

JOSÉ MANUEL CORTÉS MARTÍN, *Avatares del proceso de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Reus Editorial, 2018, 247 págs.

La presente obra aborda una cuestión de gran envergadura que tras cuatro décadas va camino de convertirse en histórica: la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos, orientada a lograr la «cuadratura del círculo» en cuanto a la protección de los derechos fundamentales en el sistema jurídico de la Unión Europea. Una adhesión que comportaría sincronizar definitivamente las lógicas jurídicas de la Unión Europea y del Consejo de Europa, y en particular del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sin duda su autor, Cortés Martín, cuenta con una acreditada y cualificada trayectoria investigadora en el estudio de la responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales para abordar este caso hipotético de *lex specialis*; debe destacarse igualmente su amplio bagaje en el estudio minucioso y crítico de las relaciones Unión Europea-CEDH. Lejos de ser un réquiem por una adhesión difunta, tras el contundente y ampliamente criticado dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, esta obra con ánimo esperanzador se aproxima a la adhesión como una cuestión viva y que sigue siendo necesaria para evitar situar a los jueces nacionales ante eventuales obligaciones internacionales contradictorias: una disyuntiva en la que algunas jurisdicciones supremas de algunos Estados miembros se sitúan en materias del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, como asilo y refugio, o la orden europea de detención y entrega, a la hora de decantarse entre la confianza mutua y la exigencia de un escrutinio más escrupuloso e individualizado del respeto a los derechos humanos. El Tratado de Lisboa, con la redacción conferida al art. 6.2 del TUE, convierte la adhesión en imperativa, eso sí, sometida a las condiciones establecidas en su Protocolo núm. 8 y actualmente a los exacerbados y exagerados impedimentos erigidos por el Tribunal de Justicia en su dictamen 2/13. Todas las objeciones suscitadas por el Tribunal de Justicia se reconducen a una sacralizada visión de la autonomía y especificidad del ordenamiento de la Unión Europea que en palabras de Cortés Martín pueden ser superadas si hay realmente, como parece, una voluntad de culminar este proyecto mediante cambios de redacción del proyecto de adhesión de 2013, con precisiones adicionales en el informe explicativo, declaraciones interpretativas, normas internas o mediante la formulación de reservas admisibles de acuerdo con el art. 57 CEDH: probablemente, el Tribunal de Justicia pueda haber descubierto o descubra en el futuro que «el Derecho de la Unión no es tan autónomo de los ordenamientos constitucionales y del Derecho internacional de los Derechos humanos» como él creía (p. 211).

La obra se estructura en cuatro capítulos precedidos de una introducción. En primer lugar, se presenta la arquitectura de la Unión Europea en materia de derechos fundamentales, los antecedentes de la adhesión y el transcurso de las exitosas negociaciones que desembocaron en junio de 2013 en la presentación al Comité Directivo de Derechos Humanos del Consejo de Europa del proyecto revisado de acuerdo para la adhesión junto con otros proyectos de actos jurídicos que los negociadores consideraron como un todo integrado. La Comisión solicitó al TJUE un dictamen al abrigo del art. 218.11 TFUE en el que el Tribunal consideró incompatible con los tratados el proyecto en diciembre de 2014. Tanto del lado del Consejo de Europa, en su Asamblea Parlamentaria, como del lado de la Unión, en el Consejo, siguieron al dictamen manifestaciones de recordar el compromiso con la adhesión.

En el primer capítulo se expone por qué sigue siendo necesaria la adhesión de la Unión Europea al CEDH (piénsese en la incompetencia del Tribunal de Justicia para evaluar si el derecho originario respeta los derechos fundamentales, en la legitimación activa de los particulares para atacar actos de alcance general o en el alcance de su jurisdicción en el ámbito PESC), así como cuáles son las incertidumbres e incoherencias del *statu quo* actual: la jurisprudencia tanto del TEDH como de la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos ha otorgado un valor capital a la cooperación internacional, con una especial deferencia hacia el proceso de integración europea, señalando reiteradamente que cuando los Estados miembros transfieren competencias a una organización internacional continúan siendo responsables de mantener en dichos ámbitos las garantías que el CEDH establece. El TEDH ha rechazado que los Estados miembros puedan ser considerados como agentes de la Unión cuando ejecutan obligaciones comunitarias incluso sin margen de discrecionalidad. Dadas las peculiaridades del federalismo ejecutivo de la Unión, su derecho se ha visto sometido de forma insatisfactoria a un escrutinio indirecto ante el TEDH por intermediación de sus Estados miembros, a los que se atribuiría el hipotético hecho ilícito: de un lado, los Estados miembros pueden verse impelidos ante el TEDH a defender la convencionalidad de un acto de derecho derivado del que no son los autores inmediatos sin que la Unión Europea, más allá de su participación como *amicus curiae*, pueda tener una participación activa ante las instancias de control del CEDH; de otro lado, si la eventual violación del CEDH estuviera residenciada en el derecho originario, el demandante debería proceder colectivamente contra todos los Estados miembros. Esta situación ha sido parcialmente salvada con la doctrina *Bosphorus*, que establece la presunción *iuris tantum* de compatibilidad del derecho de la Unión con el CEDH, salvo que pueda acreditarse una «insuficiencia manifiesta». En todo caso, continúa existiendo *ratione personae* la denominada como «laguna *Connolly*»: la ausencia de jurisdicción del TEDH con respecto

a eventuales infracciones atribuibles en exclusiva a instituciones u organismos de la Unión donde no hay intervención de los Estados miembros.

El segundo capítulo se dedica a exponer la vigencia de la presunción de protección equivalente del derecho de la Unión, de forma comparativa con la doctrina aplicada por el TEDH en relación con otras organizaciones internacionales y aventurándose a pronosticar su pervivencia tras la adhesión. Tanto este capítulo como el anterior muestran una de las evidentes fortalezas del presente trabajo: un intenso y exhaustivo análisis y rigurosa sistematización de la jurisprudencia más relevante. El autor defiende la pertinencia de una presunción de protección equivalente que perviva incluso tras la adhesión, como evidencia el más reciente asunto *Avotins c. Letonia*, donde habría mimbres suficientes para su abandono, dada la singularidad del ordenamiento jurídico de la Unión. Una presunción, no obstante, que no goza de carácter absoluto y que puede revertirse en caso de deficiencia manifiesta (*Michaud c. Francia*), y que tampoco puede extenderse de forma automática a todo su ordenamiento, sino que en buena medida depende del ámbito material concreto, del grado de discrecionalidad de que gocen las autoridades nacionales y de las oportunidades, especialmente, de que goce el TJUE para intervenir y proteger los derechos fundamentales. El incumplimiento del deber de plantear la cuestión prejudicial por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales y el abuso de la doctrina del acto claro son dos potenciales riesgos para el derecho a un proceso equitativo que el TEDH ha ayudado a corregir parcialmente: exigiendo que los órganos jurisdiccionales nacionales motiven su decisión de no plantear la cuestión prejudicial para que no sea reputada como arbitraria, pero limitándose a un escrutinio administrativo que no entra a analizar ni detectar los errores que el juez nacional pueda cometer en la interpretación o aplicación del derecho de la Unión (como sería una errónea interpretación de la doctrina del acto claro). Lógicamente, el autor muestra sus dudas acerca de la pervivencia de la doctrina de la protección equivalente ante algunos «engendros institucionales» surgidos en la nueva gobernanza de la Unión que amplían las funciones y atribuciones de algunas instituciones de la Unión fuera del marco jurídico de la misma y cuyas decisiones no admiten un recurso directo para el control de legalidad por parte de los particulares (caso del Mecanismo Europeo de Estabilidad).

El tercer capítulo encara los problemas de incompatibilidad del proyecto de acuerdo con el derecho de la Unión. El proyecto prevé la adhesión de la Unión, además de al propio CEDH, a sus protocolos adicionales núms. 1 y 6, en los que todos los Estados miembro son parte, con la importante cautela de que la adhesión no entrañe una ampliación de competencias de la Unión en materia de derechos fundamentales y que se respete la situación particular de cada Estado miembro con respecto al CEDH (medidas excepcionales

introducidas de conformidad con su art. 15 o reservas del art. 57). Con ánimo de salvaguardar la autonomía del derecho de la Unión, el proyecto introduce dos novedades de aspecto procesal (la institución del codefensor y el mecanismo de intervención previa) que singularizan a la Unión con respecto a los restantes Estados parte en el CEDH. Ambas figuras fueron consideradas como insuficientes por parte del Tribunal de Justicia al no preverse modos de funcionamiento del mecanismo de codemandado y del procedimiento de intervención previa que permitieran preservar las características específicas del derecho de la Unión: en el caso del codemandado, con una exacerbada visión del reparto competencial entre la Unión y sus Estados miembros como *res inter alios acta*, en línea con el dictamen 1/78, confundiendo probablemente la atribución de responsabilidad internacional con la distribución de competencias (habiendo sido rechazada por la CDI la asimilación sujeto competente/sujeto responsable); y en el segundo caso, debido a que el mecanismo de intervención previa estaría limitado a asuntos donde se viese afectada la validez de un acto de la Unión, sin incluir los supuestos donde la problemática girase únicamente en torno a su interpretación. Un obstáculo esencial a la compatibilidad del proyecto fue hallado en la ausencia de un mecanismo de coordinación entre el art. 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión y el art. 53 CEDH que garantizase la prevalencia de su doctrina *Melloni*, con exclusión de todo otro estándar de protección de un derecho fundamental que pudiera ir en detrimento de la primacía, unidad y efectividad del derecho de la Unión. Seguramente el argumento más endeble y peregrino para rechazar la adhesión fue el relativo al Protocolo núm. 16 al CEDH, que entrará en vigor el próximo 1 de agosto, que solo a día de hoy han ratificado cinco Estados miembros y que tan solo prevé la posibilidad de que las jurisdicciones supremas de los Estados parte soliciten una opinión consultiva al TEDH: facultad que no debe restringir la facultad u obligación de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de plantear la cuestión prejudicial. Igualmente sería necesario, según el Tribunal de Justicia, que se efectuara una exclusión expresa de la posibilidad de llevar ante el TEDH los litigios relativos a la aplicación del CEDH en el ámbito material del derecho de la Unión entre Estados miembros o entre estos y la Unión, en consonancia con su lectura del art. 344 TFUE. Los motivos de objeción de más enjundia y que son retomados en el siguiente capítulo son: la necesidad de salvaguardar el principio de confianza mutua en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia y la insuficiente tutela jurisdiccional en ciertos ámbitos de la PESC. No obstante, no había ninguno de estos motivos que llevase a la abogada general Kokott a considerar el proyecto de acuerdo como incompatible; todos podían salvarse a su juicio con declaraciones interpretativas.

El cuarto capítulo de la presente monografía formula importantes reflexiones orientadas a una eventual renegociación del proyecto de adhesión. Cortés Martín defiende que el Tribunal de Justicia podría haber hecho una defensa menos exacerbada de la autonomía del derecho de la Unión en línea con la opinión de la abogada general Kokott. Una adhesión que respete de forma minuciosa y escrupulosa todas las modificaciones del proyecto de adhesión que comporta el dictamen 2/13, suponiendo que fuese aceptada por los demás Estados parte en el CEDH —incluida la Federación Rusa— tendría, en el mejor de los casos, un valor sustancial añadido en cuanto a la protección de los derechos humanos muy mermado con respecto a su propósito original. El principio de confianza mutua en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia impide a los Estados miembro exigir a otro Estado miembro un nivel de protección nacional superior al requerido por el derecho de la Unión y solo permite verificar, en supuestos excepcionales, si otro Estado miembro en un caso concreto ha respetado los derechos fundamentales garantizados por el derecho de la Unión. Lógicamente, en este terreno, debido a las diferentes funciones a las que sirven, puede existir entre el TEDH y el TJUE una verdadera divergencia: aunque el dictamen 2/13 resulta contraproducente, puesto que el reconocimiento mutuo ya ha llegado al TEDH y el hecho de que la Unión no pueda ser la demandada desalienta en algunos casos la confianza mutua si ello puede traducirse *a posteriori* en una condena ante el TEDH. El Tribunal de Justicia se ha ido convirtiendo en un verdadero adjudicador en materia de derechos humanos en asuntos relativos a la cooperación civil donde los derechos fundamentales aparecen en el marco de la cláusula de orden público, en la cooperación penal con los motivos de no ejecución de la orden europea de detención y entrega, en cuestiones de asilo y de aplicación del Reglamento Dublín, o en asuntos relativos a la entrega de menores en el contexto del Reglamento Bruselas II bis. El asunto *Tarakhel c. Suiza* ante el TEDH fue expuesto como paradigma de la contradicción entre ambas jurisdicciones; sin embargo, con posterioridad el TJUE parece haber adoptado en el marco del Reglamento Dublín un enfoque más flexible en asuntos como *C. K.*, o *Al Chodor*, donde más allá de la existencia de deficiencias sistémicas la situación particular del solicitante de asilo puede exceptuar su traslado a otro Estado miembro teóricamente responsable. Este enfoque más flexible también se aprecia en el asunto *Pál Aranyosi y Robert Căldăraru*, donde el tribunal de ejecución de la orden europea de detención y entrega debe cerciorarse de que no exista un riesgo real de tratos inhumanos y degradantes del detenido en el Estado miembro de emisión, antes de poder proceder a su entrega, habida cuenta la existencia de condiciones de reclusión degradantes previamente constatadas por el TEDH. El TEDH, por su parte, ha avalado explícitamente el principio de confianza mutua en el ámbito de la orden europea de detención

y entrega, tendiendo a concentrar, salvo casos excepcionales, los controles en el Estado de emisión. Aunque el TEDH ha criticado de forma expresa este apartado del dictamen 2/13, puesto que esa limitación del control a situaciones excepcionales por parte del Estado requerido podría comportar una deficiencia manifiesta si se impide al juez la facultad de proceder a un control adaptado a la gravedad de alegaciones serias de violaciones graves de derechos humanos en el Estado de origen. En conclusión, la divergencia no parece ser infranqueable y parece que el Tribunal de Justicia ha flexibilizado su postura inicial: una renegociación permitiría buscar una solución de compromiso que garantizase un justo equilibrio entre la eficacia de la cooperación entre Estados miembros y la protección de los derechos humanos (igualmente, el derecho derivado puede facilitar algunas problemáticas como la relativa a los juicios en rebeldía a la hora de convertir al reconocimiento mutuo en piedra angular de la cooperación judicial en materia civil y penal —véase la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio—).

Finalmente, el otro gran obstáculo a la adhesión se encuentra en la insuficiente atribución jurisdiccional al Tribunal de Justicia en el ámbito de la PESC: si el Tribunal de Justicia carece de competencia ningún otro tribunal internacional podrá tenerla. En todo caso, un acuerdo internacional podría conferirle al TJUE nuevas competencias si tal atribución no desvirtúa sus funciones ya vigentes. Asuntos relativos como el relativo al acuerdo con Tanzania (C-263/14) o *Rosneft* muestran un camino hacia una paulatina erosión de la incompetencia del Tribunal de Justicia en este ámbito. El autor propone un abandono de la doctrina *Foto-Frost* en este ámbito, dado que si el TJUE carece de competencias sobre ciertas normas, no puede ser el guardián de su uniformidad, y que esta laguna sea colmada ante los tribunales nacionales como tribunales ordinarios de la Unión, contando con la asistencia prejudicial en su caso del Tribunal de Justicia. Este incierto camino sería preferible a «aceptar simple y llanamente una laguna en nuestro sistema de protección jurisdiccional y vetar al mismo tiempo la adhesión de la Unión al CEDH» (p. 219).

En tanto no se ha producido la adhesión se han producido algunos supuestos significativos ante las jurisdicciones supremas de algunos Estados miembros que son destacados por el autor: el asunto *Eritrea* ante la Corte Suprema de Reino Unido, donde el razonamiento seguido fue similar a *Tarakhel c. Suiza*; y una Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 15 de diciembre de 2015 donde efectuó un control de identidad constitucional del derecho europeo en relación con la ejecución de una orden de detención.

Cabe finalizar felicitando a Cortés Martín por su riguroso y exhaustivo trabajo, y recomendando su lectura. Se trata de una aportación necesaria que

debe ser bienvenida en la doctrina iusinternacionalista española. Cuenta con un importante elenco doctrinal y jurisprudencial, y termina con un apartado de conclusiones a modo de recapitulación donde el autor formula propuestas plausibles de *lege ferenda* tendentes a hacer realidad un proyecto de adhesión necesario para «culminar esta vieja aspiración para aportar legitimidad, seguridad jurídica, coherencia y credibilidad al sistema de protección de los derechos humanos en la Unión» (p. 219).

Rafael Marín Aís
Universidad de Granada