parte integrante del Derecho de la Unión el mecanismo instaurado por dicho Protocolo podría, especialmente tratándose de derechos garantizados por la Carta que se correspondiesen con los reconocidos por el CEDH, afectar a la autonomía y eficacia del procedimiento de remisión prejudicial establecido en el artículo 267 TFUE».

En el Dictamen, el Tribunal hace un análisis exhaustivo de los problemas que se derivan de las limitaciones jurisdiccionales que en el marco de la Unión existen para la PESC, lo que originaría serios problemas de cara a la necesidad del agotamiento de recursos y de la intervención previa del tribunal como cuestión in-

⁵⁰ Apartados 236 a 253.

⁵¹ Apartado 242.

⁵² Apartado 246.

⁵³ Apartado 197.

cidental al proceso ante el Tribunal de Estrasburgo. El Tribunal desmonta los argumentos de la Comisión Europea⁵⁴, donde considera que es necesario distinguir los actos vinculantes de los que no lo son, siendo los primeros, en caso de que restrinjan los derechos fundamentales, poder ser recurridos en anulación, conforme al apartado segundo del artículo 275. Mientras que los actos que no producen efectos vinculantes pueden ser recurribles por la vía del artículo 340 TFUE (responsabilidad extracontractual), siendo una acción que puede agotar la vía previa en el seno de la Unión y que no está excluida de la limitación general del párrafo primero del artículo 275 en lo concerniente al recurso de anulación. Esta interpretación tiene «como resultado que todos los actos y medidas de la Unión y de los Estados miembros en materia de PESC, con respecto a los cuales una persona pueda considerarse víctima de una violación de los derechos reconocidos en el CEDH, puedan ser objeto de un recurso efectivo ante instancias jurisdiccionales de la Unión o de los Estados miembros.

Por el contrario, para el Tribunal⁵⁵, los actos, acciones y omisiones que se producen en el marco de la PESC estarían sometidos a un control jurisdiccional externo, exclusivamente, que está fuera del marco institucional de la Unión, escapando a la competencia del Tribunal de Justicia.

Sobre estas dos cuestiones, a las que nos hemos referido, entre otras, el Dictamen hace referencia no sólo a la posición de la Comisión Europea, sino también a la opinión de los Estados miembros en el marco de la solicitud por la Comisión de dicho dictamen, enviando observaciones 24 de los 28 Estados adheridos, suscribiendo la mayoría de las apreciaciones de la Comisión, favorable, como no podría ser de otro modo, al Acuerdo. Sin ningún ánimo de ser exhaustivos, conviene destacar algunas opiniones en forma de reserva que pueden ser de interés en lo que respecta, como decimos, al sistema de codemanda y a la intervención previa.

En primer lugar, en lo que se refiere al mecanismo del codemandado, para el gobierno austriaco⁵⁶ debe de poder iniciarse no solo cuando la violación del Convenio hubiera podido evitarse por un Estado miembro incumpliendo una obligación derivada del Derecho de la Unión, sino cuando dicho Estado haya violado el Convenio en aplicación del Derecho de la Unión, aunque en esa aplicación se enmarque un alto grado de autonomía de dicho Estado, como es la transposición de una Directiva, pues la Unión puede tener interés en defender ante el Tribunal de Estrasburgo la legalidad de dicha Directiva.

En segundo lugar, una serie de Estados manifiestan su preocupación por el procedimiento de intervención previa, en el sentido de que se pueda ampliar a la PESC; o mejor dicho, conviene insistir, a los actos de la PESC que emanen de las instituciones de la Unión o de un Estado miembro en la medida que afecten directamente a una persona física o jurídica, tutela que viene limitada por el Tratado en

⁵⁴ Apartados 99 y 100.

⁵⁵ Apartados 254 a 258.

⁵⁶ Apartado 120.

el art. 275, párrafo primero TFUE, en conexión con el art. 263 TFUE (anulación, salvo que el acto adopte medidas restrictivas para las personas físicas y jurídicas) o excluyendo las cuestiones prejudiciales de validez (art. 275, párrafo segundo TFUE).

Como afirmaron el gobierno español finlandés y polaco⁵⁷ una ampliación extensiva del art. 267, como preconiza la Comisión Europea, no se ajusta a las exigencias del artículo 2 del protocolo nº 8 y no deben de haber interpretaciones extensivas del concepto de «medidas restrictivas para las personas físicas y jurídicas» como afirma el gobierno holandés. Sobre esta cuestión, afirma el gobierno francés⁵⁸, igualmente, que el hecho de mantener una interpretación restrictiva del artículo 275 TFUE pueda privar a los particulares de la tutela judicial efectiva frente a determinados actos de la PESC no puede servir para conferir al Tribunal una competencia no prevista por los Tratados.

No obstante algunos Estados críticos con la postura de la Comisión, entre ellos el español, no ven mayor problema en salvar el escollo, que lo hay, del Protocolo nº 8. Más allá de la posición del gobierno británico, muy acorde con su visión sobre la naturaleza del CEDH⁵⁹, los gobiernos checo, irlandés, griego y español consideran⁶⁰ que el procedimiento de intervención previa sí atribuye al Tribunal de Justicia funciones adicionales con respecto a las que ya tenía encomendadas en los Tratados, pero ello no significa que el Acuerdo amplíe las competencias del Tribunal, dado que esas funciones adicionales no desvirtúan las competencias actuales, no siendo necesario, para los gobiernos francés y austriaco⁶¹, modificar previamente los Tratados pues es suficiente el apartado 2 del art. 6 TUE, pues el derecho a intervenir previamente se deriva natural y necesariamente de los propios Tratados.

Yendo más allá, los gobiernos danés, alemán y austriaco⁶², se apoyan en una suerte de cláusula habilitante contenida en el artículo 218, apartado 8 TFUE que establece la unanimidad y la ratificación de todos los Estados a través de sus normas constitucionales; es decir, un procedimiento de un coste y complejidad en cierto modo similar al procedimiento de revisión ordinario cuando no sea necesaria la Convención conforme al art. 48 TUE. Esta aparente paridad en la legitimación nos hace recordar la doctrinas de carácter mutativo del «efecto útil» o del «espíritu» de los Tratados, tan abundantemente utilizadas a lo largo del proceso de integración a fin de evitar reformas, o reformas inmediatas al menos, del derecho originario europeo.

⁵⁷ Apartado 131.

⁵⁸ Apartado 135.

⁵⁹ Para el gobierno británico, el procedimiento de intervención previa del Tribunal de Justicia no es necesario para considerar el Proyecto de acuerdo compatible con los Tratados, puesto que, dada la naturaleza declarativa de las resoluciones del CEDH, éstas no tienen ningún efecto sobre la validez del Derecho de la Unión.

⁶⁰ Apartado 137.

⁶¹ *Id.*

⁶² *Id.*

6. CONCLUSIONES

La posición del Tribunal, meridianamente clara al respecto, sin duda hace embarrancar el intento de «adhesión rápida» que pretendían los negociadores una vez desbloqueado el proceso de ratificación del Protocolo nº 14 al Convenio. No olvidemos que la autoridad que representa el Tribunal en toda la historia de la integración europea, a los efectos de la continuada interpretación que ha realizado acerca de la naturaleza del Derecho de la Unión; lo que hace pensar en que difícilmente el resto de las instituciones (Comisión y los Estados reunidos en el Consejo) hagan caso omiso de las apreciaciones que el Tribunal de Luxemburgo ha hecho en el Dictamen.

El Tribunal de Justicia⁶³, por lo tanto, establece una clara incompatibilidad del Acuerdo de 2013 con el artículo 6.2 TUE y con el Protocolo nº 8 dado que: 1. Puede afectar a las características específicas y a la autonomía del Derecho europeo. 2. No garantiza la coordinación necesaria entre el artículo 53 de la Carta y el artículo 53 del convenio. 3. No previene el riesgo de que se vulnere el principio de confianza mutua entre los Estados miembros. 4. Existe una distorsión entre el mecanismo instituido en el Protocolo 16 y la técnica prejudicial del art. 267 TFUE. 5. Igualmente, el Acuerdo puede afectar al deber contenido en el artículo 344 TFUE acerca de la exclusividad de la jurisdicción de la Unión en la resolución de controversias entre los Estados o entre los Estados y la Unión. 6. Los procedimientos de codemanda y de intervención previa pueden alterar las características específicas de la Unión y su derecho y, más en concreto, en relación a la materia contenida en la PESC que puede quedar sometida en exclusividad a una jurisdicción externa al sistema de la Unión.

Probablemente estos aspectos que se incardinan en el debate jurídico no sean tan relevantes para comprender la fase de bloqueo que, creemos, se avecina. El actual proceso de integración europea atraviesa un período poco feliz a raíz de la reforma del artículo 136 TFUE en el contexto de una devastadora crisis económica, que ha puesto en cuestionamiento los fundamentos mismos del proceso de integración, lo que hace difícil mayores avances en el proceso vinculado al logro de una Unión política inaugurado en Maastricht y éste del que hemos hablado, sin duda es uno de ellos.

Y si de coyuntura política hablamos, no podemos olvidar que, junto con la ratificación, como fase final conforme al artículo 218 TFUE, del Acuerdo de Adhesión por parte de los Estados miembros de la Unión, también se hace necesaria la ratificación de los 47 Estados adheridos al CEDH. Más allá de la prudencia que marca la incertidumbre de las coyunturas políticas, es más que probable que, a raíz de la crisis ucraniana, la Federación Rusa y los Estados de su entorno bloqueen dicho proceso «*sine die*» en lo que concierne a su ratificación, por lo que el acuerdo difícilmente verá la luz a corto plazo.

⁶³ Apartado 258.

No parece acertada una estrategia, la del Acuerdo de 2013, que parezca poner contra las cuerdas al Tribunal de Justicia en su fuero y potestades. Tal vez sea necesario reforzar la estrategia (en una especie de «funcionalismo» jurisdiccional) de los diálogos jurisdiccionales entre las diversas instancias nacionales y supranacionales, donde una práctica continuada y natural la cuestión prejudicial de los tribunales constitucionales ante el Tribunal de Justicia permita la construcción de una jurisprudencia de los derechos por parte de éste mucho más intensa de la realizada hasta la fecha; sin que sea óbice un encuentro interpretativo cada vez más intenso (siguiendo, lo que podríamos llamar la «dinámica Bosphorus») entre el Tribunal de Justicia y el TEDH.

RESUMEN: El largo proceso de adhesión al CEDH se encuentra en una fase de estancamiento. El proyecto de acuerdo firmado por las partes ha sido puesto en cuestión por el TJUE. La institución jurisdiccional europea ha emitido un dictamen muy crítico con el proyecto de acuerdo. Fundamentalmente la crítica se centra en el riesgo de que el sistema de competencias establecidas en el Tratado sean alteradas y que peligre la autonomía del ordenamiento jurídico europeo.

PALABRAS CLAVE: Unión Europea, Derechos fundamentales, diálogos jurisdiccionales, Adhesión de la UE al CEDH, Proyecto de adhesión, Dictamen TJUE.

ABSTRACT: The long accession process to the ECHR in a stagnation phase. The draft agreement signed by the parties has been called into question by the CJEU. The European judicial institution has issued an opinion criticizing the draft agreement. Basically, criticism focused on the risk that the system of competences set out in the Treaty would be altered. Moreover, this draft agreement may endanger the autonomy of European law

KEYWORDS: European Union, Fundamental Rights, jurisdictional dialogues, accession of the European Union to the ECHR, draft of agreement of accession, judgement CJEU.