

# REVISTA DE Derecho Comunitario Europeo



## NOTA EDITORIAL

**J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES**

Cita con la ambición: el Tribunal de Justicia ante el desafío de la adhesión de la Unión al CEDH

## ESTUDIOS

**A. OLESTI RAYO**

La estabilidad financiera en la Unión Europea y la supervisión prudencial de las entidades de crédito

**M. JIMENO BULNES**

La Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013 sobre los derechos de asistencia letrada y comunicación en el proceso penal: ¿realidad al fin?

**Y. CACHO SÁNCHEZ**

Fundamento de las críticas al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Del Río Prada c. España

## NOTAS

**J. ANTONIO QUINDIMIL**

La plataforma continental como ámbito de aplicación del derecho de la Unión Europea a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia

**A. ESTOA PÉREZ**

Ayudas de Estado al sector aéreo y nuevas directrices de la Comisión

**J. J. PIERNAS LÓPEZ**

La protección diplomática y consular de los ciudadanos de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa

# 48

Año 18

Madrid

mayo/agosto

# 2014

ISSN: 1138-4026

ESTUDIOS



NOTAS



JURISPRUDENCIA



LEGISLACIÓN



BIBLIOGRAFÍA

ISSN: 1138-4026, Madrid  
Núm. 48, mayo/agosto (2014)  
Cuatrimestral

**Directores:**

**GIL CARLOS RODRÍGUEZ IGLESIAS**  
*Antiguo Presidente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid*

**MANUEL LÓPEZ ESCUDERO**  
*Catedrático de la Universidad de Granada (Director Ejecutivo)*

**Secretaria:**

**NILA TORRES UGENA**  
*Profesora Titular de la Universidad Complutense de Madrid*

**Comité de redacción**

Fernando Castillo de la Torre  
*Servicio Jurídico de la Comisión Europea, Bruselas*

Valeria di Comite  
*Profesora de la Universidad Aldo Moro de Bari*

José Manuel Cortés Martín  
*Profesor Titular de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

Justo Corti Varela  
*Profesor de la Universidad San Pablo-CEU de Madrid*

Sara Iglesias Sánchez  
*Tribunal de Justicia de la UE, Luxemburgo*

Pablo Martín Rodríguez  
*Profesor Titular de la Universidad de Almería*

Sixto Sánchez Lorenzo  
*Catedrático de la Universidad de Granada*

Daniel Sarmiento  
*Profesor Titular de la Universidad Complutense de Madrid. Letrado del Tribunal de Justicia de la UE, Luxemburgo*

Antonio Segura Serrano  
*Profesor Titular de la Universidad de Granada*

Marta Sobrido Prieto  
*Profesora Titular de la Universidad de La Coruña*

Pedro Cruz Villalón  
*Abogado General del Tribunal de Justicia de la UE, Luxemburgo. Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid*

Javier Díez-Hochleitner  
*Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid*

Concepción Escobar Hernández  
*Catedrática de la UNED. Miembro de la Comisión de Derecho Internacional, Ginebra*

Gaudencio Esteban Velasco  
*Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid*

Ramón Falcón y Tella  
*Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid*

Marcello di Filippo  
*Catedrático de la Universidad de Pisa*

Gregorio Garzón Clariana  
*Catedrático de la Universidad Autónoma de Barcelona. Antiguo Jurisconsulto del Parlamento Europeo*

Luis Norberto González Alonso  
*Profesor Titular de la Universidad de Salamanca*

Luis M. Hinojosa Martínez  
*Catedrático de la Universidad de Granada*

Diego Liñán Noguera  
*Catedrático de la Universidad de Granada*

Antonio López Castillo  
*Profesor Titular de la Universidad Autónoma de Madrid*

Jean-Victor Louis  
*Catedrático emérito de la Universidad Libre de Bruselas*

Araceli Mangas Martín  
*Catedrática de la Universidad de Complutense de Madrid*

José Martín y Pérez de Nanclares  
*Catedrático de la Universidad de Salamanca. Jefe de la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación*

Santiago Muñoz Machado  
*Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid*

Manuel Pérez González  
*Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid*

Pablo Pérez Tremps  
*Magistrado emérito del Tribunal Constitucional y Catedrático de la Universidad Carlos III de Madrid*

Fabrice Picod  
*Catedrático de la Universidad Paris II Panthéon-Assas*

Antonio Ortíz-Arce  
*Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid*

Rosario Silva de Lapuerta  
*Juez del Tribunal de Justicia de la UE, Luxemburgo*

José Manuel Sobrino Heredia  
*Catedrático de la Universidad de La Coruña*

Ignacio Ulloa Rubio  
*Juez del Tribunal General de la UE, Luxemburgo*

Alejandro del Valle Gálvez  
*Catedrático de la Universidad de Cádiz*

Eduardo Vilarinho Pintos  
*Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid*

**Consejo Asesor**

Victoria Abellán Honrubia  
*Catedrática de la Universidad de Barcelona*

Enoch Albertí Rovira  
*Catedrático de la Universidad de Barcelona*

Ricardo Alonso García  
*Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid*

Loïc Azoulay  
*Catedrático del Instituto Universitario Europeo de Florencia*

Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano  
*Catedrático de la UNED*

Georges Bermann  
*Catedrático de la Universidad de Columbia, Nueva York*

Armin von Bogdandy  
*Catedrático y Director del Instituto Max-Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, Heidelberg*

Ángel Boixareu Carrera  
*Director General en el Consejo de la UE, Bruselas*

Laurence Burgogue-Larsen  
*Catedrática Universidad Paris I Panthéon-Sorbonne*

Nuria Bouza Vidal  
*Catedrática de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona*

Oriol Casanovas y La Rosa  
*Catedrático de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona*

Edorta Cobreros Mendazona  
*Catedrático de la Universidad del País Vasco*

# NOTA EDITORIAL

## CITA CON LA AMBICIÓN: EL TRIBUNAL DE JUSTICIA ANTE EL DESAFÍO DE LA ADHESIÓN DE LA UNIÓN AL CEDH

JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES \*

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. A VUELTAS CON LA GARANTÍA DE LA AUTONOMÍA DEL DERECHO DE LA UE...
  1. LA AUTONOMÍA DEL DERECHO DE LA UE EN EL CONTEXTO DE UN ESPACIO COMÚN EUROPEO CON DIÁLOGO JUDICIAL A TRES BANDAS.
  2. ALGUNAS DUDAS JURÍDICAS SUSCITADAS POR LA ADHESIÓN Y POSIBLES SOLUCIONES SIN COMPROMETER EL PROCESO.
    - a) *La figura del codemandado.*
    - b) *El pronunciamiento previo del TJUE.*
    - c) *El control judicial de la PESC.*
    - d) *Las cuestiones institucionales y las demandas entre Estados.*
    - e) *La inexistencia de una propuesta de Reglas internas.*
  3. EL IMPREVISTO ESCOLLO DEL PROTOCOLO 16.
- III. ...EN BUSCA DE UNA CONSOLIDACIÓN DEL DIÁLOGO JUDICIAL EN EL ESPACIO COMÚN EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS.
  1. LA ADHESIÓN COMO OPORTUNIDAD PARA LA MEJORA DE LA COHERENCIA, LA LEGITIMIDAD Y LA CREDIBILIDAD DEL SISTEMA EUROPEO MULTINIVEL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.
  2. NECESIDAD DE SUPERAR EL PARADIGMA DE LA 'ÚLTIMA PALABRA'.
  3. CITA CON LA AMBICIÓN Y LA ALTURA DE MIRAS.

---

\* Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Salamanca. Actualmente es Jefe de la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación.

Este trabajo se inserta dentro de un proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad español (DER2012-36703). Las opiniones expresadas en él se realizan a título estrictamente personal y no comprometen a la institución para la que trabaja el autor.

## I. INTRODUCCIÓN

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) encara en estos momentos un importante desafío de profundo calado constitucional, tanto para la propia Unión como para el diálogo judicial en el espacio público europeo. Por fin, tras innumerables ‘idas y venidas’ desde el primer Memorándum elaborado por la Comisión en 1979, la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) pende de la decisión que adopte el Alto Tribunal de la Unión en su dictamen 2/2013. Los pasados 5 y 6 de mayo se celebró la vista oral y ahora el TJUE delibera sobre cómo dar una respuesta solvente a la pregunta de si el Proyecto de Acuerdo de adhesión (en adelante, PAA)<sup>1</sup>, resultado de unas complicadas negociaciones desarrolladas entre 2010 y 2013, es compatible con los tratados constitutivos<sup>2</sup>. Se trata de una de esas cuestiones de largo recorrido cuya resolución exige algo más de ingenio que el empleado habitualmente para abordar los asuntos ordinarios<sup>3</sup>.

No es, pues, ya momento de detenernos en la vieja reflexión a propósito de los pros y los contras de la adhesión. Para bien o para mal, el Tratado de Lisboa cerró definitivamente la discusión al incluir en el artículo 6.2 TUE un taxativo mandato —ciertamente no exento de problemas jurídicos— al que

---

<sup>1</sup> Se trata, en realidad, de un verdadero ‘cuerpo jurídico’ integrado por cinco instrumentos diferentes consistentes en un Proyecto de Acuerdo relativo a la Adhesión de la Unión Europea al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, un Proyecto de declaración de la Unión Europea en el momento de la firma del Acuerdo de Adhesión, un Proyecto de norma para añadir a las Normas del Comité de Ministros para la supervisión de la ejecución de las sentencias y los términos de los arreglos amistosos en los asuntos en que la Unión es parte, un Proyecto de entendimiento entre la Unión Europea y X y un Proyecto de informe explicativo del Acuerdo de Adhesión de la Unión Europea al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, Informe Explicativo). Lógicamente, dentro de este ‘cuerpo jurídico’ sobresale con luz propia el PAA.

<sup>2</sup> DO C 260 de 7 de septiembre de 2013, p. 19.

<sup>3</sup> Un acercamiento general al desarrollo de estas negociaciones lo hemos realizado en nuestra anterior contribución «La adhesión de la Unión Europea al CEDH: algo más que una cuestión meramente jurídica», en VON BOGDANDY, A./UGARTEMENDÍA, J. I. / SAINZ ARNÁIZ, A./ MORALES-ANTONIAZZI, M. (coords.), *La tutela jurisdiccional de los derechos —Del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración*, IVAP, Oñati, 2012, pp. 169-192. Una posterior versión ampliada en inglés se encuentra en *The accession of the European Union to the ECHR: More than just a legal issue*, Working Paper IDEIR núm. 15, Universidad Complutense, Madrid, 2013.

ahora toca dar cumplimiento de la mejor forma posible. Desde este planteamiento y con la libertad (académica) que nos confiere el no conocer en el momento de redactar estas líneas la postura concreta por la que finalmente se decante el Tribunal de Justicia, merece la pena detenerse a analizar algunos de los principales interrogantes jurídicos que sobrevuelan sobre el dictamen 2/2013. Es el caso de la preocupación en torno a la adecuada garantía de la autonomía del Derecho de la UE (II)<sup>4</sup>, así como, sobre todo, la conveniencia de aprovechar adecuadamente la oportunidad (jurídica y política) que brinda este asunto para superar viejos paradigmas que nos permitan mejorar y consolidar el diálogo judicial dentro del espacio común europeo (III).

## II. A VUELTAS CON LA GARANTÍA DE LA AUTONOMÍA DEL DERECHO DE LA UE ...

### 1. LA AUTONOMÍA DEL DERECHO DE LA UE EN EL CONTEXTO DE UN ESPACIO COMÚN EUROPEO CON DIÁLOGO JUDICIAL A TRES BANDAS

De entrada, no cabe duda de que el principal problema de fondo al que se enfrenta el Tribunal de Justicia en este dictamen es la exigencia de preservar «las características específicas de la Unión y del Derecho de la Unión» en los términos establecidos por el Protocolo num. 8 y por la Declaración núm. 2 del Tratado de Lisboa, particularmente por lo que concierne a su propio papel<sup>5</sup>. Bien mirado, las mismas cautelas y dudas que el TJUE vertió en

<sup>4</sup> En realidad, en los últimos años esta revista ha venido dando cuenta puntual de los principales problemas jurídicos del proceso de adhesión a través de contribuciones particularmente valiosas, pudiendo ser recordados ahora los trabajos de CORTÉS MARTÍN, J. M., «Sobre el sistema unionista de protección de los derechos humanos y la ruptura de la presunción de su equivalencia con el CEDH», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 2013, núm. 46, pp. 935-971; MARÍN ASÍS, R., «La adhesión de la Unión Europea al Convenio de Roma. El cumplimiento de las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Derechos humanos en el ordenamiento jurídico de la UE», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 2013, núm. 44, pp. 233-276; SANZ CABALLERO, S., «Crónica de un adhesión anunciada: algunas notas sobre las negociaciones de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 2011, núm. 38, pp. 99-128.

<sup>5</sup> Véase GRAGL, P.: *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Hart, Oxford, 2013, especialmente pp. 87-256 (The Road from Luxemburg to Strasbourg; reconciling Accession and Autonomy); BASSELINK, L.: «Should the European Union Ratify the European Convention for Human Rights? Some Remarks

el dictamen 2/1994 vuelven a aflorar ahora, salvo obviamente la falta de competencia para la adhesión, ya que ésta fue solventada por el Tratado de Lisboa a través del ya citado artículo 6.2 TUE.

Pero los veinte años transcurridos desde aquel importante pronunciamiento jurisprudencial han desembocado en un contexto jurídico en el que concurren con más vigor que nunca dos vectores de tracción enfrentada que no pueden ignorarse. En primer lugar, del lado de la Unión, el Tribunal de Justicia ha seguido manteniendo una defensa firme de la autonomía del ordenamiento de la Unión y de su papel dentro de él<sup>6</sup>, siendo probablemente el entreacto del dictamen 1/09 a propósito de la creación de un órgano jurisdiccional internacional fuera del marco de la Unión en materia de patentes el mejor exponente de ello. Pero, en segundo lugar, existe ahora un segundo elemento añadido que está llamado a jugar un papel trascendental. Es la conformación de un ‘triángulo judicial europeo’ en materia de derechos humanos —compuesto por el TJUE, el TEDH y los tribunales constitucionales de los Estados— que obliga a materializar lo que se ha dado en denominar el *diálogo judicial*<sup>7</sup> en el espacio europeo<sup>8</sup>. Recuérdese, a este respecto, que la propia Declaración núm. 2 sobre el

---

on the Relations between the European Court of Human Rights and the European Court of Justice», en FØLLESDAL, A./PETERS, B./ULFSTEIN, G. (eds), *Constituting Europe. The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, 2013, pp. 301-333. Entre nosotros, véase el reciente trabajo de AZPITARTE SÁNCHEZ, M.: «Autonomía del ordenamiento de la Unión y derechos fundamentales: ¿presupuestos contradictorios? La adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos como respuesta», *Revista Española de Derecho Europeo* 2013, núm. 48, pp. 37-74.

<sup>6</sup> Existe, con todo, un interesante debate doctrinal a propósito del significado mismo del concepto de autonomía; DE WITTE, B.: «European Union: How Autonomus is its Legal Order?», *Zeitschrift für Öffentliches Recht* 2010, núm. 65, pp. 141-155; ECKHOUT, P.: «Human Rights and the Autonomy of EU Law: Pluralism or Integration?», *Current Legal Problems* 2013, núm. 66, pp. 169-202.

<sup>7</sup> En relación con el propio concepto de ‘diálogo judicial’ resultan muy instructivas las aproximaciones dogmáticas realizadas por BUSTOS GISBERT, R., «XV Propositiones generales para una teoría de los diálogos judiciales», *Revista Española de Derecho Constitucional* 2012, núm. 95, pp. 13-63.

<sup>8</sup> Esta cuestión la hemos tratado *in extenso* en «El diálogo judicial entre el TJUE y el TEDH: algo más que el derecho a la última palabra en el triángulo judicial europeo», en AAVV, *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales: XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, CEPC, Madrid, 2013, pp. 161-208. Cfr. igualmente GARCÍA ROCA, F., «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo», *UNED-Teoría y Realidad Constitucional* 2012, núm. 30, pp. 181-222. A propósito de los riesgos de este diálogo, pueden verse en tono crítico los trabajos de ALONSO

artículo 6.2, a renglón seguido de su llamada a preservar la autonomía y especificidades del Derecho de la Unión, hace también alusión expresa al diálogo regular entre el TJUE y el TEDH, que «podrá fortalecerse cuando la Unión se adhiera al citado Convenio». Ello obliga forzosamente a replantear el concepto de autonomía desde nuevos parámetros conceptuales que permitan su adecuada inserción dentro de un espacio público europeo multinivel e invita, por tanto, a reflexionar sobre el significado mismo de la autonomía del Derecho de la Unión con resortes conceptuales que vayan más allá de la mera repetición, a veces casi mecánica, de la jurisprudencia desarrollada en el pasado a partir de los legendarios asuntos *van Gend en Loos* y *Costa c. ENEL* y los posteriores dictámenes 1/91 y 1/00.

En este contexto, en el que tanto los ojos de la doctrina como los de tribunales que conforman los otros dos vértices del triángulo judicial europeo están puestos sobre este dictamen, el Tribunal de Justicia tiene ante sí la responsabilidad de articular una interpretación pertinente y actualizada del concepto de autonomía del Derecho de la Unión y realizar una aportación constructiva al diálogo judicial europeo en materia de protección de los derechos fundamentales. Ciertamente, pueden pervivir algunas dudas jurídicas sobre aspectos específicos de un proceso de enorme calado constitucional que, a modo de ‘laboratorio jurídico’, conducirá a la adhesión de una organización internacional como la UE a un tratado multilateral de protección de derechos fundamentales como el CEDH. En todo caso, resultaría difícil de explicar que tales dudas se convirtieran en factores clave para abortar el proceso.

No ignoramos que también existen cuestiones abiertas derivadas de la necesidad de combinar dentro de la Unión dos elementos añadidos: por una parte, respecto a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (en adelante, CDFUE), entra en juego tanto su carácter vinculante (art. 6.1 TUE), como el juego de la equivalencia de interpretación de los derechos también reconocidos en el CEDH y la posibilidad de una protección más extensa por la Unión (art. 52.3 CDFUE)<sup>9</sup>; y, por otra parte, surge también cierta incertidumbre en relación con

---

GARCÍA, R., «Guardar las formas en Luxemburgo», *Revista General de Derecho Europeo* 2012, núm. 28; *ibidem*, *El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2014.

<sup>9</sup> No parece este el momento más oportuno para detenernos en un análisis en detalle de la interesante cuestión del estándar mínimo de la Carta. Sí conviene, empero, recordar al margen de las cuestiones clásicas al respecto que, en su correlativa interacción con la paralela cuestión de la posible prevalencia de estándares de protección nacionales que sean superiores al de la Unión (y a su vez la relación con el artículo 53 CEDH), no ter-

el mantenimiento de los principios generales «que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros» (art. 6.3 TUE) y la correlativa exigencia, en consonancia con la conocida doctrina *Internationale Handelsgesellschaft*, en torno a si esos principios que se recogen en la Carta «se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones» (arts. 52.4 CDFUE)<sup>10</sup>.

Así las cosas, no creemos que ninguna de esas dudas jurídicas que afloran en el dictamen 2/2013 sean obstáculo suficiente para que el Tribunal de Justicia no dé ‘luz verde’ a la adhesión de la Unión al CEDH en los términos negociados en el PAA. De hecho, durante todo el proceso negociador el objetivo de preservar la autonomía del Derecho de la UE ha sido una constante y los mecanismos diseñados resultan, al final, razonablemente satisfactorios. Ello, por supuesto, no es óbice para que, a la vez, el TJUE pueda indicar —de manera explícita o entre líneas— pautas interpretativas añadidas para que las futuras Reglas Internas de la Unión acojan mecanismos con los que solventar en el plano interno algunas de las eventuales dudas jurídicas concretas derivadas del PAA.

## 2. ALGUNAS DUDAS JURÍDICAS SUSCITADAS POR LA ADHESIÓN Y POSIBLES SOLUCIONES SIN COMPROMETER EL PROCESO

### a) *La figura del codemandado*

Sin duda, la principal novedad del PAA es la modificación del CEDH (art. 36.4) para estipular que la Unión o un Estado miembro puedan ser codemandados en un procedimiento. Con esta figura, los Estados podrán ser codemandados en un proceso abierto contra la Unión cuando se cuestione

---

mina de resultar adecuado deducir de la sentencia pronunciada por el Tribunal de Justicia en el asunto *Melloni* una negación de tal posibilidad con carácter general, ya que en el asunto *Akerberg*, dictado en el mismo día que el anterior, sí se aceptó en atención a las diferentes circunstancias de cada caso; sentencias de 26 de febrero de 2013, (as. C-399/11 y C-617/10).

<sup>10</sup> Véase, a propósito de los problemas jurídicos que plantea la existencia del mandato previsto en el artículo 6.2 TUE en relación con una Carta jurídicamente vinculante (art. 6.1 TUE) y el mantenimiento de los principios generales del Derecho, DE BURCA, G., «The Road not Taken: The European Union as a Global Human International Law», *American Journal of International Law* 2011, núm. 105, p. 649-693; DUTHEIL DE LA ROCHERE, J., «Challenges for the Protection for the Protection of Fundamental Rights in the EU at the Time fo the Entry into Force of the Lisbon Treaty», *Fordham International Law Journal* 2011, núm. 33, pp. 1776-1799.



ante el TEDH la compatibilidad de una disposición del TUE o el TFUE con derechos recogidos en el CEDH. Y la UE podrá ser igualmente codemandada en un procedimiento abierto contra un Estado en los supuestos, en los que, como ha ocurrido ya en asuntos bien conocidos como *Matthews*, *Bosphorus* o *Kokkelvisserij*, un Estado miembro es demandado ante el TEDH por actos que derivan de una obligación de Derecho de la UE. En todo caso, esta figura supone su consideración como parte en el procedimiento y no como una mera intervención de terceros (art. 36.2 CEDH), lo cual, lógicamente, exige articular dentro de la Unión mecanismos internos que permitan una actuación coherente de los codefensores.

Las dudas jurídicas más relevantes en torno a esta previsión se resumen en cuatro principales, pudiendo tener todas ellas una respuesta satisfactoria. En primer lugar, habrá que contar con un mecanismo para asegurar que la UE sea informada adecuadamente de los casos en los que pueda resultar pertinente su participación como codemandada. En nuestra opinión, del versátil principio de cooperación leal (art. 4.3 TUE) podría derivarse una obligación para los Estados concernidos de informar puntualmente a la Comisión; también resulta factible, con carácter general, que todas las demandas se remitieran a la UE para su conocimiento y posterior actuación en consecuencia.

En segundo lugar, el control de plausibilidad (*contrôle de plausibilité*) que realice el TEDH para evaluar si es *plausible* que se reúnan las condiciones para que la UE pueda convertirse en codemandada también podría plantear al TJUE algún problema en relación con la autonomía del Derecho de la UE. Parece, con todo, que esa labor del TEDH debe atenerse a un mero análisis de mínimos para verificar simplemente que el caso en cuestión —contra un Estado— puede verse afectado por el Derecho de la UE y justificar que la UE pueda intervenir como codemandada.

En tercer lugar, se plantea también la duda del margen de apreciación en manos de la Unión para decidir, conforme a criterios de oportunidad, si responde favorablemente a la invitación del TEDH para actuar (o no) como codemandada. Parece claro, en este sentido, que tal margen de apreciación existe y es suficiente; la propia formulación del precepto habla de la *posibilidad* de intervenir como codemandada y no de una verdadera obligación (la Unión «may become a co-respondent if it appears that...»). Corresponderá, por tanto, a las Reglas internas de la Unión fijar los detalles al respecto.

Y, por último, en cuarto lugar, podría surgir también alguna duda a propósito de cómo se repartiría la responsabilidad entre el demandado y el codemandado en casos de condena por el TEDH. Esta cuestión no parece tampoco de entidad

suficiente para la autonomía de la Unión y, sin duda, existen mecanismos (internos) posibles para articularlo de manera satisfactoria sin que sea preciso modificar en absoluto la abierta redacción del PAA.

En suma, sin querer negar las dudas jurídicas de relevancia cierta que suscita la cuestión de la adhesión, no creemos que éstas tengan la enjundia suficiente como para que no puedan ser resueltas bien por los principios generales ya existentes o bien por las Reglas internas que se adopten por la Unión una vez que el Tribunal de Justicia diese ‘luz verde’ al proceso de adhesión en los términos previstos.

#### b) *El pronunciamiento previo del TJUE*

Además de las cuestiones derivadas de la nueva figura recién tratada, el segundo gran bloque de dudas jurídicas a las que se enfrenta el Tribunal puede derivar de la exigencia de pronunciamiento previo del TJUE. En este sentido, es igualmente bien conocido que pueden darse supuestos en los que una demanda contra la Unión y/o contra uno varios de sus Estados miembros en que entre en juego el Derecho de la UE llegue al TEDH sin que antes se haya pronunciado el TJUE. Desde la perspectiva del propio CEDH, esto podría plantear dificultades en relación con el principio de agotamiento previo de los recursos internos (art. 35 CEDH). Desde la perspectiva de la Unión, también puede generar problemas en relación con la consideración del TJUE como máximo intérprete del ordenamiento jurídico de la Unión (art. 19 TUE).

No obstante, tratándose sin duda de una cuestión de enjundia no exenta de matices, entendemos que es conveniente circunscribir este problema a sus justos términos. De entrada, serán muy pocos los casos en los que tal situación pueda darse ya que en el supuesto en cuestión (demanda ante el TEDH contra uno o varios Estados por la aplicación de un acto de la Unión) el mecanismo de la cuestión prejudicial permite hacer pensar que en la mayoría de las ocasiones el TJUE ya habrá tenido ocasión de pronunciarse al respecto *ex* artículo 267 TFUE; especialmente si se considera que el planteamiento de una cuestión prejudicial resulta obligatorio (y no meramente voluntario) cuando se trate de procesos nacionales sobre los que no quepa ningún recurso ulterior o cuando se trate de procesos en los que el objeto de la controversia afecte a la validez de un acto de la Unión (y no a la interpretación). Con todo, resulta efectivamente imaginable que el TJUE no haya tenido ocasión de pronunciarse, bien por un juego inadecuado de la ‘teoría del acto cla-

ro', bien por desdén judicial o bien por motivo de otra índole en algún caso muy concreto.

Para solventar esta cuestión, la doctrina discutió con anterioridad al inicio de las negociaciones para la adhesión a propósito de las diferentes vías de posible solución. El PAA resuelve finalmente la cuestión a través de un razonable incidente procesal por el que se remitiría el asunto al TJUE para que se pronuncie de manera rápida<sup>11</sup>.

A este respecto, el reto será lograr que el pronunciamiento del TJUE (obviamente anterior al del TEDH) pueda hacerse de esa manera rápida para no alargar en exceso un procedimiento que, ya de por sí, no resulta precisamente breve. No obstante, la experiencia de las cuestiones prejudiciales que ya en la actualidad tiene que tramitar de forma abreviada el TJUE en el marco del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia permite sostener que es perfectamente posible resolver en la práctica tales incidentes procesales en un plazo de tiempo muy razonable de entre tres y seis meses.

### c) *El control judicial de la PESC*

Más allá de las dudas jurídicas hasta ahora manifestadas, consideramos que el verdadero problema técnico-jurídico deriva probablemente de los límites en el ámbito de aplicación material de este mecanismo, especialmente en lo que concierne a la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC). En efecto, dado que los tratados constitutivos de la UE limitan notablemente los supuestos en los que el TJUE puede ejercer el control judicial sobre actos de la PESC, surge forzosamente la duda de si esa regulación (arts. 40 TUE y 275 TFUE) sería compatible con el artículo 13 CEDH en el caso de adhesión de la Unión al CEDH. No se puede excluir, de hecho, que el TEDH conociera en determinados supuestos de asuntos propios de la PESC sin haberlo podido hacer antes el TJUE por carecer de competencia para ello por expreso

---

<sup>11</sup> No debe pasarse por alto, a este respecto, la curiosa reunión de 2011 entre delegaciones del TJUE y del TEDH en la que, entre otras cuestiones, se abordó este tema y de la que deriva una suerte de diálogo judicial informal para incentivar una solución que satisficiera en esta materia las exigencias derivadas del principio de autonomía del Derecho de la Unión. Con anterioridad el TJUE, en un acto también bastante peculiar, había publicado su posición ante la cuestión de la adhesión de la Unión al CEDH; *Documento de reflexión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre determinados aspectos de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, Luxemburgo, 5 de mayo de 2010.

deseo de los tratados constitutivos. Antes al contrario, de la propia práctica se deduce la existencia de posibles supuestos en esta dirección, tanto en el marco de misiones militares de gestión de crisis como en el de medidas restrictivas susceptibles de generar efectos jurídicos que pudieran restringir derechos fundamentales. Y, en verdad, es una cuestión difícilmente resoluble en términos jurídicos óptimos. Si los *Herren der Verträge* decidieron no atribuir esa competencia judicial sobre actos de la PESC al TJUE no parecería en absoluto razonable que éste, a través de la vía de un dictamen previsto precisamente para analizar la compatibilidad de un tratado celebrado por la Unión con la voluntad de los Estados miembros plasmada en los tratados constitutivos, se la autoasignase a través de una interpretación extensiva de los preceptos en liza. Pero, a la vez, sin previo control judicial efectivo por el TJUE podría no cumplirse con las exigencias derivadas del artículo 13 CEDH.

Así las cosas, en la vista oral ante el Tribunal de Justicia las observaciones de diversos Estados e instituciones abordaron esta cuestión, reconociendo en general el problema de fondo y planteando en algunos casos propuestas bastante imaginativas. En nuestra opinión, parece que cualquier solución debería pasar por considerar suficiente el control que en estos casos muy concretos pudieran ejercer los tribunales de los Estados dentro de una suerte de doctrina ampliada y flexibilizada del 'juez nacional como juez comunitario'. Excepcionalmente, dadas las indudables peculiaridades del ámbito material concernido, debería resultar suficiente el control judicial ejercido por los órganos jurisdiccionales nacionales.

#### d) *Las cuestiones institucionales y las demandas entre Estados*

Finalmente, persisten otros posibles problemas que merecieron atención durante el proceso negociador y cuya repercusión en el dictamen 2/2013 puede ser dispar. Nos referimos, en primer lugar, a las cuestiones institucionales. Lógicamente, si la Unión se convierte en Parte del CEDH tendrá que gozar también de la correspondiente participación en las instituciones del CEDH. Se concreta básicamente en la participación de una delegación del Parlamento Europeo en las sesiones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (con derecho de voto) cuando ésta ejerza su función de elección de jueces del TEDH y la participación en el Comité de Ministros. Es una cuestión que también genera alguna duda, pero entendemos que son de carácter menor y no parece, por tanto, que puedan condicionar el destino del dictamen 2/2013.

En segundo lugar, surge también otra duda —de mayor magnitud, a nuestro entender, a efectos del dictamen— a propósito de la compatibilidad con el artículo 344 TFUE de un recurso que, conforme al artículo 33 CEDH, interpusiese un Estado miembro de la UE contra otro Estado también miembro ante el TEDH en materias competencia de la Unión sin haberlo llevado antes al TJUE; o, una vez reformado el artículo 29 CEDH en los términos previstos por el PAA, este recurso también podría afectar a la Unión. La inexistencia de un motivo de inadmisión de estas demandas por el TEDH sería efectivamente susceptible de plantear problemas en relación con la autonomía del Derecho de la UE.

Al margen del carácter más teórico que práctico de esta dificultad —durante toda la vida del CEDH el número de casos no ha llegado a las dos decenas y ninguno ha afectado al ámbito que nos ocupa—, en nuestra opinión, resulta suficiente para afrontar esta cuestión con que en tales casos la Comisión pueda interponer un recurso de incumplimiento (art. 258 TFUE) contra el Estado que infrinja la obligación de no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación del Derecho de la Unión a un procedimiento de solución distinto del previsto para el TJUE. En este sentido, del propio principio de cooperación leal (art. 4.3 TUE), en conexión con el artículo 344 TFUE, podría derivarse también una obligación para los Estados miembros de la UE (y para la propia Unión una vez materializada la adhesión) de no recurrir al mecanismo previsto en el CEDH cuando se vea concernido el Derecho de la UE. Probablemente no sea una solución óptima, pero, dadas las circunstancias y el carácter extremadamente escaso del supuesto en la práctica, puede considerarse también razonablemente satisfactoria.

#### e) *La inexistencia de una propuesta de Reglas internas*

Para concluir este apartado de dudas jurídicas, al margen de las cuestiones materiales, no puede pasarse por alto que la adhesión exige también la aprobación de Reglas internas en el seno de la Unión para incardinar dentro de ella las consecuencias derivadas de la adhesión previstas en el PAA<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Así, habrá de regularse, por ejemplo cuestiones como la representación de la Unión ante el TEDH (sólo la Unión o también participación de los Estados miembros), las normas de coordinación necesarias para el adecuado funcionamiento de la figura del code mandado, las reglas sobre la elección de los tres candidatos al puesto de Juez de la UE en el TEDH, la fijación de las reglas para determinar los casos en los que la Unión de-

En relación con esta cuestión, no puede ignorarse que, en el momento de plantear la solicitud de dictamen del TJUE (4 de julio de 2013), la Comisión no había presentado formalmente propuesta alguna de Reglas internas<sup>13</sup>. Sin embargo, sí deslizó en su solicitud de dictamen diversas cuestiones relativas a estas Reglas que, en nuestra opinión, son de todo punto impropias de un procedimiento como el previsto en el artículo 218.11 TFUE. No es, por ello, de extrañar que diversos Estados miembros personados en el procedimiento hayan solicitado que el TJUE no analice aquellas aspectos del Proyecto de Acuerdo que estén pendientes de desarrollo en las citadas Reglas internas y, por ende, declare la inadmisibilidad de la solicitud de dictamen en lo que afecte a dichos aspectos. Se trata, además, de una posición de la Comisión que, al igual de lo que está ocurriendo en otros ámbitos, está provocando ciertas tensiones con el Consejo y con los Estados miembros<sup>14</sup>.

Es, sin duda, otra relevante cuestión que puede tener seria incidencia en la decisión del TJUE ya que no resultará sencillo pronunciarse sobre algunas cuestiones de fondo sin conocer (aún) la propuesta de articulación jurídica interna. Con todo, no parece que pueda conducir a un no pronunciamiento del Tribunal de Justicia en tanto no se tenga una propuesta de Reglas. Sí podría, empero, tener como consecuencia que el TJUE se decantase por deslizar en su argumentación a propósito de la compatibilidad del PAA con los tratados constitutivos elementos concretos que en el futuro podrían servir de guía —o de fijación de límites— al contenido que adopten en su momento esas importantes Reglas.

---

federará una única postura en el seno del TEDH y del Comité de Ministros y los casos en los que serán los Estados miembros quienes tengan libertad para hacerlo o la concreción de los mecanismos para el reparto entre demandado y codemandado de la reparación de daños que pueda acordar el TEDH.

<sup>13</sup> Ello no significa que el Grupo del Consejo «Derechos Fundamentales, Derechos de los ciudadanos y Libre circulación de personas» (FREMP) no haya tratado la cuestión. Hasta el momento de materializarse la solicitud de dictamen de este grupo había tenido siete reuniones para tratar este tema.

<sup>14</sup> Téngase en cuenta, por ejemplo, el reciente recurso de anulación interpuesto el 10 de febrero de 2014 por el Consejo contra la Comisión (as. C-73/14, DO C 93 de 29.3.2014, p. 21) solicitando al Tribunal que anule la Decisión de la Comisión de presentar, sobre la base de una interpretación amplia del artículo 335 TFUE, una declaración escrita en representación de la Unión en el asunto 21 del Tribunal Internacional del Derecho del Mar (opinión consulta sobre la lucha contra la pesca ilegal) por haberlo hecho por su cuenta sin contar con la oportuna autorización del Consejo y en contra de la voluntad de éste; y, por tanto, en posible violación de los artículos 13.2 y 16.1 TUE y 218.9 TFUE.

### 3. EL IMPREVISTO ESCOLLO DEL PROTOCOLO 16

Existe, por último, una cuestión que ha pasado bastante desapercibida durante todos los debates a propósito de la adhesión de la UE al CEDH que, en nuestra opinión, podría levantar al TJUE más dudas que otros de los problemas que nos han venido ocupando durante los últimos tres años. Nos referimos al potencial de conflicto que encarna uno de los dos nuevos Protocolos al CEDH que se han abierto a la firma en 2013 dentro de lo que se conoce como el proceso *post-Protocolo 14* derivado de la Conferencia de Brighton de 2012 (Protocolos 15 y 16). En concreto, el Protocolo 16, de 2 de octubre de 2013, prevé una suerte de opinión consultiva que podrían plantear los Tribunales Supremos de los Estados Parte del CEDH al TEDH para que resuelva dudas de interpretación o de aplicación de los derechos recogidos en el CEDH que se planteen en el marco de un caso específico (art. 1)<sup>15</sup>.

Parece claro que este mecanismo de reenvío judicial encarna un cambio muy relevante con enorme incidencia potencial en el diálogo judicial del triángulo europeo y no sólo en las relaciones entre los vértices de los más altos tribunales nacionales y el TEDH. También puede afectar, al menos indirectamente, al TJUE. De hecho, cabe imaginar supuestos posibles en los que un Tribunal Supremo de un Estado miembro de la UE, al tener una duda sobre la interpretación de un derecho fundamental recogido tanto en el CEDH como en la CDFUE, se vea en la tesitura de tener que escoger entre presentar esta solicitud de dictamen al TEDH o, por el contrario, hacer uso de la cuestión prejudicial ante el TJUE. Lógicamente, si no se articulan mecanismos para que el TEDH no pueda pronunciarse en ningún caso sin que antes lo haya hecho el TJUE cuando se vea concernido Derecho de la Unión, volverían a plantearse las mismas dudas jurídicas que ya han sido tratadas en este trabajo a propósito del PAA de la UE al CEDH.

No sería extraño, pues, que el TJUE pudiera verse tentado —al menos en algún *obiter dictum* a título de discreto ‘tirón de orejas’ a la Comisión y a los Estados miembros— a ver en el Protocolo 16 un riesgo añadido a la autonomía del Derecho de la Unión. Máxime si se considera que el Protocolo no prevé ninguna peculiaridad para la UE y que su entrada en vigor tan sólo requiere la ratificación por diez Estados. De hecho, en la fase final de la vista oral del dictamen 2/2013 diversos jueces del TJUE —incluidos de forma muy particular su presidente y vicepresidente— formularon en tono notablemente incisivo diversas preguntas sobre esta cuestión que destilaban cierta preocupación sobre el tema.

<sup>15</sup> Véase *in extenso* el *Explanatory Report*.

No consideramos, empero, que las posibles dudas al respecto puedan ser de entidad suficiente como para sustentar un pronunciamiento en el dictamen 2/2013 que conduzca al bloqueo del proceso. Antes al contrario, si el TJUE considerase que existen tales dudas podría llegar incluso a plantear, de una forma u otra, una suerte de prohibición de ratificación del Protocolo 16 por los Estados miembros de la Unión sin bloquear por ello el PAA. Igualmente el principio de cooperación leal y las propias Reglas Internas podrían dar juego para paliar esta cuestión, máxime considerando que, aunque ocho Estados miembros ya hayan firmado el Protocolo, ninguno lo ha ratificado aún. Por otra parte, el TJUE no debería obviar que la presentación de tales solicitudes de opinión consultiva al TEDH tendría, en todo caso, carácter voluntario (art. 1) y la resolución del TEDH no tendría tampoco efecto vinculante (art. 5). Igualmente, la ratificación del Protocolo resulta, por supuesto, facultativa (art. 6). Es, además, una cuestión que podría admitir una cierta solución cuando las instituciones de la Unión se planteen en su momento si procede o no su firma y ratificación. No ahora. En suma, no parece una cuestión de enjundia suficiente como para dar al traste con el proceso de adhesión.

No obstante, llama la atención que ni las instituciones de la Unión (especialmente la Comisión) ni los Estados miembros se hubieran planteado seriamente en el momento de la (precipitada) negociación del Protocolo 16 los problemas jurídicos que podrían derivar del mismo en relación para la autonomía del Derecho de la Unión, mientras sí lo estaban teniendo en cuenta de manera concienzuda al negociar (paralelamente) el PAA.

### III. ...EN BUSCA DE UNA CONSOLIDACIÓN DEL DIÁLOGO JUDICIAL EN EL ESPACIO COMÚN EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS

#### 1. LA ADHESIÓN COMO OPORTUNIDAD PARA LA MEJORA DE LA COHERENCIA, LA LEGITIMIDAD Y LA CREDIBILIDAD DEL SISTEMA EUROPEO MULTINIVEL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Así las cosas, estamos embarcados en una compleja operación (política y jurídica) de notable envergadura con la que se materializará la incorporación de una organización internacional de carácter supranacional (con un ordenamiento específico y con una jurisdicción propia) a un tratado multilateral ela-



borado en el seno de otra organización internacional del que también son Parte sus 28 Estados miembros (junto a otros 19 no miembros) y con una jurisdicción diseñada para conocer en materia de derechos humanos de demandas presentadas contra Estados. El desafío y la ambición del proyecto ya determinan los riesgos y las dudas que se plantean. Es, incluso, comprensible que cuando los dos ‘novios’, UE y CEDH, tras un largo noviazgo de 35 años, se encuentran ya a las puertas del altar se lleguen a plantear en el último momento si realmente merecía la pena todo este lío<sup>16</sup>. Hasta es probable que en esta fase final del proceso se requiera un esfuerzo añadido de imaginación jurídica para encontrar la dosis de seducción que haga posible superar los problemas que la larga convivencia de hecho pone de manifiesto. Pero, en nuestra opinión, si se hace de manera correcta, la adhesión de la Unión al CEDH entraña más una oportunidad que un riesgo; siguiendo con el símil empleado, si el amor persiste y la ilusión de los últimos 35 años era formalizar un proyecto común, no hay motivos —al menos no de carácter jurídico— para no llevarlo a cabo. Puede suponer, en verdad, una mejora en la coherencia, la legitimidad y la credibilidad de todo el sistema (multinivel) europeo de protección jurisdiccional de los derechos humanos. Se requerirá, eso sí, que tanto la respuesta final del dictamen —que, dado el formato del mecanismo derivado del artículo 218.11 TFUE, exige un ‘sí’ o un ‘no’ a la pregunta sobre la compatibilidad del PAA con los tratados constitutivos— como, sobre todo, la argumentación que conduzca a ella esté a la altura de las circunstancias. No sea que, llegados a este punto, un ‘sí, pero’ resulte más contraproducente que un simple ‘no’ a tiempo.

En el caso de la Unión esa oportunidad lo es tanto para su ordenamiento jurídico como para el propio TJUE: en el primer caso, porque el Derecho de la UE verá reforzada su legitimidad (jurídica) y adquirirá en materia de derechos humanos una posición muy semejante a la de los propios ordenamientos nacionales frente al TEDH; y, en el segundo, porque el TJUE se verá definitivamente apuntalado frente a los Tribunales Constitucionales nacionales en uno de los flancos en los que siempre se ha mostrado vulnerable desde la

---

<sup>16</sup> Como Jörg Philipp TERHECHTE ha escrito recientemente de forma muy plástica «die EU und EMRK wirken bisweilen wie ein altes, im Kern unversöhnlich zerstrittenes Liebespaar, nur dass keiner der Liebenden auch nach über 30 Jahren die Kraft finden zu sagen: ‘Ich weib nicht mehr, warum wir eigentlich heiraten sollen»; en ILLIOPOULOS-STRANGAS/PEREIRA DA SILVA/POTACS (eds.), *Der Beitritt der Europäischen Union zur EMRK—The impact on the protection of fundamental rights in Europe—L’impact sur la protection des droits fondamentaux en Europe (SIPE)*, 2013, p. 23, especialmente p. 39.

inicial jurisprudencia *Solange I*, a saber, el de la adecuada garantía de los derechos fundamentales con un nivel de protección semejante al existente en los ordenamientos internos de los Estados miembros. En cierto sentido, bien podría considerarse que la eterna cuestión a propósito de una garantía suficiente de los derechos fundamentales en el ámbito de la UE quedaría definitivamente cerrada; e incluso podría abrir el camino a la atractiva (y ciertamente provocadora) idea de la ‘reverse *Solange*’<sup>17</sup>. Ello, además, posiblemente contribuiría de forma indirecta a buscar vías para ir solucionando también de manera adecuada el conflicto que en la actualidad persiste entre el TJUE y algunos Tribunales Constitucionales a propósito de la cuestión del eventual control por éstos de una posible actuación *ultra vires* de la Unión —del que algunos de los preocupantes pasajes de la cuestión prejudicial planteada recientemente por el Tribunal Constitucional alemán son buen ejemplo<sup>18</sup>— y, sobre todo, del que se vislumbra como verdadero caballo de batalla jurídica en el futuro, a saber, la difícil cuestión de la ‘identidad constitucional’<sup>19</sup> como límite a la actuación de la UE<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> Von BOGDANDY, A./KOTTMANN, M./ANTPÖHLER, C./DICKSCHEN, J./HENTREI, S./SMRKOLJ, M., «Reverse Solange: «Protecting the essence of fundamental rights against EU Member States», *Common Market Law Review* 2012, núm., 49, pp. 489-520.

<sup>18</sup> BVerfG, 2BvR 1390/12 de 17 de diciembre de 2013.

<sup>19</sup> Es una cuestión bien conocida en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional alemán que encuentra acomodo argumental de peso en la peculiar *cláusula de intangibilidad* derivada del artículo 79.3 de la Ley Fundamental de Bonn. Con todo, también nuestro Tribunal Constitucional tiene pronunciamientos en los que, directa o indirectamente, aborda esta delicada cuestión de los límites a la atribución del ejercicio de competencias derivada del artículo 93 de la Constitución. Lo hizo de manera clara, por ejemplo, en la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre de 2004 (*BOE* núm. 3, de 4 de enero de 2005) al referirse a la exigencia de «respeto de las estructuras constitucionales básicas nacionales entre las que se encuentran los derechos fundamentales» (FJ 3) y establecía, entrelazando la cuestión de la ‘identidad constitucional como límite’ y la posibilidad de un control del Derecho de la Unión por parte del TC lo siguiente: «en el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución española, sin que los hipotéticos excesos del Derecho europeo respecto de la propia Constitución europea [actualmente los tratados constitutivos de la Unión] fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en ésta [éste], en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado podría llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitaran» (FJ 4). El Alto Tribunal también retoma literalmente esta misma argumentación en la reciente sentencia que puso fin a la ‘saga *Melloni*’ (STC 26/2014, de 13 de febrero de 2014, *BOE* núm. 60, de 11 de marzo de 2014, FJ 3 *in fine*). Incluso indirectamente, aunque no se refiera a la

Pero también para el propio CEDH y para el TEDH la presencia de la Unión como una Parte más conlleva una evidente oportunidad; al margen, por supuesto, del balón de oxígeno presupuestario. El sistema de la Convención podría consolidarse como el orden supremo en el espacio común europeo encargado de realizar el control externo de cumplimiento de los derechos fundamentales, tanto sobre los 47 Estados miembros del CEDH, como sobre la organización internacional de carácter supranacional más desarrollada que se conoce. No deja de ser un refuerzo de la dimensión *constitucional* a la que también aspira este Tribunal internacional en el ya reiteradamente citado triángulo judicial europeo<sup>21</sup>.

## 2. NECESIDAD DE SUPERAR EL PARADIGMA DE LA ‘ÚLTIMA PALABRA’

Ante este reto no parece razonable que el problema de fondo termine reconduciéndose, directa o veladamente, a la ya conocida cuestión de la ‘última palabra’ (*Letzentscheidung*). Precisamente, en un reciente artículo, el actual

---

cuestión europea, en la reciente (y muy interesante) sentencia a propósito de la Declaración del Parlamento de Cataluña sobre soberanía y derecho a decidir del pueblo de Cataluña (STC 42/2014, de 25 de marzo de 2014, *BOE* núm. 87, de 10 de abril de 2014), el Alto Tribunal reconoce implícitamente (aunque sea de forma no muy elaborada) una suerte de cláusula de intangibilidad (irreformable de la Constitución) (FJ 4,c); de este modo, en nuestro ordenamiento constitucional tiene cabida una reforma constitucional «siempre que no se prepare o defienda a través de una actividad de que vulnere los principios democráticos, los derechos fundamentales o el resto de los mandatos constitucionales, y el intento de su consecución efectiva se realice en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución».

<sup>20</sup> Cfr., por ejemplo, VON BOGDANDY, A./SCHILL, S., «Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty», *Common Market Law Review* 2011, núm. 48, pp. 1-38.

<sup>21</sup> No es en absoluto novedoso referirse en un sentido convenido al CEDH como una suerte de *Constitución* o *cuasiconstitución* en materia de derechos fundamentales y, por ende, a la función del TEDH como una función de naturaleza igualmente *constitucional* o *cuasiconstitucional*. Véase, por ejemplo, COHEN-JONATHAN, G., «La fonction quasi constitutionnelle de la Cour européenne des droits de l’homme», en AA.VV., *Renouveau du droit constitutionnel Mélanges en l’honneur de L. Favoreu*, 2007, pp. 1127-1153; WALTER, Ch., «Die Europäische Menschenrechtskonvention als Konstitutionalisierungssprozess», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 1999 núm. 59, pp. 961-983; HOFFMEISTER, F., «Die Europäische Menschenrechtskonvention als Grundrechtsverfassung und ihre Bedeutung in Deutschland», *Der Staat* 2001, núm. 40, p. 349-381, especialmente pp. 353-354

presidente del Tribunal Constitucional alemán analiza la relación entre Estrasburgo y Luxemburgo formulando una pregunta que, en realidad, trasluce a las claras el verdadero recelo de fondo de buena parte de los análisis sobre esta cuestión: «¿queda reservado para Estrasburgo el último baile?»<sup>22</sup>. Sin duda, resulta legítimo sospechar que en el subconsciente del TJUE (o de algunos de sus jueces) pueda latir el recelo a perder el derecho a ‘la última palabra’ en el ámbito del Derecho de la UE cuando se trate de la protección de los derechos fundamentales. En cierto sentido, es seguro que no pocos analistas pensarán que el TJUE podría tener frente al TEDH un resquemor semejante al que algunos Tribunales Constitucionales nacionales de los Estados miembros (especialmente el alemán) vienen mostrando desde la década de los setenta del siglo pasado frente al principio de primacía elaborado por el propio TJUE. Pero tal enfoque resulta del todo punto erróneo y desacertado. Más aún, resulta un enfoque obsoleto.

En nuestra opinión, el planteamiento correcto de la cuestión no es hacerlo en términos de ‘última palabra’. Parece claro que la formulación de las relaciones entre tribunales en el triángulo judicial europeo no puede plantearse bajo los viejos parámetros de la jerarquía o la pirámide normativa, sino desde el prisma de la especialización. No corresponderá al TEDH la tarea de analizar la interpretación y la validez del Derecho de la Unión; tal misión seguirá correspondiendo en exclusiva al TJUE. Lo único que la adhesión de la Unión al CEDH conlleva es la introducción de un nuevo mecanismo de control externo por parte del TEDH para garantizar convenientemente el cumplimiento del estándar mínimo de derechos humanos derivados del CEDH, que es de idéntica naturaleza al que ya realiza respecto a los Tribunales Constitucionales nacionales; y se corresponde plenamente con el protagonismo que el TEDH ha ido ganando en el marco del diálogo judicial en materia de derechos humanos en consonancia con su naturaleza *constitucional* en el ámbito de la CEDH. Por ello, retomando de nuevo las interesantes palabras del actual Presidente del Tribunal Constitucional alemán, el sistema de protección de los derechos fundamentales es más fácil de explicar si se prescinde del enfoque piramidal<sup>23</sup>. Por tanto, a nuestro juicio, probablemente sería más correcto plantear la cuestión de la adhesión de

---

<sup>22</sup> VOBKUHLE, A.: «Pyramide oder Mobile? - Menschenrechtsschutz durch die europäischen Verfassungsgerichte», *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 2014, pp. 165-167, en p. 167 («ist der letzte Tanz für Straßburg reserviert?»).

<sup>23</sup> *Ib.*, p. 167 («es hat sich gezeigt, dass das System des europäischen Menschenrechtsschutzes leichter zu fassen ist, wenn man es sich nicht als Pyramide, sondern als Mobile vorstellt»).

la UE al CEDH desde la perspectiva de la *coherencia* entre ordenamientos en materia de protección de derechos humanos (Constituciones nacionales, CDFUE y CEDH) y desde la de la *conurrencia* entre jurisdicciones (tribunales nacionales, TJUE y TEDH). En este sentido, no habría que escandalizarse en absoluto si, como también ocurre a todos los Estados Parte del CEDH en mayor o menor medida, en algún ámbito concreto del Derecho de la UE la adhesión de la UE al CEDH exigiera realizar alguna adaptación. En este sentido, quizá el principio *ne bis in idem* o aspectos muy concretos de los procedimientos existentes en materia de Derecho de la Competencia podrían plantear algunos problemas de encaje que necesariamente habría que afrontar.

Es más, al final, si el TJUE considerase que el PAA no es compatible con los tratados constitutivos sería inevitable tener la sensación de que, en realidad, no desea someterse a un control externo en materia de derechos fundamentales. En este hipotético escenario a nadie podría extrañar que surgieran nuevos resquemores en los otros dos vértices del reiteradamente citado triángulo judicial europeo. Los Tribunales Constitucionales nacionales podrían reaccionar revisando sus respectivas jurisprudencias *Solange* asumiendo un papel menos ‘amigable’ con la jurisprudencia del TJUE; y el TEDH podría, a su vez, reinterpretar su jurisprudencia *Bosphorus* renunciando a la presunción de la protección equivalente y entrando a realizar *de facto* el control externo de los derechos fundamentales que el TJUE le negara *de iure*<sup>24</sup>.

Bajo el paradigma de la ‘última palabra’ es obvio que todos pierden. También el TJUE.

### 3. CITA CON LA AMBICIÓN Y LA ALTURA DE MIRAS

Ha llegado, pues, un momento decisivo para el TJUE. Es una de esas ocasiones en las que toca justificar su naturaleza de verdadero *Tribunal Cons-*

---

<sup>24</sup> No parece éste el lugar más adecuado para explayarnos en la no necesidad de mantener a partir de la adhesión de la Unión al CEDH la conocida doctrina *Bosphorus*. Sí puede, empero, recordarse que por un sector de la doctrina ha sido siempre entendida como una suerte de doctrina *Solange* del TEDH. Para otro sector doctrinal esconde, sin embargo, un privilegio de la Unión y/o de los Estados que aplican Derecho del Unión sin margen alguno de decisión. En todo caso, por lo que afecta a este comentario, parece pertinente subrayar que, hasta donde sabemos, en ningún momento de las negociaciones del proyecto de Acuerdo se intentó incluir una cláusula que recogiese la doctrina *Bosphorus*, por lo que finalmente corresponderá al TEDH determinar su vigencia o no. En el fondo, en nuestra opinión, no hubiera tenido ningún sentido hacerlo.

*titucional* de la comunidad de Derecho que es la Unión a través, sobre todo, de un particular esmero en la argumentación jurídica de su dictamen.

Ciertamente, el dictamen 2/2013 no supone *per se* el final del proceso de adhesión de la Unión al CEDH ya que, si el TJUE finalmente despejara las dudas jurídicas a las que nos hemos referido *ut supra* en el sentido de considerar el PAA compatible con los tratados constitutivos, restarían aún algunos pasos suplementarios para alcanzar definitivamente la adhesión de la Unión al CEDH. Del lado de la Unión, además del correspondiente respaldo del Parlamento Europeo (art. 218.6 a ii TFUE), se requerirá la aprobación por unanimidad en el Consejo y la posterior ratificación también por todos los Estados miembros (art. 218.8 TFUE). Del lado del CEDH, se precisará también la ratificación de sus (restantes) Partes contratantes. Y, sin duda, la doctrina y el propio Tribunal de Justicia tendrían durante bastantes años trabajo suficiente para dar respuesta a los interrogantes jurídicos que con seguridad se irían planteando en la práctica postadhesión<sup>25</sup>.

Pero, en todo caso, sí nos encontramos ante una de esas escasas ocasiones en las que el TJUE está llamado a dictar, con altura de miras, una resolución de trascendencia constitucional susceptible de influir de manera relevante en el devenir del proceso de integración europea y, en este caso, también en las relaciones con el sofisticado sistema de protección internacional de derechos humanos construido en el marco del Consejo de Europa. El Tribunal de Justicia debe responder al desafío con una construcción argumental basada obviamente en el Derecho, pero a sabiendas de la enorme repercusión que cobrará la opción por una u otra de las posibles interpretaciones. Tiene, a la postre, una oportunidad de oro para contribuir a la convergencia entre las dos organizaciones internacionales construidas en el continente europeo tras la II Guerra Mundial para desterrar las sombras de la primera mitad del siglo XX, que la efemérides de 1914 nos está recordando en las conmemoraciones de estos días.

---

<sup>25</sup> Podría empezarse, quizá, por la atractiva cuestión del papel que, una vez materializada la adhesión al CEDH, jugará el Convenio en el sistema de fuentes de la Unión. En el fondo, este tema conduce, a su vez, a las ya conocidas cuestiones de la aplicabilidad (o no) a este Convenio de la doctrina *Haegemann* clásica sobre eficacia directa de los tratados internacionales celebrados por la UE como consecuencia de su consideración de «parte integrante del ordenamiento jurídico de la Unión», así como a la ya mencionada relación del CEDH con la Carta (art. 52.3 CDFUE) y con el mantenimiento de los principios derivados de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros a través del artículo 6.3. TUE.

En suma, como ocurrió en el pasado con otros casos emblemáticos que se estudian hoy con absoluta naturalidad en todas las Facultades de Derecho europeas, el TJUE tiene en el dictamen 2/2013 una cita con la ambición. La ambición de contribuir a mejorar el sistema europeo de protección de los derechos humanos y dar un generoso impulso al necesario diálogo judicial entre los tres niveles de tribunales europeos con pretensión *constitucional* (los Tribunales Constitucionales, el TEDH y el propio TJUE). Esperemos que esté a la altura de las circunstancias...

Madrid, junio de 2014.





## INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

**1. Temas de interés.** La *Revista de Derecho Comunitario Europeo* publica desde 1974 trabajos originales de investigación sobre Derecho europeo.

**2. Originalidad.** Todos los Estudios y Notas deberán ser inéditos: no se publicarán trabajos publicados ya en otras revistas o en libros o en actas de congresos. Pero si un autor deseara publicar un trabajo, previamente publicado en la *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, en otra revista española o extranjera o en algún libro colectivo deberá hacer constar en nota que el trabajo se publicó previamente en la *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, indicando el número, año y páginas.

**3. Envío de originales.** Los originales se enviarán en lengua castellana, escritos en Microsoft Word. Se harán llegar preferentemente por correo electrónico a la dirección public@cepc.es; o, si ello no fuera posible, en papel (una copia), con un archivo en CD, a nombre del Director Ejecutivo de la *Revista*, a la dirección: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Plaza de la Marina Española 9, 28071 MADRID. Excepcionalmente podrá tomarse en consideración la publicación de originales enviados en lengua inglesa. Se acusará recibo de todos los originales en el plazo de treinta días desde su recepción.

**4. Epígrafes, Sumario, Resúmenes, Palabras clave, Títulos.** Los trabajos se estructurarán en epígrafes y subepígrafes con el orden de sucesión de numerales —I (II, III, IV...)—1 (2,3,4...) —A (B, C, D...)—a (b, c, d,...)—i (ii, iii, iv...). Los originales deben ir acompañados de un Sumario en forma de esquema con los numerales referidos. También de un resumen en castellano, en francés y en inglés. Igualmente, deben añadirse las Palabras Clave (en castellano, francés e inglés), y el título del trabajo traducido al inglés y francés.

**5. Estudios.** Los originales de los ESTUDIOS no sobrepasarán las 40 hojas a doble espacio en DIN A4 (Times New Roman tamaño 12). En dichos límites se incluyen las notas a pie de página (dos puntos inferiores), pero no los resúmenes en castellano, inglés y francés.

**6. Notas.** Los originales de las NOTAS no sobrepasarán las 25 hojas a doble espacio en DIN A4 (Times New Roman tamaño 12). En dichos límites se incluyen las notas a pie de página (dos puntos inferiores), pero no los resúmenes en castellano, francés e inglés.

**7. Jurisprudencia.** Los Comentarios breves de Jurisprudencia no sobrepasarán las 15 hojas a doble espacio en DIN A4 (Times New Roman tamaño 12), en su caso refiriendo las citas literales de las resoluciones judiciales en las notas a pie de página.

**8. Citas.** Las referencias bibliográficas se ordenarán alfabéticamente por apellidos, en mayúsculas, del autor. Todas las notas irán a pie de cada página, numeradas mediante caracteres arábigos.

En las citas de libros, éstos van escritos en cursiva (Ejemplo, LÓPEZ LÓPEZ, J. D. A., *Instituciones de Derecho Europeo*, Ed. Europa, Madrid, 2007, en pp. 54-92).

En las citas de artículos, el título del trabajo va entrecomillado, y en cursiva sólo la Revista u obra colectiva (Ejemplo, LÓPEZ LÓPEZ, J. D. A., "Relaciones entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de derechos fundamentales", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 37, 2005, pp. 54-92).

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo debe referirse según el sistema de cita del Tribunal (Ejemplo, Sentencia de 12 de octubre de 2000, España/Comisión, C-480/98, Rec. p. I-8717, apartado 149).

Las referencias textuales de frases o párrafos de trabajos de otros autores o de documentos o resoluciones judiciales irán entrecomilladas, sin cursiva, preferiblemente en notas a pie de página. Se ruega reducir al mínimo las citas de direcciones o enlaces a sitios WWW localizables a través de Internet.

**9. Proceso de Publicación.** El Comité de Redacción decidirá la publicación de los trabajos (Estudios y Notas) sobre la base de dos informes de evaluación, emitidos por sendos especialistas ajenos a la organización editorial de la revista, aplicándose el método doble ciego. Se valorarán la creatividad, rigor, metodología, propuestas y aportaciones de los trabajos. El proceso interno de evaluación garantizará el anonimato. La publicación podrá quedar condicionada a la introducción de cambios con respecto a la versión original, y sujeta a modificaciones conforme a Reglas de edición. La comunicación de la decisión sobre la publicación, la publicación previa revisión, o la no publicación, será motivada y no excederá de seis meses. Los autores de trabajos aceptados para publicación podrán ser requeridos para la corrección de pruebas de imprenta, que habrán de ser devueltas en el plazo de 48 horas. No se permitirá la introducción de cambios sustanciales en las pruebas, quedando éstos limitados a la corrección de errores con respecto a la versión aceptada.

**10. Libros y Recensiones.** Los libros enviados a la RDCE serán objeto de publicación en una Lista de libros recibidos. La Dirección de la RDCE encargará en determinados casos una Reseña, Recensión o Comentario. Sólo se publicarán las Recensiones encargadas por la RDCE.

**11. Copyright.** Es condición para la publicación que el autor o autores ceda(n) a la *Revista* los derechos de reproducción. Si se producen peticiones de terceros para reproducir o traducir artículos o partes de los mismos, la decisión corresponderá al Consejo de Dirección.

**12. Advertencia.** Cualquier incumplimiento de las presentes Normas constituirá motivo para el rechazo del original remitido.



18,00 €