



FACULTAD DE DERECHO

**La adhesión de la Unión Europea al
Convenio Europeo de Derechos
Humanos: antecedentes, problemática y
perspectivas**

**Autor: Juan Jonás de Gil Blanco-Rajoy
5º E-5
Derecho de la Unión Europea**

Tutor: Prof. Dr. Gabriel Martín Rodríguez

**Madrid
Abril 2020**

Resumen

El compromiso de la Unión Europea con la protección de los derechos fundamentales ha sido puesto de manifiesto de forma gradual, mediante distintas reformas de sus tratados constitutivos tendentes a fortalecer la tutela de estos derechos. En este proceso se encuadraría también la adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos que, pese a haberse configurado como mandato con el Tratado de Lisboa, constituye actualmente una tarea todavía pendiente. Así, el presente trabajo pretende examinar el contexto en el cual se originó la idea de la adhesión, así como entender la necesidad y pertinencia de la misma, desde el punto de vista de la protección de los derechos fundamentales en Europa. Asimismo, se analizan en profundidad las principales objeciones presentadas por el TJUE en el Dictamen 2/13, con el objeto de comprender en qué medida el Proyecto de Acuerdo de Adhesión realmente resulta contrario al Derecho de la Unión. En último término, este trabajo plantea el impacto negativo que podría derivarse del mencionado dictamen, así como las ventajas e inconvenientes ligados a las distintas vías a disposición de los Estados miembros y la Unión para llevar a buen puerto la adhesión.

Palabras clave: Convenio Europeo de Derechos Humanos, adhesión, Unión Europea, derechos humanos, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Dictamen TJUE.

Abstract

The European Union's commitment to the protection of fundamental rights has been gradually laid bare through several reforms of its founding treaties, aimed at strengthening such protection. This process would also encompass EU's accession to the European Convention on Human Rights which, despite its establishment as a legal mandate under the Lisbon Treaty, is still today a pending matter. Thus, this paper intends to examine the context within which the idea of accession originated, as well as to understand its need and pertinence from the perspective of human rights' protection in Europe. Additionally, the main objections raised by the CJEU in Opinion 2/13 are analysed in order to understand the extent to which the Draft Accession Agreement is contrary to EU law. Ultimately, this paper sets forth the negative impact that could stem from said opinion, as well as the advantages and drawbacks linked to the different means available to Member States and the EU, which would allow them to successfully conduct accession.

Keywords: *European Convention on Human Rights, accession, European Union, human rights, Court of Justice of the European Union, European Court of Human Rights, CJEU Opinion.*

ÍNDICE

ABREVIATURAS	4
INTRODUCCIÓN	5
1. EVOLUCIÓN EN EL TRATAMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS INSTITUCIONES EUROPEAS	6
1.1. DESDE MAASTRICHT HASTA LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES	6
1.2. LA ADHESIÓN AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.....	9
1.3. EL PRIMER OBSTÁCULO A LA ADHESIÓN: EL DICTAMEN 2/94.....	10
2. LISBOA Y EL ART. 6.2 TUE: UN MANDATO LEGAL DE ADHESIÓN....	12
3. LA CONVENIENCIA DE LA ADHESIÓN: UNA NECESIDAD PROCESAL	13
4. EL PROYECTO DE ACUERDO DE ADHESIÓN	15
5. COMPATIBILIDAD DEL PROYECTO DE ACUERDO DE ADHESIÓN CON EL DERECHO DE LA UNIÓN: DICTAMEN 2/13 DEL TJUE	18
5.1. SOBRE LAS CARACTERÍSTICAS ESPECÍFICAS Y LA AUTONOMÍA DE LA UNIÓN	19
5.1.1. <i>Los respectivos arts. 53: la relación entre la Carta y el Convenio.....</i>	<i>19</i>
5.1.2. <i>El principio de confianza mutua.....</i>	<i>20</i>
5.1.3. <i>Opinión convencional consultiva vs. cuestión prejudicial</i>	<i>23</i>
5.2. EL ESCOLLO (SALVABLE) DEL ART. 344 TFUE	25
5.3. SOBRE EL MECANISMO DEL CODEMANDADO	28
5.4. SOBRE EL PRONUNCIAMIENTO PREVIO DEL TJUE.....	32
5.5. SOBRE LA TUTELA JUDICIAL EN MATERIA DE PESC.....	33
6. CONSECUENCIAS MEDIATAS DEL DICTAMEN 2/13 Y PERSPECTIVAS DE ADHESIÓN	35
6.1. SOBRE EL IMPACTO DE LA POSPOSICIÓN DE ADHESIÓN	35
6.2. SOBRE LAS VÍAS A SEGUIR TRAS EL DICTAMEN	36
CONCLUSIONES	39
BIBLIOGRAFÍA	41

Abreviaturas

Art./arts.	Artículo/s
CDFUE/Carta	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CEDH/Convenio	Convenio Europeo de Derechos Humanos
FJ	Fundamento jurídico
PAA	Proyecto de Acuerdo de Adhesión
PESC	Política Exterior y de Seguridad Común
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE/Tribunal de Justicia	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE/Unión	Unión Europea

Introducción

La importancia de los derechos humanos en la cultura jurídica europea ha sido evidente desde los orígenes de lo que es hoy la Unión Europea. Sin embargo, el establecimiento de un compromiso formal garante del respeto de los derechos humanos se ha caracterizado por un proceso gradual y – cabría incluso manifestar en cierta medida – lento. Este progreso se ha reflejado, en parte, en las numerosas reformas de los Tratados fundacionales de la actual Unión, las cuales han permitido tejer una sólida protección judicial dirigida a garantizar una efectiva promoción y respeto de los derechos humanos.

Sin perjuicio de los numerosos avances pendientes en la materia, uno de los principales desafíos actuales a los que se enfrenta la Unión en este sentido es el de adherirse al Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH). Han pasado ya más de cuatro décadas desde que las instituciones comunitarias pusieron de manifiesto su deseo de adhesión. Sin embargo, incluso tras haberse convertido dicha adhesión en un mandato legal recogido en el Tratado de Lisboa, ésta todavía no se ha producido, sino que, al contrario, se enfrenta hoy a una serie de obstáculos, erigidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), cuya resolución se revela harto compleja.

Así, el presente trabajo tiene por objetivos:

- Analizar el compromiso de la UE con la protección de los derechos fundamentales y, concretamente, estudiar el contexto y motivos que han conducido al mandato de adhesión al CEDH.
- Examinar la necesidad y conveniencia de adhesión al Convenio, con lo que ello supone en la práctica para la protección de los derechos humanos, tanto desde el punto de vista del sistema europeo de protección de los derechos fundamentales como desde la perspectiva de los particulares.
- Estudiar cuáles son los principales obstáculos, esgrimidos por el TJUE, que impiden actualmente la adhesión al Convenio, de acuerdo con lo dispuesto en el Proyecto de Acuerdo de Adhesión.
- Analizar los posibles efectos del Dictamen 2/13 y las opciones que existen, al amparo de éste último, a disposición de las instituciones y Estados miembros para que finalmente se produzca la adhesión.

Nuestra hipótesis parte de la suposición de que la adhesión resulta en efecto necesaria para alcanzar una protección íntegra de los derechos humanos en Europa, en la medida

en que la extensión del control ejercido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) a la actuación de las instituciones de la Unión contribuiría indudablemente en el fortalecimiento de la tutela de los derechos fundamentales.

Este trabajo se apoya en una amplia tipología de fuentes, incluyendo monografías y artículos de investigación, y en menor medida, manuales y distintos tipos de documentos normativos, tales como los Tratados constitutivos de la Unión Europea y el Dictamen 2/13 emitido por el Tribunal de Luxemburgo. Partiendo de esta base, la primera y última parte del trabajo consisten en una amplia revisión bibliográfica, mientras que la segunda parte se basa un comentario jurisprudencial, acompañado de un análisis normativo superficial pero necesario para alcanzar los objetivos de esta investigación.

1. Evolución en el tratamiento de los derechos fundamentales en las instituciones europeas

1.1. Desde Maastricht hasta la Carta de Derechos Fundamentales

La cuestión de los derechos fundamentales no fue obviada por las originarias Comunidades Europeas, y es por ello que los Tratados fundacionales incluyeron disposiciones relativas a este tipo de derechos¹ (Ortiz Pica, 2003, p. 1). No obstante, es evidente que la Unión Europea y su forma de abordar esta cuestión ha ido evolucionando a lo largo de los años, de manera que mientras que el proceso de integración europea se ha intensificado mediante la adquisición de más competencias por parte de las instituciones europeas, de forma paralela tanto dichas instituciones como los Estados miembros han mostrado una mayor preocupación en torno a cómo proteger los derechos fundamentales de la forma más conveniente (Ortiz Pica, 2003, p. 2).

En orden a una mayor precisión sobre la cuestión de la protección de los derechos fundamentales, conviene señalar que no fue hasta el año 1992 cuando comenzó un mínimo progreso en este sentido. Desde 1951 con el Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, no encontramos referencia a los derechos humanos en los tratados

¹ Si bien es cierto que algunas disposiciones específicas del Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957 hacían referencia a los derechos fundamentales, nada disponen en torno a la protección de estos derechos (Ortiz Pica, 2003, p. 4).

promulgados por las instituciones europeas hasta 1986 con el Acta Única Europea². Con la firma del Tratado de Maastricht³, también conocido como Tratado de la Unión Europea (TUE), se les dota a los derechos fundamentales, en su art. F.2, de la condición de principio fundacional de la Unión (Ortiz Pica, 2003, p. 4), lo que supone un valiente planteamiento en comparación con el modesto enfoque del Acta Única Europea.

No obstante, la inclusión de los derechos fundamentales en el mencionado artículo resulta insuficiente. Ello se debía a la carencia de una declaración de derechos comunitarios y a la ausencia de previsión alguna sobre posibles sanciones ante conculcaciones estatales de estos derechos. Siendo así, el Tratado de Ámsterdam⁴ trajo consigo dos novedades en esta cuestión. Por un lado, el antiguo art. F.1 del Tratado de Maastricht fue reformulado bajo una nueva redacción, que supuso una confirmación del compromiso asumido por la Unión ya declarado, cuya trascendencia se basó en el valor jurídico del que fueron dotados los principios incluidos en los tratados comunitarios previos y que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) había también recogido (Ortiz Pica, 2003, p. 15). Por otro lado, el art. 7.1 del Tratado de Ámsterdam introdujo, al fin, la posibilidad de que los Estados de la Unión pudieran ser sancionados en la medida en que conculcaran de forma grave y persistente los derechos contenidos en el citado art. F.1. En este sentido, no puede pasar desapercibida la modificación que sufrió el antiguo artículo L, lo que supuso una ampliación de competencias del TJUE que incluyera finalmente la protección de los derechos fundamentales (Ortiz Pica, 2003, p. 17).

Posteriormente, el Tratado de Niza⁵ ha permitido reforzar el mecanismo del art. 7, de forma que las instituciones europeas pueden emitir recomendaciones en la medida en que constaten que existe un riesgo de violación de derechos recogidos en el antiguo art. F.1 (Ortiz Pica, 2003, p. 18).

Al margen de los tratados constitutivos de la Unión, conviene resaltar la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, firmada el 7 de diciembre de 2000 (en adelante, CDFUE). Pese a constituirse como catálogo de derechos fundamentales propio

² De forma genérica, se establece que los derechos fundamentales precisan un respeto dentro de lo que era entonces la Unión. No obstante, conviene no pasar por alto el hecho de que esta mención está contenida en el Preámbulo del Acta, por lo que resulta inoperativa a efectos de reconocer una cierta eficacia directa a su contenido, gozando únicamente de un valor interpretativo (Ortiz Pica, 2003, p. 11).

³ Firmado el 7 de febrero de 1992, produciéndose su entrada en vigor a partir del 1 de noviembre de 1993.

⁴ Firmado el 2 de octubre de 1997, produciéndose su entrada en vigor a partir del 1 de mayo de 1999.

⁵ Firmado el 26 de febrero de 2001, produciéndose su entrada en vigor a partir del 1 de febrero de 2003.

del ordenamiento de la Unión, el art. 6.1 del actual TUE⁶ no formula un reconocimiento *strictu sensu* de la Carta, sino que los derechos y libertades contenidos en ella son incorporados *por referencia* a los Tratados constitutivos. Esta operación revela un carácter eminentemente político, lo que explica que la aplicabilidad de la Carta esté ligada al ejercicio de competencias comunitarias y no se le atribuya en este sentido carácter autónomo (Mangas Martín y Liñán Nogueras, 1996, p. 125-126).

Así, no cabe duda sobre la evolución que ha experimentado la perspectiva adoptada por la Unión en lo que a la protección de los derechos fundamentales se refiere. No obstante lo anterior, dicho proceso ha estado caracterizado por una evidente lentitud e innegable cautela en lo referente al reconocimiento desde el punto de vista legislativo. Así, el progreso aportado por los Tratados encuentra su explicación en la aceptación de ciertas prácticas que ya venían dándose con anterioridad, especialmente a través de la protección esgrimida por la jurisprudencia del Tribunal de la Unión, protección que no encuentra su base en los tratados, sino que se explica gracias al interés por abordar los recelos estatales a la hora de reconocer la desconfianza de los Estados miembros en asumir la primacía de la legislación de una organización internacional en el seno de la cual no impera una serie de derechos que sí existen en sus Estados miembros (Ortiz Pica, 2003, p. 18).

A pesar de esta declaración de principios, la Unión no podría, *a priori*, legislar con el fin de reforzar la protección de los derechos fundamentales, pues en virtud del art. 5.2 TUE, en principio sólo puede actuar en aquellas materias expresamente atribuidas por los Estados miembros⁷, y la protección de los derechos fundamentales no se encuentra entre dichas materias (Ortiz Pica, 2003, p. 5).

⁶ La actual versión del TUE y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) es el resultado de las reformas promovidas por el Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007, y en vigor desde el 1 de diciembre de 2009.

⁷ Como suerte de excepción a este principio de la atribución de competencia, encontramos el art. 352 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), el cual dispone: “*Cuando se considere necesaria una acción de la Unión en el ámbito de las políticas definidas en los Tratados para alcanzar uno de los objetivos fijados por éstos, sin que se hayan previsto en ellos los poderes de actuación necesarios a tal efecto, el Consejo adoptará las disposiciones adecuadas por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo. Cuando el Consejo adopte dichas disposiciones con arreglo a un procedimiento legislativo especial, se pronunciará también por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo*”. Mediante este artículo, se supera la rígida concepción que caracteriza al principio de la atribución de competencia, en tanto en cuanto permite a la Unión legislar en una materia respecto de la que no ha sido atribuida competencia de forma expresa, siempre y cuando dicha extralimitación permita alcanzar alguno de los objetivos recogidos en el art. 3 TUE (Mangas Martín y Liñán Nogueras, 1996, p. 78). Sin perjuicio del control por parte de los Parlamentos nacionales al que está sometido el recurso a este artículo, las condiciones para su utilización incluyen: que se utilice con el objeto de alcanzar un

No obstante, cabe concluir que han sido muy numerosas las acciones que la Unión ha emprendido –pudiendo ser su alcance discutido– con el objeto de reforzar la protección de los derechos humanos.

1.2. La adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos

El CEDH⁸ fue adoptado bajo los auspicios del Consejo de Europa, entrando en vigor el 3 de septiembre de 1953 (González-Vaqué, 2015, p. 1).

Respecto al debate sobre la adhesión de las entonces Comunidades Europeas al CEDH, se inicia formalmente el 4 de abril de 1979, cuando la Comisión elabora un memorándum sobre esta cuestión⁹. Teniendo en cuenta la ya comentada inexistencia de un catálogo que recogiera derechos y libertades fundamentales, la adhesión al Convenio se presenta como la opción ideal en orden a la protección de este tipo de elementos (Sánchez Santana, 2010, p. 58). Sin embargo, en este sentido fue clave la Comunicación de la Comisión del año 1990¹⁰, en la cual el Consejo es instado con el objetivo de que emita una autorización de las negociaciones para el proceso de adhesión (Escobar Hernández, 1996, p. 819). Dicha Comunicación propone integrar el Convenio con base en una remisión interpretativa de

objetivo de la Unión; que la acción de la Unión en este sentido sea necesaria; que se utilice con carácter subsidiario, esto es, que las competencias ya expresamente previstas en este sentido no resulten suficientes para alcanzar el correspondiente objetivo; y, finalmente, que se respete debidamente el principio de subsidiariedad, en lo referido al ámbito de competencias compartidas con los Estados miembros, esto es, que la Unión actuará única y exclusivamente cuando la acción de los Estados miembros no resulte suficiente para alcanzar el objetivo correspondiente a dicha acción (Mangas Martín y Liñán Noguera, 1996, p. 79 – 80).

⁸ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950.

⁹ *Memorándum sobre la adhesión de las Comunidades Europeas a la Convención sobre la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, Boletín de las Comunidades Europeas, suplemento 2/79. El principal fruto de este memorándum se tradujo en dos resoluciones aprobadas por el Parlamento Europeo: por un lado, una Resolución de 27 de abril de 1979, mediante la cual se instó a las Comunidades Europeas a que se adhirieran al CEDH (Agudo Zamora, 2005, p. 404); y por otro lado, una Resolución de 29 de octubre de 1982, que recoge la opinión del Parlamento Europeo en relación con la cuestión de la adhesión de la Unión al Convenio, y que añade como valor el apoyo que muestra el Parlamento a la Comisión en esta cuestión (Uría Gavilán, 2017, p. 49). Además, este memorándum supone un giro copernicano en la posición adoptada por la Comisión al respecto, ya que ésta anteriormente había rechazado la necesidad de adhesión, en un informe de 4 de febrero de 1976 titulado “la protección de los derechos fundamentales en la creación y desarrollo del Derecho Comunitario” (Boletín de las Comunidades Europeas, suplemento 5/76).

¹⁰ *Comunicación de la Comisión sobre la adhesión de la Comunidad al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, de 19 de noviembre de 1990 (Documento SEC (90) 2087 final).

forma parecida a lo que establece el artículo 10.2 de la Constitución española¹¹. En relación con este mecanismo integrador, algunos autores han señalado que hubiera supuesto abrir la puerta a una interpretación distinta entre las sentencias del TEDH y las del Tribunal de Luxemburgo (TJCE), debido a la inexistencia de una vinculación jurídica imperativa, lo que daría lugar a consecuencias perjudiciales derivadas de una jurisprudencia divergente sobre el Convenio. No obstante, en este sentido, resulta destacable el hecho de que a partir de los años setenta la interpretación que realizó el TJCE de las cuestiones sobre derechos humanos tenía como base el Convenio, construyendo así una línea jurisprudencial muy similar a la del TEDH (Sánchez Santana, 2010, p. 58).

1.3. El primer obstáculo a la adhesión: el Dictamen 2/94

Con el objeto de comprobar la existencia de una base jurídica en los Tratados constitutivos que permitiera la adhesión al Convenio, el 26 de abril de 1994, el Consejo de la Unión Europea solicitó al Tribunal de Justicia un dictamen que examinara la compatibilidad de una potencial adhesión de la Comunidad al Convenio con el Tratado de la Comunidad Europea. Dicha solicitud, contemplada en el art. 228.6 del Tratado, permite a los Estados miembros, a la Comisión y al Consejo solicitar al Tribunal un análisis previo de la conformidad y legalidad de un acuerdo internacional y el proyecto derivado de éste donde la Comunidad prevea tomar parte. En este caso en concreto, el Consejo le preguntó al Tribunal, por un lado, si la Unión gozaba de competencia material que le permitiera celebrar un tratado y, por otro, en qué medida serían compatibles el sistema jurisdiccional previsto en el Convenio con el propio del orden jurídico comunitario y con el carácter autónomo de éste (de Areilza Carvajal, 1996, p. 336).

Una vez admitida la solicitud por parte del Tribunal de Justicia, éste condensó las dos preguntas, y planteó una única cuestión relativa a la competencia de la –entonces– Comunidad que le permitiera adherirse al Convenio. El Consejo recibió una respuesta negativa. En orden a su justificación, el Tribunal se basó, en primer lugar, en la

¹¹ El artículo 10.2 de nuestra Constitución establece que “*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”.

inexistencia de normas que le permitiera a la Unión legislar en materia de derechos humanos o participar en la celebración de normas de tipo convencional en el mismo campo. En este sentido, el Tribunal afirmó que las instituciones comunitarias carecían tanto de competencias implícitas como expresas, y que la vía de la cláusula de poderes subsidiarios recogida en el art. 235 del Tratado de la Comunidad Europea¹² constituía la única vía que permitiría dicha adhesión (de Areilza Carvajal, 1996, p. 339).

No obstante, una vez examinado dicho artículo, el Tribunal concluye que no cabe la utilización del mismo con el objeto de ampliar materialmente el contenido del Tratado y, para llegar a dicha conclusión, el Tribunal resta relevancia a la literalidad del precepto, además de a su propia jurisprudencia de las últimas tres décadas. Esto lleva al Tribunal a recordar que la Comunidad debe tener límites en sus competencias, pues sólo puede asumir aquellas que los Estados miembros le han atribuido, de forma que una adhesión requeriría la reforma y modificación de los Tratados (de Areilza Carvajal, 1996, p. 340).

Así, conviene analizar de forma crítica la interpretación que realiza el Tribunal para justificar su dictamen, que nos permitirá comprender mejor su razonamiento posterior en la materia. El Tribunal se basa en el artículo 3.1B, introducido en el contexto de la reforma de Maastricht con el objeto de limitar las competencias de la Unión y que establece el significado de “subsidiariedad”. Dicho párrafo recoge el principio de atribución o delegación comentado *ut supra*, que ha sido desde hace mucho asimilado e integrado por las instituciones europeas. Sin embargo, la interpretación que el Tribunal hace del art. 3B cabe ser tildada de simplista, en tanto en cuanto se basa en una percepción más bien improcedente dada la ambigüedad que caracteriza la redacción del citado artículo, la cual abriría la posibilidad a que los poderes comunitarios sean interpretados de forma amplia, en la medida en que la delimitación competencial está supeditada a los diversos objetivos comunitarios de carácter general¹³. No obstante, el Tribunal interpreta de manera restrictiva y rígida los poderes de la Comunidad en tanto que competencias tasadas, en contraposición con la visión que el Tribunal había venido manteniendo de los poderes

¹² Este artículo se corresponde con el actual art. 352 TFUE comentado *ut supra*.

¹³ Señala ESCOBAR HERNÁNDEZ que, si bien el Tribunal no califica como objetivo comunitario el respeto de los derechos fundamentales, sí que se refiere a estos, al amparo del art. 3B, como “límite de legalidad de las actuaciones de las instituciones”. Así, teniendo en cuenta la necesidad de implementar mecanismos tendentes al cumplimiento de dicho límite, se podría deducir que la utilización del art. 235 sería válida en orden a admitir la adhesión al CEDH (Escobar Hernández, 1996, pp. 831-832).

implícitos comunitarios, caracterizada por una mayor generosidad (de Areilza Carvajal, 1996, p. 343).

Así, este dictamen implica el cuestionamiento de cualquier competencia comunitaria en orden a la protección de los derechos fundamentales, independientemente de que sea externa o interna. En cuanto a las razones que explican esta opinión, cabría destacar la negativa del Tribunal comunitario ante la posibilidad de sometimiento al Tribunal de Estrasburgo. Si bien puede resultar hasta cierto punto comprensible, carece en último término de suficiente peso, si tenemos en cuenta que la naturaleza y la eficacia de los dos ordenamientos jurídicos en cuestión es diferente (de Areilza Carvajal, 1996, p. 344).

2. Lisboa y el art. 6.2 TUE: un mandato legal de adhesión

El escollo relativo a la inexistencia de base jurídica que permitiera la adhesión es superado gracias a la nueva redacción derivada del Tratado de Lisboa. El subpárrafo segundo del art. 6 TUE reza de la siguiente forma: “*La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*”. No obstante, el mismo artículo establece que las competencias de la Unión definidas en los Tratados no podrán ser modificadas por dicha adhesión.

Además del art. 6 TUE, entró en vigor paralelamente el Protocolo nº 8 relativo a dicho artículo con el objeto de garantizar una correcta adhesión y que permanecieran inalteradas las características específicas del ordenamiento y autonomía comunitarios. De este modo, la Declaración nº 2 de la Conferencia del Tratado de Lisboa establece que la adhesión “*debería realizarse de manera que se preserven las especificidades del ordenamiento jurídico de la Unión*” (Sánchez Guijarro, 2016, p. 14).

Así, una vez entrado en vigor el Tratado de Lisboa, encontramos dos organizaciones internacionales de ámbito regional europeo, una con 28 miembros, de integración supranacional, y otra de 47 miembros, de cooperación intergubernamental, que no tienen otra opción sino coexistir, pese a basarse en distintos sistemas jurídicos y en diferentes concepciones por criterio de competencias.

Por un lado, el Consejo de Europa tiene como base la protección de los derechos humanos, cuya consagración se encuentra en el Convenio, siendo el Tribunal de Estrasburgo el

encargado de su interpretación y aplicación, y cuyo objetivo último es supervisar que los Estados miembros garanticen los derechos y libertades contenidos en el Convenio a todas las personas que se encuentren dentro de su jurisdicción. En caso de incumplimiento, puede el Tribunal declarar la violación en cuestión e instar la correspondiente reparación (Sánchez Guijarro, 2016, p. 14).

En contraste, la Unión Europea, originariamente centrada en el aspecto económico, se basa en la integración de sus Estados miembros. Asimismo, a diferencia del TEDH, el TJUE se encarga de velar por el respeto del ordenamiento jurídico comunitario al aplicarse e interpretarse los Tratados.

3. La conveniencia de la adhesión: una necesidad procesal

En cierta medida, podrían cuestionarse las razones que justifican la adhesión de la Unión al Convenio si tenemos en cuenta que el art. 52.3 CDFUE dispone que el alcance y el sentido de los derechos de la Carta será, como mínimo, igual al conferido por el Convenio, sin perjuicio de una protección más reforzada que la Carta pueda ofrecer. Así, ello implica –en la práctica– que el contenido del Convenio debe ser respetado indirectamente por la Carta (Llopis Nadal, 2015, p. 11). Además, cabría argumentar acerca de la prescindencia de la adhesión al Convenio si tenemos en cuenta que la falta de ratificación del Convenio no impide que el mismo sea invocado ante el TJUE o ante los Tribunales domésticos, como parte del Derecho comunitario (Llopis Nadal, 2015, p. 12).

En cambio, a través de la adhesión al Convenio, la Unión busca quedar sometida a un control judicial externo, ejercido por el TEDH, lo cual no debe chocarnos, habida cuenta de que el mismo camino han seguido los Estados miembros de la organización. La UE tiene un catálogo de derechos humanos (‘fundamentales’) propio, de la misma forma que los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, sin que ello haya sido óbice para que éstos ratificaran el Convenio y aceptaran someterse al sistema judicial del TEDH. Así, el principal motivo que justifica la adhesión es el reforzamiento de las garantías procesales dispuestas en los ordenamientos jurídicos domésticos en lo relativo a derechos humanos, a través del establecimiento de una última instancia adicional mediante la cual

reparar las violaciones de derechos fundamentales, instancia que se ha institucionalizado en el Tribunal de Estrasburgo¹⁴ (Llopis Nadal, 2015, p. 13).

A esto ha de sumarse el hecho de que la adhesión implicaría también un control por parte del TEDH que abarcaría el Derecho de la Unión de forma integral, es decir, la totalidad de disposiciones de dicho ordenamiento, lo que incluiría disposiciones de Derecho originario, además de las contempladas en los arts. 275 y 276 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)¹⁵, por tanto, disposiciones pertenecientes a ámbitos donde el TJUE no tiene atribuida competencia. Sin embargo, tal y cómo abordaremos más adelante, la posibilidad de que el TEDH se pronuncie sobre supuestas violaciones en el contexto de la PESC no resulta compatible con lo establecido en los Tratados de la UE (Llopis Nadal, 2015, p. 14).

Por último, cabría señalar el efecto armonizador que derivaría de la adhesión al Convenio, en la medida en que la protección de los derechos fundamentales disfrutaría de un espacio común que incluiría a Estados miembros de la Unión, a Estados no miembros, y a la propia Unión como organización internacional, estableciéndose así un mínimo común que sería determinado en última instancia por el TEDH. Ello aportaría una mayor coherencia al régimen de protección de derechos humanos en el continente europeo, además de colmar lagunas que afectan al Derecho Comunitario en este ámbito (Sánchez Guijarro, 2016, p. 15).

Así, resulta indiscutible la mejoría que experimenta la protección existente en lo relativo a los derechos fundamentales previstos en el ordenamiento jurídico comunitario, gracias a la adhesión al Convenio. Esta mejora se explica no tanto desde una perspectiva material¹⁶, sino desde un punto de vista procesal, en la medida en que conllevaría la

¹⁴ Señalan MANGAS MARTÍN y LIÑÁN NOGUERAS que el interés por adherirse al CEDH no se explica tanto gracias a los derechos que éste consagra, sino que estriba en “*su sistema de protección, [de] la muy relevante jurisprudencia del TEDH y sus avanzadas interpretaciones y por la no menos importante consecuencia de incardinar a la UE en ese espacio común europeo de derechos y libertades, cuya expresión fundamental es el CEDH*” (1996, p. 131).

¹⁵ Dos son los límites, que se extienden a los derechos humanos, a los que se encuentran sometidas las competencias del TJUE, contemplados en los mencionados artículos. Por un lado, el TJUE carece de competencia en relación con los actos o disposiciones en el ámbito de la PESC, a excepción del control de legalidad sobre las medidas restrictivas contra particulares establecidas en decisiones provenientes del Consejo. Por otro lado, el TJUE no puede pronunciarse acerca de operaciones llevadas a cabo por servicios con funciones coercitivas –tales como la policía– de los Estados miembros, ni tampoco respecto de las responsabilidades atribuibles a los Estados miembros en lo referente a la salvaguarda de la seguridad interior y del mantenimiento del orden público.

¹⁶ Resulta conveniente señalar que el abanico de derechos fundamentales recogidos en la CDFUE es más amplio que en el CEDH (Llopis Nadal, 2015, p. 38).

incorporación de un instrumento adicional en la protección de derechos fundamentales, siendo los particulares los que más ganarían con este cambio, al estar ellos más limitados respecto a la legitimación activa en el marco del sistema judicial comunitario. De esta forma, gozarían de acceso a un recurso adicional que en último término garantizaría la reparación de posibles vulneraciones de derechos fundamentales acaecidas en el seno de la Unión.

4. El Proyecto de Acuerdo de Adhesión

Una vez entrado en vigor el Tratado de Lisboa, el Consejo instó de forma urgente a la Comisión para que ésta elaborara una propuesta de adhesión al Convenio, presentando la Comisión las correspondientes directrices en orden a la adhesión en marzo de 2010 (Sánchez Guijarro, 2016, p. 22). Así, el 4 de junio de 2010, el Consejo autorizó, mediante la adopción de una decisión, el comienzo del proceso de negociación en relación con la adhesión al Convenio. Además, el papel de negociador fue delegado en la Comisión. Con la finalización de las negociaciones el 5 de abril de 2013, un informe final en relación con las negociaciones fue presentado en junio de 2013 ante el Comité Directivo de Derechos Humanos (Fernández Rozas, 2014, p. 47).

El Proyecto de Acuerdo de Adhesión (en adelante, PAA) negociado constaba de cinco instrumentos jurídicos distintos, incluyendo un Proyecto de Acuerdo en relación con la Adhesión de la Unión al Convenio, conformando el Apéndice I; un Proyecto de declaración de la UE, que conformaba el Apéndice II; un Proyecto de norma para añadir a la normativa del Comité de Ministros sobre el control de ejecución de sentencias y los términos de los acuerdos amistosos de los que la Unión es parte, que constituye el Apéndice III; un Proyecto de memorándum de entendimiento entre la Unión y X (esto es, un Estado no miembro de la Unión), conformando el Apéndice IV (Engel, 2015, pp. 384–390); y, por último, un Apéndice V que recoge un proyecto de informe explicando el PAA de la Unión al Convenio (Timmermans, 2017, p. 300).

Respecto al Proyecto de Acuerdo, el preámbulo del mismo establece como base para la adhesión el párrafo segundo del art. 59 del Convenio, en base al cual la Unión puede adherirse a este último. Además, establece cuatro puntos clave sobre los que se asienta el Acuerdo, incluyendo: el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales

como uno de los pilares básicos en los que se funda la Unión; la mejora que experimentarían la protección de los derechos humanos en Europa gracias a una mayor coherencia entre los diversos sistemas de protección; el hecho de que toda persona, organización no gubernamental o grupo de individuos debería tener el derecho a someter las medidas, omisiones y actos de la Unión al control externo ejercido por parte del TEDH; y finalmente, la necesidad de realizar determinados ajustes, habida cuenta del particular ordenamiento de la Unión, determinados de común acuerdo, para adaptarse al sistema del Convenio (Consejo de Europa, 2013, p. 4).

Así, resulta del todo significativa la referencia desde el primer momento al derecho que tienen atribuidos particulares, grupos de personas y organizaciones no gubernamentales en relación con una potencial vulneración de derechos humanos por parte de las instituciones europeas, y la consecuente necesidad de implantar el correspondiente control judicial externo. De este modo, no cabe duda sobre la igualdad de derechos que se pretende alcanzar entre los demandantes, los individuos y los miembros de la Convención.

Respecto a las obligaciones de la Unión como consecuencia de la adhesión, conviene de antemano apuntar que el art. 1 del PAA establece la adhesión de la Unión al Convenio y a los Protocolos nº 1 y nº 6 del mismo.

En relación con las razones que explican la adhesión a estos determinados instrumentos jurídicos, todos los Estados miembros del Consejo de Europa (incluyendo, por tanto, a todos los miembros de la Unión) han ratificado el Protocolo nº 1¹⁷ (también conocido como Protocolo Adicional), por lo que resulta cuanto menos lógico que la Unión lo haga también (Sánchez Guijarro, 2016, p. 25).

Por otro lado, el motivo de adhesión al Protocolo nº 6, cuyo objeto es abolir la pena de muerte, resulta del todo evidente, en la medida en que el respeto de los derechos humanos constituye uno de los pilares en los que se fundamenta la Unión¹⁸. El derecho a la vida, en la medida en que se trata de un derecho fundamental básico también recogido en la CDFUE, no puede sino ser objeto del mayor nivel de protección posible. Además, este

¹⁷ Este Protocolo añade diversos derechos al Convenio, tales como el derecho a la educación, la protección de la propiedad y el derecho a unas elecciones libres (Sánchez Guijarro, 2016, p. 25).

¹⁸ Recogidos en el art. 2 del TUE, los valores fundacionales en los que se asienta la Unión incluyen –además del mencionado respeto de los derechos humanos– la dignidad humana, la democracia, la libertad, la igualdad y el Estado de Derecho.

Protocolo no permite la realización de reservas a ninguna de sus disposiciones, lo que resulta completamente congruente con el objetivo de este instrumento (Sánchez Guijarro, 2016, p. 25).

El apartado segundo del art. 1 del PAA contiene dos subapartados relativos a la modificación del art. 59.2 del Convenio. En el primero de ellos, se establece la adhesión de la UE al Convenio y sus protocolos, pero sin especificarlos, dejando abierta la vía en caso de que el legislador europeo opte por adherirse al resto de Protocolos relativos al Convenio. Para ello, menciona además, respecto de cada protocolo, el artículo que contiene la base jurídica en que se fundamenta la adhesión. En el segundo subpárrafo, en aras de un acuerdo más coherente y dotado de una mayor legitimidad, se establece que el Convenio incluye como parte integral el PAA (Consejo de Europa, 2013, p. 4).

Por otro lado, el apartado tercero del art. 1 del Proyecto de Acuerdo establece el sometimiento de las medidas, omisiones o actos de la Unión al Convenio y a sus protocolos, incluyendo los provenientes de órganos, agencias, instituciones o personas actuando en su nombre, señalando además que en ningún caso la Unión será requerida para adoptar una medida o actuar de forma que no tenga competencia en virtud del ordenamiento comunitario (Consejo de Europa, 2013, p. 5).

Finalmente, conviene apuntar lo señalado por el párrafo 23 del Proyecto de informe explicativo, donde se realiza una importante distinción. Nos encontramos, por un lado, actos provenientes de un Estado miembro o personas que actúen en nombre de éste al implementar el Derecho comunitario, lo que abarca decisiones emanadas de instituciones europeas de acuerdo con el TUE y el TFUE. Así, dichos actos son atribuidos al Estado miembro en cuestión, sin perjuicio de la responsabilidad que se pueda exigir a la Unión como codemandada. A la inversa, de acuerdo con el ordenamiento de la UE, encontramos medidas, omisiones y actos provenientes de instituciones, oficinas, agencias y órganos de la Unión, o de personas que actúen en nombre de éstas, con independencia del contexto en el que acaezcan (Consejo de Europa, 2013, p. 19).

5. Compatibilidad del Proyecto de Acuerdo de Adhesión con el Derecho de la Unión: Dictamen 2/13 del TJUE

Una vez elaborado el PAA, el 4 de julio de 2013, la Comisión solicitó del TJUE un dictamen, con base en el apartado 11.5º del art. 218 TFUE¹⁹, mediante una solicitud que rezaba de la siguiente forma: “¿Es compatible con los Tratados el PAA de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales?” (González-Vaqué, 2015, p. 3).

Así, el Pleno del Tribunal de Justicia de Luxemburgo emitió el 18 de diciembre de 2014 el Dictamen 2/13, en respuesta a la solicitud de la Comisión en torno a la cuestión de la compatibilidad del PAA con el Derecho comunitario (Alonso García, 2015, p. 2).

Tras la presentación de la solicitud, determinados Estados miembros manifestaron sus dudas en torno a la admisibilidad de la misma, debido a algunas apreciaciones contenidas en relación con normas internas (González-Vaqué, 2015, p. 6). En respuesta a esto, el TJUE señaló que el contenido de las normas internas, teniendo en cuenta que no habían sido aprobadas, era de carácter exclusivamente hipotético. Además, el Tribunal advirtió también que dichas normas no constituían objeto de examen de la solicitud en la medida en que forman parte del Derecho de la Unión, y que el dictamen únicamente pretende examinar acuerdos internacionales de los que potencialmente sea parte la Unión (González-Vaqué, 2015, p. 7).

Las objeciones planteadas por el TJUE se estructuran en cinco bloques, referidos algunos de ellos a cuestiones distintas: uno misceláneo sobre “las características específicas y la autonomía del Derecho de la Unión” (FFJJ 179–200); “el artículo 344 TFUE” (FFJJ 201–214); “el mecanismo del codemandado” (FFJJ 215–235); “el procedimiento de intervención previa” (FFJJ 236–248); y por último, “las características específicas del Derecho de la Unión por lo que respecta al control jurisdiccional en materia de PESC” (FFJJ 249–258).

¹⁹ En virtud del apartado 11 de este artículo, “Un Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión podrán solicitar el dictamen del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad con los Tratados de cualquier acuerdo previsto. En caso de dictamen negativo del Tribunal de Justicia, el acuerdo previsto no podrá entrar en vigor, salvo modificación de este o revisión de los Tratados”.

5.1. Sobre las características específicas y la autonomía de la Unión

5.1.1. Los respectivos arts. 53: la relación entre la Carta y el Convenio

El caso constituye una de las primeras objeciones planteadas por el Tribunal en relación con el PAA.

El TJUE comenzó señalando algo en torno a lo cual no ha lugar a discrepancia: mientras que el TEDH es el intérprete supremo del CEDH, sin existir posibilidad alguna para la UE ni sus Estados de miembros de cuestionar sus decisiones, el TJUE es el máximo intérprete de la CDFUE, sin que el TEDH pueda discutir de forma alguna sus decisiones, especialmente en lo relativo al alcance de aplicación de la Carta a los Estados miembros y al alcance de la impermeabilidad de la Carta sobre los estándares previstos en los ordenamientos domésticos en lo concerniente a la protección de los derechos fundamentales (Alonso García, 2015, p. 8).

No obstante, con este razonamiento concluyó el TJUE que el alcance de los respectivos artículos 53 del Convenio y de la Carta es muy distinto. Mientras que el Convenio *permite* en su art. 53 la superación de sus propios estándares por parte de los ordenamientos domésticos, la Carta, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, *restringe* la superación de sus propios estándares a los nacionales²⁰. Así, el TJUE señaló como obligatorio el garantizar que los Estados miembros de la Unión no pudieran sobrepasar los límites contemplados en el art. 53 de la Carta en relación con los derechos de ésta reflejados en el Convenio. Es decir, el Tribunal denuncia la inexistencia en el PAA de un mecanismo que le impida a los jueces nacionales, en su control de actividad nacional en el campo del Derecho comunitario cuando éste resulte de aplicación, incrementar la protección establecida en la Carta, vía derechos reconocidos por los ordenamientos domésticos, al amparo del estándar mínimo de protección garantizado por el Convenio. Por tanto, la ausencia de coordinación entre los respectivos arts. 53 pone en

²⁰ A este respecto, la doctrina del Tribunal de Luxemburgo se basa en los asuntos *Akerberg Fransson* (C-617/10) y *Melloni* (C-399/11). Esta doctrina conlleva, por un lado, que cuando se trate de la actividad nacional completamente reglada por el Derecho de la Unión, prevalecerán los estándares recogidos en la Carta por encima de los previstos por los ordenamientos domésticos, que quedarán desplazados. Por otro lado, cuando los Estados miembros conserven un margen de apreciación como consecuencia de una reglamentación parcial por parte de la Unión de la actividad nacional, los Estados miembros podrán valerse de dicho margen para aplicar sus estándares, a no ser que el estándar de protección previsto en la Carta sea superior (Sarmiento, 2013, p. 1289).

peligro la primacía, unidad y efectividad del Derecho comunitario, de forma que resulta incompatible con los Tratados de la Unión (Alonso García, 2015, p. 9).

No obstante, cabría calificar el razonamiento del Tribunal de extremadamente endeble por las siguientes razones. En primer lugar, el art. 53 del Convenio lo que establece es una “facultad”, pero en ningún caso una especie de obligación. De esta forma, dado que según el citado artículo los Estados miembros de la UE (así como el resto de Altas Partes Contratantes) no están obligados a implementar un nivel de protección superior al previsto en el Convenio, resulta difícil argüir que el mismo precepto obligue a aplicar estándares domésticos de protección que sean superiores a los previstos en otros instrumentos tanto de carácter regional como internacional, consagrados a la protección de los derechos fundamentales. Dicho de otro modo, el art. 53 del Convenio lo que obliga es a garantizar un nivel mínimo de protección, que los estándares superiores nacionales podrán sobrepasar siempre que ello no afecte a otros compromisos y obligaciones que vinculan a las Altas Partes. Cabría plantear, si acaso, la posibilidad de que, aparte de lo dispuesto en el PAA, la Unión aclarara de manera unilateral el alcance de lo previsto en el art. 53 de la Carta, e incluso reformar este último con el objeto de asegurar la interpretación que el propio Tribunal ha venido imponiendo hasta ahora (Alonso García, 2015, p. 9).

5.1.2. El principio de confianza mutua

Conviene de antemano señalar la trascendencia de este principio en el marco de la Unión, en la medida en que el mismo ha permitido crear y mantener un espacio libre de fronteras interiores. A ello se suma la obligación que tienen todos los Estados miembros, especialmente en lo relativo al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, en base a la cual deben presumir, con contadas excepciones, que todos los Estados miembros respetan el Derecho comunitario, y principalmente, los derechos fundamentales reconocidos por dicho ordenamiento (González-Vaqué, 2015, p. 13).

Con esta premisa en mente, el Tribunal afirmó que *“el enfoque adoptado en el marco del acuerdo previsto, consistente en asimilar la Unión a un Estado y reservarle un papel de todo punto idéntico al de cualquier otra Parte Contratante, ignora precisamente la naturaleza intrínseca de la Unión y, en particular, no toma en consideración la*

circunstancia de que los Estados miembros, debido a su pertenencia a la Unión, han aceptado que sus relaciones mutuas, en lo que atañe a las materias que han sido objeto de un traspaso de competencias de los Estados miembros a la Unión, se rijan por el Derecho de la Unión, con exclusión, si así lo exige éste, de cualquier otro Derecho” (González-Vaqué, 2015, p. 13).

Así, teniendo en cuenta que nada prevé en este sentido el PAA, el TJUE no acepta el sistema del Consejo de Europa, en virtud del cual las Altas Partes Contratantes pueden examinar, y llegado el caso, denunciar a otra Parte ante un incumplimiento del Convenio, lo que supondría una contravención del mencionado principio de confianza mutua. En palabras del Tribunal, *“en la medida en que se considere a la Unión y a los Estados Miembros como Partes Contratantes, no sólo en sus relaciones con aquellas otras Partes Contratantes que no son Estados miembros de la Unión, sino también en sus relaciones recíprocas, incluso cuando esas relaciones se rigen por el Derecho de la Unión, exigiría de un Estado miembro que verificase el respeto de los derechos fundamentales por parte de otro Estado miembro, pese a que el Derecho de la Unión impone la confianza mutua entre esos Estados miembros, la adhesión puede poner en peligro el equilibrio en que se basa la Unión así como la autonomía del Derecho de la Unión”*²¹ (Alonso García, 2015, p. 10)

Esta objeción encuentra su fundamento, por un lado, en una desconfianza del TJUE hacia el TEDH que no hace sino crecer y generalizarse²², y que se ha manifestado fundamentalmente en materia de asilo²³; y por otro lado, en la insistencia por parte del Tribunal de Luxemburgo de dotar a la Carta de una excesiva superioridad, en contraposición a la postura que venía manteniendo hasta el momento, y que sin duda alguna encaja difícilmente con la esencia misma del PAA (Alonso García, 2015, p. 11).

En este sentido, resulta de gran interés la reflexión del profesor CORTÉS MARTÍN en relación con esta cuestión. Apunta este autor, entre otros extremos, que los valores sobre los cuales está fundada la UE son los recogidos en el art. 2 TUE comentado *ut supra*,

²¹ Algunos autores han señalado al respeto que, leída dicha afirmación en sentido amplio, cabría argumentar que el TJUE de alguna forma está exigiendo, en el marco de relaciones entre Estados miembros reguladas por el Derecho comunitario, la inaplicación del Convenio (Łazowski y Wessel, 2015, p. 192).

²² Esta desconfianza se refiere al riesgo que existe en que Estrasburgo realice lecturas del Derecho de la UE sin la debida consideración del principio de autonomía de este ordenamiento en relación con los ordenamientos domésticos y el Derecho internacional (Alonso García, 2015, p. 10).

²³ Nos referimos, en este caso en concreto, al enfoque adoptado por el TEDH con respecto al automatismo que caracteriza al sistema de Dublín, con base en el cual la responsabilidad en el examen de las solicitudes de asilo le corresponde en exclusiva a un único Estado miembro de la Unión (Alonso García, 2015, p. 10).

cuya puesta en común permite la creación de una confianza mutua que afecta a todos los Estados miembros, y que, en lo concerniente al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, juega un papel muy similar al desempeñado en el Mercado Interior por el principio de reconocimiento mutuo. No obstante, hemos de admitir que los Estados miembros ofrecen niveles de protección equivalentes en lo relativo a derechos fundamentales, pero no idénticos, creando necesariamente una cierta tensión entre la protección de este tipo de derechos y la confianza mutua, algo que se ha visto reflejado de manera reiterada en la jurisprudencia del TEDH, como es el caso del asunto *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*²⁴. Dicha tensión fue la que intentó resolver el Tribunal de Luxemburgo en el asunto *N.S.*²⁵, en el que llegó a reconocer que, pese a la presunción en la que se basa el sistema común de asilo, de acuerdo con la cual los derechos fundamentales son respetados por los Estados miembros, sí cabe prueba en contrario de dicha presunción ante la comisión de infracciones sistemáticas (Cortés Martín, 2015, p. 11).

Así, el mencionado autor nos anima a polemizar hasta qué punto resulta problemático, o es, en cambio, entendible, que cada organización haya establecido una jerarquía distinta de acuerdo con sus propias finalidades, prevaleciendo en el caso de la UE un afán integracionista que no está presente en la mente del Consejo de Europa. Por ello, no debe sorprendernos el hecho de que el TJUE, en un intento por acomodar la confianza mutua con una verdadera protección de los derechos fundamentales, difiera en torno al alcance y significación de algunos principios que recoge el CEDH. Sin embargo, ambas jurisdicciones han practicado una deferencia recíproca que creaba esperanzas respecto a una potencial alineación de ambas doctrinas²⁶, tal y como ha ocurrido en ciertos ámbitos²⁷ (Cortés Martín, 2015, p. 11). Pese a ello, el TJUE no ha acogido esta visión y parece lógico que el Dictamen 2/13 simplemente vaya a dificultar el entendimiento entre los dos Tribunales.

²⁴ Sentencia del TEDH, de 21 de enero de 2011, n. 30696/09.

²⁵ Sentencia del TJUE, de 21 de diciembre de 2011, *N.S.*, C-411/10.

²⁶ Resultan destacables, en este sentido, las afirmaciones del profesor Rodríguez Iglesias, quien fue el primer magistrado español del TJUE, en las que ha asegurado que, “*rather than competing with each other and creating a schism in the protection of fundamental rights in Europe, the Convention and the Charter should serve to enrich one another*” (Centre Virtuel de la Connaissance sur l’Europe, 2012).

²⁷ Esto explica la disposición que ha mostrado el TJUE en la revisión de su propia jurisprudencia de acuerdo con el desarrollo jurisprudencial del TEDH. En este sentido, resulta destacable la corrección que realizó el antiguo TJCE: si bien en el año 1989 estableció en el asunto *Hoechst AG contra Comisión* (sentencia del TJCE, de 21 de septiembre de 1989, 46/87 y 227/88) que del respeto a la vida privada consagrado en el art. 8 CEDH no se podían beneficiar los locales de las empresas, cambió su visión en el asunto *Roquette Frères* (sentencia del TJCE, de 22 de octubre de 2002, C-94/00) al ampliar este derecho a los mencionados locales, debido a que la jurisprudencia del TEDH debía ser tenida en cuenta (Cortés Martín, 2015, p. 11)

5.1.3. Opinión convencional consultiva vs. cuestión prejudicial

El último escollo planteado por el TJUE respecto a las características específicas y autonomía de la Unión encuentra su fundamento en la supuesta injerencia del régimen previsto en el Protocolo nº 16 del CEDH²⁸ relativo a la opinión convencional consultiva²⁹ en el sistema comunitario concerniente a la cuestión prejudicial y previsto en el art. 267 TFUE³⁰, el cual constituye, en palabras del Tribunal, “*la piedra angular del sistema jurisdiccional instaurado por los Tratados*” (Dictamen 2/13, 2014, FJ 176).

En opinión del TJUE, el desencadenamiento del procedimiento recogido en el Protocolo nº 16, en la medida en que podría suponer la incoación del procedimiento de intervención previa del TJUE a luz del PAA³¹, podría crear un riesgo de soslayamiento del procedimiento contemplado en el art. 267 TFUE. Por tanto, la ausencia de previsión sobre la articulación de los dos mecanismos, de acuerdo con el TJUE, podría afectar a la autonomía y eficacia del sistema de la cuestión prejudicial (Alonso García, 2015, p. 12).

En primer lugar, sorprende el planteamiento de esta objeción, puesto que, de acuerdo con el PAA, la adhesión de la Unión al protocolo en cuestión no estaba prevista, ello teniendo en cuenta que el mismo se firmó seis meses tras la redacción del PAA, de forma que el grupo negociador no tuvo la oportunidad de alegar nada en este sentido (Sánchez Guijarro, 2016, p. 58). De esta forma, este aspecto de la “inexistente” adhesión debería excluirse del ámbito material sobre el que el TJUE se debió pronunciar, según lo establecido en el art. 218.11 TFUE. En este sentido, la supuesta incidencia sobre la que se pronuncia el TJUE se derivaría de la adhesión no al CEDH, sino a un texto legal internacional diferente (Martín y Pérez de Nanclares, 2015, p. 842).

²⁸ La entrada en vigor del Protocolo estaba prevista una vez se hubieran producido diez ratificaciones. Hasta el momento (marzo de 2020), el Protocolo ha sido ya ratificado por 14 Estados, por lo que se encuentra en vigor (Consejo de Europa, s.f.).

²⁹ Este mecanismo permite al tribunal superior de un Estado miembro solicitar al TEDH opiniones consultivas en relación con la aplicación e interpretación del CEDH o sus Protocolos (González-Vaqué, 2015, p. 14)

³⁰ Con base en este mecanismo, el TJUE tiene atribuida competencia para pronunciarse, previa solicitud de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro y con carácter prejudicial, en torno a la interpretación del Derecho de la UE, así como sobre la validez de actos que hayan sido adoptados por organismos, órganos o instituciones comunitarias.

³¹ Recogido en el art. 3.6 del PAA, en base a este procedimiento, el TJUE tiene atribuida la posibilidad de intervenir en asuntos de los que estuviere conociendo el TEDH, en los que hubiere un cuestionamiento del Derecho de la UE, sin que se hubiera pronunciado aún el TJUE respecto a su interpretación.

A mayor abundamiento, resultan destacables las palabras que utiliza el profesor ALONSO GARCÍA respecto a la argumentación en este sentido, que califica de “*técnicamente imperfecta*”. El procedimiento de intervención previa del TJUE puede desencadenarse, de acuerdo con la literalidad del PAA, únicamente “*in proceedings to which the European Union is a co-respondent*”. No obstante, apunta el profesor que esta última situación no resultaría factible en el marco de la opinión convencional consultiva que es solicitada por un juez nacional ante el Tribunal de Estrasburgo, pues en dicho contexto el órgano jurisdiccional conocedor sería un juez nacional, que facultativamente y en el contexto del litigio del cual es conocedor, se dirige al TEDH con el objeto de que este emita una opinión consultiva sobre cómo aplicar o interpretar los derechos y libertades consagrados en el CEDH³² (Alonso García, 2015, p. 12).

Una vez clarificado este punto, señala ALONSO GARCÍA que la objeción presentada por el TJUE adolece de un planteamiento incorrecto³³. En su lugar, el verdadero miedo de Luxemburgo se derivaría de la activación del mecanismo de la opinión consultiva ante el Tribunal de Estrasburgo, en el marco de un control de actividad doméstica que afectara al ámbito de aplicación del Derecho de la UE, de forma que pasaría por alto el mecanismo de la cuestión prejudicial ante el TJUE, con lo que se soslayaría en tal caso la imposición relativa a la activación del art. 267 TFUE. No obstante, esta cuestión es calificada por el mismo autor como un “*problema artificial*”, pues la activación de la opinión consultiva no constituye una obligación por la cual estén vinculados los jueces nacionales, sino una mera facultad. A lo sumo, la Unión debería, fuera del marco del PAA y de forma unilateral, fortalecer en su caso la exigencia de activación del art. 267 TFUE (Alonso García, 2015, p. 13).

³² Dicha posición ha sido defendida también por otros autores. *Cfr.*, en esta línea, Lock, T. (2014, 18 de diciembre) Oops! We did it again – the CJEU’s Opinion on Eu Accession to the ECHR [Post en blog] *Verfassungsblog*. Consultado el 07/03/2020 en: <https://verfassungsblog.de/oops-das-gutachten-des-eugh-zum-emrk-beitritt-der-eu-2/>

³³ Con el objeto de dotar de sentido a la interpretación que a este respecto ha realizado el TJUE, se ha argumentado que este último se ha basado en un estiramiento conceptual de la “demanda” que constituye requisito esencial en la activación del procedimiento de intervención previa del TJUE, de forma que abarcaría también la opinión convencional que se solicitaría por el juez doméstico (Johansen, 2014). No obstante, la artificialidad de esta hipótesis y reconocerla como base de una objeción al PAA supondría la máxima expresión de una argumentación basada única y exclusivamente en escenarios hipotéticos (a saber, que entre en vigor el protocolo (el cual, ha de reconocerse, se ha cumplido); que los Estados firmantes cuyos jueces hayan solicitado la opinión sean miembros de la Unión; que se active el mecanismo de la opinión, de carácter facultativo, en perjuicio de la cuestión prejudicial, de carácter obligatorio; que el TEDH valide y reconozca la interpretación sugerida por Johansen del PAA); lo cual permitiría calificar la interpretación del TJUE de cualquier cosa menos dispuesta a materializar el proyecto de adhesión comunitaria al CEDH (Alonso García, 2015, p. 13).

Por último, cabe apuntar el escollo que plantea, de acuerdo con algunos autores³⁴, el hecho de que la adhesión conlleve la incorporación del CEDH como parte integral en el ordenamiento comunitario, lo que afectaría a todas las instituciones y actores comunitarios. Por consiguiente, una vez producida la adhesión, Luxemburgo sería considerado el tribunal acreditado de cara a interpretar el CEDH (en tanto que parte integrante del Derecho de la Unión) en cualquier asunto afectado por el ordenamiento comunitario (Halberstam, 2015, p. 121). No obstante lo anterior, este escenario no se derivaría, desde nuestro punto de vista, de la adhesión comunitaria al CEDH, pues aunque ésta no se llevara a buen puerto, a día de hoy los tribunales de más alto rango en los Estados miembros que hayan ratificado el Protocolo nº 16, que sean miembros de la Unión, podrían optar facultativamente, en virtud del art. 1, por solicitar una opinión consultiva que resuelva sobre la interpretación del CEDH, y no solicitar al TJUE un dictamen sustantivamente equivalente pero concerniente a la interpretación de la CDFUE. Sin embargo, esta cuestión encontraría su solución en la ya comentada obligatoriedad del art. 267 TFUE, de forma que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, tengan o no la opción de solicitar al TEDH una opinión en virtud del Protocolo nº 16, están obligados a dirigirse al TJUE ante una disputa que se refiera a derechos fundamentales comprendida dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la UE.

5.2. El escollo (salvable) del art. 344 TFUE

La cuestión examinada en relación con este artículo parte del principio básico del ordenamiento de la Unión en base al cual el régimen competencial que ha sido establecido por los tratados constitutivos y la autonomía característica de este ordenamiento no pueden ser alterados como consecuencia de la celebración de un tratado internacional por la UE. Según lo previsto en el art. 344 TFUE, los Estados miembros han adquirido el compromiso de *“no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos”*³⁵. Por otro lado, el art. 55 CEDH atribuye al TEDH una competencia exclusiva en términos

³⁴ Otra parte de la doctrina señala la irrelevancia de este debate, en la medida en que, aun produciéndose la adhesión e insertándose el CEDH en el Derecho de la Unión, los Estados miembros seguirían vinculados aún así por el CEDH como tal, esto es, con independencia de su integración en el ordenamiento de la UE, en virtud de la interpretación establecida por el TEDH (Alonso García, 2015, p. 13).

³⁵ A diferencia del PAA, esta exclusividad competencial atribuida al TJUE sí queda intacta conforme al art. 3 del Protocolo nº 8 al cual la Unión preveía unirse.

muy similares³⁶ al art. 344 TFUE, por lo que, con el objeto de soslayar un evidente conflicto entre ambos preceptos, el art. 5 del PAA estableció que el procedimiento ante el Tribunal de Luxemburgo no tenía la consideración de modo de solución de controversia al que las Partes Contratantes estuvieran obligadas a renunciar *ex. art. 55 CEDH*. No obstante, el TJUE considera que dicha previsión únicamente consigue minimizar el alcance de la obligación derivada del art. 55 CEDH, con lo que se mantiene a disposición de los Estados miembros o de la Unión la posibilidad de que, en virtud de lo dispuesto en el art. 33 CEDH³⁷, planteen ante el TEDH una demanda a causa de una supuesta conculcación del CEDH respecto del Derecho de la Unión, lo que consideran inconciliable con el art. 344 TFUE (González-Vaqué, 2015, p. 15).

Autores como MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES tildan la interpretación que realiza el TJUE del art. 344 TFUE como excesivamente estricta, hasta el punto de minimizar la utilidad del art. 6.2 TUE, y creando cortapisas de carácter técnico con el objeto de contradecir la obligación de adhesión. En su opinión, al reclamar la supresión absoluta de la competencia referida en el art. 33 CEDH del Tribunal de Estrasburgo, el TJUE está traspasando un límite infranqueable³⁸ (Martín y Pérez Nanclares, 2015, p. 856).

Otros autores han ido más lejos, sugiriendo que el enfoque adoptado a este respecto por el TJUE implica una corrección de la doctrina establecida por la Gran Sala del TJUE en el año 2006 en el asunto *Comisión v. Irlanda* (también conocido como asunto *MOX Plant*) en lo relativo a los límites del antiguo art. 292 –actual art. 344 TFUE–, por lo que choca en cierta medida que el Tribunal exponga su actual planteamiento como libre de incongruencias y, por ende, de contra-objeciones (Alonso García, 2015, p. 15).

En este sentido, señala el Tribunal, “*contrariamente al convenio internacional de que se trataba en el asunto que dio lugar a la sentencia Comisión v. Irlanda, que preveía expresamente que el régimen de solución de controversias propio del Derecho de la Unión prevalece, en principio, sobre el establecido por dicho convenio, el procedimiento*

³⁶ Establece dicho artículo: “*Las Altas Partes Contratantes renuncian recíprocamente, salvo compromiso especial, a prevalerse de los tratados, convenios o declaraciones que existan entre ellas, a fin de someter, por vía de demanda, una diferencia surgida de la interpretación o de la aplicación del presente Convenio a un procedimiento de solución distinto de los previstos en el presente Convenio*”.

³⁷ Según este artículo “*Toda Alta Parte Contratantes podrá someter al Tribunal cualquier incumplimiento de lo dispuesto en el Convenio y sus Protocolos que, a su juicio, pueda ser imputado a otra Alta Parte Contratante*”.

³⁸ Cuestión distinta sería que, con base en el principio de cooperación legal y del Derecho de la Unión, hubiera el TJUE derivado una especie de abstención de recurrir a la posibilidad prevista en el art. 33 CEDH (Martín y Pérez de Nanclares, 2015, p. 856).

de solución de controversias previsto en el artículo 33 del CEDH puede aplicarse a cualquier Parte Contratantes y, por lo tanto, también a los litigios entre Estados miembros o entre éstos y la Unión, aun cuando se cuestione el Derecho de la Unión” (Dictamen 2/13, 2014, FJ 205). En este sentido, argumenta el profesor ALONSO GARCÍA que la preponderancia, *en principio*, del régimen comunitario en relación con la solución de controversias respecto al previsto en el CEDH, denota que dicha preponderancia no se consideraba, ni en el año 2006 ni a día de hoy, absoluta; dicho de otro modo, cabría, previo acuerdo de las partes en el litigio, un soslayamiento de la competencia exclusiva del Tribunal de Luxemburgo prevista actualmente en el art. 344 TFUE, conforme a lo dispuesto en el art. 282 del convenio internacional citado³⁹. De este modo, no existiría vía distinta a la comentada que posibilitase, con base en el art. 33 CEDH, quebrantar la exclusividad competencial del TJUE y sustituir a este último por el TEDH. Sin embargo, el TJUE no presentó –ni en el fallo del asunto *Comisión v. Irlanda*, ni en el Dictamen al tratar dicho asunto– objeción alguna en relación con la posibilidad en sí de desplazar su propia competencia exclusiva. En cambio, dicha posibilidad, prevista en el CEDH y equivalente a la recogida en la citada convención, es ahora estimada por el TJUE como incompatible con el art. 344 TFUE (Alonso García, 2015, p.16).

De esta forma, estos autores argumentan que este dictamen supone una reinterpretación del art. 344 TFUE⁴⁰. Mientras que en el asunto *MOX Plant* el parámetro utilizado en orden a la determinación de cumplimiento con el art. 344 TFUE se situaba en que existiera la posibilidad de dicho cumplimiento⁴¹, en el Dictamen 2/13 el TJUE adopta una aproximación más estricta elevando el umbral de cumplimiento al redefinir lo que implica el cumplimiento del art. 344 TFUE⁴² (Johansen, 2015, p. 175). En línea con este argumento, se ha defendido que la interpretación planteada por el TJUE en el Dictamen 2/13 permitiría cuestionar la compatibilidad de numerosos acuerdos internacionales que

³⁹ Dicho convenio se trataba de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (firmada en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982), y establece el citado artículo que “*cuando los Estados Partes que sean partes en una controversia relativa a la interpretación o a la aplicación de esta Convención hayan convenido, en virtud de un acuerdo general, regional o bilateral o de alguna otra manera, en que esa controversia se someta, a petición de cualquiera de las partes en ella, a un procedimiento conducente a una decisión obligatoria, dicho procedimiento se aplicará en lugar de los previstos en esta parte, a menos que las partes en la controversia convengan otra cosa*”.

⁴⁰ Además de contrastar la nueva posición del TJUE con su doctrina anterior, se aleja también de la visión defendida por la Abogado General en su opinión sobre la compatibilidad del PAA con el Derecho de la Unión (Johansen, 2015, p. 175)

⁴¹ Es decir, que existiera la posibilidad de dar cumplimiento al art. 344 TFUE, y que el TJUE, por tanto, *pudiera tener* la competencia exclusiva.

⁴² Esto es, que la competencia exclusiva del TJUE no sea una posibilidad, sino la única posibilidad.

actualmente forman parte del Derecho de la Unión⁴³ (Johansen, 2015 p. 177), tal y como señaló además la Abogado General (Opinión de la Abogado General, 2014, párr. 114).

Finalmente, reconoce ALONSO GARCÍA, en relación con esta objeción, que el hecho de que el art. 3 del Protocolo nº 8 mencione expresa y específicamente⁴⁴ el art. 344 TFUE podría abrir el debate acerca del incremento del umbral de condicionamiento, en lo relativo al deber general de mantener intactas las “*atribuciones de las Instituciones de la Unión*” (incluyendo, las del TJUE), según dispone el art. 2 del mencionado Protocolo, lo que dificultaría una interpretación “amistosa” en relación con el resto del PAA. Sin embargo, no es menos cierto que esta dificultad no debería ser de una magnitud tal hasta el punto de exigir la funcionalidad del art. 344 TFUE, presentando como conflicto insuperable la pugna entre un precepto de carácter prescriptivo (art. 344 TFUE) y otro de carácter permisivo (art. 33 CEDH) (Alonso García, 2015, p. 17).

5.3. Sobre el mecanismo del codemandado

Esta figura está prevista en el PAA con el objeto de mantener intactas las peculiaridades del Derecho de la Unión (Martín y Pérez de Nanclares, 2015, p. 853). Estas características, una vez producida la adhesión de la Unión al CEDH, podrían crear una laguna en el sistema del Convenio en lo relativo a la responsabilidad, participación y la eficacia frente a terceros (González-Vaqué, 2015, p. 15). De esta forma, el mecanismo del codemandado permite a los particulares o Estados no miembros de la Unión, en el marco de la interposición de un recurso, presentar este último contra un Estado miembro, contra la Unión, o en su caso, contra ambos (Sánchez Guijarro, 2016, p. 63).

⁴³ Dichos acuerdos incluirían, entre otros, la Convención para la Protección del Medio Ambiente Marino del Atlántico Noroeste, el Convenio sobre acceso a la información, participación del público en la toma de decisiones y acceso a la justicia en materia de medio ambiente (también conocido como “Convenio de Aarhus”), Convenio sobre los Efectos Transfronterizos de los Accidentes Industriales, el Convenio Aduanero relativo al Transporte Internacional de Mercancías al Amparo de los Carnets TIR (también conocido como “Convenio TIR”), la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Johansen, 2015, p. 176) e incluso la misma Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Korenica, 2015, p. 419). Se ha llegado incluso al extremo de suscitar la duda en torno a la compatibilidad, habida cuenta de la interpretación del Dictamen, de la propia adhesión al CEDH de los Estados miembros de la Unión, teniendo en cuenta las previsiones contenidas en los arts. 33 y 55 CEDH (Eeckhout, 2015, p. 976 – 977).

⁴⁴ Establece dicho artículo: “*Ninguna disposición del acuerdo mencionado en el artículo 1 afectará al artículo 344 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*”.

A estos efectos, el art. 1.b) del Protocolo nº 8 prevé la posibilidad de que la Unión⁴⁵ o un Estado miembro⁴⁶ se personen en cualquier procedimiento incoado ante el TEDH en el cual se está cuestionando la compatibilidad del CEDH con el Derecho de la Unión. Así, el PAA le permitiría al TEDH invitar –de forma no vinculante– a uno o varios Estados miembros o a la Unión, *motu proprio* o por iniciativa de un Estado miembro o de la propia Unión, dotándole al invitado de la condición de codemandado dentro del procedimiento (Martín y Pérez de Nanclares, 2015, p. 853). Esta previsión del PAA, en opinión del TJUE, en la medida en que conllevaría la apreciación por parte del TEDH de las normas comunitarias relativas al reparto competencial establecido entre los Estados miembros y la Unión, además de los criterios que regulan en qué forma se imputan actos u omisiones, “*podría interferir con el reparto de competencias entre la Unión y sus Estados miembros*” (Dictamen 2/13, 2014, FFJJ 223–224).

Sorprende esta objeción del TJUE y que paralelamente reconozca que la competencia del TEDH a respecto no iría más allá de una valoración de la credibilidad de los argumentos presentados por los Estados miembros o por la Unión con el objeto de ser reconocidos como codemandados, además del hecho de que la fundamentación de la argumentación presentada no se vería afectada de forma alguna en ningún caso (Dictamen 2/13, 2014, FJ 222), evidenciando que este reconocimiento no goza de peso suficiente como para excluir esta objeción. Sin embargo, argumenta ALONSO GARCÍA que lo objetado por el Tribunal constituiría un límite sobradamente laxo en lo referido al control ejercido por el TEDH, que se limitaría únicamente a examinar la apariencia de verosimilitud de los argumentos presentados (2015, p. 18).

Si bien es cierto que el TEDH llevaría a cabo una verificación de cumplimiento de ciertos requisitos con el objeto de comprobar que la Unión o un Estado miembro pueden constituirse como parte codemandada en un procedimiento ante el TEDH, tilda LOCK la negativa del TJUE en este sentido como “*overly strict*”, y argumenta que dicho examen

⁴⁵ Especialmente, en los supuestos donde se interponga un recurso contra uno o más Estados miembros, ante una supuesta violación del Convenio cuya comisión podría haber sido prevenida a través del incumplimiento de los deberes y obligaciones emanados del ordenamiento comunitario, con independencia del rango de la norma en cuestión (Alonso García, 2015, p. 17).

⁴⁶ En el supuesto, especialmente, en el que la Unión haya sido demandada como consecuencia de la conculcación del CEDH, cuando dicho incumplimiento derivó de obligaciones emanadas del Derecho originario de la Unión (Alonso García, 2015, p. 18).

es, a lo sumo, superficial, y que no implica una valoración *vinculante* acerca del reparto competencial propio del Derecho de la Unión (2014)⁴⁷.

Se ha argumentado que la negociación del PAA debería haber centrado sus esfuerzos en la inclusión de una cláusula estableciendo una suerte de automatismo en la ejecución del mecanismo de reconocimiento de parte codemandada⁴⁸ (Alonso-García, 2015, p. 18), de forma parecida a cómo lo hacen las reglas procesales comunitarias, con base en las cuales los Estados miembros, al ejercer su derecho de intervención en un procedimiento ante el TJUE, no tienen la obligación de probar un interés concreto, ni puede el Tribunal limitar dicha participación, tal y cómo señaló además la Abogado General (Opinión de la Abogado General, 2014, párr. 234)

Por último, señala JACQUE al respecto, de forma muy atinada a nuestro parecer, que *“la constitution du statut de codéfendeur devrait donc être de droit sans autorisation de Strasbourg et persister aussi longtemps que l’Union le jugera bon. Les préoccupations de la Cour sont légitimes, mais elles se fondent sur un sentiment de méfiance à l’égard de la Cour européenne des droits de l’homme qui, à la lecture de l’avis, pourrait se croire soupçonnée de vouloir s’immiscer de force dans la répartition des compétences entre l’Union et ses États membres et qui se voit ainsi privée en la matière de contrôle sur sa propre procédure”* (2014).

Finalmente, en relación con este escollo, el TJUE planteó una objeción también respecto a la cuestión de la responsabilidad conjunta que prevé el art. 3.7 del PAA⁴⁹, en virtud de la cual, en caso de que una Parte Contratante haya violado el CEDH, el codemandado podrá ser declarado conjuntamente responsable (González-Vaqué, 2015, p.16). En opinión del TJUE, esto *“no excluye que un Estado miembro pueda ser considerado responsable, junto con la Unión, de la violación de una disposición del CEDH respecto de la cual ese mismo Estado miembro hubiese formulado una reserva con arreglo al art.*

⁴⁷ Tal y como expuso la Abogado General, algunas partes argumentaron que el objetivo del TEDH consistía en garantizar la inclusión de una motivación con la presentación de la demanda de intervención (Opinión de la Abogado General, 2014, párr. 230).

⁴⁸ Una cláusula de esta índole se encuentra recogida, por ejemplo, en el art. XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Ritleng, 2012, p. 13).

⁴⁹ Establece dicho artículo: *“If the violation in respect of which a High Contracting Party is a co-respondent to the proceedings is established, the respondent and the co-respondent shall be jointly responsible for that violation, unless the Court, on the basis of the reasons given by the respondent and the co-respondent, and having sought the views of the applicant, decides that only one of them be held responsible”*.

57 del propio Convenio⁵⁰” (Dictamen 2/13, 2014, FJ 226). Así, esta posibilidad choca frontalmente con lo recogido en el art. 2 *in fine* del PAA, según lo cual “*el acuerdo de adhesión debe garantizar que ninguna de sus disposiciones afecta a la situación particular de los Estados miembros respecto del CEDH, y en particular a las reservas de este*” (Dictamen 2/13, 2014, FJ 228).

Si bien argumentó la Abogado General que se trata ésta de una objeción irrefutable, ciertos autores no logran entender de qué forma podría el TEDH condenar como responsables a Estados miembros que hayan formulado una reserva relevante, puesto que previamente deberían constituirse como demandados (lo cual no sería lógico en razón de la reserva) o como codemandados (lo que también carecería de sentido, pues ni dichos Estados miembros solicitarían tal condición, ni el TEDH, cabría esperar, los invitaría en tal condición mediando reserva) (Reitemyer y Pirker, 2015; Alonso García, 2015, p. 19).

Finalmente, el TJUE presenta una tercera objeción respecto a la figura del codemandado. La posibilidad prevista en el mencionado art. 3.7 *in fine* del PAA, consistente en que el TEDH decida que únicamente el demandado o el codemandado es responsable por violación del CEDH, requiere una valoración de la normativa comunitaria (Martín y Pérez de Nanclares, 2015, p. 854). De acuerdo con el TJUE, esto podría “*vulnerar el reparto de competencias entre la Unión y sus Estados miembros*”, incluyendo, por ende, el principio de autonomía del ordenamiento comunitario (Dictamen 2/13, 2014, FFJJ 231 – 235).

Además, estima el TJUE que “*aun suponiendo que la solicitud de reparto de la responsabilidad se base 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*”, puesto que “*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*

⁵⁰ Según el párrafo del citado artículo, “*Todo Estado podrá formular, en el momento de la firma del presente Convenio o del depósito de su instrumento de ratificación, una reserva a propósito de una disposición particular del Convenio en la medida en que una ley en vigor en su territorio esté en desacuerdo con esta disposición. Este artículo no autoriza las reservas de carácter general.*” A este respecto, a día de hoy sigue suponiendo un problema para el TJUE el cumplir con el mandato del art. 52.3 CDFUE respecto a un Estado miembro que haya formulado una reserva al CEDH, en la medida en que dicha obligación implica otorgar a los derechos fundamentales el alcance y sentido equivalente del que gocen los mismos derechos en el CEDH. Este problema ha sido abordado en el asunto *Akerberg* (sentencia del TJUE, de 26 de febrero de 2013, C-617/10) por el Abogado General Pedro Cruz Villalón (Alonso García, 2015, p. 19)

dirimir una cuestión que pertenece al ámbito de la competencia exclusiva de éste” (Dictamen 2/13, 2014, FJ 234).

Sin embargo, señala GAJA en este sentido que la postura adoptada por el TJUE es equivocada, en la medida en que un mecanismo de distribución de responsabilidad de ese tipo, ya sea ejecutado mediante decisión del TJUE o por acuerdo entre los correspondientes Estados miembros y la Unión, constituye una cuestión que debería ser abordada *ad intra* en el seno de la Unión (2013, p. 4).

5.4. Sobre el pronunciamiento previo del TJUE

En virtud de este mecanismo, recogido en el ya comentado art. 3.6 del PAA, podría el TJUE conocer de asuntos planteados ante el TEDH en los que se cuestione el Derecho de la Unión, y respecto de los cuales no se haya pronunciado con anterioridad, lo que conllevaría la paralización del proceso en tanto en cuanto el TJUE resuelva sobre la compatibilidad de la normativa comunitaria con los derechos recogidos en el Convenio (Sánchez Guijarro, 2016, p. 70). A juicio del TJUE, no es aceptable que el TEDH pueda decidir él mismo cuando activar este mecanismo y, por tanto, decidir sobre la existencia de una interpretación determinada, puesto ello vulneraría el principio de competencia exclusiva con base en el cual el TJUE decide sobre la interpretación definitiva del Derecho de la Unión (Dictamen 2/13, 2014, FJ 246).

No obstante, resulta difícilmente comprensible en qué medida contraviene el sistema comunitario el hecho de que el TEDH pueda “interpretar” jurisprudencia comunitaria, puesto que más que una interpretación, se trataría de simplemente determinar en qué medida ha habido un control previo del TJUE sobre las disposiciones comunitarias objeto de discusión ante el TEDH a la vista del derecho fundamental en cuestión (Alonso García, 2015, p. 22).

Una segunda cuestión a la que planteó reparos el TJUE se basa en la interpretación que éste hace de la competencia otorgada por el PAA. Consideró el Tribunal de Luxemburgo que el tenor del apartado sexto del art. 3 del PAA permite interpretar el Derecho primario y examinar la validez del Derecho derivado, sin admitir que el mecanismo de intervención previa se refiera a la interpretación del Derecho derivado (Sánchez Guijarro, 2015, p. 72).

Sin embargo, no se entiende esta objeción ya que, el Proyecto de Informe de Adhesión, de vital importancia en orden a interpretar teleológicamente el artículo en cuestión, no elimina la posibilidad echada de menos por el TJUE (Martín y Pérez Nanclares, 2015, p. 851). Asimismo, señaló la Abogado General que el tenor del artículo en cuestión resultaba suficientemente abierto a efectos de entender incluida la interpretación de disposiciones de Derecho derivado como facultad atribuida al TJUE (Opinión de la Abogado General, 2014, párr. 135). De esta forma, el TJUE se encontraba en condiciones de haber realizado una interpretación conforme al art. 6.2 TUE y de no forzar la objeción que a este respecto plantea (Martín y Pérez Nanclares, 2015, p. 852).

Finalmente, conviene destacar la deslealtad que le han atribuido al TJUE algunos autores en lo concerniente a estas objeciones, puesto que la inclusión del mecanismo de intervención previa responde en cierta medida a las exigencias reflejadas en un curioso “*Documento de Reflexión*”, elaborado a iniciativa propia del TJUE en 2010 respecto a ciertas cuestiones de la adhesión, en donde el Tribunal manifestó la necesidad de incluir “*un mecanismo capaz de garantizar que el Tribunal de Justicia pueda conocer de forma efectiva sobre la cuestión de validez de un acto de la Unión antes de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronuncie sobre la conformidad de ese acto con el Convenio*”, lo que fue confirmado por una posterior declaración conjuntamente emitida por los presidentes del TJUE y del TEDH. Así, ALONSO GARCÍA atribuye una cierta artificialidad a la argumentación del TJUE y reprocha el cinismo del Tribunal habida cuenta de las evidentes señales mandadas por el TJUE solicitando una previsión que a la postre ha acabado rechazando (2015, p. 25).

5.5. Sobre la tutela judicial en materia de PESC

Los reparos planteados en relación con la PESC fueron de los más esperados por la doctrina, ello especialmente debido a las limitaciones a las que está sometido el propio TJUE en el control de la legalidad y en la interpretación de actos afectados por el ámbito mencionado. Así, el problema surge en la medida en que, una vez producida la adhesión, la UE se vería vinculada por el deber de garantizar el respeto de los derechos del Convenio en cualquier ámbito en que se vean afectados, pudiendo darse el supuesto de que el TEDH se pronunciara sobre actos realizados en el ámbito comprendido por la PESC, con lo que

el limitado control de legalidad atribuido al TJUE sería ejercido de forma externa por el TEDH. De este modo, no sería descartable el caso de que, en el marco de la PESC, el TEDH ejerciese un control externo de actos comunitarios sobre los que el TJUE no se podría pronunciar de forma previa, mientras que paralelamente sí resultarían de aplicación los arts. 5 y 13 CEDH en lo relativo a las garantías correspondientes al principio de tutela judicial efectiva (Martín y Pérez de Nanclares, 2015, p. 845).

Así, recrimina el TJUE que “*el acuerdo previsto no tiene en cuenta las características específicas del Derecho de la Unión en lo que respecta al control jurisdiccional de los actos, acciones u omisiones de la Unión en materia de PESC*” (Dictamen 2/13, 2014, FJ 257).

Critica MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES la clara insuficiencia argumentativa por parte del TJUE, en tanto en cuanto se limita a recordar las normas constitutivas que justifican el control jurisdiccional en materia de PESC, además de invocar la doctrina establecida en el Dictamen 1/09⁵¹ respecto a la prohibición de atribución a un órgano jurisdiccional ajeno a la Unión el control de actos emanados de la misma (Martín y Pérez de Nanclares, 2015, p. 845).

Sin embargo, susceptible de un mayor reproche es especialmente la indiferencia del TJUE ante los argumentos de la Abogado General, la Comisión y ciertos Estados miembros como Francia y el Reino Unido, presentados con el objeto de disipar cualquier duda de incompatibilidad, y que el Tribunal no se molesta ni en refutar. Al respecto, podría el TJUE haber acreditado la improcedencia de la presunción en base a la cual resultaría suficiente la actuación de los tribunales domésticos, pues sobre estos recae complementariamente el sistema judicial comunitario por mor del art. 19.1 TUE, o haber fundamentado la imposibilidad de reconocimiento del TEDH como juez regional natural, teniendo en cuenta la voluntad expresada de los Estados de obligarse, en lo relativo al Derecho internacional, bajo un paradigma de cooperación –que no de integración– (Martín y Pérez Nanclares, 2015, p. 846).

La posición del Alto Tribunal en este sentido ha llevado a algunos autores a preguntarse sobre la potencial incompatibilidad con las características específicas del Derecho de la Unión en el hipotético caso en que la Corte Internacional de Justicia conociera de un

⁵¹ Este dictamen, emitido el 8 de marzo de 2011, se refiere al Proyecto de Acuerdo por el que se pretendía crear un Sistema Unificado de Resolución de Litigios sobre Patentes (Alonso García, 2015, p. 27).

litigio en materia PESC sobre el que el TJUE no tuviera competencia. En este sentido, argumenta MARTÍN Y PÉREZ NANCLARES que el TJUE “*actúa como si para él no existiese el Derecho Internacional y pudiera sostener una suerte de aislacionismo jurídico en el espacio europeo de los derechos humanos que ronda el autismo*” (2015, p. 848).

Constituye ésta de una de las cuestiones más problemáticas del dictamen en la medida en que, desde el punto de vista del CEDH, extraer materialmente la PESC de las materias sometidas a control del TEDH resulta virtualmente imposible por mor de la prohibición de reservas de carácter general *ex. art. 57 CEDH*, mientras que, desde el punto de vista comunitario, en tanto en cuanto el TJUE carezca de competencia jurisdiccional sobre la PESC atribuida por los Estados miembros, no resultará remediable el escollo planteado por el TJUE⁵² (Martín y Pérez Nanclares, 2015, p. 849).

6. Consecuencias mediatas del Dictamen 2/13 y perspectivas de adhesión

6.1. Sobre el impacto de la posposición de adhesión

Si bien resulta evidente que la consecuencia directa o inmediata del Dictamen 2/13 es la no adhesión de la Unión al CEDH –por lo menos al amparo del actual PAA–, resulta interesante el análisis de otros efectos que podría tener más allá de lo estrictamente concerniente a la adhesión.

En relación con el resultado del dictamen, no sería descartable el surgimiento de voces en favor de la eliminación del art. 6.2 TUE, mediante la modificación de los Tratados de la Unión (Callewaert, 2018, p. 1687). Sin embargo, la posposición de la adhesión y el mantenimiento del *status quo* tendrían diversas implicaciones perniciosas para una garantía efectiva del respeto de los derechos humanos.

En primer lugar, en lo referente a limitaciones procesales, una ausencia prolongada de la UE como parte del CEDH implicaría que los Estados miembros serían los únicos, al amparo del CEDH, en asumir las obligaciones del Derecho de la Unión, con independencia de cualquier responsabilidad en la que hubieran podido incurrir las

⁵² Argumenta HALBERSTAM que este escollo sería salvable mediante la atribución de jurisdicción al TJUE sobre cualquier materia a la que se refiera un litigio y que pudiera plantearse ante el TEDH una vez producida la adhesión. Dicha opción beneficiaría a todas las partes en la medida en que no requeriría la reapertura de negociaciones con Estados no miembros de la Unión (2015, p. 144)

instituciones comunitarias. De esta forma, en la medida en que la Unión no pueda ser representada ante el TEDH y constituirse como parte en litigios, no podrá participar en procedimientos ante Estrasburgo y, por ende, no se verá vinculada por los fallos de dicho Tribunal. Así, suscita una gran cuestionabilidad el hecho de que, a la luz del CEDH, la distribución de poderes establecida en los Tratados no esté reflejada mediante la correspondiente responsabilidad y representación atribuidas a la Unión y a sus Estados miembros, de acuerdo con las normas del Derecho de la Unión (Callewaert, 2018, p. 1689).

Otra importante carencia que se exacerbaría con el mantenimiento del *status quo* es de índole sustantiva. No habiéndose producido la adhesión, cabe reconocer que existen mecanismos que permiten mantener una mínima consistencia entre la jurisprudencia del TJUE y la del TEDH. Estos mecanismos incluyen el diálogo de carácter informal que mantienen Luxemburgo y Estrasburgo, el art. 52.3 CDFUE, y la verificación de cumplimiento del CEDH que realiza el TEDH al examinar la aplicación de las normas de la Unión. No obstante, sin restarle a estos mecanismos su reconocida utilidad, hemos de admitir que adolecen de ciertas limitaciones⁵³, por lo que en último término, resultan insuficientes en orden a garantizar de forma duradera la estabilidad necesaria para proteger los derechos fundamentales en Europa.

6.2. Sobre las vías a seguir tras el Dictamen

Con independencia del bloqueo propugnado por el TJUE en su dictamen, resulta evidente que la obligación de adhesión contenida en el art. 6.2 TUE continúa actualmente

⁵³ Estas limitaciones, en orden del menor a mayor grado de preocupación que suscitan, incluyen, en primer lugar, el carácter informal del diálogo establecido entre ambos tribunales, que se traduce en conclusiones no vinculantes e inseguras, respecto de las que no hay garantía de compromiso alguno por parte de los tribunales en cuestión (Callewaert, 2018, p. 1692). Respeto al art. 52.3 CDFUE, supone un importante defecto el hecho de que el TJUE tenga atribuida de forma exclusiva la competencia para evaluar, a la luz del Derecho de la Unión, los estándares previstos en el CEDH (Callewaert, 2018, p. 1695). Finalmente, tal y cómo hemos apuntado anteriormente, resulta muy cuestionable, en relación con la protección de los derechos fundamentales, que no exista un escrutinio externo que permita garantizar de la forma más efectiva posible el respeto de los derechos fundamentales. Así, no sorprendería que la negativa de la Unión a someterse al TEDH fuera de la forma similar emulada por algunos de los Estados miembros de la Unión y por Estados no miembros, lo que se traduciría en un giro en la aproximación a los derechos humanos, pasando de un enfoque compartido y común, a uno de carácter nacional o incluso nacionalista (Callewaert, 2018, p. 1714).

vinculando a la Unión Europea. Así, se antoja necesario examinar cuáles son las vías a seguir en orden a hacer posible la adhesión de la Unión al CEDH.

El art. 218 TFUE recoge la posibilidad de modificación de los Tratados de la Unión ante un dictamen “de signo negativo” por parte del TJUE respecto al acuerdo internacional del que fuera parte la Unión. Así, en este sentido, una opción viable a disposición de los Estados implicaría revocar el Protocolo nº 8, en la medida en que eliminaría de forma parcial parte de la fundamentación jurídica que sustenta los reparos planteados por el Tribunal de Luxemburgo, si bien es cierto que permanecerían las objeciones restantes, por lo que la adhesión no podría garantizarse de forma efectiva (Lock, 2015, p. 244). Sin embargo, si bien es verdad que la modificación de los Tratados a la luz del Dictamen 2/13 entrañaría una mayor o menor dificultad en función de la materia objeto de revisión⁵⁴, sí que ha de admitirse que políticamente hablando constituiría un gran reto el obtener el consentimiento de todos los Estados miembros (Uría Gavilán, 2017, p. 323).

Otra vía más revolucionaria pasaría por adherirse al Convenio a través de lo que la doctrina ha calificado como un protocolo “*notwithstanding*” el Dictamen 2/13 *ex. art.* 48 TUE, esto es, declarando la adhesión de la Unión al CEDH con base en el art. 218 TFUE y en el PAA, sin perjuicio de la interpretación de los Tratados de la Unión según lo establecido en el dictamen del Tribunal de Justicia. Así, dicho protocolo, en tanto en cuanto supondría una suerte de modificación de los Tratados de la UE, permitiría inaplicar estos mismos al CEDH, eliminando así las disposiciones comunitarias presentadas como obstáculo a la adhesión (Besselink, Claes y Reestman, 2015, p. 8). No obstante, esta solución adolece de un importante inconveniente, y es el hecho de que tal y cómo dispone el mencionado art. 48 TUE, se requeriría la unanimidad de todos los Estados miembros, la cual, atendiendo a los intereses que marcan sus agendas políticas, está lejos de ser alcanzada (Lock, 2015, p. 245).

Por otro lado, existen diferentes medidas unilaterales a las que podrían recurrir la Unión y los Estados miembros. Entre estas, encontraríamos, por un lado, la realización de reservas conforme al art. 57 CEDH, permaneciendo inadmisibles las reservas de carácter general. Así, dichas reservas serían admisibles cumpliéndose cuatro condiciones: la

⁵⁴ Por ejemplo, mientras que la atribución al TJUE de competencias en materia de PESC requeriría “simplemente” la modificación de los arts. 24 TUE y 275 TFUE, la resolución de las cuestiones planteadas por el TJUE respecto a las características específicas del Derecho de la Unión supondría una tarea mucho más compleja (Uría Gavilán, 2017, p. 323)

reserva en cuestión debería formularse en el momento de adhesión, pues otra reserva posterior a ésta no resultaría admisible; como ya hemos comentado, no podría tratarse de una reserva general; la reserva debería de ir acompañada de las normas del Derecho de la Unión cuyo cumplimiento quedaría exceptuado en relación con el CEDH, además de que dichas normas deberían encontrarse en vigor; y finalmente, la formulación de la reserva debería lógicamente incluir la disposición del CEDH a la que le sería de aplicación. No obstante, el TEDH, de acuerdo con sus facultades, revisa las reservas formuladas al amparo del art. 57 CEDH, pudiéndolas en su caso declarar inválidas como ya ha hecho antaño, hipótesis que no sería descartable en el caso que nos concierne (Lock, 2015, p. 245).

Asimismo, otra opción consistiría en declaraciones interpretativas⁵⁵, que normalmente se realizan de forma unilateral por las partes contratantes de un tratado, cuyo objeto es la clarificación de un determinado precepto del tratado en cuestión. En el caso que nos atañe, este tipo de declaraciones permitiría compensar ciertas carencias del PAA, derivadas de referencias equívocas al Derecho de la Unión o de formulaciones inexactas. No obstante, cabría la posibilidad de que el TEDH rechazara estas interpretaciones, en la medida en que las valorase como reservas, sometiéndolas de esta forma a lo dispuesto en el art. 57 CEDH. A mayor abundamiento, a fin de que estas interpretaciones fueran admitidas por el TEDH, todas las partes contratantes del PAA deberían reconocerlas como tal (Lock, 2015, p. 246).

Finalmente, cabría recurrir a lo que la doctrina ha denominado “*disconnection declarations*”, utilizadas anteriormente para convenciones del Consejo de Europa (Kuijper, 2015). Estas declaraciones supondrían el compromiso por parte de la Unión y de los Estados miembros de cumplir con lo previsto en el CEDH respetando siempre el Derecho de la Unión e independientemente de las reservas a las que sean sometidas las reglas de dicho Derecho. No obstante, en opinión de LOCK, existe el riesgo de que estas declaraciones no sean aceptadas por el TJUE, en la medida en que no impediría a los Estados miembros plantear un caso ante el TEDH y que este lo admitiese (Lock, 2015, p. 246). Dicho riesgo de rechazo existiría también en relación con los Estados parte del CEDH y no miembros de la Unión, que pudieran considerar estas declaraciones como el

⁵⁵ Argumenta KUIJPER que las objeciones planteadas por el TJUE no derivan tanto del texto *per se* del PAA, sino del hecho de que tanto los Estados miembros como las instituciones europeas podrían recurrir a interpretaciones y usos contrarios al TFUE (2015).

establecimiento de unos estándares distintos para un determinado grupo de Estados⁵⁶ (Łazowski y Wessel, 2015, p. 205).

Así, los inconvenientes de estas opciones han llevado a algunos autores a abogar por la reiniciación de las negociaciones con el objeto de modificar el PAA y encontrar una solución a los escollos planteados en el Dictamen 2/13 (Jacqué, 2016, p. 35; Lock, 2015, p. 246). De hecho, los documentos publicados por el Consejo, en el marco de reuniones y discusiones sobre enmiendas al PAA, parecen apuntar hacia esta dirección (Uría Gavilán, 2017, p. 327). De esta forma, sin perjuicio de las modificaciones estrictamente técnico-jurídicas que deben ser abordadas, la adhesión de la Unión al CEDH no podrá materializarse sino mediante el compromiso y voluntad política de todas las partes involucradas.

Conclusiones

Resulta innegable que el proceso de integración europea ha tenido en gran consideración los derechos fundamentales, en tanto que piedra angular del orden social y político de cualquier Estado de Derecho. Además de las distintas reformas experimentadas por los tratados constitutivos y la promulgación de la CDFUE, esta consideración explicaría, en parte, la intención ya manifestada en 1979 por las instituciones comunitarias de adherirse al Convenio de Roma.

Si bien este deseo de adhesión fue frustrado en primera instancia por mor del escollo planteado por el TJCE en 1994, el poder constituyente de las antiguas Comunidades Europeas reaccionó de la manera más eficaz posible, canalizando la adhesión con base en un mandato legal recogido en el propio Tratado de Lisboa, respecto del cual el Tribunal de Luxemburgo no debería levantar barreras, sino colaborar mediante una interpretación –ni forzada ni artificial– que permita la materialización del proyecto de adhesión. Pese a ello, el segundo dictamen del TJUE relativo a la adhesión ha derivado en una serie de obstáculos que auguran un proceso de resolución engorroso y prolongado.

Desde nuestro punto de vista, el Dictamen 2/13 es en cierta medida, tal y cómo se deduce de nuestro análisis, merecedor de algunas críticas, especialmente habida cuenta del

⁵⁶ De acuerdo con el art. 10.1 del PAA, la entrada en vigor del CEDH para la Unión requeriría que los 47 Estados miembros del Consejo de Europa prestaran su consentimiento.

esfuerzo de las partes negociadoras del PAA que ha sido puesto de manifiesto a través de la inclusión en el mismo de mecanismos y figuras nuevas creadas *ad hoc*. Si bien ciertos argumentos esgrimidos por el Tribunal sí resultan atendibles, estos explican su postura refractaria únicamente de forma parcial. En relación con determinadas cuestiones, el Tribunal adopta una defensa de la autonomía y particularidades del Derecho de la Unión hasta un extremo exacerbado, mediante una exposición que permitiría calificar sus objeciones como barreras infranqueables, y que casi no disimulan el recelo que genera en el TJUE la eventualidad de que el TEDH pueda interpretar y pronunciarse sobre el quehacer de la Unión. En este sentido, cabría recordar que el deber de cooperación leal recogido en el art. 4.3 TUE vincula no únicamente a los Estados miembros, sino a las propias instituciones de la Unión, lo que en relación con el TJUE, debería traducirse en una labor interpretativa conforme con la finalidad del mandato establecido en el TUE.

No obstante, recordamos que lo dispuesto en el art. 6 TUE no constituye una suerte de expectativa, sino que contiene una obligación a la que se debe dar cumplimiento y que debe entenderse, no como una obligación de medios, sino como una obligación de resultado, que vincula tanto a la Unión como a los Estados miembros.

Resulta patente que a la luz del Dictamen 2/13, el proceso de adhesión va a ser ciertamente complejo, ello teniendo en cuenta la naturaleza *sui generis* y el modelo supranacional que encarna la Unión en tanto que organización internacional, incluyendo la coexistencia de las jurisdicciones domésticas y de su propio ordenamiento jurídico.

Sin embargo, no por ello debemos perder de vista los beneficios que obtendría el sistema europeo de protección de derechos humanos, especialmente en relación con su cohesión, seguridad jurídica y legitimidad, y que en último término se traducirían en una coherencia intersistémica de la que se beneficiaría Europa entera. Si bien, como hemos apuntado, la adhesión no aportaría un gran valor a la protección de los derechos fundamentales desde el punto de vista material, sí que coadyuvaría, desde el punto de vista procesal, en el perfeccionamiento de un sistema integrado de protección de los derechos humanos en nuestro continente, mediante el sometimiento de las instituciones comunitarias al control externo del TEDH y la inclusión de una última vía adicional a disposición de los particulares para recabar la tutela de sus derechos fundamentales.

Sin perjuicio de la discutida recriminación que merezca el TJUE, lo cierto es que no le compete a este último, en el actual estado de cosas, articular el mandato recogido en el

art. 6.2 TUE. Desde nuestro punto de vista, el cumplimiento de este último se presenta como un doble desafío. Por un lado, el legislador europeo, partiendo de la ingeniería jurídica que caracteriza a la Unión, tendrá que servirse de su máxima creatividad, en tanto en cuanto deberá cumplir con las exigencias del TJUE y, paralelamente, mantener intactas las bases y esencia que constituyen el sistema del CEDH, de forma que la adhesión no pierda su *raison d'être*. Por otra parte, la reapertura de las negociaciones se presenta como un desafío de carácter eminentemente político, en el que los Estados no miembros de la Unión deberán realizar ciertas concesiones exigidas por los Estados miembros, lo que *con optimismo* no retrasará más de la debida cuenta la culminación de la esperada adhesión.

Entre tanto, le corresponde tanto a Luxemburgo como a Estrasburgo, propiciar un clima de diálogo judicial que permita garantizar, pese a sus limitaciones, la consistencia jurisprudencial que venían propugnando hasta el momento. De esta forma, las instituciones comunitarias, en tanto no se produzca la adhesión, no dejarían lugar a dudas sobre la importancia que ostenta, a la luz del art. 2 TUE, el respeto de los derechos humanos, en tanto que valor fundacional de la Unión Europea.

Bibliografía

1. LEGISLACIÓN Y FUENTES INSTITUCIONALES

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, firmado el 20 de octubre de 2012
(Diario Oficial de Unión Europea C 326/47).

Tratado de la Unión Europea, firmado el 30 de marzo de 2010 (Diario Oficial de Unión
Europea C 83/13).

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, firmada el 18 de diciembre
de 2000 (Diario Oficial de las Comunidades Europeas 2000/C 364/1).

Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, firmada en Montego Bay
el 10 de diciembre de 1982.

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950.

Informe de la Comisión, de 4 de febrero de 1976. *La protección de los derechos fundamentales en la creación y desarrollo del Derecho Comunitario* (Boletín de las Comunidades Europeas, Suplemento 5/76)

Memorándum de la Comisión, de 4 de abril de 1979. *La adhesión de las Comunidades Europeas a la Convención sobre la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales* (Boletín de las Comunidades Europeas, suplemento 2/79).

Consejo de Europa (2013). *Fifht Negotiation Meeting Between the CDDH Ad Hoc Negotiation Group and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights. Final Report to the CDDH. Council of Europe 47+1 (2013)008rev2*

2. JURISPRUDENCIA

Dictamen TJCE 2/94, de 28 de marzo de 1996. ECLI:EU:C:1996:140

Dictamen TJUE 2/23, de 18 de diciembre de 2014. ECLI:EU:C:2014:2454

Opinión de la Abogado General Sra. J. Kokott, presentada el 13 de junio de 2014. ECLI:EU:C:2014:2475.

3. OBRAS DOCTRINALES

Agudo Zamora, M. (2005). La protección de los derechos en la Unión Europea: claves para entender la evolución histórica desde el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. *Revista de derecho constitucional europeo*, 4, pp. 373 – 340.

- Alonso García, R. (2015). 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*, 26.
- Besselink, L., Claes, M. y Reestman, J. (2015). A Constitutional momento: Acceding to the ECHR (or not). *European Constitutional Law Review*, 11(1), pp. 2–12. DOI: 10.1017/s1574019615000024
- Callewaert, J. (2018). Do we still need article 6(2) TEU? Considerations on the absence of EU accession to the ECHR and its consequences. *Common Market Law Review*, 55(6), pp. 1685–1716.
- Cortés Martín, J. M. (2015). Autonomía versus sumisión a un control externo en materia de derechos fundamentales. *Revista General de Derecho Europeo*, 37.
- de Areilza Carvajal, J. M. (1996). El Dictamen 2/1994 del Tribunal de Justicia o cómo no abordar el espinoso asunto de las competencias comunitarias. *Revista española de derecho constitucional*, 47(16), pp. 333 – 345.
- Engel, D. (2015). *Der Beitritt der Europäischen Union zur EMRK*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Escobar Hernández, C. (1996). Comunidad Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: ¿el fin de una vieja polémica? *Revista de Instituciones Europeas*.
- Fernández Rozas, J. C. (2015). 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*, 23.
- Gaja, G. (2013) The ‘Co-Respondent Mechanisms’ According to the Draft Agreement for the Accession of the EU to the ECHR. *ESIL Reflections*, 2(1), pp. 1–6.
- González-Vaqué, L. (2015). 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. *Unión Europea Aranzadi*, 8-9, pp. 31-49.
- Halberstam, D. (2015). It's the autonomy, stupid: modest defense of opinion 2/13 on EU accession to the ECHR, and the way forward. *German Law Journal*, 16(1), pp. 105-146.

- Johansen, S. (2015). The reinterpretation of TFEU article 344 in opinion 2/13 and its potential consequences. *German Law Journal*, 16(1), pp. 169-178.
- Korenica, F. (2015). *The EU Accession to the ECHR. Between Luxembourg's Search for Autonomy and Strasbourg's Credibility on Human Rights Protection*. Cham: Springer
- Kuijer, M. (2018) The challenging relationship between the European Convention on Human Rights and the EU legal order: consequences of a delayed accession. *The International Journal of Human Rights*, DOI: [10.1080/13642987.2018.1535433](https://doi.org/10.1080/13642987.2018.1535433)
- Łazowski, A. y Wessel, R. A. (2015). When Caveats Turn into Locks: Opinion 2/13 on Accession of the EU to the ECHR. *German Law Journal*, 16(1), pp. 179–212. DOI: <https://doi.org/10.1017/S2071832200019477>
- Llopis Nadal, P. (2015). 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 (REEI)*, 29. DOI: [10.17103/reei.29.03](https://doi.org/10.17103/reei.29.03)
- Lock, T. (2015). The future of the European Union's accession to the European Convention on Human Rights after Opinion 2/13: is it still possible and is it still desirable? *European Constitutional Law Review*, 11(2), pp. 239–273. DOI: 10.1017/S1574019615000243
- Mangas Martín, A. y Liñán Noguerras, D. J. (1996). *Instituciones y Derecho de la Unión Europea* (8ª edición). Madrid: Tecnos.
- Martín y Pérez Nanclares, J. (2015). 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*, 52, pp. 825-869. DOI: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rdce.52.01>
- Ortiz Pica, M. I. (2003). Hacia una protección “constitucional” de los derechos fundamentales en Europa. En *El Patrimonio constitucional europeo: su asimilación por el orden jurídico comunitario: análisis específico del patrimonio europeo de los derechos fundamentales* (Tesis doctoral) (pp. 1-150). Universitat Autònoma de Barcelona: Bellaterra.

- Sánchez Guijarro, L. (2016). La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos: Un desafío para Europa todavía pendiente. *Documentos de Trabajo (IELAT, Instituto Universitario de Investigación en Estudios Latinoamericanos)*, 86, pp. 1-109.
- Sánchez Santana, J. (2010). El camino hacia los derechos y libertades fundamentales en el ámbito de la unión europea. *Saber, Ciencia y Libertad*, 5(2), pp. 53-66.
- Sarmiento, D. (2013). Who's afraid of the Charter? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe. *Common Market Law Review*, 50(5), pp. 1267–1304.
- Timmermans, C. (2017). EU Common Foreign and Security Policy and Protection of Fundamental Rights. En *The EU as a Global Actor – Bridging Legal Theory and Practice: liber amicorum in honour of Ricardo Gosalvo Bono* (pp. 291 – 305). Leiden; Boston: Brill Nijhoff.

4. RECURSOS DE INTERNET

- Centre Virtuel de la Connaissance sur l'Europe (2012). *Address given by Gil Carlos Rodríguez Iglesias (Strasbourg, 31 January 2002)*. Obtenido el 12/03/2020 de https://www.cvce.eu/obj/address_given_by_gil_carlos_rodriguez_iglesias_strasbourg_31_january_2002-en-c201f6b4-21c4-408b-9a72-3b083048d5ec.html
- Consejo de Europa (s.f.). *Chart of signatures of Treaty 214*. Obtenido el 05/03/2020 de https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214/signatures?p_auth=HqocshNr
- Jacqué, J. P. (2014, 26 diciembre) L'AVIS 2/13 CJUE. Non à l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme ? [Post en blog] *Free Group*. Obtenido el 19/03/2020 de <https://free-group.eu/2014/12/26/j-p-jacque-lavis-213-cjue-non-a-ladhesion-a-la-convention-europeenne-des-droits-de-lhomme/>
- Jacqué, J. P. (2016). *L'avis 2/13 De La Cour De Justice Sur L'adhésion De L'Union à La CEDH Et Après?* Brussels: European Parliament. Obtenido el 17/03/2020 de

[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556975/IPOL_STU\(2016\)556975_FR.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556975/IPOL_STU(2016)556975_FR.pdf)

Kuijper, P. J. (2015, 6 de enero). Reaction to Leonard Besselink's ACELG Blog [Post en blog] *Blogactiv*. Obtenido el 24/03/2020 de <http://acelg.blogactiv.eu/2015/01/06/reaction-to-leonard-besselinks%e2%80%99s-acelg-blog/>

Lock, T. (2014, 18 de diciembre) Oops! We did it again – the CJEU's Opinion on Eu Accession to the ECHR [Post en blog] *Verfassungsblog*. Obtenido el 07/03/2020 de <https://verfassungsblog.de/oops-das-gutachten-des-eugh-zum-emrk-beitritt-der-eu-2/>

Reitemeyer S. y Pirker B. (2015, 31 de marzo). Opinion 2/13 of the court of justice on access of the EU to the ECHR – one step ahead and two steps back [Post en blog] *European Law Blog*. Obtenido el 03/03/2020 de <https://europeanlawblog.eu/2015/03/31/opinion-213-of-the-court-of-justice-on-access-of-the-eu-to-the-echr-one-step-ahead-and-two-steps-back/>

Ritleng, D. (2012). The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms: A Threat to the Specific Characteristics of the European Union and Union Law? *Uppsala Faculty of Law Working Paper 2012:1*. Obtenido el 02/03/2020 de https://www.jur.uu.se/digitalAssets/585/c_585476-1_3-k_wps2012_1.pdf

Uría Gavilán, E. (2017). *La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos* (Tesis doctoral). Universidad Carlos III de Madrid. Obtenido el 25/03/2020 de <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/25535/tesis-elisa-uria-gavilan-2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y>