

LA CREACIÓN DE UN ESPACIO EUROPEO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES: UNA APROXIMACIÓN A LOS OBSTÁCULOS INSTITUCIONALES Y PROCESALES PARA LA ADHESIÓN DE LA UE AL CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Joan Ridao Martín

Profesor Titular (A) de Derecho Constitucional. Letrado del Parlamento de Cataluña.

[resumen - abstract](#)
[palabras claves - key words](#)



"ReDCE núm. 28. Junio-Diciembre de 2017"

Democracia.

SUMARIO

1. Introducción

2. Síntesis de la evolución del acervo comunitario en materia de derechos humanos

3. Los aspectos más espinosos del Proyecto de Acuerdo de Adhesión (PAA) y su interpretación en el Dictamen 2/13 del TJUE

4. ¿Cómo retomar el proceso de adhesión al CEDH?



[Volver](#)

1. Introducción. ↓

Como es bien conocido, el Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 18 de diciembre de 2014[1], ha bloqueado jurídicamente el proceso de integración, mandatado por el artículo 6.2 del Tratado de la Unión Europea (TUE)[2], de los dos espacios europeos de protección de los derechos humanos fundamentales, a saber: el amparado por el paraguas institucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) del Consejo de Europa[3] y el configurado por los Tratados de la Unión Europea (UE) y sus instituciones jurídicas. Aunque, como veremos, esta situación reproduce, en lo fáctico, la vivida hace dos décadas, lo cierto es que la situación actual ocurre en un contexto diferente, pues la voluntad de construir un sistema europeo de protección de los derechos fundamentales, en desarrollo en la primera mitad de la última década del pasado siglo, ha adquirido, como hemos dicho, naturaleza de compromiso constitucional para la UE a partir del Tratado de Lisboa.

En este trabajo se realiza, sin un ánimo exhaustivo, una lectura crítica de las principales reservas respecto al Proyecto de Acuerdo de Adhesión (PAA) de la UE al CEDH expresadas en el mencionado pronunciamiento del TJUE (epígrafe 3), para abordar finalmente las distintas posibilidades razonables a disposición de las instituciones políticas europeas para abordar el reinicio del proceso (epígrafe 4), en el convencimiento tanto de que la confluencia de los espacios jurídicos del CEDH y el de los Tratados es una opción deseable, como de que la remoción de las dificultades jurídicas expuestas en el Dictamen 2/13 es alcanzable sin dificultades constitucionales en el marco definido por los Tratados. Nuestro análisis va a hacer referencia, esencialmente, a los obstáculos procesales avanzados por el TJUE (como se verá, el mecanismo de codemandado, el procedimiento prejudicial previo y la limitación de la jurisdicción de éste en PESC), sin desconocer que existen otros de naturaleza más sustancial, fundamentalmente los principios de reconocimiento y confianza mutuos a los que esta investigación no pretende dar respuesta. Previamente, expondremos una breve síntesis del «iter» doctrinal y normativo que condujo al fracasado proceso de adhesión (epígrafe 2).

2. Síntesis de la evolución del acervo comunitario en materia de derechos humanos. ↓↕

1.1. *El tortuoso proceso de confluencia de los dos sistemas jurídicos europeos en materia de protección de los derechos humanos.*

Sabido es que una de las constantes del proceso de construcción europea ha girado en torno a la dialéctica entre la misión de las instituciones de la UE, como directoras de un proceso de integración económica pluriestatal, y su consubstancial actuación como promotoras del Estado de derecho, la democracia y los derechos humanos. No debe olvidarse que el Tribunal de Luxemburgo empezó a ocuparse ya hace años de la protección de los derechos humanos, por los menos desde la conocida sentencia Stauder[4]. Además, es innegable que a partir de ésta el TJUE ha ido acuñando una doctrina propia en base a los principios generales del Derecho comunitario y ha gozado del impulso proporcionado por diversas declaraciones institucionales a cargo tanto de la Comisión («La protección de los derechos fundamentales desde la perspectiva de la creación y desarrollo del Derecho Comunitario», de 4 de febrero de 1976), como del Parlamento, del Consejo y la Comisión conjuntamente, de 5 de abril de 1977[5]. En todas ellas se afirmaba la voluntad de las citadas instituciones de preservar el respeto a los derechos fundamentales brotados de fuentes tales como las Constituciones de los Estados miembros y el CEDH, lo que vino a ratificarse posteriormente con el preámbulo del Acta única europea (1986) en el que se llega a mencionar «expressis verbis» el respeto de los derechos fundamentales como fundamento del fomento de la democracia en Europa.

Con estos antecedentes puede entenderse que la legitimación del Tribunal de Luxemburgo en el ámbito de la garantía de los derechos humanos no topa con impedimentos insalvables durante los años de carencia de una declaración comunitaria de derechos fundamentales (hasta 2000, con el Tratado de Niza). En su defecto, el derecho de la UE optó por remitirse al Convenio de Roma y al acervo constitucional común de los Estados miembros, recepcionando la doctrina en la Declaración de Derechos y Libertades Fundamentales del Parlamento Europeo (1989) y en el Tratado de la Unión Europea (Maastricht, 1992), que incluye una declaración formal de que toda esa elaboración doctrinal pasaba a formar parte de los principios generales del Derecho Comunitario (actual art. 6 y antiguo F.2º). Como era de esperar, se intensificó a partir de ahí la relación entre el sistema europeo y el sistema comunitario, y el Tratado de Amsterdam (1997), que incorporó incluso la exigencia del respeto de dichos principios y de los derechos humanos y las libertades y derechos sociales fundamentales para el supuesto de la adhesión de nuevos Estados (Considerando cuarto del Preámbulo y art. 6.1º).

Más adelante, el Tratado de Maastricht constituyó un indudable avance puesto que introdujo la citada exigencia de respeto de los derechos humanos como parte del ordenamiento de la UE, aunque fuese mediante una cláusula de reenvío al ordenamiento interno de los Estados que desazonó a la doctrina más militante en el campo de los derechos humanos[6]. Por su parte, el Tratado de Niza hizo extensivo el objetivo de respeto de los principios ya enunciados en Maastricht a la política de cooperación al desarrollo de la UE (art. 177-181 TCEE), y finalmente en 2000 se adoptó la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión (CDFUE), precisamente como consecuencia de un pronunciamiento del TJCE contrario a la incorporación de la CE al CEDH (Dictamen 2/1994). En cualquier caso, la Carta vino

a hacer patentes tales derechos y su alcance para los ciudadanos en caso de inaplicación del Derecho interno por parte de los Estados miembros, vigorizando así la universalidad e indivisibilidad de los derechos fundamentales en base a las diversas tradiciones constitucionales y a otros instrumentos como el propio CEDH, la Carta Social Europea (1961) o la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (1989)[7]. Posteriormente, como es bien sabido, la CDFUE se insertó en el Tratado de Lisboa y en el Tratado de la Unión Europea modificado[8].

Así, pues, la carencia de competencias originarias en materia de derechos humanos[9] ha ido emendándose mediante las sucesivas reformas operadas en los tratados constitutivos. Dicho proceso ha comportado, a la larga, que los Estados hayan asumido la virtual incompatibilidad entre el hecho de pertenecer a una organización de carácter supranacional, dotada de elementos propios de su soberanía, y la ausencia total de mecanismos de protección de los derechos fundamentales[10]. No obstante, la cohabitación de diversos aparatos tutivos en materia de derechos fundamentales (el de la UE, el del Consejo de Europa y el de cada uno de los Estados miembros de ambas organizaciones) no está exenta de problemática.

2.2. El procedimiento de adhesión de la Unión al CEDH.

Como ya se ha dicho, la entrada en vigor del Tratado de Lisboa dio plena efectividad al art. 6 TUE, otorgando carácter vinculante a la CDFUE y mandando imperativamente la adhesión de la UE al CEDH[11]. En este contexto, el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó (mayo de 2010) un mandato a favor del Comité Director para los Derechos del Hombre (CDDH) para que, en colaboración con el interlocutor designado por la UE, a la sazón la Comisión, elaborara en un determinado lapso de tiempo el pertinente instrumento jurídico («au plus tard le 30 de juin 2011»).

Tras los trabajos de un grupo informal de expertos designado por las partes negociadoras (julio 2010-junio 2011), se presentaron el PAA y el proyecto de reglas a añadir a las Reglas del Comité de Ministros para la supervisión de la ejecución de las resoluciones del TEDH y de los términos de los arreglos amistosos, además de un informe explicativo. El alcance de los problemas técnico-jurídicos detectados se hallaba pues lo suficientemente delimitado. Ello, no obstante, Francia y el Reino Unido abanderaron las reservas en el seno de la UE. En concreto, el Reino Unido (con la complicidad de Letonia) planteó la necesidad de elaborar previamente unas normas internas para dar solución a algunos de los obstáculos técnicos observados. En este marco de relativo bloqueo, la Presidencia de la UE presentó (25 de mayo de 2012) un documento invitando a los Estados a un nuevo debate, sugiriendo, al margen de la Comisión, un borrador de reglas internas que abrió el camino al inicio de la primera ronda negociadora[12]. Finalmente, la propuesta vio la luz el 5 de abril de 2013[13]. Con posterioridad la Comisión solicitó del TJUE un dictamen sobre la compatibilidad del PAA con los Tratados de la UE, a la vista de la trascendencia constitucional de la adhesión y con miras a preservar al máximo la seguridad jurídica[14].

En este contexto, sin embargo, el Dictamen 2/13 del TJUE, por el que se declaraba la incompatibilidad del PAA con el Derecho originario de la UE, ha supuesto un mazazo para las aspiraciones de la mayor parte de las instituciones de la UE[15]. Además, como hemos dicho, el revés proporcionado por la Corte de Luxemburgo vino a reproducir, en cuanto a su desenlace, la situación generada veinte años antes tras plantearse la adhesión al CDEH por vez primera, como consecuencia de otro dictamen adverso del TJUE (Dictamen 2/94)[16], que abrió las puertas a la mencionada reforma de los Tratados en este punto para hacer efectiva la adhesión. Adicionalmente, cabe recordar que la posición expresada por la Abogada general Juliane Kokott (en adelante, Opinión Kokott)[17], había expuesto previamente una lectura conforme del PAA y el resto de documentos conexos, incluidos la práctica totalidad de puntos objeto de reproche en el Dictamen 2/13 TJUE, si bien señalaba algunas reformas o desarrollos del sistema de derecho de la Unión para reforzar la operatividad de la adhesión, como después tendremos ocasión de ver.

No es desdeñable tampoco el rechazo que tal pronunciamiento provocó entre el universo de partidarios de que la UE permanezca sometida a una instancia de control externo en materia de derechos fundamentales y, a la vez, disponga de medios efectivos para defenderse en caso de que el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH) ponga en tela de juicio el Derecho de la UE ni que sea indirectamente. No obstante, esta última posibilidad no debería revestir especial preocupación a la luz de la doctrina de la protección equivalente, establecida por el TEDH en el conocido caso *Bosphorus* (*Bosphorus c. Irlanda*, STEDH de 30 de junio de 2005) y desarrollada en sus sentencias sobre los asuntos *M.S.S c. Bélgica y Grecia* (STEDH de 21.01.2011) y *Michaud c. Francia* (STEDH de 6.12.2012)[18]; bien es cierto, sin embargo, que algunos autores han apreciado transformaciones substantivas en pronunciamientos recientes del TEDH aplicando la mencionada doctrina, como por ejemplo en el caso *Avotins c. Letonia* (STEDH de 23.05.2016)[19], plausiblemente suscitadas tanto por la decepción que en la corte de Estrasburgo ha causado el Dictamen 2/13, como por la necesidad de realizar un examen más formalizado de los criterios de aplicabilidad de la protección equivalente.

Como expondremos más adelante, el Dictamen 2/13 ha rechazado los extremos substantivos del PAA, al punto de erigir el TJUE como el “celoso intérprete único de la legalidad de la Unión Europea”[20]. Así, sin descartar por principio que sus decisiones puedan ser sometidas a una jurisdicción ajena en el futuro, el TJUE construye sobremanera dicha posibilidad en la práctica so pretexto de lo prevenido en el acervo normativo comunitario, en abierto desentendimiento de la gradual confluencia operada entre Luxemburgo y Estrasburgo en las últimas décadas precisamente mediante un fructífero y armónico diálogo[21]. En ese sentido, el TJUE no dudó en subrayar hasta extremos insólitos las, por otra parte, indudables singularidades institucionales de la UE, además de reafirmar la competencia del TJUE para conocer sobre cualquier litigio entre los Estados miembros de la UE y entre éstos y la Unión en relación con el cumplimiento del CEDH[22].

3. Los aspectos más espinosos del Proyecto de Acuerdo de Adhesión (PAA) y su interpretación en el Dictamen 2/13 del TJUE. ▼ ▲

3.1. La preservación de la integridad institucional definida en los Tratados.

Ciertamente, la adhesión al CEDH se planteó siempre, como apuntó ya el artículo 6.2 TUE y se desarrolló en el Protocolo núm. 8 (arts. 2 y 3), desde una estricta preservación de “las características específicas” de la Unión y de su ordenamiento; esto es, en esencia, la autonomía de éste, el respeto a la distribución de competencias establecidas en los Tratados y, singularmente, las atribuciones jurisdiccionales del TJUE. En este sentido, no puede desconocerse que la doctrina había venido debatiendo profusamente, con motivo de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, si la adhesión de la UE había de ser sólo al CEDH o también a sus protocolos, ya fuera en todo o en parte. Así, se consideró necesario que el PAA contemplase expresamente la necesidad de adherirse no sólo a la Convención sino también al Protocolo Adicional y al Protocolo 6 (abolición de la pena de muerte), además de introducir la eventualidad de adhesiones futuras al resto de protocolos (art. 59.2 CEDH). En una dirección parecida, el PAA incorporaba el reconocimiento a la UE de una condición análoga a la de los Estados, siéndole, pues, de aplicación las mismas reglas en materia de reservas, declaraciones y derogaciones que a estos (art. 12 PAA), facultades éstas excluidas, por supuesto, en el caso del Acuerdo de Adhesión propiamente dicho.

Por su parte, en un informe específico sobre la cuestión (Informe Jáuregui, 2010)[23], el Parlamento procedió a delimitar algunos de los aspectos institucionales más problemáticos para la UE, a saber: el derecho a postular tres candidatos para la función de juez (uno de ellos a propuesta de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa a instancias de la UE); la facultad de participar a través de la Comisión, y con derecho a voto, en las reuniones del Comité de Ministros en funciones de órgano de ejecución de las resoluciones del TEDH [supervisión del cumplimiento de sentencias y acuerdos amistosos y emisión de dictámenes y recomendaciones (art. 39, 46 y 47 CEDH)]; y la potestad de la eurocámara de nombrar un contingente de representantes en la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, legitimados para actuar en la elección de los jueces del TEDH (art. 6 PAA).

Teniendo en cuenta estas observaciones, puede decirse que la posibilidad de designar un juez en análogas circunstancias que el resto de Estados no había de presentar especiales dificultades, atendiendo claro está al hecho de que aquél se hallaría sometido a las mismas exigencias de independencia que el resto de togados. A estos efectos, tampoco parecía descabellado que el número de delegados de la UE hubiera de ser equivalente al de los Estados más representativos del Consejo de Europa. La forma concreta de designación de los candidatos pasaría a depender de las reglas internas de la Unión.

Por lo que a la participación de la UE en el Consejo de Ministros se refiere, quizás la más problemática de las cuestiones planteadas en este ámbito visto el temor expresado por algunos Estados miembros del Consejo de Europa no integrantes de la UE (una veintena) ante el riesgo de eventuales desequilibrios internos, a nuestro parecer el PAA preveía de forma razonable que la UE y sus Estados miembros procediesen a fijar sus posiciones y el sentido del voto de forma coordinada, en línea con lo que contemplan sus propios tratados constitutivos, lo cual, además, dejaba margen al Comité de Ministros del Consejo de Europa para modificar sus propias Reglas en orden a mitigar las reservas expresadas.

Incluso ciñéndose a la premisa de preservación del ordenamiento comunitario, en los términos avanzados al principio de este subepígrafe, la interpretación que el TJUE aplicó en el Dictamen 2/13 acerca de la singularidad de la UE como organización internacional de carácter supranacional y de la especificidad de su ordenamiento jurídico (párrafos 158-168) no cabe considerarla de otra manera que en exceso restrictiva, imposibilitando en la práctica cualquier interacción del TEDH con el ordenamiento comunitario[24]. El TJUE estimó que ello constituía un ejercicio de interpretación de las normas de la UE y que, por tanto, le competía en exclusiva (párrafos 239 y 246). En esta misma línea aseveró con rotundidad su monopolio interpretativo de las disposiciones de derecho primario o derivado de los Tratados

Europeos. En efecto, en la medida en que el TJUE no excluía la posibilidad de que se planteasen ante el TEDH litigios entre Estados miembros, o entre éstos y la Unión, sobre la aplicación del CEDH en el ámbito de aplicación material del Derecho de la Unión, acabó considerando que esa posibilidad era incompatible con el art. 344 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)[25].

Asimismo, declaró incompatible con la propia existencia y legalidad de la UE el hecho de someter la violación de los derechos y libertades fundamentales del CEDH a la jurisdicción del TEDH, dada no sólo la especificidad de dicho sistema jurídico sino también el reparto de competencias entre la UE y sus Estados miembros. Claro está que, en este punto, el Tribunal obvió deliberadamente y de forma paradójica que los Tratados constitutivos incorporaban ya desde Lisboa una clara taxonomía de esas competencias (arts. 3, 4, 5 y 6 TFUE), además de que, para ofrecer una salida a la cuestión de la singularidad de la UE, el art. 3 PAA incorporaba el mecanismo procesal de la figura del codemandado, a la que luego nos referiremos. Con esto, se concedía un amplio margen de decisión al TJUE (art. 3.6), incluso antes de que el TEDH entrase a valorar si la medida en cuestión infringía o no los derechos recogidos en el Convenio, convirtiendo en preceptivo el hecho de agotar los recursos internos –incluidos aquellos oponibles ante el TJUE (arts. 1.5, art. 3.6 y art. 5 PAA). Sorprendentemente, las objeciones del TJUE se proyectan también sobre el protocolo 16 del CEDH[26], al considerarlo un riesgo para el «procedimiento de remisión prejudicial establecido en el art. 267 TFUE» (§ 198 Dictamen 2/13)[27].

Contrariamente, la Opinión de la Abogada General practica una interpretación del PAA que, aunque circunscrita a los mismos parámetros que el Dictamen del TJUE y sin ignorar los escollos que presentan algunos de los puntos, resulta mucho más armónica con la naturaleza del mandato contenido en el artículo 6.2 TUE. En el ámbito concreto que aquí nos ocupa, su clara conclusión es que el PAA no modifica las competencias de la Unión tal y como se establecen en los Tratados y que su transposición al derecho interno de la UE no implica atribuir a ésta más competencias (§ 104 Opinión Kokott). Esta lectura favorable del PAA incluye inobjetablemente el contenido material[28], pero también se extiende sobre los institutos jurisdiccionales de los Tratados y los nuevos propuestos en el propio PAA, si bien sobre algunos de estos realiza propuestas de reforma de naturaleza no constitucional que permitirían la adecuada conformidad con el derecho comunitario.

Dejando para más adelante las relativas a los nuevos mecanismos procedimentales y a la PESC, conviene detenerse aquí en el reproche al PAA que el Dictamen 2/13 proyecta sobre los aspectos generales. Así, la Abogada General constata, en primer lugar, que efectivamente, “[r]esulta notorio que existe una tensión entre la obligación de los Estados miembros (que deriva del artículo 344 TFUE) de someter sus litigios de Derecho de la Unión exclusivamente a nuestro Tribunal de Justicia y la obligación (recogida en el artículo 55 del CEDH) de sustanciar ante el TEDH mediante un procedimiento interestatal las diferencias que surjan respecto del CEDH, puesto que, con la adhesión, el CEDH se convertirá, como ya se ha dicho, en parte integrante del ordenamiento jurídico de la Unión” (§110 Opinión Kokott); sin embargo precisamente por eso, subraya la Abogada (párrafos 112, 114 y 118 Opinión Kokott), el artículo 5 del PAA exceptúa del art. 55 CEDH los procedimientos seguidos ante el TJUE, lo cual debería bastar para garantizar la eficacia del art. 344 TFUE, ya que la tentación para los Estados miembros de recurrir opcional o simultáneamente al TEDH para asuntos de derecho interno de la UE quedaría desincentivada por la amenaza de instar un procedimiento por incumplimiento (arts. 258-260 TFUE)[29].

Muchas menos prevenciones expone la Opinión Kokott respecto a la obligatoriedad del cumplimiento de las sentencias TEDH (§ 77), si bien reconoce que incluso en la hipótesis extrema de que se pudiese derivar la reapertura de un procedimiento judicial como consecuencia de la declaración, por parte del TEDH, del incumplimiento del CEDH en relación a la resolución firme de un tribunal de la Unión, “[e]llo requerirá completar el artículo 44 del Estatuto del Tribunal de Justicia, lo cual podrá realizarse con arreglo al artículo 281 TFUE, párrafo segundo, sin que quepa suponer que de esa manera se estén desvirtuando las funciones de los tribunales de la Unión” (§81 Ibid.). Para finalizar este ámbito, la controversia respecto al menoscabo indirecto para el TJUE que podría generar el Protocolo núm. 16 del CEDH, que la Abogada considera excluido del objeto de la adhesión (§ 138 Opinión Kokott), se encontraría suficientemente aclarada por el “artículo 267 TFUE, párrafo tercero, que impone a los tribunales que resuelven en última instancia en los Estados miembros la obligación de remisión prejudicial a nuestro Tribunal de Justicia” (§141).

3.2. Los nuevos mecanismos procesales.

Como se sabe, con el objetivo de garantizar las especificidades de naturaleza jurisdiccional propias del Derecho de la Unión, el PAA incorporó dos mecanismos de índole procesal, ninguno de ellos exento de controversia. En primer lugar, la figura del “codemandado” o «co-respondent» (art. 3 PAA), ya prevista en el art. 36.4 CEDH, mediante la cual se habilitaba, sin intervención previa del TEDH, la actuación procesal de la UE en caso de ser demandada o en el supuesto de demanda contra alguno de sus Estados miembros con motivo de algún acto de aplicación del Derecho de la Unión. No en vano, podía muy bien darse la circunstancia de que fueran diferentes las partes que adoptaran el acto (UE) y las que lo aplicasen (uno o varios Estados miembros). En concreto, conforme a las previsiones del Proyecto de Acuerdo, cabían tres posibles escenarios: primero, que una demanda se dirigiese contra uno o varios Estados miembros de la UE y no contra la UE, en cuyo caso ésta podría intervenir como codemandada; segundo, que la demanda se dirigiese sólo contra la UE, con lo que los Estados miembros podrían intervenir como codemandados (para el caso de que una disposición de Derecho originario se viera afectada por una violación del CEDH); y tercero, que la acción se dirigiese tanto contra la UE como contra uno o varios Estados miembros, para el caso de que la UE o esos Estados no fuesen los ejecutores de la acción u omisión objeto de litigio, pero sí responsables del establecimiento de la base o fundamento jurídico de tal acto u omisión.

Por su parte, el segundo mecanismo, el “pronunciamento previo”, se puede interpretar como fruto de la peculiaridad idiosincrásica de la UE. El PAA contempló expresamente la posibilidad de que una demanda contra la UE y/o contra uno o varios de sus Estados miembros llegase al TEDH sin un previo pronunciamiento del TJUE, algo que, tanto desde la perspectiva del TEDH (art. 35 CEDH) como desde la del TJUE (art. 267 TUE) podría llegar a plantear un incidente procesal relativo a la necesidad de agotar previamente la vía jurisdiccional ordinaria. Aún más si cabe para el caso de que esa cuestión prejudicial fuese instada por las partes y denegada por el órgano jurisdiccional nacional, o en el caso de eventuales procesos nacionales en los que no cabía recurso ulterior o la controversia residía en la validez o no de un acto de la UE y no tanto en una mera interpretación. En ese sentido, puede decirse que el PAA resolvió cabalmente la cuestión mediante la provisión de un incidente procesal específico, para permitir al TEDH remitir el asunto al TJUE (art. 3.6), en el bien entendido que debería garantizarse un rápido pronunciamiento[30].

Por último, estaba el caso de las demandas interpuestas por y contra la UE, y de la intervención de la UE como tercero. En el primer supuesto nos hallaríamos ante la eventualidad de una demanda interpuesta por un particular contra un acto de la UE o contra un acto de un Estado miembro de ella en aplicación de Derecho de la Unión o frente al supuesto de una demanda interestatal por incumplimiento del CEDH (art. 33), pero con afectación sobre el Derecho de la UE. En este caso no cabe duda de que el juez ordinario y predeterminado por la ley para conocer los eventuales recursos debía ser el TJUE, al que compete constatar la violación de derechos fundamentales y permitir a las partes acudir al Tribunal de Estrasburgo. En el supuesto de la intervención de la UE como tercero, a nuestro parecer el PAA no presentaba óbice alguno para que la Unión formulase sus propias alegaciones, por ejemplo en caso de invocación ante el TEDH de la violación de una disposición del CEDH por parte de un Tratado internacional del que es parte la UE [verbigracia, el Espacio Económico Europeo (EEE)][31].

Conviene recordar que ambos mecanismos se incorporaron al PAA precisamente como salvaguarda de las atribuciones del TJUE y, en el caso concreto del pronunciamiento previo, a sugerencia del propio Tribunal y con una participación muy activa en su formulación definitiva[32]. Precisamente por ello, no dejó de causar cierto estupor que el Dictamen 2/13 apreciase que el PAA “no prevé modos de funcionamiento del mecanismo del codemandado y del procedimiento de intervención previa del TJUE que permitan preservar las características específicas de la Unión y su Derecho” (§ 258). Diríase más, no puede perderse de vista que el PAA preveía que, en caso de que un asunto llegase al TEDH, fuera éste el que determinase si se cumplía ese requisito previo, como acontece habitualmente con los recursos contra los Estados. Ahí el TJUE expresó su abierta discrepancia, exigiendo tener la última palabra pese a que eso es algo a lo que, por supuesto, no tienen derecho ni los más altos órganos jurisdiccionales de los Estados parte en el CEDH.

En el marco general, cabe admitir que este resultado puede interpretarse como una muestra de que, en su dictamen, el Tribunal de Luxemburgo antepuso la aplicación de la CDFUE a la inclusión de derechos no incorporados en los tratados constitutivos o en el propio CEDH. Lo cual no deja de resultar chocante atendiendo a que la propia CDFUE opta por dar preeminencia al CEDH, excepto en el caso de que los Estados miembros deseen proteger más y mejor esos derechos (art. 53). Y ello es así porque la Carta responde, como es lógico, a la especificidad del sistema de la UE que tanto pretende subrayar el TJUE en su Dictamen 2/13 (párrafos 171-172, y en particular § 177 y § 178). En ese sentido, el Tribunal vuelve interesadamente sobre su propia doctrina[33], otorgando primacía a la CDFUE sobre el CEDH por el mero hecho de ser un instrumento originado en la UE y útil a los efectos de proteger los derechos humanos sin necesidad de acudir a instrumentos externos que puedan colisionar con principios como el de cooperación leal, autonomía, primacía y especificidad del Derecho de la UE[34].

No obstante, en este punto, las principales objeciones se centraron en el mecanismo del pronunciamiento previo, ya que existe suficiente acuerdo doctrinal de que las resistencias por parte del TJUE a la figura del codemandado tenían una naturaleza esencialmente preventiva y una endeble argumentación jurídica[35]. Ciertamente, en tanto que institución innovadora en el procedimiento judicial, el mecanismo del pronunciamiento previo presentaba numerosos puntos de fricción con la legalidad de los Tratados[36], además de contar con la opinión contraria de algunos Estados miembros, especialmente Polonia (§ 63 Opinión Kokott). Sin embargo, la propia Abogada General detalló una serie de medidas correctoras (párrafos 74 a 77) que salvarían dichas resistencias. De forma significativa, dichas medidas partían, con carácter previo a la adhesión, de una estructuración completa del procedimiento en el Estatuto del TJUE, lo cual no exige el nivel de la reforma constitucional, pero sí instar un proceso legislativo ordinario (art. 281 TFUE).

3.3. El escollo de la PESC.

Ante todo, huelga decir que la cuestión de la responsabilidad internacional de organizaciones como la UE no es una cuestión inaudita en Derecho internacional^[37]. Otra cosa es que no exista todavía hoy un tratado de alcance general que la regule ni que la discipline ante la concreta responsabilidad en que puedan incurrir sus Estados miembros por hechos internacionalmente ilícitos. No obstante, la ausencia de tal jurisdicción no debería ser un impedimento para la resolución de las diferencias en base a los principios generales del derecho y a la aplicación «mutatis mutandis» de las normas sobre responsabilidad de los Estados. Y aun así, incluso podrían encontrarse no pocas concomitancias significativas en el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU (CDI)^[38], junto a otros instrumentos en los que la Unión ya es parte integrante^[39].

Por otra parte, hay que tener presente que la jurisprudencia del TEDH relativa a actos provenientes de la UE ha establecido que sólo los Estados miembros pueden ser considerados responsables por la violación de una norma prevista por el CEDH, de modo que aquéllos son responsables de las violaciones del Convenio acaecidas mediante la aplicación del Derecho de la UE, aún en el caso de que no dispongan de margen de apreciación para aplicar tanto el Derecho primario como el derivado. No obstante, dicho incumplimiento es poco probable habida cuenta de la vigencia de la presunción de equivalencia^[40].

A partir de estos precedentes, lo que interesa destacar aquí es que el PAA contemplaba expresamente que la UE pudiera incurrir en responsabilidad por la actuación de sus instituciones, órganos, oficinas, agencias o personas que actúen en su nombre. Del mismo modo que lo son los Estados miembros por la actuación de los órganos y personas que actúan en su nombre. Al propio tiempo, el PAA contemplaba que la UE podría ser declarada responsable por obligar a sus Estados miembros a vulnerar los derechos tutelados por el CEDH en aplicación del Derecho primario o derivado de la UE. Y asimismo que los Estados miembros podrían incurrir en responsabilidad en caso de compeler a la UE —mediante la adopción del Derecho primario de la UE— a la comisión de un acto ilícito para los Estados en cuestión (art. 3).

Ciertamente, en este punto el Proyecto se apartaba de lo establecido por los artículos 15 y 61 del antes mencionado proyecto de la CDI sobre responsabilidad internacional de las OOH, al no exigir intencionalidad por parte de la UE y hasta el punto de no descartar la exención de responsabilidad acordada por el TEDH a petición de la UE y sus Estados miembros. Este último extremo no se compadecía además con lo establecido por la jurisprudencia del TEDH, de donde se infiere claramente que la atribución de responsabilidad a la organización no exime de responsabilidad a sus Estados miembros. Con todo, y ello es relevante, las divergencias del PAA respecto del proyecto de la CDI habían de ser consideradas como normas especiales de Derecho internacional conforme al artículo 64 del Proyecto de la CDI, teniendo en cuenta que se trataba de excepciones que habían de ser aceptadas en el futuro por sujetos de derecho internacional distintos a la UE y sus Estados miembros, como son los Estados no-miembros de la UE partes del CEDH y el propio Consejo de Europa.

En último término, debe admitirse que el Proyecto de Acuerdo no codificaba la citada presunción Bosphorus, de modo que su efectiva vigencia quedaba en manos de la futura jurisprudencia del TEDH. Ello es relevante, especialmente si se tiene en cuenta que algunos miembros del Consejo de Europa han venido expresando tradicionalmente serias dudas acerca de la compatibilidad de la doctrina de Estrasburgo con el principio de igualdad de trato que debe presidir la relación entre todas las partes del Convenio^[41].

Finalmente, no se puede pasar por alto el hecho de que el TJUE declarase que el sistema diseñado por el PAA ponía en cuestión la obligada cooperación leal de los Estados miembros con la UE (“puede afectar a las características específicas y a la autonomía del Derecho de la Unión, en la medida en que no garantiza la coordinación entre el art. 53 CEDH y el art. 53 CDFUE; no previene el riesgo de que se vulnere el principio de confianza mutua entre los Estados miembros en el Derecho de la Unión; y no contempla articulación alguna entre el mecanismo instituido por el Protocolo n° 16 y el procedimiento de remisión prejudicial establecido en el art. 267 TFUE”)^[42]. Además de entender que el PAA podría colisionar con el ámbito de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC), al afirmar que el Proyecto “no tiene en cuenta las características específicas del Derecho de la UE en la medida en que encomienda el control jurisdiccional de algunos de esos actos, acciones u omisiones en exclusiva a un órgano externo a la Unión” (FJ 255). Dicho en román paladino: el TJUE expresó abiertamente el temor a que pudiera darse pábulo a la doctrina del TEDH, comprometedor para algunos Estados miembros de la UE, en la que se extiende la aplicación territorial del CEDH a acciones lesivas cometidas en el exterior por “representantes de los Estados” como los cuerpos y fuerzas de seguridad, por ejemplo en Irak^[43].

4. ¿Cómo retomar el proceso de adhesión al CEDH?

Llegados a la actual situación de bloqueo de la adhesión, lo cierto es que el mandato constitucional del artículo 6.2 TUE continua vigente. Por ello, las reflexiones sobre si el Dictamen 2/13 forzó una argumentación jurídica disconforme con el PAA^[44] o si, por el contrario, sucumbió a la constricción del presupuesto dogmático de la autonomía del Derecho de la Unión^[45], aunque doctrinalmente muy pertinentes, deberían abrir paso a la definición de las vías jurídicas necesarias para el cumplimiento del objetivo político establecido en el Tratado, a las que haremos referencia al final de este epígrafe.

A nuestro parecer, en su conjunto, los razonamientos jurídicos del TJUE evidencian ante todo que la cuestión de fondo que se dirime no es otra que la incomodidad ante la eventual sujeción de la UE en materia de derechos humanos al escrutinio de una jurisdicción ajena como el Tribunal de Estrasburgo. Es en ese sentido que el Dictamen objeto de nuestro escrutinio esgrime, como si de una barrera infranqueable se tratase, la autonomía y las innegables singularidades del Derecho de la UE.

No quiere decirse con ello que no haya algunos argumentos atendibles, que justifiquen al menos parcialmente esa posición refractaria. No en vano, el sistema obligatorio de interpretación y aplicación del derecho de la UE a cargo del TJUE es una característica que diferencia a la UE del resto de OOH. Y es este un factor clave, por supuesto. El punto de partida es, pues, una situación en la que conviven, por una parte, una Carta de Derechos de la UE, insoslayable y jurídicamente vinculante; y por otra, una previsión inmutable de control judicial externo por el TEDH.

En otro orden de cosas, tanto más relevante que lo anterior son las dificultades de orden institucional y procesal derivadas de esa singularidad de la UE. Es bien sabido que la distinción UE-Estados miembros ha provocado no pocos problemas de delimitación, por ejemplo, con motivo de la participación de la UE en la Organización Mundial del Comercio (OMC). Por su parte, el TEDH ha llegado a afirmar que los Estados Partes en el convenio no están exentos de responsabilidad ante el tribunal europeo por los ámbitos de competencia atribuidos a la UE (Matthews v UK, 1999).

Con todo, las ventajas de la adhesión serían sólo de carácter simbólico. En efecto, entre los sistemas jurídicos de la UE y del Consejo de Europa se produce una complementariedad de hecho, una suerte de espacio constitucional europeo común que requiere una aproximación diferente a la clásica estructura jerárquica kelseniana imperante en los ordenamientos estatales, por referencia a la idea de no exclusividad de los espacios constitucionales nacionales, pese a las lógicas incertidumbres conceptuales.^[46] Pero también en términos de coherencia de la UE entre sus actos internos y las exigencias que viene planteando a terceros respecto a los derechos humanos. En la actualidad, además, con la Carta de Derechos Fundamentales parece difícil argumentar la ausencia de un catálogo de derechos, si es que, «de facto», no estaban ya integrados como principios generales del derecho de la UE por la propia jurisprudencia del TJUE. En otro orden de cosas, las diferencias de criterio entre tribunales, para definir quién es el último competente, están al orden del día en cuestiones como la primacía del derecho de la UE entre el TJUE y la justicia constitucional española, alemana o italiana.

En suma, estas dificultades y reservas no se nos antojan insalvables. Eso sí, vindican una posición de privilegio para la UE respecto del resto de miembros del Convenio. Tanto es así que, en muchos casos, es el propio Tribunal de Luxemburgo el que apunta los cambios a operar, aunque en otros se limita a sugerirlos mediante su interpretación del PAA. Sin olvidar que, a estos efectos, la propia Abogada General ha sugerido, de forma bastante atinada a nuestro parecer, las posibles medidas correctoras. Quiere decirse con ello que, en nuestra opinión, el TJUE no interpuso un veto total al acceso de la UE al CEDH, al igual que en 1994. Y que el propio andamiaje argumental del Tribunal de Luxemburgo constituye el punto de ignición que ha de conducirnos de forma realista a escenarios alternativos al del primitivo PAA.

Las alternativas van desde modificar el Derecho originario de la UE hasta acometer los cambios propuestos. En este último sentido, parece razonable, por ejemplo, la adopción de unas normas internas de funcionamiento que deriven de la adhesión, algo que el Consejo, por cierto, ha sugerido que debería preceder a la celebración de cualquier eventual Acuerdo. En todo caso, esas reglas deberían servir para resolver cuestiones más o menos accesorias como la selección de los tres candidatos al puesto de juez a presentar por la UE (art. 22 CEDH) y la evaluación de su idoneidad. También la previsión de mecanismos de coordinación y armonización de las alegaciones formuladas en el proceso por parte de los Estados miembros, pues parece necesario que se articulen procedimientos y trámites incidentales «ad hoc». A este respecto, no se olvide que el propio Dictamen sostiene en este sentido la posibilidad de atribuir nuevas competencias al TJUE a través de un Acuerdo Internacional celebrado por la Unión. En ese caso, el Acuerdo podría ser considerado el fundamento competencial idóneo del antedicho mecanismo incidental. Hagamos votos pues para que dicho principio, que tantos servicios ha prestado a la integración europea, ilumine nuevamente a las instituciones y a los Estados miembros para alcanzar la tan deseada adhesión al CEDH.

Resumen: El debate sobre la relación entre la UE y el CEDH ha oscilado tradicionalmente entre la total inhibición de los Tratados de la UE, al mandato de adhesión a éste operado en el Tratado de Lisboa. Dicha adhesión constituiría un significativo avance en el proceso de perfeccionamiento del marco competencial de la UE, mediante la incorporación de un mecanismo de control judicial externo en materia de derechos humanos. No obstante, la negociación del instrumento jurídico que ha de materializar dicha incorporación ha experimentado un severo retroceso, especialmente tras el posicionamiento refractario del TJUE. Admitiendo la complejidad de dicho proceso, debido a la singularidad de una organización internacional sui generis como la UE, caracterizada por su carácter supranacional y por la existencia de un ordenamiento jurídico y una jurisdicción propios, la decisión del Tribunal apenas oculta su desconfianza y su particular celo en seguir siendo el intérprete único de la legalidad de la UE.

Palabras clave: Derechos humanos y derechos fundamentales, Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.

Abstract: The debate on the relationship between the EU and the ECHR has traditionally oscillated between total inhibition of the EU treaties to mandate operated accession to the Treaty of Lisbon. Such accession would constitute a significant advance in the process of improving the competence framework of the EU, by incorporating an external judicial control mechanism on human rights. However, the negotiation of the legal instrument to realize such incorporation has experienced a severe setback, especially after the refractory positioning of the ECJ. Admitting the complexity of the process, due to the uniqueness of a sui international organization generis as the EU, characterized by its supranational nature and the existence of a legal system and own jurisdiction, the Court's decision barely concealed his distrust and particular zeal to remain the sole interpreter of the legality of the EU.

Key words: Human rights and fundamental rights, the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Court of Justice of the European Union, European Court of Human Rights.

Recibido: 20 de febrero de 2017

Aceptado: 4 de julio de 2017

[1] Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62013CG0002> [última consulta 20/05/2017]. Con carácter general, *vid.*: “The EU’s Accession to the ECHR – a “NO” from the ECJ”, *Common Market Law Review*, Vol. 52, núm. 1, 2015, pp. 1-16; P. EECKHOUT, “Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR and judicial dialogue: autonomy or autarky?”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 38, núm. 4, 2015, pp. 955-992; J.-P. JACQUÉ, “CJUE - CEDH: 2-0”, *Revue trimestrielle de droit européen*, Vol. 50, núm. 4, 2014, pp. 823-831; S. LAMBRECHT, “The Sting is in the Tail: CJEU Opinion 2/13 objects to draft agreement on accession of the EU to the European Convention on Human Rights”, *European Human Rights Law Review*, núm. 2, 2015, pp.185-198; N. PETIT, y otros, “La adhésion de l’UE à la CEDH: l’obsession du contrôle? CJUE, Plén., 18 décembre 2014, avis 2/13”, *Revue des affaires européennes*, núm. 4, 2014, pp. 815-830; J.L. SAURON, “L’avis 2/13 de la Cour de justice de l’Union européenne: la fin d’une idée anachronique?”, *Gazette du Palais*, núm. 1, 2014, pp. 4-6; M. WEBER, “Vereinbarkeit des EMRK-Beitritts der EU mit dem Unionsrecht”, *Newsletter Menschenrechte*, núm. 1, 2015, pp. 3-11; y A. POPOV, “L’avis 2/13 de la CJUE complique l’adhésion de l’Union européenne à la CEDH - Cour de justice de l’Union européenne (art. 6§2 TUE et Protocole n° 8 au TUE)”, *La Revue des droits de l’homme* (2015) (disponible en <https://revdh.revues.org/pdf/1065> [última consulta: 20/05/2017]).

[2] Tratado de Lisboa por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, de 13 de Diciembre de 2007, D.O.U.E., C 306, de 17 de Diciembre de 2007; mediante el cual, se obtiene la redacción actualmente en vigor de los Tratados de la Unión: Tratado de la Unión Europea, D.O.U.E., C 326, de 26 de Octubre de 2012 [versión consolidada tras el Tratado de Lisboa de 13 de Diciembre de 2007, en vigor desde el 1 de Diciembre de 2009] y, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, D.O.U.E., C 326, de 26 de Octubre de 2012 [versión consolidada tras el Tratado de Lisboa de 13 de Diciembre de 2007, en vigor desde el 1 de Diciembre de 2009].

[3] Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (disponible en: <http://www.derechoshumanos.net/Convenio-Europeo-de-Derechos-Humanos-CEDH/#Texto> [última consulta: 20/05/2017]).

[4] STJCE de 12 de noviembre de 1969 (as. 29/69: *Erich Stauder c. Ville d’Ulm, Soexlami*), que instauró una corriente jurisprudencial continuada con la STJCE de 17 de diciembre de 1970 (as. 11/70: *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratshilfe für Getreide und Futtermittel*), confirmada por las SSTJCE de 14 de mayo de 1974 (as. 4/73: *Nald/Comisión*) y de 13 de diciembre de 1979 (as. 44/79: *Liselotte Hauner c. Land Rheinland-Pfalz*), en línea a consolidar la defensa de los derechos humanos como respuesta a determinados reclamos estatales ante la afirmación de los principios de primacía y efecto directo. Para una panorámica en términos históricos, *vid.* G. CÁMARA VILLAR, “Los derechos fundamentales en el derecho histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado Constitucional”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 2, núm. 4, 2005 (Disponible en: <http://www.ugr.es/%7Eredce/REDCEA/articulos/01camara.htm> [consultado: 20/05/2017]).

[5] *Vid.* JOCE C 103, 1977.

[6] M. CARRILLO, “La Unión Europea ante los derechos fundamentales”, *La democracia constitucional. Homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, vol. II, Madrid, CEPC, 2002; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “Los derechos fundamentales europeos según el Tratado de Maastricht sobre la Unión Europea”, *Derechos y Libertades*, núm. 1, 1993, pp. 473 y ss.; E. PÉREZ VERA, “El Tratado de la Unión Europea y los derechos humanos”, *Revista de instituciones Europeas*, vol. 20, núm. 2, mayo-agosto 1993, p. 459 y ss.

[7] *Vid.* sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: T. KERIKMAE, *Protecting human rights in the EU: controversies and challenges of the Charter of Fundamental Rights*, Springer, 2014; J. MEYER, y otros: *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Nomos; y I. ORDENANZA GESURAGA, *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y su reflejo en el ordenamiento jurídico español = Europar Bastasunaren Oinarriko Eskubideen gutuna eta bere isladatu espainiar ordenamendu juridikoan*, Aranzadi, 2014.

[8] Es relevante destacar en este punto que, a pesar de la identidad de finalidades entre el CEDH y de la CDFUE, la protección de los derechos humanos, ambos textos presentan diferencias significativas. No es menor el hecho de que la CDFUE se erija sobre el principio, ya analizado, de no expansión de las competencias atribuidas a la Unión en virtud de los tratados, razón por la que sus disposiciones resultan aplicables a los actos y normas del ordenamiento de la UE y a los Estados miembros únicamente cuando estos apliquen el derecho común (art. 51 CDFUE). Podría decirse que la razón de la persistente disposición de la UE a adoptar una duplicidad normativa en este ámbito radica en el interés de someterse a sí misma, y también a su instituto jurisdiccional, a un control judicial externo en materia de derechos humanos que en puridad debería ejercerse por el TEDH en aplicación del CEDH. *Vid.* P. LLOPIS NADAL, “La necesidad procesal de la adhesión de la Unión Europea al CEDH: Un asunto que continúa pendiente tras el dictamen 2/13 del TJUE”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Valencia, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, núm. 29, 2015. (URL: <http://www.reei.org/index.php/revista/num29/articulos/necesidad-procesal-adhesion-union-europea-al-cedh-asunto-continua-pendiente-tras-dictamen-213-tjue> [consultado el 25/05/2017], pp. 12-14).

[9] J.C. FERNÁNDEZ 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, febrero 2014, p. 43, es de la opinión que “[s]ería injusto negar que se abstuvieron de regular por completo materias que afectan a estos derechos”, descartando, por supuesto, el hecho de que los Tratados constitutivos contuvieran cualquier instrumento normativo fundamental de tipo constitucional que incluyese una declaración solemne de derechos fundamentales.

[10] 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*, Madrid, Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional, 2010, p. 1.

[11] Como se recordará, la dicción literal del artículo 6.2 TUE es “se adherirá”.

[12] Para un relato exhaustivo del desarrollo de las negociaciones, *vid.* J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *op. cit.*, p. 4 y ss.

[13] *Vid.* al respecto J.R. MARIN AIS, “La adhesión de la Unión Europea al Convenio de Roma. El cumplimiento de las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico de la UE”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 44, 2013, pp. 233-276; y S. 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, 2011, pp. 99-128.

[14] La solicitud comprendió el Proyecto revisado de Acuerdo de adhesión de la Unión Europea al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; el Proyecto de Declaración de la Unión Europea a realizar en el momento de la firma del Acuerdo de adhesión; el Proyecto de regla a añadir a las Reglas del Comité de Ministros para la supervisión de la ejecución de las sentencias y de los términos de los acuerdos amistosos en los asuntos en que sea parte la Unión Europea; el proyecto de Memorandum de Acuerdo entre la Unión Europea y X (Estado no miembro de la Unión Europea); y el Proyecto de Informe explicativo del Acuerdo de adhesión de la Unión Europea al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como el documento “Proyectos de instrumentos de adhesión” o “Acuerdo previsto”.

[15] MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES se pregunta, de forma algo retórica, si tras el Dictamen continúa mercediendo la pena la adhesión de la unión al CEDH, decisión que en su opinión no corresponde al TJUE, sino a los “dueños de los Tratados”. *Vid.* 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*, Madrid, CEPC, núm. 52, 2015, pp. 825-869, en pp. 866-868.

[16] Dictamen 2/94 del Tribunal de Justicia, de 28 de marzo de 1996 [Identificador Europeo de Jurisprudencia: ECLI:EU:C:1996:140]. Para un examen en profundidad del contenido del Dictamen, *vid.* O. DE SCHUTTER, y Y. LEJEUNE, “L’adhésion de la Communauté à la Convention Européenne des Droits de l’Homme, à propos de l’avis 2/94 de la Cour de Justice des Communautés”, *Cahiers de Droit Européen*, 1996, núm. 5 y 6, pp. 555-606. Sobre la doctrina del TEDH en materia de supervisión de actos de la UE, *vid.* S. SANZ CABALLERO, “El control de los actos comunitarios por el TEDH”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 10, 2001, pp. 473-513; y S. SANZ CABALLERO, “Interferencias entre el Derecho Comunitario y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Luxemburgo *versus* Estrasburgo: ¿quién es la última instancia de los derechos fundamentales en Europa?)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 17, 2004, pp. 117-158.

[17] *Vid.* “Opinión de la Abogado General sr. Juliane Kokott presentada el 13 de junio de 2014. Procedimiento de dictamen 2/13, iniciado a petición de la Comisión Europea” (EU:C:2014:2475). Disponible: <http://eur-lex.europa.eu/juris/document/document.aspx?docid=160929&doclang=ES> [Consultado en 20/05/2017].

[18] A este respecto, *vid.* J.J. PIERNAS LÓPEZ, “La responsabilidad internacional de la Unión Europea derivada de la adhesión al Convenio de Derechos Humanos”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 50, 2014.

[19] Un análisis detallado de esta sentencia y sus implicaciones puede encontrarse en R. ALONSO GARCÍA, “La doctrina de Estrasburgo sobre la protección equivalente tras el veto de Luxemburgo a la adhesión de la UE al CEDH (a propósito de *Avotins v. Letonia*)”, *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, Madrid: Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional-UCM, WP IDEIR núm. 32, 2017.

[20] G. URBINA TREVIÑO, “El TJUE rechaza el proyecto de acuerdo de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos: Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia (pleno), de 18 de diciembre de 2014”, *Revista Aranzadi Unión Europea* n.º. 8/2015/2015, p. 15.

[21] En este sentido, algunos autores reprochan al TJUE una actitud desleal en su dictamen, entre otras materias, en lo relativo al mecanismo del pronunciamiento previo, cuando se trata de una figura creada como concesión a las peculiaridades de la Unión y a propuesta del propio Tribunal, que también ha intervenido de forma activa y pública en su diseño. *Vid.* J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *op. cit.*, pp. 849-851. En relación a las consecuencias de este hecho para el diálogo judicial, *ibid.*, pp. 865-866.

[22] Para SALINAS DE FRÍAS, “[l]o verdaderamente difícil de aceptar son los cuatro argumentos básicos alegados por el TJUE que no pueden entenderse sino apreciando un verdadero pecado de soberbia por parte del alto Tribunal, que no acepta en ningún caso el control de órgano exterior alguno, al menos en esta materia”. *Vid.* A. SALINAS DE FRÍAS, “La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos” (URL: <https://aquiencasa.net/2015/11/23/la-union-europea-y-el-convenio-europeo-de-derechos-humanos-por-ana-salinas-de-frias/>) [consultado el 20/05/2017].

[23] *Vid.* “Informe sobre los aspectos institucionales de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales” [2009/2241(INI)], Comisión de Asuntos Constitucionales. Disponible: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2010-0144+0+DOC+XML+V0//ES> [Consultado: 20/05/2017].

[24] Para un examen detallado de la motivación del TJUE, *vid.* L. GONZÁLEZ VAQUÉ, “El acuerdo de adhesión de la UE al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: análisis de la motivación del TJUE para la declaración de su (in)compatibilidad con el Derecho comunitario”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 8, 2015. También, M. AZPITARTE SÁNCHEZ, “Los derechos fundamentales de la Unión en busca de un nuevo equilibrio. Acerca del Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia, sobre la compatibilidad con los Tratados constitutivos del Proyecto de acuerdo internacional de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid: CEP, núm. 104, mayo-agosto 2015, pp. 243-268 (en pp. 245-246).

[25] “[...] 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 TEDH (§ 186 Dictamen 2/13)”.

[26] Como se recordará, el citado protocolo habilita a los tribunales superiores de los Estados adheridos al CEDH para solicitar una opinión consultiva del TEDH sobre cuestiones relativas a la interpretación o aplicación de los derechos y libertades amparados por el Convenio.

[27] *Vid.* J. MARTÍN Y PÉREZ NANCLARES, *op. cit.*, pp. 841-844. Como bien señala el autor, el Dictamen del TJUE en este punto extiende impropriadamente su campo de conocimiento a un instrumento jurídico internacional diferente (*Ibid.*, p. 842), en coincidencia con lo expuesto también por la Abogada general (§ 138 Opinión Kokott).

[28] El razonamiento que ampara dicha conclusión se puede sintetizar en que si bien “las restricciones (...) respecto del ejercicio de competencias son consustanciales a cualquier normativa por la que se garanticen derechos fundamentales, puesto que la función intrínseca de los derechos fundamentales es establecer, en protección del justiciable, limitaciones a la actuación de las instituciones, sean éstas estatales o internacionales” (§41 Opinión Kokott), debe tenerse en cuenta que “ya en este momento, es decir, antes de su adhesión oficial, la Unión está aplicando los criterios y parámetros que para la tutela de los derechos fundamentales se derivan del CEDH, de manera que las restricciones al ejercicio de las potestades de las instituciones de la Unión que posteriormente puedan resultar de la pertenencia al CEDH llevan ya mucho tiempo en vigor desde un punto de vista meramente material” (§42 *Ibid.*).

[29] No obstante, la Opinión Kokott añade que, si se considerase necesario reforzar las garantías que ofrece el PAA para el efecto útil del art. 344 TFUE, se “podría supeditar la declaración de compatibilidad con los Tratados de la adhesión de la Unión al CEDH a una declaración de la Unión y sus Estados miembros que se debería presentar en el momento de dicha adhesión. En dicha declaración, la Unión y los Estados miembros tendrían que manifestar a las demás partes contratantes del CEDH su intención, obligándose con ello en el plano del Derecho internacional, de no recurrir entre ellos ante el TEDH a procedimientos por posibles incumplimientos en el sentido del artículo 33 del CEDH siempre que el objeto del litigio correspondiera al ámbito de aplicación del Derecho de la Unión” (§120).

[30] Antes de las negociaciones, la doctrina debatió sobre las posibles alternativas, incluidas las que planteaban la reforma de los tratados constitutivos. Juliane Kokott y Christoph Sobotta propusieron la posibilidad de que la Comisión interpusiera un recurso por incumplimiento contra el Estado cuyos órganos jurisdiccionales no hubiesen planteado la preceptiva cuestión prejudicial (art. 267 TFUE), en caso de dudas sobre la compatibilidad de un acto u omisión de la UE con alguno de los derechos contemplados en el CEDH. Más allá, Christian Timmermans planteó la creación de un procedimiento de autorización a la Comisión para plantear un recurso ad hoc ante el TJUE en caso de ausencia de pronunciamiento previo del TJUE.

[31] Sin duda, un precedente que puede tener interés es el dictamen 1/91 del TJUE, sobre el proyecto de acuerdo entre la CE y el EEE, donde el Tribunal remarca la autonomía del derecho de la UE y las características esenciales de su derecho: primacía, efecto directo, etc. También concluye que, al condicionar su futura interpretación sobre normas de la CE, vulnera los derechos fundamentales de la CE (Rec. 1991, p. I-6102, ap. 21 y 46).

[32] *Vid.* R. ALONSO GARCÍA, “Análisis crítico del veto judicial de la UE al CEDH en el Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014”, *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, Madrid: Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional-UCM, WP IDEIR, núm. 26, 2015, pp. 20-21; también, J. MARTÍN Y PÉREZ NANCLARES, *op. cit.*, 2015, pp. 849-850.

[33] *Vid.* caso *Melloni* (C-399/11, EU:C:2013:107).

[34] Hasta el punto de afirmar que “[...] la adhesión puede poner en peligro el equilibrio en que se basa la Unión así como la autonomía del Derecho de la Unión” (§ 194 Dictamen 2/13), además de razonar que en tal caso los Estados miembros estarían contraviniendo la obligación de no recurrir a sistemas externos de resolución de controversias (§ 202 *Ibid.*).

[35] *Vid.* R. ALONSO GARCÍA, “Análisis crítico del veto judicial de la UE al CEDH”, *op. cit.*, pp. 17-19; también, J. MARTÍN Y PÉREZ NANCLARES, *op. cit.*, pp. 853-855.

[36] *Vid.* párrafos 64 a 71 Opinión Kokott.

[37] Ya en 1968 el juez JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA hizo referencia al acuerdo entre Indonesia y los Países Bajos respecto de Nueva Guinea Occidental como la primera oportunidad práctica de una organización internacional, en este caso la ONU, de administrar un territorio con todas las consecuencias jurídicas posibles, incluida una responsabilidad comparable a la de un Estado respecto de su territorio. *Vid.* E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, “International Responsibility”, en M. SOREENSEN (ed.), *Manual of Public International Law*, McMillan, Londres, 1968, p. 561. Para más información sobre la cuestión puede consultarse A.A. CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind Towards a New Jus Gentium*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2010, p. 189.

[38] Puede consultarse en: *Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 63.º período de sesiones (26 de abril a 3 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2011)*. Asamblea General. Documentos Oficiales. Sexagésimo sexto período de sesiones (A/66/10), Nueva York: Naciones Unidas, 2011, pp. 53-184. *Vid.* al respecto, I. BROWNLEE, “The responsibility of States for the acts of international organizations” en RAGAZZI, M. (ed.), *International responsibility today. Essays in memory of Oscar Schachter*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2005, pp. 355-362; G. TOMUSCHAT, “Attribution of International Responsibility: Direction and Control” en M. EVANS y P. KOUTRAKOS, P. (eds), *The international responsibility of the European Union: European and international perspectives*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2013, p. 12.

[39] Se trata de acuerdos como los relativos al envío de tropas a terceros países o incluso los firmados entre la UE y sus Estados miembros en los que se incluye una delimitación del ámbito competencial de cada una de las partes. En relación a estos ámbitos, *vid.* la Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración por la Comunidad Europea de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982 y del acuerdo de 28 de julio de 1994 relativo a la aplicación de la parte XI de dicha convención/* COM/97/0037 FINAL - AVC 97/0038 */ DO C 155 de 23.5.1997, p. 1/133. En concreto el Anexo 3, pp. 126-133. Véase la referencia en P.J. KUIJPER y E. PAASIVIRTA, “EU International Responsibility and its Attribution: From the Inside Looking Out”, en M. EVANS, y P. KOUTRAKOS (eds), *The international responsibility of the European Union: European and international perspectives*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2013, p. 56. Véase también, en relación con un asunto reciente que resta relevancia a una declaración de competencia efectuadas por la UE, A. ROSAS, “International Responsibility of the EU and the ECJ”, en M. EVANS y P. KOUTRAKOS (eds), *The international responsibility of the European Union: European and international perspectives*, *cit.*, p. 156.

[40] LLOPIS NADAL, subraya que la intervención del TEDH en demandas que afectaban al Derecho de la UE se ha limitado a determinados supuestos, concretamente los relativos a las actuaciones de los Estados miembros en cumplimiento de acuerdos de la UE pero que admiten un margen de apreciación estatal o en violaciones derivadas de una norma de derecho originario adoptada por un Estado. Sin embargo, el TEDH carece de competencia cuando el objeto de la demanda son violaciones cometidas por instituciones, órganos u organismos de la Unión Europea. Asimismo, la autora se pronuncia críticamente sobre el hecho de que en aquellos casos relativos a una la disposición de la Unión que obligue al Estado Miembro a actuar de determinada manera, el examen del TEDH se ha limitado a confirmar la “presunción Bosphorus”. *Vid.* P. LLOPIS NADAL, “La Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Agenda Pública*, 21/03/2016 (disponible: <http://agendapublica.es/la-union-europea-y-el-convenio-europeo-de-derechos-humanos>) [consultado el 20/05/2017]. Sobre el contenido jurídico y las implicaciones de la “presunción Bosphorus”, *vid.* P. LLOPIS NADAL, “La necesidad procesal de la adhesión de la Unión Europea al CEDH...”, *op. cit.*, 2015, pp. 33-37. También, *vid.* J.J. PIERNAS LÓPEZ, “La responsabilidad internacional de la Unión Europea derivada de la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 50, 2014.

[41] En este sentido, P. LLOPIS NADAL, “La necesidad procesal de la adhesión de la Unión Europea al CEDH [...]”, *op. cit.*, 2015, p. 39, afirma que “[...] la presunción Bosphorus no puede sostenerse indefinidamente –se ratifique o no el Convenio– ya que su aplicación perjudica a los Estados Miembros, a la Unión Europea y al resto de Partes Contratantes del Convenio que no pertenecen a esta organización supranacional”.

[42] Como ha señalado acertadamente J. SAURA, “las llamadas “demandas interestatales” son absolutamente excepcionales [...]”. Parece que la sola posibilidad de que eso suceda atacaría la necesaria confianza recíproca entre los Estados miembros de la UE y la competencia exclusiva en materia de Derecho de la Unión del TJUE”. *Vid.* J. SAURA, “La Unión Europea se aleja de la Europa de los Derechos”, *El Diario.es-Agenda Pública*. Institut dels Drets Humans de Catalunya (IDHC), 22/01/2015 (disponible: http://www.eldiario.es/agendapublica/proyecto-europeo/Union-Europea-aleja-Europa-Derechos_0_348565618.html) [consultado: 20/05/2017].

[43] Donde, con motivo de determinadas acciones militares, el TEDH recuerda que no se pueden “cometer impunemente violaciones de derechos prohibidas por el Convenio –derecho a la vida, prohibición de la tortura, prohibición de detención arbitraria– por el simple hecho de llevarlos a cabo fuera del territorio de los mismos” (por todos, casos *Al-Sadon y Al-Jedda*). Para J. SAURA, “Dado que buena parte de la Política Exterior y de Seguridad Común de la UE escapa del control del TJUE, éste se opone a que la UE sea demandada por decisiones tomadas en este marco por el TEDH”. Por tanto, para el Tribunal de Justicia, “ya que en ese ámbito no puedo defender los derechos de los ciudadanos europeos... que no lo haga nadie”. *Vid. Ibid.*

[44] *Vid.* R. ALONSO GARCÍA, “Análisis crítico del veto judicial de la UE al CEDH...”, *op. cit.*, p. 5.

[45] *Vid.* M. AZPITARTE SÁNCHEZ, *op. cit.*, 2015, pp. 245-246.

[46] En ese sentido, precisamente, G.C. RODRIGUEZ IGLESIAS y A. VALLE, han sostenido que los conflictos entre jurisdicciones son más teóricos que reales, debido a la existencia de un acervo común europeo que está en el origen tanto del Consejo de Europa (art. 1) como de la UE. *Vid.* “El derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año 1, núm. 2, 1997, p. 374.