

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EN BUSCA DE UN NUEVO EQUILIBRIO

Acerca del Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia,
sobre la compatibilidad con los Tratados constitutivos
del Proyecto de acuerdo internacional de adhesión de la Unión
Europea al Convenio Europeo para la Protección
de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

*The European Union's fundamental rights: Searching
for a new equilibrium*

MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ

I. EL CONTEXTO DE LA ADHESIÓN: AUTONOMÍA Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN BUSCA DE UN NUEVO EQUILIBRIO: 1. *La ampliación del ámbito de eficacia de los derechos fundamentales de la Unión*: a) *La presencia de una obligación comunitaria como condición para activar la tutela de los derechos fundamentales de la Unión*. b) *Más allá de la aplicación del Derecho de la Unión: la desactivación de los derechos fundamentales estatales en el seno de la confianza mutua*. 2. *De la protección jurisdiccional suficiente a la protección jurisdiccional necesaria*. 3. *De la convergencia de contenidos a la emancipación conceptual de los derechos fundamentales de la Unión*.—

II. EL REFORZAMIENTO DEL NUEVO EQUILIBRIO: LAS REGLAS DEDUCIBLES DEL DICTAMEN 2/13: 1. *El CEDH no es un instrumento para ordenar las relaciones entre el ordenamiento de la Unión y el del Estado*. 2. *El CEDH no ha de alterar las funciones esenciales del sistema jurisdiccional de la Unión*. 3. *El CEDH no es fuente de convergencia*.—III. ¿CUÁL ES EL SENTIDO ACTUAL DE LA ADHESIÓN AL CEDH?

El Tratado de Lisboa ha reconfigurado la finalidad y el sentido del mandato de adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos (desde ahora, CEDH) (1). Lo inserta en el artículo 6 del Tratado de la Unión, junto a los

(1) Este régimen ha de leerse como una translación de las condiciones impuestas a la adhesión por el Dictamen 2/94, EU:C:1996:140, que entonces estipuló la falta de competencia de la Unión para adherirse al CEDH. Véase en detalle D. HALBERSTAM, «“It’s the autonomy stupid” A modest defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the way forward», *German Law Journal*, vol. 16, núm. 1, 2015, págs. 105-146, en concreto pág. 109. En cualquier caso, para un conocimiento completo del contexto me remito al capítulo I del excelente trabajo de J. R. MARRÍN AÍZ, *La participación de la Unión Europea en Tratados internacionales para la protección de los derechos humanos*, Tecnos, 2013.

principios generales y la Carta, abriendo así un complejo escenario de triple reconocimiento de los derechos fundamentales (2). A su vez, el Protocolo núm. 8 fija los términos que deben condicionar la ratificación. Exige preservar «las características específicas» de la Unión y de su ordenamiento, que incluiría en todo caso la autonomía de éste, con singular atención a la correcta determinación de la responsabilidad por incumplimiento del Estado o de la Unión. Y se hace mención a la necesidad de respetar las competencias, las atribuciones de las instituciones (subrayando la reserva de jurisdicción del Tribunal de Justicia) y las excepciones que hayan fijado los Estados miembros al Convenio.

En un escalón ulterior, el proyecto de acuerdo que debería de haber materializado la adhesión ha creado dos técnicas para asegurar el respeto a las «características específicas» del Derecho de la Unión (3). La primera, el *co-respondent*, es una particular figura procesal que trata de garantizar la tutela judicial ante aquellos supuestos en los que el acto al que se le atribuye la vulneración del CEDH imbrica de forma tan intensa a la Unión y al Estado miembro, que conviene situar a los dos en la parte pasiva de la relación procesal. Situación que se dará al imputar la lesión a los Tratados constitutivos (entonces los Estados miembros serán *co-respondent*) o cuando el reproche se achaque a una medida estatal, cuyo vicio se deriva de su obligación de respetar el Derecho de la Unión, compromiso que sólo puede cumplir vulnerando el CEDH. La segunda técnica consiste en la intervención previa del Tribunal de Justicia para enjuiciar, si no lo ha hecho antes, la disposición comunitaria de la que se deduce la lesión de un derecho fundamental del Convenio. Se trata de mantener el carácter subsidiario de la intervención del TEDH, pensando sobre todo que el litigio le haya llegado tras un recorrido procesal en el que la jurisdicción ordinaria no ha planteado cuestión prejudicial.

(2) Por todos, R. ALONSO GARCÍA, *El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales —Discurso leído el día 24 de febrero de 2014 en su recepción pública como Académico de Número*, Aranzadi, 2014; S. MUÑOZ MACHADO, «Los tres niveles de garantías de los derechos fundamentales en la Unión Europea: problemas de articulación», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 50, 2015, págs. 195-230.

(3) El objetivo de este ensayo no me permite detenerme en un análisis detallado de estos mecanismos, bastando, creo, comprender su funcionamiento básico. Por otro lado, su problemática específica ya la he analizado en un estudio anterior al que me remito, referencia que sirve también para la bibliografía que ha tratado el asunto, M. AZPITARTE SÁNCHEZ, «Autonomía del ordenamiento de la Unión y derechos fundamentales: ¿presupuestos contradictorios? La adhesión al Convenio como respuesta», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 48, págs. 37-74, 2013. En cualquier caso, como obras generales me remito a J. A. MARÍN AÍS, *ob. cit.*, capítulo VIII; J. CALLEWAERT, *The accession of the European Union to the European Convention of Human Rights*, Council of Europe, 2014.

El Dictamen 2/13 (4) básicamente corrige algunos aspectos de estos mecanismos, generando, eso sí, un obstáculo mayúsculo a la adhesión en la medida que aboca a una nueva ronda negociadora (5). Mi intención es leer la decisión judicial en un contexto más amplio que tenga en cuenta el nexo entre derechos fundamentales y autonomía del ordenamiento de la Unión, y desvelar, siquiera en algunos aspectos, la estrategia jurisdiccional que la sostiene, y que, quizá por primera vez en la historia, ha situado al Tribunal de Justicia en una posición de aislamiento (6). Partiendo de esta premisa, dedico el epígrafe I a exponer la jurisprudencia del último lustro, que sienta los mimbres de un nuevo equilibrio entre autonomía y derechos fundamentales, bajo el que ha de incardinarse la adhesión al CEDH. Una vez planteado ese esquema, en el epígrafe II doy cuenta del Dictamen 2/13 y deduzco de él una serie de reglas que pretenden potenciar ese nuevo equilibrio. Finalmente, en el epígrafe III reflexiono sobre el sentido actual que el CEDH puede tener para el proceso de integración.

I. EL CONTEXTO DE LA ADHESIÓN: AUTONOMÍA Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN BUSCA DE UN NUEVO EQUILIBRIO

La autonomía es el presupuesto dogmático que ha caracterizado desde sus inicios la construcción del Derecho de la Unión. Se trata de un recurso intelectual hartamente comprensible en el comienzo, cuando se quiso explicar la existencia de una realidad jurídica separada del ordenamiento constitucio-

(4) Dictamen 2/13 EU:C:2014:2454; las Conclusiones de la abogada general Kokott, EU:C:2014:2475. Debe señalarse que las Conclusiones abordan aspectos sobre los que el Tribunal de Justicia no entra, como, por ejemplo, el peligro de que la adhesión altere el reparto competencial, véanse apartados 33 y sigs.

(5) Otras soluciones serían las declaraciones unilaterales o una reforma de los Tratados constitutivos, sobre las vías de salida, A. ŁAZOWSKI y R. A. WESSEL, «When Caveats Turn into Locks: Opinion 2/13 on Accession of the European Union to the ECHR», *German Law Journal*, vol. 16, núm. 1, págs. 179-212, 2015, págs. 204 y sigs.

(6) En el procedimiento jurisdiccional, los Estados mostraron su posición favorable a la conformidad del proyecto de adhesión con los Tratados constitutivos, tesis que, con ciertos matices, es asumida por la abogada general, véase ANONYMOUS, «Editorial Comments» *Common Market Law Review*, vol. 52, núm. 1, págs. 1-15, 2015, pág. 1. En el mismo sentido, A. ŁAZOWSKI y R. A. WESSEL, *ob. cit.*, pág. 204. El conflicto parece haber sido muy vivo dentro del Tribunal: se ha hecho notar la falta de firma del juez A. Rosas y la relevancia discordante que ha de tener, dada la tradicional inclinación pro derechos fundamentales del citado juez, R. ALONSO GARCÍA, *Evocaciones filosóficas y literarias al hilo del veto judicial de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Discurso del Prof. Ricardo Alonso García con ocasión de su Doctorado Honoris Causa por la Universidad Nacional de Córdoba*, 2015, pág. 9.

nal y del internacional, con los que mantenía una conexión necesaria, pues del primero surgieron los poderes que le fueron transferidos y el segundo se utilizó para dar forma al proceso de integración. Cincuenta años después, la autonomía conserva su importancia dado que la particular relación con los ordenamientos citados plantea aún problemas esenciales; pero también porque el discurso político dentro de la Unión excepcionalmente ha gozado de la fuerza necesaria para generar una retórica fundacional, lo que ha dejado sobre la narrativa jurídica, en especial la del Tribunal de Justicia, el peso de esclarecer las razones de Europa. No extraña así, que tras el Tratado constitucional, intento fallido de trasladar los presupuestos de legitimidad al lenguaje político, la idea de autonomía se haya vuelto a reforzar, hecho que descuella sobre todo cuando el Tribunal de Justicia se enfrenta a casos de una evidente dimensión estructural (7).

Un campo paradigmático en el que se proyecta la idea de la autonomía es el de la coexistencia de derechos fundamentales estatales y de la Unión. Hasta ahora se ha articulado sobre tres premisas. Primera, la nítida separación de sus espacios de eficacia, de suerte que los derechos fundamentales de la Unión limitan el derecho derivado o su aplicación por el Estado, y los de la Constitución frenan al legislador estatal. Segunda, una estructura jurisdiccional que dé protección suficiente en los dos ordenamientos. Y, tercera, la convergencia de contenidos a través del CEDH y las tradiciones constitucionales, intentando desvanecer el riesgo de que un mismo derecho tenga un alcance distinto en uno y otro espacio. Pues bien, considero que en el último lustro el Tribunal de Justicia, espoleado por la entrada en vigor de la Carta, ha comenzado a revisar estas tres premisas. La tesis central de este trabajo es, por tanto, que el Dictamen 2/13 debe comprenderse desde esa perspectiva.

(7) Así, por ejemplo, para el Dictamen 2/13, se afirma que el Tribunal ha asumido un «enfoque político», J. A. GONZÁLEZ VEGA, «La “teoría del big bang” o la creciente distancia entre Luxemburgo y Estrasburgo», *La Ley Unión Europea*, núm. 25, abril, 2015, págs. 17-50, pág. 26.

1. *La ampliación del ámbito de eficacia de los derechos fundamentales de la Unión*

a) *La presencia de una obligación comunitaria como condición para activar la tutela de los derechos fundamentales de la Unión*

Hace ya mucho tiempo que *Wachauf* (8) alargó la tutela de los derechos fundamentales de la Unión más allá del juicio de las fuentes derivadas, activando el control centralizado sobre las actuaciones de los Estados miembros «cuando aplican la normativa comunitaria» (ap. 19). Desde el principio se hizo patente que la locución modal elegida sería motivo de discusión, al margen del supuesto aporético en el que el Estado miembro hace una ejecución automática (9). En este sentido, las conclusiones de la abogada general Eleanor Sharpston al asunto *Ruiz Zambrano* mostraron el horizonte: «[m]e parece que a largo plazo la regla más clara sería una que no hiciera depender la invocabilidad de la protección de los derechos fundamentales de la UE de si una disposición del Tratado es directamente aplicable o de si se ha aprobado normativa secundaria, sino más bien de la existencia y ámbito de competencia material de la UE. Dicho de otro modo: la regla debería ser que, siempre que la UE tuviera competencia (exclusiva o compartida) en un ámbito jurídico particular, los derechos fundamentales de la UE deberían proteger al ciudadano de la UE aunque dicha competencia no se haya ejercido aún» (las cursivas son de la abogada general) (10). Sin embargo, esta tesis fue antes una advertencia que una propuesta, pues Sharpston entendió que todavía no había llegado el momento para invocar los derechos fundamentales desvinculados de la aplicación de otras normas de la Unión, precisamente porque entonces la Carta carecía de eficacia jurídica y no se había ratificado el CEDH (11).

(8) Sentencia *Wachauf*, C-5/88, EU:C:1989:321.

(9) Para un excelente marco de las posibilidades que ofrece el debate, D. SARMIENTO, «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*, vol. 50, núm. 5, págs. 1267-1304, 2013, págs. 1275 y sigs.

(10) Conclusiones al asunto *Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2010:560, apartado 163.

(11) No habían faltado interpretaciones de otros abogados generales que exploraban la extensión del ámbito de aplicación de los derechos fundamentales. Merece la pena anotar la tesis del abogado general Jacobs, de la que bebe expresamente *Ruiz Zambrano*, por la cual el movimiento económico de una persona activaría un «código común de valores, en particular, los establecidos en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos», Conclusiones al asunto C-168/91, *Kostadinidis*, EU:C:1992:504, apartado 46. M. Poiars Maduro postuló la extensión del

Las posibilidades expuestas en las conclusiones a *Ruiz Zambrano* permiten medir la importancia de la sentencia *Åkerberg Fransson*, que ha dado un paso definitivo en la concreción de la doctrina del «vínculo directo» (12). Ratifica una vez más la eficacia de los derechos fundamentales en los supuestos donde la acción estatal pretende explícitamente adaptarse al Derecho de la Unión. Pero también la confirma fuera de toda transposición o ejecución, si está en juego dar cumplimiento a una obligación derivada del Derecho de la Unión (aps. 25-28) —lo que equivaldría en términos de *Ruiz Zambrano* a la invocación de un derecho fundamental cuando la Unión ha ejercido una competencia, aunque el conflicto no tenga que ver con el expreso desarrollo de las medidas europeas en las que se ha materializado.

Ahora bien, siguiendo los criterios fijados en *Melloni* (13), el Tribunal de Justicia aclara que la normatividad de los derechos fundamentales tendrá una intensidad distinta en uno u otro supuesto. Para el primero, en tanto que la acción de los Estados miembros está totalmente determinada por la fuente europea, los derechos fundamentales de la Unión han de ser el único parámetro de control de las medidas estatales, labor que corresponde en exclusiva al Tribunal de Justicia. En segundo lugar, cuando el Derecho del Estado se desenvuelve en el «ámbito de aplicación de la Unión», sin que ésta agote los términos en los que se debe ejercer la potestad estatal, entonces el margen de discrecionalidad abre la posibilidad de que el ordenamiento nacional ofrezca un estándar superior de protección, siempre que no ponga en cuestión la primacía, la unidad o la efectividad del Derecho de la Unión (*Åkerberg Fransson*, ap. 29, y *Melloni*, ap. 60). Quedarían así fuera del ámbito de los derechos fundamentales de la Unión aquellos supuestos donde la normativa nacional «no tiene por objeto aplicar disposiciones del Derecho de la Unión» o el Derecho de la Unión «no contiene ninguna normativa específica en la materia o que pueda afectar a la normativa nacional», de suerte que ésta «no guarda relación con la interpretación o la aplicación de una norma del Derecho de la Unión distinta de la que figura en la Carta» (14).

control sobre las actuaciones de los Estado que supusiesen «violaciones graves y reiteradas que pongan de manifiesto un problema generalizado en la protección de los derechos fundamentales en el Estado» Conclusiones al asunto C-380/05, EU:C:2007:505, apartado 22 (como veremos más adelante, el asunto *N.S.* parece alimentarse de esta doctrina).

(12) Sentencia *Åkerberg Fransson*, C-617/10, EU:C:2013:105. La doctrina de esta sentencia se anticipa en las Conclusiones del abogado general Yves Bot al asunto C-108/10, EU:C:2011:211, apartado 119.

(13) Sentencia *Melloni*, C-399/11, EU:C:2013:107.

(14) Sentencia *Emiliano Torralbo*, C-265/13, EU:C:2014:187, apartados 25 y 26.

Así las cosas, en *Åkerberg Fransson* se reconfigura el principio de distribución de controles, llevando la interpretación del artículo 51.1 de la Carta hasta un punto que extiende las posibilidades del juicio centralizado a todos aquellos supuestos en los que peligraría el correcto cumplimiento del Derecho de la Unión (15). Se desplaza la frontera que había construido una división funcional entre el juicio estatal y el del Tribunal de Justicia, pues para dar pie a este último no es necesario ya la armonización de la materia o que la disposición europea sea referencia necesaria en la construcción de la norma que ha de resolver el caso concreto (por ejemplo, en virtud de la aplicación directa de un precepto) (16). En el nuevo escenario, la defensa de la autonomía activa los efectos de la Carta ante una mera interferencia en el adecuado respeto de una obligación comunitaria (17).

(15) Ésta es la conclusión mayoritariamente aceptada por la doctrina, si bien casi siempre con un tono muy crítico, véase sin ánimo de exhaustividad, E. M. FRENZEL, «Die Charta der Grundrechte als Maßstab für mitgliedstaatliches Handeln zwischen Effektivierung und Hyperintegration», *Der Staat*, vol. 53, núm. 1, págs. 1-29, 2014, pág. 20; X. GROUSSOT y I. OLSSON, «Clarifying or diluting the application of the EU Charter of Fundamental Rights? – the judgments in *Åkerberg and Melloni*», *Lund Student EU Law Review*, págs. 7-35, 2013, pág. 26.; JHR, & LB, «After *Åkerberg Fransson* and *Melloni*», *European Constitutional Law Review*, vol. 9, núm. 2, págs. 169-175, 2013, pág. 169; E. HANCOX, «The meaning of “implementing” EU law under article 51(1) of the charter: *Åkerberg Fransson*», *Common Market Law Review*, vol. 50, núm. 55, págs. 1411-1431, 2013, en concreto pág. 1164; modulando su carácter novedoso, S. IGLESIAS SÁNCHEZ, «La confirmación del ámbito de aplicación de la Carta y su interrelación con el estándar de protección», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 17, núm. 46, págs. 1157-1175, 2013, en concreto pág. 1164.

(16) Es imprescindible contrastar la decisión del Tribunal de Justicia con las conclusiones del abogado Pedro Cruz Villalón al propio asunto *Åkerberg Fransson*, en las que negó la existencia de un «interés específico» que activase la eficacia de los derechos fundamentales de la Unión, pues la hipotética vulneración de los derechos fundamentales se plateaba con «entera autonomía» a la incidencia de la normativa europea, siendo insuficiente que ésta estuviese en «el origen de la potestad estatal» (bastaría, sin embargo, una presencia que «influyese» sobre el ejercicio de esa potestad, sin necesidad de exigir una total «predeterminación» —apartados 27-33). Consecuencia que alcanzó a partir del concepto de *Verfassungsverbund*, del que se deduciría una regla general en favor del control estatal de los derechos fundamentales sobre el margen de apreciación que se concede a los Estados en la aplicación del Derecho de la Unión, regla sólo excepcional cuando se dé el citado interés específico (apartados 35-38), en especial, «supuestos en los que la legitimidad de la *res publica* europea puede estar en juego» (apartado 41).

(17) No basta, sin embargo, la mera titularidad de una competencia para que los derechos fundamentales sean invocables. Recordemos que la hipótesis *Ruiz Zambrano* requería para alcanzar este estadio la vigencia de la Carta y la ratificación del CEDH.

b) *Más allá de la aplicación del Derecho de la Unión:
la desactivación de los derechos fundamentales estatales
en el seno de la confianza mutua*

La sentencia *Melloni* es el complemento necesario de *Åkerberg Fransson*, dando cuerpo entre las dos a la doctrina recién señalada relativa a la diversa intensidad normativa de los derechos fundamentales. Pero no hemos de olvidar que *Melloni*, además, afronta un tipo de cuestión particular para la que crea una regla propia: ¿qué derechos fundamentales son aplicables —y quién los ha de hacer valer— cuando el ordenamiento de la Unión reconoce eficacia supraestatal a los actos dictados por un Estado miembro? Interrogante que nada tiene que ver con los que genera la normativa estatal que adapta Derecho de la Unión, ni con las medidas internas que entran en el ámbito de aplicación de la regulación europea.

La singular eficacia supranacional de los actos estatales se funda sobre la confianza de que todos los Estados comparten un nivel de garantía de los derechos fundamentales. ¿Es verosímil, sin embargo, que esa presunción quiebre y provoque una vulneración de los citados derechos? *Melloni* lo niega si la actuación de los Estados está plenamente determinada por la Unión, pues entonces será ésta la que asuma íntegramente la tutela. Queda abierto, en cambio, un control estatal cuando no se ha armonizado con exhaustividad, de suerte que el Estado podrá imponer su mayor protección siempre que respete la primacía, eficacia y unidad del Derecho de la Unión (*Melloni*, ap. 60).

Esta doctrina gana concreción si la leemos a la luz de la sentencia *N.S.*, para la cual sólo las lesiones de derechos fundamentales que reflejen «deficiencias sistemáticas» activan la intervención tuitiva de un Estado (18). Así, la garantía de la mayor protección respetuosa con la primacía, eficacia y unidad del ordenamiento de la Unión se daría en los supuestos donde el Estado miembro aplicador del Derecho de la Unión incurre en una vulneración generalizada de un determinado derecho fundamental [para lo que parece ser una prueba significativa que haya existido una condena del TEDH (19)].

(18) Sentencia *N.S.*, C-411/10, EU:C:2011:865, apartado 86. Sentencia que es leída como la apertura a un «soft constitutionalism», I. CANOR, «My Brother's Keeper? Horizontal Solange: An Ever Closer Distrust Among The Peoples of Europe», *Common Market Law Review*, vol. 50, núm. 2, 2013, págs. 383-422, pág. 418.

(19) En este sentido, S. LIEVEN (2012), «Case report on C-411/10, N.S. and C-493/10, M.E. and others, 21 december 2011», *European Journal of Migration and Law*, vol. 14, núm. 2, 2012, págs. 223-238, pág. 237.

En definitiva, a la luz de la doctrina *Melloni* se ha de concluir que el Tribunal de Justicia deja un estrecho paso a la mayor protección habilitada por el artículo 53 de la Carta (20). Interpretación estricta (21) que altera el equilibrio clásico entre el control estatal y el de la Unión, reforzando la autonomía de la Unión en la tutela de los derechos fundamentales dentro del espacio que le es propio, tal y como quedó definido en *Åkerberg Fransson*.

2. De la protección jurisdiccional suficiente a la protección jurisdiccional necesaria

El conflicto normativo que ha definido desde sus orígenes el proceso de integración (disposición de la Unión que entra en contradicción con otra del Estado), además de reflejar un problema de división territorial del poder, es un asunto relativo a la satisfacción de pretensiones subjetivas. Por ello es hoy un lugar común destacar que el Tribunal de Justicia ha situado en el centro del sistema jurisdiccional el trinomio compuesto por los derechos, la consideración del juez nacional como juez natural del ordenamiento de la Unión y la cuestión prejudicial. Esta última sería el gozne llamado a ordenar de modo cooperativo, frente a la alternativa jerárquica de los recursos, la necesaria aplicación uniforme de la normativa comunitaria y la garantía de derechos. De este modo, la primacía y la eficacia directa, sin dejar de ser reglas que resuelven conflictos

(20) Un ejemplo sería la posibilidad de que la legislación estatal establezca un recurso con efectos suspensivos frente a la resolución judicial relativa a la orden de detención europea. Aunque es cierto que en sentido estricto aquí no estamos ante una aplicación del artículo 53 de la Carta, sino ante una medida dentro de la libertad estatal de medios y forma para transponer una decisión marco. Véase Sentencia Jeremy F, C-168/13 PPU, EU:C:2013:358, apartados 50 y siguientes.

(21) Creo que ésta es la conclusión dominante en la doctrina; a título de ejemplo, véase R. ALONSO GARCÍA, *ob. cit.*, 2014, págs. 31 y sigs.; A. TORRES PÉREZ, «Melloni in three acts: From dialogue to monologue», *European Constitutional Law Review*, vol. 10, núm. 2, 2014, págs. 308-331, pág. 318; J. I. UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, «La tutela judicial de los derechos fundamentales en el ámbito de aplicación nacional del Derecho de la Unión Europea. Recientes acotaciones del Tribunal de Justicia y del Tribunal Constitucional español», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, 2013, págs. 391-428, en concreto pág. 404. P. MARTÍN RODRÍGUEZ, «Crónica de una muerte anunciada: comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 26 de febrero de 2013, Stefano Melloni, C-399/11», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 30, 2013, pág. 35; N. DE BOER, «Addressing rights divergences under the charter: Melloni», *Common Market Law Review*, vol. 50, núm. 4, 2013, págs. 1083-1103, pág. 1096; D. SARMIENTO, *ob. cit.*, 2013, págs. 1288 y sigs.

normativos, también han de ser comprendidas como elementos propios de la tutela judicial efectiva (22).

Desde esta perspectiva, la cuestión prejudicial pretende generar una nítida separación funcional, administrada por los tribunales ordinarios, entre el Tribunal de Justicia, cúspide en la interpretación del Derecho de la Unión, y los Tribunales constitucionales/supremos, situados a la cabeza del derecho del Estado. Sin embargo, la parte más frágil de ese ajuste se encuentra precisamente en los derechos fundamentales, pues ambos tribunales asumen su protección. No debe extrañar, por tanto, que los cambios experimentados en la comprensión de los derechos fundamentales repercutan sobre el contrapeso entre jurisdicciones.

En este sentido, durante los últimos años hemos asistido a un reforzamiento de la doctrina clásica del Tribunal de Justicia, pero ahora en un análisis que trasciende su relación con el juez ordinario y afronta de manera directa la posición de las jurisdicciones supremas. Por un lado, me refiero a la sentencia *Elchinov*, donde el Tribunal de Justicia mantuvo firme la potestad del juez ordinario para plantear cuestión prejudicial cuando considera que la decisión en vía de recurso de un tribunal superior no es conforme al ordenamiento de la Unión (23). Rechazó de este modo la sugerencia del abogado general Pedro Cruz Villalón de revisar la doctrina *Reihnmulen* a la luz de los nuevos mecanismos estatales de orden constitucional que reaccionan ante la incorrecta aplicación de una norma comunitaria (24). Por otro lado, la devaluación de la jerarquía jurisdiccional cuando se trata de aplicar Derecho de la Unión se ha visto confirmada específicamente para los supuestos en los que deba intervenir un órgano con jurisdicción constitucional reservada. Recordemos que en la sentencia *Melki*, el Tribunal de Justicia sentenció que el juez ordinario puede plantear cuestión prejudicial antes o después de que se dilucide la vulneración de la norma suprema, incluso si hay una obligación interna para dar prioridad a este tipo de control (25).

(22) Entiendo que esta idea está presente claramente en el artículo 47 de la Carta. Para un desarrollo teórico véase mi libro *El Tribunal constitucional ante el control del derecho comunitario derivado*, Civitas, 2001, págs. 83 y sigs.

(23) Sentencia *Elchinov*, C-173/09, EU:C:2010:581, apartado 28. Véase, subrayando esta idea, A. P. VANDER MEI, «Case C-512/08, Commission v. France, judgment of the European Court of Justice (Grand Chamber) of 5 october 2010; Case C-173/09, Georgi Ivanov Elchinov v. Natsionalna Zdravnoosiguritelna Kasa, judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 5 october 2010». *Common Market Law Review*, vol. 48, núm. 4, 2011, págs. 1297-1311, pág. 1309.

(24) Conclusiones a *Elchinov*, C-173/09, EU:C:2010:336, apartados 23 y sigs.

(25) Sentencia *Aziz Melki y Selim Abdell*, C-188/10 y C-189/10, EU:C:2010:363, apartado 45. Estamos de nuevo ante una conclusión generalmente aceptada; véase, por ejemplo, R. ALONSO GARCÍA, *ob. cit.*, 2004, págs. 85 y sigs.; J. KOMÁREK, «The place of constitutional courts in the EU», *European Constitutional Law Review*, vol. 9, núm. 3, págs. 420-450, 2013, pág. 439; J.

Como se ve, la naturaleza constitucional de la controversia no varía las potestades del juez nacional en cuanto que juez ordinario del Derecho de la Unión. Reafirmación doctrinal que ha venido acompañada de una novedad de orden práctico, puesto que en los últimos años hemos visto cómo los Tribunales Constitucionales se han sumado a la cooperación institucional planteando cuestiones prejudiciales (26). Esto supone una alteración de la separación funcional tradicional, sostenida sobre el carácter infraconstitucional del ordenamiento comunitario. Inevitablemente, ahora los Tribunales Constitucionales también operan con el Derecho de la Unión en el marco de la correcta aplicación de los derechos fundamentales (27).

La consolidación del juez nacional (que ahora incluyendo al constitucional) como juez ordinario del Derecho de la Unión ha encontrado una segunda manifestación en el Dictamen 1/09. Se dilucidaba entonces si la Unión podía participar en un Tratado internacional, a cuyo frente estaría un órgano jurisdiccional competente para plantear cuestiones prejudiciales cuando aplicase Derecho de la Unión. De acuerdo con el citado Dictamen, que niega la confor-

GUNDEL, «Die “question prioritaire de constitutionnalité” vor dem EuGH: Unionsrechtliche Vorgaben für die Koordination nationaler Vorlagepflichten mit Art. 267 AEUV und dem Vorrangspruch des EU-Rechts», *Europarecht*, núm. 2, págs. 213-229, 2012, pág. 224. D SARMIENTO, «Cuestión prejudicial y control previo de constitucionalidad. Comentario a la sentencia *Melki* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 37, págs. 97-11, 2011, pág. 109; ANONYMOUS, «The Dance of Justice», *European Constitutional Law Review*, núm. 1, págs. 1-6, 2003, pág. 2; BOSSUYT, M., y VERRIJDT, W., «The Full Effect of EU Law and of Constitutional Review in Belgium and France after the *Melki* Judgment», *European Constitutional Law Review*, núm. 7, págs. 355-391, 2011, pág. 375. Recientemente se ha advertido de que la regla de prioridad puede acabar provocando la desaparición del modelo de jurisdicción constitucional concentrada, véase P. CRUZ VILLALÓN y J. L. REQUEJO PAGÉS, «La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 50, págs. 173-194, 2015, concretamente pág. 186.

(26) Es obvio que la redefinición del peso de los derechos fundamentales de la Unión ha de conducir a una profunda reflexión sobre el lugar de las jurisdicciones constitucionales estatales; así, por ejemplo, cabe pensar en el recurso de amparo como instrumento para la tutela indirecta de la Carta, X. ARZOZ SANTISTEBAN, *La tutela de los derechos fundamentales de la Unión Europea por el Tribunal Constitucional*, Premio Lorenzo MARTÍN Retortillo, en prensa INAP; o bien explorar las posibilidades de la identidad nacional, T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, «El papel del Tribunal Constitucional y de los tribunales ordinarios en un contexto de tutela multinivel de los derechos fundamentales», *Papeles de derecho europeo e integración regional*, núm. 23, 2015, págs. 30 y sigs.

(27) Circunstancia que ha abierto ya al menos una incógnita capital relativa a los términos que el Tribunal de Justicia debe dar a sus fallos destinados a los Tribunales Constitucionales. El modo en que nuestro Tribunal Constitucional ha recibido la sentencia *Melloni* (STC 26/2014), buscando adecuarse a su resultado pero sin señalar un sometimiento pleno, ejemplifica esta dificultad.

midad jurídica de ese diseño, la importancia del juez nacional ya no reside sólo en sus amplias potestades para atender a las pretensiones fundadas en Derecho de la Unión, sino también en su propia condición de juez de un Estado miembro, insustituible por un órgano extra muros del sistema jurisdiccional interno, incluso si goza de las mismas potestades que el juez nacional (28). Y esto es así, simple y llanamente, porque sólo el juez ordinario, a diferencia de aquel cuyas potestades nacen de un acuerdo internacional, quedaría bajo el control pleno del Tribunal de Justicia a través del recurso o la responsabilidad por incumplimiento (29).

En definitiva, se ha modulado la separación funcional clásica entre jurisdicciones europea y estatal en lo referido a los derechos fundamentales. El juez ordinario se convierte en el vértice inexorable donde confluye la tutela constitucional y la tutela de la Unión, y goza de la potestad para verificar si la protección dada por el Tribunal constitucional o supremo es suficiente, cabiendo en su defecto elevar cuestión prejudicial. Este cambio radical explica en parte que los jueces constitucionales se hayan visto forzados a considerarse a sí mismos como jueces naturales del Derecho de la Unión, cuando el litigio versa sobre derechos fundamentales, propiciando así un diálogo directo con el Tribunal de Justicia, que evita la mediación de la jurisdicción ordinaria.

3. *De la convergencia de contenidos a la emancipación conceptual de los derechos fundamentales de la Unión*

La garantía de la autonomía del ordenamiento de la Unión se logró en parte conformando sus derechos fundamentales desde las tradiciones constitucionales comunes y el CEDH, a la espera de que ese hipervínculo material evitara fricciones con los derechos estatales. Es cierto, sin embargo, que el Tribunal de

(28) Se trata de una conclusión compartida por la doctrina; véase M. CIENFUEGOS MATEO, «La trascendencia de la función como jueces ordinarios del Derecho de la Unión Europea de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. A propósito del Dictamen 1/09, de 8 de marzo de 2011, del Tribunal de Justicia», *Revista General del Derecho Europeo*, núm. 26, págs. 1-25, 2012, págs. 17 y sigs.; L. N. GONZÁLEZ ALONSO, «¿Fundamentalismo constitucional en Luxemburgo? El Tribunal de Justicia y los límites a la autonomía del sistema jurídico de la Unión a la luz del Dictamen 1/09», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 43, págs. 251-274, 2013; J. ALBERTI, «Il parere della Corte di giustizia sul Tribunale dei brevetti europeo e comunitario», *Il Diritto dell'Unione Europea*, núm. 2, págs. 367-396, 2012, págs. 385 y sigs.; R. BARATTA, «National Courts as Guardians and Ordinary Courts of EU Law: Opinion 1/09 of the ECJ», *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 38, núm. 4, págs. 297-330, 2011, pág. 305.

(29) Dictamen 1/09, EU:C:2011:123, apartado 88.

Justicia advirtió desde el principio, usando términos de vital importancia hoy, que la «salvaguardia de dichos derechos, aunque se inspire en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, *debe ser garantizada en el marco de la estructura y de los objetivos de la Comunidad*» (30) (la cursiva es mía).

La convergencia, por tanto, nunca se planteó en términos absolutos. Pero en la práctica el TEDH se ha convertido en un referente esencial y el Tribunal de Justicia suele optar entre identificar la jurisprudencia relevante de aquél y aplicarla al caso, o proponer un determinado alcance del derecho fundamental en cuestión y luego valorar si respeta el canon marcado por el TEDH. Distinto ha sido el recorrido de las tradiciones comunes de los Estados miembros, útiles mediante una comparación crítica (31), funcionando más como *topoi* que como reglas determinantes del proceso de interpretación. Ésta ha sido, en definitiva, la situación reconocida en la Carta al requerir un «sentido y alcance iguales» a los derechos del Convenio, bastando la «armonía» con las tradiciones constitucionales. Sin embargo, la vocación de convergencia, presupuesto fundamental del equilibrio tradicional, ha empezado a dar muestras de debilidad en los últimos años.

En primer lugar, por el peso de la «estructura y de los objetivos de la Comunidad». Me refiero a la labor que han desempeñado los derechos fundamentales en el proceso de integración, operando como justificación de las intervenciones estatales que limitan el mercado interior (32). Es éste, sin duda, un escenario singular, pues históricamente los derechos fundamentales han protegido conductas individuales (no actuaciones normativas de un poder público) y en contextos federales han limitado al derecho periférico (y no al revés, como en la Unión). En fin, el conflicto entre libertades y derechos fundamentales contrasta

(30) Sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*, C-11/70, EU:C:1970:114, apartado 4.

(31) A falta de una definición mejor, por comparación crítica me refiero a esa actividad del Tribunal de Justicia en la que garantiza principios y derechos a partir de una lectura de las normas internacionales y nacionales que ofrecen un reconocimiento significativo aunque no sea ni mucho menos unánime. Véase como ejemplo las Conclusiones del Abogado General P. Léger al asunto *Gerhard Köbler*, C-224/01, EU:C:2003:207, apartados 77 y sigs. O las Conclusiones de la abogada general V. Trstenjak al asunto *Domínguez*, C-282/10, EU:C:2012:33, apartados 99-101.

(32) Los abogados generales han señalado básicamente dos problemas. Primero, la necesidad de evitar una relación jerárquica en favor de las libertades fundamentales sobre los derechos fundamentales, véanse, recogiendo los términos del debate originado por las sentencias *Viking* y *Laval*, las Conclusiones de V. Trstenjak al asunto *Comisión c. Alemania*, C-271/08, EU:C:2010:183, apartados 183 y sigs. Segundo, si los derechos fundamentales podrían ampliar las exigencias imperativas que justifican la limitación de las libertades fundamentales, véanse las Conclusiones de Pedro Cruz Villalón al asunto *Santos Palhota*, C-515/08, EU:C:2010:245, apartados 48 y sigs.

mercado y política en un plano distinto al que había ocupado dentro del constitucionalismo postbélico (33).

La convergencia comienza también a ceder cuando los derechos fundamentales de la Unión limitan el derecho derivado. Sabemos que la autonomía interpretativa de las instituciones europeas es un principio bien asentado cuando se ha armonizado una determinada materia, salvo remisión expresa o margen de apreciación en favor de los Estados. Criterio que se ha mantenido incluso si se trata de asuntos de evidente calado constitucional, como reflejó la sentencia *Brüstle*, en la que el Tribunal de Justicia asumió la interpretación propia del concepto de embrión en aras de la uniforme aplicación y del principio de igualdad (34).

La independencia interpretativa parece haberse extendido al análisis de los derechos fundamentales. Lo ilustran bien las reflexiones del abogado general Pedro Cruz Villalón ante la falta de consenso entre los Estados miembros sobre el alcance del principio *ne bis in idem*, desacuerdo que se hace manifiesto en sus tradiciones constitucionales y en la desigual ratificación del Protocolo 7 del CEDH. Dadas estas circunstancias, «la Carta adquiere perfiles propios» (ap. 84), «el mandato de interpretación de la Carta a la luz del CEDH debe matizarse» (ap. 85) y el «artículo 50 de la Carta exige una interpretación

(33) Frente a la relación definida por el instrumental propio del Estado social, que configura las libertades económicas por su función social y las somete, en su caso, a la intervención estatal, el Derecho de la Unión ha dado a la actuación supranacional un sentido compensatorio destinado a modular los efectos perniciosos del proteccionismo. Para un mayor desarrollo de esta idea me remito a mi trabajo citado en la nota 3, concretamente a la página 45 y las citas allí contenidas; e igualmente a mi texto, «La autonomía del ordenamiento de la Unión y las “funciones esenciales” de su sistema jurisdiccional», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, 225-257, 2013, en especial pág. 232 y las referencias bibliográficas que se recogen.

Me parece que el problema se formula con absoluta claridad en el apartado 206 de las Conclusiones de la abogada general J. Kokott respecto a las consecuencias (en mi opinión neutralizadas por el Tribunal de Justicia) que el CEDH podría tener en el ajuste clásico entre libertades y derechos fundamentales: «Es posible que el equilibrio entre, por una parte, las exigencias de la tutela de los derechos fundamentales y, por otra, el interés general o incluso los intereses económicos no siempre sea definido por el TEDH de la misma manera que lo ha sido hasta ahora en la jurisprudencia de nuestro Tribunal de Justicia [...] es muy posible que se produzca cierto cambio en el centro de gravedad de las actuaciones que afecte, por ejemplo, a la relación que existe entre los derechos fundamentales y las libertades fundamentales del mercado interior europeo. Sin embargo, ese fenómeno, de producirse, no sería más que una consecuencia inevitable de dos hechos deseados por los autores del Tratado de Lisboa y recogidos, respectivamente, en el artículo 6 TUE, apartado 2 (primera frase), y en el artículo 1, letra a), del Protocolo núm. 8, como son la adhesión de la Unión al CEDH y el reconocimiento de la jurisdicción del TEDH».

(34) Sentencia *Brüstle*, C-34/10, EU:C:2011:669, apartado 25.

parcialmente autónoma» (ap. 87). Por lo demás, en tanto que la convergencia ha de proyectarse sobre «derechos garantizados por el Convenio», la independencia irá creciendo a partir de fenómenos inéditos sin respuesta específica del TEDH (35), tal y como ejemplifica la reciente sentencia *Google* (36), que construye un nuevo derecho —el derecho al olvido— sobre una interpretación de la Directiva 95/46 a la luz de la Carta, sin referencia alguna al CEDH o las tradiciones constitucionales (37).

La autonomía alcanza finalmente su máxima expresión en aquellos supuestos en los que una fuente derivada ha ordenado las condiciones de ejercicio de un derecho fundamental. Ya no se trata de imponer la interpretación de categorías constitucionales, sino la aplicación de la regulación armonizada, frenando la posibilidad de cualquier intervención estatal de mayor protección. No en vano afirma el Tribunal de Justicia en *Melloni* que «permitir que un Estado miembro invocara el artículo 53 de la Carta [...] conduciría, al poner en cuestión la uniformidad del nivel de protección de los derechos fundamentales definido por esa Decisión marco, a contravenir los principios de confianza y de reconocimiento mutuo, que ésta pretende reforzar, y por consiguiente a comprometer la efectividad de la referida Decisión marco» (ap. 65).

En definitiva, la convergencia de contenidos a través de un sustrato interpretativo compartido parece estar dejando paso a la autonomía conceptual, potenciada tanto por la estructura y contexto en el que se desenvuelven los derechos fundamentales, como por la intensidad normativa de la Unión al abordar la regulación de éstos. Ocurre así un sutil desplazamiento del equilibrio clásico. Frente a la tradicional separación de jurisdicciones dulcificada por el sustrato común de los derechos y la garantía última de la mayor protección, el Tribunal de Justicia comienza a diseñar contenidos propios resistentes incluso frente a ámbitos de protección estatales más amplios.

(35) Esta idea se avanza en S. IGLESIAS SÁNCHEZ, «The Court and the Charter: the impact of the entry into force of the Lisbon Treaty on the ECJ's approach to fundamental rights», *Common Market Law Review*, vol. 49, núm. 5, págs. 1565-1612, 2012, pág. 1601

(36) Sentencia *Google Spain y Google*, C-131/12, EU:C:2014:317, apartados 62-99.

(37) Otra dimensión de la lucha por la autonomía dogmática la podríamos situar en el esfuerzo del Tribunal de Justicia para que las garantías de los derechos fundamentales se contengan de manera suficiente en la normativa de la Unión, sin dejar por completo esta tarea a los Estados miembros. Me refiero a la doctrina de la «calidad de la ley» construida en la Sentencia *Digital Rights Ireland y Seitlinger y otros*, C-293/12 y 594/12, EU:C:2013:845, apartado 54.

II. EL REFORZAMIENTO DEL NUEVO EQUILIBRIO: LAS REGLAS DEDUCIBLES DEL DICTAMEN 2/13

En las páginas anteriores he intentado mostrar cómo a lo largo de los últimos años se ha producido una modificación del ajuste que articuló la confluencia de derechos fundamentales. Va quedando atrás un modelo que intentó trazar una nítida separación de jurisdicciones construida sobre la norma aplicada (estatal o europea), que a la vez operaba en el marco de una convergencia de contenidos y, en última instancia, aseguraba la mayor protección de cada derecho. Asistimos ahora a una ampliación del control del Tribunal de Justicia, llamado a enjuiciar conforme a los derechos fundamentales cualquier actuación estatal que afecte al recto cumplimiento de las obligaciones impuestas por la Unión (es decir, los derechos fundamentales de ésta desplegarían su eficacia allí donde haya ejercido su competencia aunque no exista una antinomia evidente). En ese espacio, además, incrementa su autonomía ciñendo la viabilidad de la mayor protección estatal y generando una estructura conceptual propia. Finalmente, el juez ordinario fortalece su posición como guardián del equilibrio, estando incluso en disposición de elevar cuestión prejudicial cuando los Tribunales Constitucionales se han pronunciado sobre un asunto determinado. A continuación expondré en qué medida el Dictamen 2/13 es producto de estas nuevas circunstancias y contribuye a reforzarlas.

1. *El CEDH no es un instrumento para ordenar las relaciones entre el ordenamiento de la Unión y el del Estado*

El Tribunal de Justicia distingue el riesgo de que los Estados miembros circunvalen la doctrina *Melloni* mediante el artículo 53 del CEDH (38), que

(38) Recordemos que el artículo 53 de la Carta claramente se inspiró en el artículo 53 del CEDH, que ha sido interpretado como una cláusula que permite a los Estados miembros una mayor protección. La diferencia radicaría en que la Carta hace una mención específica al ámbito de aplicación, razón que, por ejemplo, sirve al abogado general en *Melloni* para negar una potestad general de mayor protección en favor de los Estados (ap. 100). Es bien cierto que las dudas sobre la interpretación del artículo 53 como una cláusula de mayor protección, o simplemente el rechazo de esta posible interpretación, han estado presentes desde el principio, véase J. B. LIISBERG, «Does the EU Charter of Fundamental Rights threaten the supremacy of Community Law», *Common Market Law Review*, vol. 38, núm. 5, 2001, págs. 1171-1199, pág. 1194; R. ALONSO GARCÍA, «The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union», *European Law Journal*, vol. 8, núm. 4, 2002, págs. 492-514, pág. 506; según J. A. GONZÁLEZ VEGA incluso

supuestamente les permitiría introducir una mayor protección de los derechos fundamentales estatales al aplicar normas de la Unión (ap. 189); exige por ello que el futuro Tratado de adhesión ordene de algún modo las cláusulas contenidas en sendos artículos 53 (39) y trace una separación estricta, bajo la cual el TEDH impondrá su interpretación del CEDH, pero carecerá de competencia para determinar el sentido de los preceptos comunitarios, en concreto de aquellos que fijan el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales (ap. 185 y 186). A nadie se le escapa, sin embargo, que el argumento conduce *de facto* a una preferencia de la norma de la Unión, en tanto que no es posible dibujar una frontera como la que postula el Tribunal de Justicia sin dirimir antes si ha de aplicarse el CEDH o la Carta (40).

El peligro de que el TEDH interprete de manera vinculante normas comunitarias, también aparece según el Tribunal de Justicia cuando un Estado miembro o la Unión solicitan al TEDH ser *co-respondent* y este órgano, a la luz de las alegaciones, niega el citado estatus procesal, aplicando así preceptos de la Unión (en el mismo sentido la abogada general, ap. 231-233) (41). No existe amenaza, sin embargo, si se acepta la solicitud, pues el TEDH estaría asumiendo la interpretación que la Unión hace de su propio Derecho. Y tampoco le plantea problemas al Tribunal de Justicia el supuesto opuesto en el que el TEDH invite a ser *co-respondent* a la Unión, porque será ésta en última instancia, aceptándola o rechazándola, la que fije el ámbito de aplicación de sus derechos (ap. 220).

«[h]ay razones para pensar, sin embargo, que tras el lacónico juicio adverso del Tribunal late una firme convicción acerca del radical antagonismo entre dos concepciones del sistema de protección de derechos multinivel que operan con lógicas diametralmente opuestas y cuya coexistencia en un marco común se antoja imposible», *ob. cit.*, pág. 27.

(39) Teniendo una textualidad muy similar la lógica sería distinta: el modelo del Convenio no necesita un estándar uniforme de aplicación en los Estados; la Carta sí, pues de lo contrario se socavarían las medidas normativas de armonización, véase C. KRENN, «Autonomy and Effectiveness as Common Concerns: A Path to ECHR Accession After Opinion 2/13», *German Law Journal*, 16, núm. 1, 2015, págs. 147-168, pág. 158.

(40) Si pensamos en la escasa relevancia jurisprudencial del artículo 53 del CEDH, es imposible no ver en la posición del Tribunal de Justicia un exceso retórico utilizado como excusa para alcanzar una determinada conclusión. Es bien sabido que la relación entre el CEDH y los Estados se ha construido sobre el margen de apreciación y el carácter subsidiario de la tutela, no en vano ahí inciden las recientes reformas, véase L. LÓPEZ GUERRA, «Los Protocolos de reforma núm. 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 49, 2014.

(41) La remota posibilidad de que el TEDH rehúse la interpretación que se le propone no parece un escollo insalvable si se reconduce hacia una interpretación que dé automáticamente a la Unión el estatus de *co-respondent* cuando ésta lo pida.

El Tribunal de Justicia también advierte una quiebra de la autonomía del ordenamiento en la posibilidad de que un Estado miembro pueda demandar a otro ante el TEDH, apartándose del principio de confianza mutua, el cual obliga a presumir que la aplicación estatal de la normativa de la Unión respeta los derechos fundamentales (ap. 193) (42). Esta admonición enlaza con las consecuencias que el Dictamen extrae del artículo 344 del TFUE, entendido como una reserva de jurisdicción a favor del Tribunal de Justicia en el conocimiento de las controversias entre Estados miembros que versen sobre Derecho de la Unión (ap. 201). Dado que el CEDH, tras la adhesión, se convertirá en norma del ordenamiento de la Unión y el Tribunal de Justicia en garante del mismo, ahí está el escollo, puesto que por mor del artículo 344, sólo el Tribunal de Justicia habría de conocer de causas en las que las partes sean Estados miembros (ap. 204). Es ésta, sin duda, una conclusión harto paradójica: la adhesión a un Tratado que establece un control externo sobre la Unión provoca la imposibilidad de ese mismo juicio sobre los Estados miembros cuando es suscitado por uno de ellos (no así por un particular), pese a que era admitido antes de la adhesión. Más radical aún es la salida que ofrece el Tribunal de Justicia, para quien este obstáculo sólo se salva eliminando la facultad de que un Estado demande a otro por vulneración del CEDH, es decir, reduciendo las posibilidades de control del TEDH (43).

En conjunto, estas prevenciones frente a la posibilidad de que el Convenio active una mayor protección por parte de los Estados o un control al margen del Tribunal de Justicia, han de leerse bajo el propósito común de impedir que el CEDH sea utilizado para reordenar las relaciones entre el ordenamiento estatal

(42) Problema que existe con o sin adhesión, D. HALBERSTAM, *ob. cit.*, pág. 118.

(43) En mi opinión, la abogada general Kokott afronta el artículo 344 del TFUE de manera mucho más inteligente. En primer lugar, desecha la contradicción directa de este precepto con la posibilidad de que los Estados miembros se demanden ante el CEDH sin pasar por el TJ, «pues se estaría afirmando implícitamente que muchos de los acuerdos internacionales celebrados hasta ahora por la Unión adolecen de un defecto por no incluir una cláusula de ese tipo (se refiere a una cláusula de inadmisión en caso de que se recurra al sistema jurisdiccional internacional antes que al de la Unión)», ap. 117 de las Conclusiones. En segundo lugar, asegura el efecto útil del artículo 344 subrayando la facultad de la Unión para interponer recurso de incumplimiento frente al Estado que utilice la vía del artículo 33 CEDH o instrumentando una Declaración de renuncia de los Estados miembros a utilizar el citado precepto (aa.pp. 118-120). De alguna forma estas soluciones siguen una línea interpretativa que admitía mecanismos internacionales de resolución de controversias siempre que no cerrasen la vía del Tribunal de Justicia, véase Stian ØBY JOHANSEN, «The Reinterpretation of TFEU Article 344 in Opinion 2/13 and Its Potential Consequences», *German Law Journal*, vol. 16, núm. 1, 2015, págs. 169-178. Por otro lado, D. HALBERSTAM da un sentido último al artículo 33 CEDH, que podría servir como válvula de escape en caso de que fallen todos las garantías de Derecho de la Unión, *ob. cit.*, pág. 120.

y el de la Unión, en especial la doctrina *Åkerberg/Melloni*. La autonomía del ordenamiento de la Unión, según el Tribunal de Justicia, exige que esas relaciones permanezcan siempre bajo su tutela, no cabiendo modulaciones a través del derecho internacional.

2. *El CEDH no ha de alterar las funciones esenciales del sistema jurisdiccional de la Unión*

El epígrafe I.2 de este trabajo se centró en la definición del sistema jurisdiccional, que liga sus funciones esenciales a la autonomía del ordenamiento y hace insustituibles a sus dos conjuntos orgánicos, el Tribunal de Justicia y el Poder Judicial nacional. El Dictamen que comento es una prolongación de esa doctrina. Así, cuando en el apartado 199 se exige algún tipo de articulación ante la posibilidad abierta por el reciente protocolo 16, que permite a un órgano jurisdiccional nacional solicitar una opinión consultiva al TEDH, es imposible no escuchar los ecos de *Melki* ante la muy similar dificultad que plantea la obligación de presentar una cuestión de inconstitucionalidad antes que la prejudicial. Se entiende entonces perfectamente que el Tribunal de Justicia señale el peligro de que la opinión consultiva soslaye el mecanismo de remisión propio de la Unión Europea, en definitiva, la posición cardinal del juez ordinario (ap. 198) (44).

Resuenan también con fuerza los tonos marcados por el Dictamen 1/09 a la hora de proteger la naturaleza del sistema judicial de la Unión frente a la potestad jurisdiccional de otras organizaciones internacionales. En concreto, vuelve a ser una preocupación de primer orden que el Tribunal de Justicia pueda ser sustituido en su condición de intérprete supremo del Derecho de la Unión y la zona de riesgo se ubica en el procedimiento de intervención previa del Tribunal de Justicia. En términos generales, y para que el Tribunal de Justicia esté en plenas condiciones de determinar si ya se ha pronunciado sobre el asunto objeto de litigio, el Dictamen impone una obligación general de información por parte

(44) Existe el riesgo de que los tribunales nacionales superiores —y cabe pensar especialmente en los constitucionales— usen al TEDH para circunvalar obligaciones de Derecho de la Unión, véase D. HALBERSTAM, *ob. cit.*, pág. 122. No obstante, creo que es un riesgo menor, pues con la doctrina *Melki* en nada se limitará la facultad para dirigirse al Tribunal de Justicia antes o después de formular la citada opinión consultiva. La abogada general comparte los temores del Tribunal de Justicia y para disiparlos se limita a remachar la obligación del juez de última instancia de plantear cuestión prejudicial, por lo que considera que tal incidente sería en todo caso prioritario a la opinión consultiva ante el CEDH, ap. 141.

del TEDH (ap. 241; en el mismo sentido la abogada general, ap. 228, que señala las limitaciones del sistema de notificación de asuntos por parte del TEDH). Más incisiva es la segunda objeción, por la cual el Tribunal de Justicia requiere su intervención previa no sólo para determinar la validez del Derecho de la Unión, sino también la interpretación correcta (ap. 245), pues de lo contrario se estaría vulnerando la competencia exclusiva del Tribunal de Justicia (ap. 246). Me atrevo a pensar, sin embargo, que no serán muy comunes los litigios ante el TEDH, en los que éste no dude de la conformidad del Derecho de la Unión y, sin embargo, necesite llamar al Tribunal de Justicia para que se pronuncie sobre su interpretación adecuada (45).

Con todo, la voluntad de preservar la exclusividad del Tribunal de Justicia se vuelca en un supuesto donde, llamados un Estado miembro y la Unión como partes pasivas de la relación procesal, el TEDH en su fallo puede excluir la responsabilidad de uno de ellos a tenor de las alegaciones concordantes, para lo que necesitará un juicio previo sobre el reparto de competencias, tarea que sólo corresponde al Tribunal de Justicia (ap. 229 y sigs. —en el mismo sentido la abogada general Kokott, ap. 179). Ciertamente, el riesgo existe en abstracto, pero es complejo valorarlo en toda su magnitud sin conocer cómo articulará la Unión su defensa jurídica. Digo esto porque sería bastante útil que antes de personarse como *co-respondent*, el Tribunal de Justicia fijase su posición, lo que eliminaría el peligro que se destaca en este supuesto. Si la Unión decidiese personarse con el aval del Tribunal de Justicia, y siempre que no haya abortado el problema mediante la intervención previa, éste ya estaría asumiendo la imputación de responsabilidad (si no se persona simplemente el riesgo no existe).

Finalmente, el monopolio de control del Tribunal de Justicia frente a órganos judiciales internacionales, sirve en el Dictamen para impedir un control del TEDH en el ámbito de la política exterior y de seguridad común. En este espacio la jurisdicción de la Unión posee competencias menores que abarcan tan sólo, de acuerdo con el artículo 24 TUE, el respeto de separación de pilares del artículo 40 TUE y la legalidad de los actos relativos al control de fronteras, asilo e inmigración. Podría pensarse que tras la adhesión, el TEDH ocuparía el lugar al que no llega el Tribunal de Justicia (y que queda en manos de los tribunales nacionales), perspectiva que sería además muy útil para colmar también

(45) La abogada general Kokott comparte las dudas del Tribunal, pero una vez más sugiere una fácil salida. Considera que el obstáculo no nace del proyecto de Acuerdo, puesto que los términos «examen de compatibilidad» harían posible una intervención previa del Tribunal de Justicia también para determinar la interpretación adecuada (ap. 130). La dificultad está, por tanto, en el Informe Explicativo, que cerraría la lectura del proyecto; por tanto, bastaría con modificar este Informe (ap. 135).

el control ante las nuevas realidades que usan instituciones de la Unión fuera de su marco [recordemos que en la sentencia *Pringle* se ha negado la eficacia de los derechos fundamentales ante las medidas del MEDE (46)]. Sin embargo, el Tribunal de Justicia rechaza esta hipótesis afirmando simplemente que «[...] la competencia para efectuar un control jurisdiccional de actos, acciones u omisiones de la Unión, incluso desde el punto de vista de los derechos fundamentales, no puede atribuirse en exclusiva a un órgano jurisdiccional internacional que se encuentre fuera del marco institucional y jurisdiccional de la Unión» (ap. 256) (47).

En definitiva, con un análisis de detalle, el Dictamen consolida los rasgos del sistema jurisdiccional fortaleciendo la posición del juez ordinario como juez necesario, no sólo natural, del Derecho de la Unión. Y este carácter imprescindible trae como consecuencia ineluctable eliminar la intervención de cualquier tribunal internacional que pueda realizar una interpretación del Derecho de la Unión al margen del Tribunal de Justicia.

3. *El CEDH no es fuente de convergencia*

La confianza en una convergencia de reconocimiento y alcance de los derechos fundamentales, sostenida sobre las tradiciones constitucionales comunes y el CEDH, ha sido un elemento clásico de la tutela multinivel. Sin embargo, en el epígrafe I.3 he intentado mostrar cómo en los últimos años el fiel de la balanza se está desplazando a través de una creación conceptual propia y la restricción de la potestad estatal de mayor protección, todo ello debido a la singularidad de las controversias que han ido dando forma a la protección de estos derechos dentro de la Unión.

El contexto se ha convertido en la nueva idea fuerza con la que alimentar la autonomía (48). Se hace evidente en *Melloni*, especialmente en las conclusiones

(46) Sentencia *Pringle*, C-370/12, EU:C:2012:756, apartado 180.

(47) Muy distinta es la opinión de la abogada general Kokott, que no ve contradicción alguna entre el control del TEDH para el ámbito PESC y la limitada jurisdicción del Tribunal de Justicia, ap. 191 y sigs.

(48) Esta idea estuvo presente desde el inicio en *Internationale Handelsgesellschaft*, tal y como he señalado. Y se deja entrever en *Kadi*, cuando el Tribunal de Justicia se aparta de la jurisprudencia del TEDH y ejerce un control sobre las resoluciones de Naciones Unidas más allá del *ius cogens*. En este sentido son muy expresivas las apreciaciones del abogado general Miguel Poiares Maduro, distinguiendo la distinta misión del TEDH y del Tribunal de Justicia, Conclusiones a *Kadi*, C-402/05 P, EU:C:2008:11, apartado 37.

del abogado general Yves Bot, que acentúa el nexo entre autonomía y derechos fundamentales cuando afirma que «el nivel de protección que se les debe atribuir reflejan las elecciones de una sociedad determinada sobre el justo equilibrio por alcanzar entre los intereses de los individuos y los de la colectividad a la que pertenecen» (ap. 109), añadiendo que «la determinación del nivel de protección de los derechos fundamentales que se ha de lograr depende estrechamente del contexto en el que se lleva a cabo esa determinación» (ap. 110).

El Dictamen 2/13 fortalece esta línea fijando el lugar que corresponde al contexto dentro de la «estructura constitucional» de la Unión (49). De sus diversas piezas emerge el presupuesto que ahorra autonomía y derechos fundamentales: «En el corazón de esa construcción jurídica figuran, además [junto a la confianza mutua basada en valores comunes, ap. 168], los derechos fundamentales reconocidos en la Carta [...] Ahora bien, la autonomía de que goza el Derecho de la Unión con respecto a los Derechos de los Estados miembros y con respecto al Derecho internacional exige que esos derechos fundamentales se interpreten en el marco de la estructura y de los objetivos de la Unión» (ap. 169 y 170). La referencia a la estructura nos envía al punto ya tratado sobre el sometimiento de los Estados miembros a los derechos fundamentales cuando aplican normas de la Unión. Ahora interesan los objetivos —mercado interior, ciudadanía, espacio de libertad, seguridad y justicia y defensa de la competencia—, cuyas disposiciones normativas contribuyen «[...] cada una en su ámbito específico y con sus características particulares, a la realización del proceso de integración que constituye la razón de ser de la propia Unión» (ap. 172).

Pienso que esta reivindicación de los objetivos, en el marco de la aplicación de los derechos fundamentales, se entiende plenamente a la luz del principio de proporcionalidad, instrumento al que recurre el Tribunal de Justicia para precisar el contenido y alcance de los derechos fundamentales, siguiendo la línea de la mayoría de los órganos jurisdiccionales del continente (y cuyo uso es ya un mandato, de acuerdo con el 51.1 de la Carta). Es bien sabido que en esta técnica, el arranque es el concepto abstracto del derecho, su ámbito de protección, que se abre a múltiples posibilidades y, por tanto, es susceptible de converger con las tradiciones constitucionales o el CEDH. Sin embargo, el punto de llegada, esto es, la valoración que determina si una conducta está bajo el cobijo del derecho fundamental, se hace a la luz de la adecuación y necesidad del propósito de la medida que delimita el derecho, y en ese instante, el ámbito de protección

(49) Estructura que abarca el principio de atribución, el marco institucional, la cooperación leal, el sistema jurisdiccional y la naturaleza del Derecho de la Unión (diseño sintetizado en los apartados del 165 al 177).

ampliamente definido se precisa, de manera que hablar de convergencia con las tradiciones constitucionales o el acervo del TEDH es imposible salvo que se trate de supuestos idénticos (y en este caso en verdad estaremos ante casos de igual protección).

En conclusión, el Dictamen 2/13 remacha la idea de que los derechos fundamentales, formando parte de la estructura constitucional de la Unión se mueven en paralelo, sin prioridad, a la dimensión teleológica del proceso de integración. De esta premisa se deduce que la convergencia tendrá sentido en un acercamiento inicial al contenido general de un derecho, pero se hace muy difícil en la determinación de la concreta protección. No puede ser de otro modo, pues los derechos fundamentales del Estado, del CEDH y de la Unión se desenvuelven en entidades (contextos) que persiguen propósitos distintos: el Estado la construcción de la comunidad política; el CEDH la definición de una razón pública; y la Unión la compensación, sobre todo en materia económica, de los excesos del Estado nación (50). Y si entre esos propósitos cabe la yuxtaposición, nunca la mixtificación, sus derechos fundamentales tendrán contenidos comparables, nunca sustituibles.

III. ¿CUÁL ES EL SENTIDO ACTUAL DE LA ADHESIÓN AL CEDH?

Las condiciones estipuladas en el Protocolo núm. 8 y el Dictamen 2/13 han hecho evidente el cambio de significado que ha experimentado la adhesión de la Unión al CEDH. Inicialmente se buscó en la ratificación un modo pragmático de hacer factible la protección ordinaria de los derechos fundamentales y cubrir a la vez cierto déficit de legitimidad del proceso de integración. Hoy ambas tareas están llamadas a ser realizadas por la Carta. ¿Qué lugar corresponde entonces al CEDH?

La garantía de los derechos fundamentales por el Tribunal de Justicia a través de su reconocimiento en forma de principios siempre fue sospechosa de padecer carencias estructurales: el reconocimiento por un órgano jurisdiccional al margen de un poder democrático (constituyente o no); y la debilidad de no tener un elenco pleno y cierto de derechos. Se pensó entonces que la adhesión al CEDH ayudaría a superar tales inconvenientes. En cuanto que documento

(50) Para un desarrollo de esta idea me remito a mi trabajo «Derecho constitucional y derecho europeo», en *Constitución: norma y realidad. Teoría constitucional para Antonio López Pina*, eds. Ignacio GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ y Jorge ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, Marcial Pons, 2014, págs. 87-95.

escrito, facilitaría su aplicación gracias al peso de la literalidad, que daría puntos de partida conocidos y marcaría el terreno en sus líneas maestras. Asimismo, reunir en un solo texto todos los derechos habría de potenciar una interpretación sistemática por encima del discurso fragmentado que ofrecía el Tribunal de Justicia. Así las cosas, el CEDH se convertiría en el soporte desde el que desplegar la protección ordinaria de los derechos fundamentales, trazando límites a los poderes normativos de la Unión. Además, el CEDH satisfaría una labor de legitimidad política ofreciendo a la Unión la oportunidad de sumarse a una historia constitucional compartida con sus Estados miembros, que en gran medida había definido la esencia del constitucionalismo contemporáneo.

La Carta irrumpió en este panorama vaciando las funciones que se esperaban del CEDH. Sin duda, pronto se asumió que componía un texto suficiente para que el Tribunal de Justicia garantizase los derechos fundamentales frente a las instituciones de la Unión. Al mismo tiempo, la Carta debería, en clave político-constitucional, matizar (e incluso reconfigurar) el origen económico del proceso de integración. Al menos así podía deducirse de su elaboración a través de una convención, que si no fue una manifestación prístina del principio democrático, reflejó una inédita apertura. Legitimidad colegida también de sus contenidos, que partiendo expresamente de la tradición que conforma el CEDH, recogen precisiones de suma importancia contemporánea, dándole una vitalidad especial frente a los problemas de presente y futuro.

¿Qué sentido tiene entonces la adhesión al CEDH, si la Carta lo ha desplazado en la protección de los derechos fundamentales y las funciones de legitimidad? Entiendo que su significado es doble. De un lado, en un giro hasta cierto punto paradójico, el CEDH ha de completar la autonomía del ordenamiento de la Unión, facilitando la intervención del Tribunal de Justicia allí donde no llega por las debilidades sistémicas de la cuestión prejudicial. De otro, al igual que con los Estados miembros, el CEDH define un estándar mínimo al que se somete la Unión cuando marca barreras a su Derecho derivado.

El discurso del Tribunal de Justicia sobre la autonomía del ordenamiento padece una falla evidente: ¿es suficiente la protección de un sistema en el que el particular carece de una acción procesal específica para impetrar la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales? El interrogante lo formuló con contundencia uno de los votos particulares a la sentencia *Bosphorus* del TEDH (51). No sorprende, por tanto, que este órgano se haya visto obligado a

(51) Afirman Rozakis, Tulkens, Traja, Botoucharova, Zagrebelsky y Garlicki «[d]esde esta perspectiva procesal, la sentencia minimiza o ignora ciertos factores que establecen una genuina diferencia y hacen irrazonable concluir que existe en todos los casos una “protección equivalente”».

levantar la presunción de equivalencia precisamente en un supuesto donde el juez nacional renuncia a plantear la cuestión prejudicial (52). Y tampoco extraña que, sin necesidad de levantar esa presunción, haya corregido la aplicación del Derecho de la Unión por los Estados miembros (53). En fin, la adhesión al CEDH y su articulación a través de los mecanismos ya vistos, *co-respondent* e intervención previa, rellenaría las grietas de la cuestión prejudicial, dando plena integridad al sistema jurisdiccional de la Unión y con él a su ordenamiento.

El CEDH, cerrando la autonomía del ordenamiento de la Unión, desempeñaría también para ésta la labor que tradicionalmente ha ejercido con los Estados, a saber, la garantía de un estándar mínimo (54). En principio, una vez que la protección de los derechos fundamentales en la Unión encuentra su tutela ordinaria a través del Tribunal de Justicia, a él le corresponde acotar el Derecho derivado de la Unión y su aplicación por los Estados miembros. Sin embargo, alcanzado este punto se da otra diferencia respecto a los sistemas nacionales: en todos ellos los particulares, por medio de la demanda ante el TEDH, conservan la facultad última de forzar una determinada comprensión de los derechos fundamentales, incluso frente a la norma constitucional o el órgano jurisdiccional nacional al que compete la interpretación suprema del Derecho estatal. Esta facultad refleja la gran transformación experimentada en el constitucionalismo de postguerra, pues supone admitir la falibilidad de las Constituciones estatales y de su interpretación por los Tribunales Constitucionales/Supremos, que serán

Por un lado, encontramos un incidente de cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, que no lo plantea la empresa demandante sino el Tribunal Supremo de Irlanda. Ese incidente no es un recurso, sino una petición de interpretación [...] y el juez conserva plena discrecionalidad para decidir cómo aplicar esa regla [del Tribunal de Justicia] en concreto para resolver la disputa». *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve ticaret anonim şirketi vs. Ireland*, no. 45036/98, ECHR 2005.

(52) *Michaud vs. France*, no. 12323/11, ECHR 2012.

(53) *M.S.S. v. Belgium and Greece*, no. 30696/09, ECHR 2011.

(54) Ésta es igualmente la opinión de la abogada general Kokott: «Me permito añadir, compartiendo el criterio de muchas de las partes personadas, que tal componente de control jurisdiccional externo de un nivel común elemental de respeto de los derechos fundamentales será la diferencia más importante con la situación jurídica actual, y que por lo general se considera que constituirá el valor añadido real de la adhesión de la Unión al CEDH», cita literal del ap. 164, en el mismo sentido ap. 1. Resaltando también el valor del control externo, J. A. GONZÁLEZ VEGA, *ob. cit.*, pág. 33; ANONYMOUS, *ob. cit.*, 2015, pág. 4.

Sin embargo, en el apartado 206, la abogada general, como ya hemos visto, apunta la posibilidad de que el Convenio modifique la relación entre las libertades fundamentales y los derechos fundamentales, vía que, en mi opinión, ha sido abortada por el Tribunal de Justicia.

No en vano, se reprocha al Tribunal que haya antepuesto la defensa de los elementos formales del ordenamiento, antes que la efectiva protección de los derechos fundamentales, S. PEERS, «The EU's Accession to the ECHR: The Dream Becomes a Nightmare», *German Law Journal*, vol. 16, núm. 1, 2015, págs. 213-222, pág. 221.

corregidos en virtud de un estándar mínimo definido por un órgano internacional. Situación que expone de modo radical la preminencia del individuo sobre el Estado en la configuración de las líneas maestras de su posición jurídica (55). Así las cosas, la falta de adhesión de la Unión inevitablemente la sitúa un paso por detrás en el constitucionalismo contemporáneo. Sólo con la ratificación del CEDH podrá sostenerse que el proceso de integración se mueve dentro de un escenario común, en el que la autonomía de cualquier ordenamiento exige un anclaje externo y material —el CEDH y su Tribunal— que permite un reconocimiento u homologación bajo una cultura constitucional compartida.

(55) En el mismo sentido en referencia a la adhesión de la Unión, ANONYMOUS, *ob. cit.*, 2015, pág. 4.