

Europea
adhesión
armonización fiscal
Unión
Comercio
política medioambiental
medicamento
asociación
inversión
transatl

LA ASOCIACIÓN TRANSATLÁNTICA PARA EL COMERCIO
Y LA INVERSIÓN
LOS MEDICAMENTOS EN LA UNIÓN EUROPEA
LA POLÍTICA MEDIOAMBIENTAL EUROPEA
EL RETO DE LA ARMONIZACIÓN FISCAL EN LA
UNIÓN EUROPEA FRENTE A LAS PRÁCTICAS
ELUSIVAS
ESPECIAL REFERENCIA A LA ADHESIÓN AL
CEDH

CUADERNOSCANTABRIAEUROPA



Edita: Dirección General de Economía y Asuntos Europeos
Gobierno de Cantabria

ISSN: 2444-5401

Depósito Legal: SA-19-2014
1ª Edición, diciembre 2016

Imprenta Regional de Cantabria 6/405

LA ASOCIACIÓN TRANSATLÁNTICA PARA EL COMERCIO
Y LA INVERSIÓN

LOS MEDICAMENTOS EN LA UNIÓN EUROPEA

LA POLÍTICA MEDIOAMBIENTAL EUROPEA

EL RETO DE LA ARMONIZACIÓN FISCAL EN LA
UNIÓN EUROPEA FRENTE A LAS PRÁCTICAS
ELUSIVAS

ESPECIAL REFERENCIA A LA ADHESIÓN AL
CEDH

CUADERNOSCANTABRIAEUROPA

Cuadernos Cantabria Europa es una publicación de la Dirección General de Economía y Asuntos Europeos del Gobierno de Cantabria, que con una periodicidad anual aborda diferentes temáticas de actualidad europea, a través de artículos elaborados por jóvenes investigadores.

Esta serie pretende ser un marco de reflexión y debate, además de conocimiento sobre el proceso de integración europeo, y su objetivo principal no es otro que hacer comprensible la Unión Europea, realidad compleja y cambiante, que con sus políticas y desde múltiples facetas afecta a nuestro presente y nuestro futuro.

ÍNDICE

La Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión: La importancia del diseño del Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Estados Unidos desde una perspectiva europea 11

Por Andrea González González

1. Introducción	13
2. La Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión o TTIP	15
3. Beneficios potenciales del TTIP	17
3.1. Beneficios económicos: el largo plazo y las barreras no arancelarias	17
3.2. Beneficios empresariales: grandes multinacionales y PyMEs	20
4. Posibles consecuencias negativas del TTIP	22
4.1. Macroeconomía en el corto plazo	22
4.2. Salud pública y Medio Ambiente	23
4.3. Desregulación comercial y financiera	25
5. El futuro de las negociaciones	28
6. Conclusiones	30

Los medicamentos en la Unión Europea 33

Por Andrea González González

1. Introducción	35
2. La salud pública en la UE	36
2.1. La importancia de los medicamentos	38
3. Revisión de la legislación de la UE relativa a los medicamentos	40
4. La Agencia Europea de Medicamentos	43
4.1. Relaciones con la Agencia Española de Medicamentos, Organizaciones Internacionales y Terceros Países.	45
5. Conclusión	47

La política medioambiental europea. Estudio sobre el desarrollo de la protección ambiental y papel decisivo de la Unión Europea 49

Por Caterina Modafferi

1. Resumen	51
2. Nacimiento y desarrollo de la protección del medio ambiente como derecho	52
3. Génesis y evolución de la política medioambiental europea	56
4. Los principios de la política medioambiental europea	60
4.1 El principio de precaución	60
4.2 El principio 'quien contamina paga'	60
5. La política medioambiental europea	61
6. Medidas fiscales medioambientales en algunos países de la Unión Europea	63
7. Conclusión	65
8. Bibliografía	66

El Reto de la Armonización Fiscal en la Unión Europea frente a las Prácticas Elusivas	69
<i>Por Gemma Bedía Bueno</i>	
1. Resumen	71
2. Introducción	72
3. La Política Fiscal en la Unión Europea y la Soberanía de los Estados Miembros	73
3.1 Introducción	73
3.2 La Definición de Fiscalidad en la Unión Europea	73
3.3 La Soberanía Fiscal de los Estados Miembros y el Derecho Fiscal Europeo	74
3.3.1 El Sistema de Toma de Decisiones: la Unanimidad y la Mayoría Cualificada	75
4. La Planificación Fiscal Agresiva y las Medidas Adoptadas por la OCDE y la UE.	77
4.1 Introducción	77
4.2 Los Paraísos Fiscales y la Planificación Fiscal Agresiva	77
4.3 El Plan de Acción BEPS de la OCDE	79
4.4 Las Medidas Legislativas Desarrolladas por la Unión Europea	80
5. Conclusión	84
6. Bibliografía	85
Especial referencia a la adhesión al CEDH	89
<i>Por Laly Brahim</i>	
1. Resumen	91
2. El sistema de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea.	92
2.1 Planteamiento general	92
2.2 El reconocimiento de los derechos fundamentales en los tratados constitutivos	95
2.3 La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión	97
3. El proceso de adhesión de la UE al CEDH	99
1. Planteamiento general. Las hipotéticas consecuencias de la adhesión al CEDH	99
2. Aspectos técnicos a tratar en un Proyecto de Acuerdo de Adhesión	101
2.1 El mantenimiento de la autonomía del derecho de la UE.	102
2.2 La figura del codemandado	103
2.3 El obstáculo del Protocolo 16	104
4. El dictamen 2/2013	106
5. Conclusiones	109
6. Bibliografía	110



A top-down view of a wooden desk. On the desk, there is a closed notebook with a light-colored cover and a subtle embossed logo. A black ruler with white markings is placed diagonally across the desk. A white pen with black caps lies horizontally in the foreground. In the background, a black and white striped object, possibly a pen or a small bag, is visible. The overall scene is a study or workspace.

ESPECIAL REFERENCIA A LA ADHESIÓN AL CEDH

Lalty Brahim

ESTUDIANTE DE DERECHO. UNIVERSIDAD DE CANTABRIA

I. RESUMEN

El actual marco de protección de los derechos fundamentales en el seno de la Unión es el resultado de una carrera de fondo que se ha desarrollado de forma paralela a la evolución del proyecto de integración europea. Así, ahora que la UE es una organización de integración, y no de mera cooperación intergubernamental, es cuando más alto nivel de protección de los derechos fundamentales se garantiza a los ciudadanos de la misma. La configuración de estos derechos tal y como los conocemos hoy en día se debe a la labor jurisprudencial iniciada por el Tribunal de Justicia hace ya cerca de medio siglo. Finalmente, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE vino a consolidar ese trabajo inaugurado por el Tribunal de Justicia. Asimismo, el Convenio de 1950 ha tenido gran relevancia en el desarrollo de este sistema. Precisamente, el Tratado de Lisboa emite un mandato de adhesión de la UE al CEDH a fin de unificar el marco de garantía de los derechos fundamentales en el continente europeo. Este escenario actualmente está compuesto por tres niveles de garantía: el que desempeñan los Tribunales Constitucionales de los Estados a la luz de sus respectivos textos constitucionales, el que ejerce el TJUE al interpretar y aplicar la Carta de Derechos Fundamentales y, finalmente, el TEDH que hace lo propio con el Convenio de 1950.

2. EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA UNIÓN EUROPEA.

2.1 Planteamiento general

Pese a la relevancia que cobraron los derechos fundamentales tras la Segunda Guerra Mundial, los tratados constitutivos de la Comunidad Europea no dedicaban a estos derechos preceptos concretos que los consagraran hasta bien avanzado el proceso de integración europea. Tanto es así, que esta inclusión en los tratados fundacionales no se produjo hasta el Tratado de Maastricht de 1992, en cuyo artículo F se hacía referencia expresa a los derechos fundamentales. Además, dicho artículo «aparecía redactado en términos tales que en principio se acercaría más a una declaración política que a una disposición jurídicamente vinculante»¹. Esta tardía regulación de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario encuentra su justificación en el hecho de que, al menos inicialmente, las tres Comunidades Europeas originarias -CECA, EURATOM y CEE- perseguían fines esencialmente económicos y, por consiguiente, difícilmente se podía concebir la existencia de conflictos entre las normas comunitarias y los derechos humanos.

Sin embargo, tal y como afirma la Dra. ESCOBAR HERNÁNDEZ, esa ausencia de regulación formal en materia de derechos fundamentales no debe entenderse como una falta de compromiso por parte de las instituciones europeas con esos derechos². Prueba de ello es la iniciativa adoptada por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo de brindar una protección jurisdiccional a los derechos fundamentales en el seno de las Comunidades Europeas. No obstante, cabe señalar que el TJ inicialmente tampoco consideró una prioridad compensar esa ausencia de regulación en materia de derechos fundamentales, pues compartía con los fundadores de las Comunidades Europeas la opinión de que esos derechos no formaban parte de los «objetivos inmediatos»³ de las mismas. Nótese que no estamos ante dos posturas doctrinales opuestas respecto a si había o no compromiso por parte de las instituciones comunitarias en relación con los derechos humanos, sino que el *quid* de la cuestión radica en el momento que se tome como referencia para hacer dicha valoración. Así, la Dra. ESCOBAR se refiere al «largo periodo que se extiende a lo largo de los años 60, 70 y parte de los 80»⁴, mientras que los autores que afirman que los derechos fundamentales no constituían un tema prioritario para las Comunidades Europeas dados sus fines eminentemente económicos, se refieren a la primera década de vida del proyecto de integración europea, esto es, los años 50.

En cualquier caso, resulta ahora necesario detenerse en esa labor llevada a cabo por el Tribunal de Justicia, la evolución que experimentó su doctrina jurisprudencial en materia de derechos fundamentales y las reacciones de los respectivos tribunales constitucionales de los Estados miembros.

1 GORDILLO PÉREZ, L. I., MARTINICO, G., “La jurisprudencia federalizante y humanizadora del Tribunal de Justicia”, *Teoría y realidad constitucional*, nº 32, 2013, p. 455.

2 ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., “Capítulo V. La ciudadanía y los derechos fundamentales en la Unión Europea” en ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. (Dir.), *Instituciones de la Unión Europea*, 2ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 88.

3 MUÑOZ MACHADO, S., “Los tres niveles de garantía de los derechos fundamentales en la Unión Europea: problemas de articulación”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº50, enero-abril (2015), p. 197.

4 ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., *op. cit.*, p. 88.

El TJ tuvo la oportunidad de abordar esta cuestión por primera vez con ocasión del planteamiento de pleitos en los que el demandante reclamaba la aplicación a las normas comunitarias de los derechos reconocidos en las constituciones de los Estados miembros⁵.

La idea expuesta por el Tribunal por aquel entonces era que el derecho comunitario no necesitaba ser completado con el contenido de las constituciones estatales debido a que se concebían como ordenamientos autónomos, independientes. Sin embargo, no se pronunciaba acerca de la existencia o no de un sistema de garantía de los derechos fundamentales en ese ordenamiento comunitario autónomo. Esto último, unido a la proclamación de la independencia del derecho comunitario respecto de los derechos estatales, supuso una respuesta sumamente ambigua al problema que se planteaba en relación con la protección de los derechos fundamentales. Y esto se debe a que, a la vez que se negaba la posibilidad de aplicar algunos preceptos constitucionales básicos para articular las normas comunitarias, no se disipaba la duda en torno a la garantía de los derechos fundamentales. En definitiva, baste leer la reflexión que hacen al respecto GORDILLO PÉREZ y MARTINICO:

«Estaba claro que las competencias que los Estados ejercitan estaban sometidas al respeto de los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones nacionales. Ahora bien, la transferencia de esas competencias a una instancia supranacional (las Comunidades), ¿implicaría que su ejercicio ya no estaba sometido a los límites que planteaban los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones nacionales? Una respuesta afirmativa habría permitido concluir que la creación de las Comunidades (con la consiguiente transferencia de poderes) operaba una reducción de los derechos del individuo. Además, se haría necesario explicar por qué competencias cuyo ejercicio estaba limitado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (...) escaparían a todo control tras una eventual cesión a las Comunidades»⁶.

La superación de esta ambigüedad tardaría algún tiempo en llegar. En primer lugar, con ocasión de la Sentencia *Stauder* de 2 de noviembre de 1969, el Tribunal incluyó los derechos fundamentales de la persona dentro de los principios generales orientadores del Derecho comunitario y se erigió como tribunal competente para el conocimiento de las eventuales vulneraciones de estos derechos.

La configuración de los derechos fundamentales como principios generales dentro de las Comunidades tiene una relevancia capital, pues estos constituyen la fuente no escrita que mayor influencia tiene en el derecho comunitario, se manifiestan a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, gozan de primacía sobre las normas ordinarias y deben guiar la interpretación de los tratados constitutivos y demás fuentes escritas en el marco comunitario europeo⁷.

No obstante, en la Sentencia citada *supra* no se hizo mención expresa a qué derechos fundamentales de la persona en concreto estaba pensando el Tribunal. Esa respuesta nos la facilita un año después a través de la Sentencia *Internationale Handelsgesellschaft* de 17 de diciembre de 1970, en la que el Tribunal se atribuye la tarea de reunir los derechos fundamentales susceptibles de protección en el Derecho comunitario. A tal fin, el TJ se propone analizar las constituciones de los Estados miembros y así extraer de ellas y de las doctrinas

5 Concretamente, hay tres resoluciones del Tribunal que ponen esto de relieve, a saber: la Sentencia *Stork c. Alta Autoridad* de 4 de febrero de 1959, la Sentencia *Comptoirs de vente c. Alta Autoridad* de 15 de junio de 1960 y *Geitling* (asunto 131/60).

6 GORDILLO PÉREZ, L. I., MARTINICO, G., *op. cit.*, p. 457.

7 Esta cuestión es matizada posteriormente por la Sentencia *Nold* (1974), que garantiza lo siguiente: basta con que un derecho esté reconocido en un Estado miembro para que cobre importancia a nivel comunitario. Esta afirmación se hace para atajar la desconfianza mostrada por los tribunales constitucionales nacionales, que albergaban el temor de que el nivel de protección que brindara el TJ a los derechos fundamentales fuera inferior al que ofrecían algunos Estados. Este era un temor razonablemente lógico, puesto que no todos los Estados miembros eran igual de garantistas en materia de derechos fundamentales.

jurisprudenciales nacionales aquellos derechos fundamentales susceptibles de aplicación a las normas comunitarias⁸.

Posteriormente, mediante la Sentencia *Nold*, de 14 de mayo de 1974, el Tribunal añadió al criterio de las «tradiciones constitucionales comunes» de los Estados miembros uno nuevo: también tendría presentes los tratados internacionales relativos a los derechos fundamentales que hubieren sido ratificados por los Estados miembros de las Comunidades Europeas. Esta es una especial referencia al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales -en adelante, CEDH-, cuyas consecuencias apunta Muñoz Machado de la siguiente forma:

«La invocación del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos por la jurisprudencia del Tribunal comunitario, dio más solidez a la delimitación de un estándar claro de las garantías de los derechos fundamentales y la fijación por remisión de un catálogo de derechos concretos».

De forma paralela a los sucesivos pronunciamientos del TJ, los tribunales constitucionales de los Estados miembros, al menos los más preeminentes, fueron dictando sentencias en las que se posicionaban y reaccionaban a las tesis expuestas por el TJCE y por el resto de tribunales constitucionales nacionales. Esta práctica ha venido a denominarse «diálogo judicial» y su aportación al proceso de integración ha consistido en articular las relaciones entre las Comunidades y sus Estados miembros y, en suma, a determinar cuánto poder estaban dispuestos a ceder estos últimos a las instituciones comunitarias. Baste como ejemplo la teoría italiana de los «contralímites», alumbrada por la *Corte costituzionale* de Italia en la Sentencia *Frontini* de 1973 como reacción a la primitiva jurisprudencia del TJ que negaba la posibilidad de influencia de los derechos nacionales en el ordenamiento comunitario. En cambio, la posterior proclamación de los derechos fundamentales como principios generales y la referencia al CEDH provocó una reacción más positiva en los tribunales constitucionales, que en aplicación la doctrina de la «protección equivalente», cedieron finalmente al TJ la supervisión del respeto de los derechos humanos en las normas y actos comunitarios¹⁰.

No podemos concluir esta somera crónica de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia que nos ocupa sin referirnos a la importantísima Sentencia *Simmenthal* de 9 de marzo de 1978, en la que el TJ retiró de la competencia de los jueces y tribunales de los Estados miembros la posibilidad de dejar de aplicar normativa comunitaria por considerarla contraria a los textos constitucionales de los respectivos Estados¹¹. Esta afirmación, como ya se vería más adelante, fue la primera manifestación inequívoca del principio de primacía del Derecho comunitario.

Para concluir este apartado, es preciso aludir a algunos de los derechos fundamentales que fueron protegidos por el Tribunal de Justicia mediante los criterios ya comentados. Sirvan como ejemplos los siguientes: no discriminación por razón de la nacionalidad o sexo, la dignidad humana, las libertades de expresión y asociación, el derecho a la tutela judicial efectiva, etc.

8 MUÑOZ MACHADO, S., *op. cit.*, p. 198.

9 MUÑOZ MACHADO, S., *op. cit.*, p. 201.

10 GORDILLO PÉREZ, L. I., MARTINICO, G., *op. cit.*, pp. 458-459.

11 MUÑOZ MACHADO, S., *op. cit.*, p. 199.

2.2 El reconocimiento de los derechos fundamentales en los tratados constitutivos

Como ya se ha afirmado con anterioridad, las primitivas versiones de los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas no contaban con un catálogo de derechos fundamentales y, en consecuencia, tampoco preveían mecanismos para su protección. También sabemos que esa carencia fue suplida por el Tribunal de Justicia en los términos ya explicados.

Esta dinámica comenzó a cambiar a partir de mediados de la década de los 70, época en la que se empieza a barajar la posibilidad de que las Comunidades Europeas (la Comunidad Europea desde el Acta Única Europea y la Unión Europea desde el Tratado de Maastricht de 1992) se adhieran al CEDH. Esta hipótesis cobra fuerza a partir de 1987, con la aprobación del Acta Única Europea, en cuyo preámbulo se hace por vez primera una referencia expresa a los derechos humanos¹². Finalmente, este compromiso con los derechos fundamentales se concreta en el artículo F.2 del Tratado de Maastricht:

«La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (...) tal y como resultan de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros como principios generales del Derecho Comunitario».

Dos comentarios cabe ahora hacer respecto a este precepto. De un lado, obsérvese que este artículo condensa las dos fuentes introducidas por el Tribunal de Justicia para asegurar la protección de los derechos fundamentales: formaliza la remisión al CEDH a la vez que alude al contenido material de las constituciones de los Estados miembros. Además, este artículo se integra en la parte dispositiva del Tratado (en los *finés*) y, como ya es sabido, la posición que ocupa un precepto dentro de un texto legal no es algo banal o azaroso; por el contrario, esto refleja el creciente compromiso de las instituciones comunitarias con los derechos fundamentales de la persona.

En cambio, la posibilidad de ratificación del CEDH queda temporalmente paralizada a resultas del Dictamen 2/1994 del TJ, en el que este condiciona la adhesión de la UE al Convenio de 1950 a la previa modificación de los Tratados. Dado que más adelante ahondaremos en esta cuestión, con saber este dato es suficiente por el momento para contextualizar lo que a continuación se va a explicar.

Bloqueada la vía de alcanzar el más elevado grado de protección de los derechos humanos mediante la incorporación al CEDH, en el Tratado de Ámsterdam (1997) se procuró otorgar a estos derechos un mayor nivel de garantía, razón por la que pasan a integrarse en los *objetivos*. Pero no acaba ahí, también en virtud de este Tratado se prevén sanciones para aquellos Estados miembros que vulneren reiterada y sistemáticamente los derechos fundamentales. En síntesis, ya no se trata de la mera proclamación de objetivos o principios, que de por sí son vinculantes, sino que se introduce la posibilidad de que los Estados miembros respondan por el incumplimiento de sus obligaciones a este respecto.

La única aportación reseñable del Tratado de Niza en esta materia consistió en añadir que también se podrían adoptar medidas sancionadoras contra aquellos Estados miembros en los casos en que «aun no habiéndose cometido violaciones efectivas de los derechos humanos, se pudiese detectar un riesgo claro de violación grave de los mismos»¹³.

El frustrado proyecto de constitución europea, aunque nunca llegó a entrar en vigor debido a motivos en los que ahora no cabe detenerse, introdujo una serie de innovaciones que

¹² ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., *op. cit.*, p. 89; MUÑOZ MACHADO, S., *op. cit.*, p. 203.

¹³ ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., *op. cit.*, p. 90.

no pueden ser omitidas. En primer lugar, incorporó los derechos fundamentales entre los valores de la Unión, lo que contribuyó a la tesis de que estos derechos son un parámetro de legitimación democrática tanto de la propia UE como de los Estados que la componen, pues estos debían cumplir la exigencia de respeto de los derechos fundamentales para poder ingresar en la Unión. Asimismo, la garantía del respeto de los derechos fundamentales se mantuvo entre los objetivos hacia donde debe caminar la UE. Otra contribución del fallido tratado constitucional fue la integración en su parte dispositiva de la Carta de Derechos Fundamentales, texto que se abordará separadamente más adelante. Pero quizá la aportación más destacada de este tratado es el mandato expreso de adhesión al CEDH¹⁴. Nótese la gran significación de esto último: por primera vez se hace alusión expresa en los Tratados a la adhesión al CEDH, sin perjuicio de que ya antes, desde 1992, se remitía al contenido material del mismo.

Por su parte, el Tratado de Lisboa trajo algunas novedades al escenario de la protección de los derechos humanos en la UE. La modificación esencial fue que la Carta de Derechos Fundamentales dejó de estar integrada en la parte dispositiva del Tratado de la Unión Europea (TUE) debido a la presión ejercida por algunos Estados miembros, como ya se verá en su momento. No obstante, el art. 6. I. TUE equipara el valor jurídico de la Carta al de los Tratados aunque, eso sí, su ámbito de aplicación está en parte restringido. Por lo demás, se mantiene la línea trazada por el Tratado constitucional de la siguiente manera: reafirmación de los derechos fundamentales como inspiradores de los objetivos de la Unión en su actividad (incluidas las relaciones internacionales con terceros Estados) y la conservación del mandato de adhesión al CEDH. En relación a esto último, es preciso señalar que tanto el fallido Tratado constitucional como el Tratado de Lisboa hacían hincapié en que ni la Carta de Derechos Fundamentales ni la eventual ratificación del Convenio de 1950 operarían modificación alguna en el modelo competencial de la Unión instaurado por los sucesivos tratados fundacionales¹⁵.

Resta, por último, hacer alusión a la ciudadanía de la Comunidad (y posteriormente, de la Unión), que suponía un reconocimiento de un amplio elenco de derechos fundamentales a los nacionales de los Estados miembros. Como matiza la Dra. ESCOBAR, esta figura no se creó para reemplazar las nacionalidades de los Estados miembros, sino más bien «un estatuto subsidiario y acumulativo» de aquellas. En consecuencia, los ciudadanos de los Estados miembros de la UE gozan de una protección intensificada de los derechos fundamentales, así como de otros derechos específicos que les son reconocidos en virtud de tal condición¹⁶.

Todo esto conduce a apreciar el alto grado de implicación y compromiso manifestado por las instituciones comunitarias para con los derechos fundamentales de la persona. Un compromiso que no se limita a la proclamación política de los mismos ni mucho menos, como ya se ha visto, ni está restringido al ámbito interno de la Unión, sino que exige el respeto y la promoción de estos derechos a nivel mundial.

14 La Dra. ESCOBAR habla de «autorización expresa». El precepto dice «La Unión se adherirá al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos». Mi reflexión al respecto es si no se debe entender más bien como un mandato, dada su redacción; en caso contrario, ¿no debería ser «La Unión podrá adherirse...». Concretamente, la Dra. ESCOBAR dice «Para facilitar ese proceso de adhesión que ahora se autorizaba expresamente por el Tratado constitucional» (ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., op. cit, p. 91). Sin embargo, una página más adelante la Dra. ESCOBAR emplea la palabra «mandato», por lo que cabe concluir que lo anterior no fue más que una palabra desafortunada, pero que en esencia ambas entendemos del mismo modo el precepto.

15 ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., op. cit., p. 92.

16 Ejemplos de esos derechos específicos son los siguientes: libertad de circulación y de residencia, derecho a participar en las elecciones municipales y en las del Parlamento Europeo, derecho de petición ante el Parlamento Europeo, el derecho de queja ante el Defensor del Pueblo, a dirigirse a las instituciones y el de la llamada «protección diplomática».

2.3 La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión

Como ya se ha reiterado en varias ocasiones, uno de los mayores problemas, quizá el más importante de ellos, al que se enfrentaba el sistema de reconocimiento y protección de los derechos fundamentales en las Comunidades y posteriormente en la Unión, fue la ausencia de un texto legal que determinara un elenco de derechos.

Este inconveniente se fue superando progresivamente: primero con la remisión material al CEDH y, después, con el mandato expreso de ratificación de dicho Tratado. Ello explica la tardía elaboración de ese texto que consagrara los derechos fundamentales en el escenario comunitario. Lo que finalmente disuadió a las instituciones comunitarias de que era preciso redactar la Carta de Derechos Fundamentales fue la persistencia de los obstáculos a la adhesión al Convenio de 1950.

Puesto que no había consenso al respecto, las instituciones comunitarias se dedicaron a aprobar declaraciones unilaterales que aspiraban a convertirse en el ansiado texto. Sin embargo, precisamente por su carácter unilateral, no vinculaban al resto de instituciones y, en consecuencia, no eran instrumentos efectivos para alcanzar el fin perseguido¹⁷.

Finalmente, el Consejo Europeo celebrado en Colonia en junio de 1999 encomendó a un órgano creado *ex profeso*, la Convención, la redacción de un proyecto de texto. Una vez elaborado, el borrador fue sometido a votación y aprobado en Niza el 7 de diciembre del año 2000. Como se ha dicho antes, habría que esperar al fallido proyecto de Constitución Europea de 2004 para que la Carta adquiriera carácter vinculante. Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el art. 6. I. TUE se refiere a la Carta en los siguientes términos: «La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, (...), la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados».

Corresponde ahora hacer varias matizaciones. En primer lugar, la finalidad de la Carta no es introducir nuevos derechos, sino reunir de forma ordenada y sistemática¹⁸ los ya existentes tanto en el Derecho comunitario como en los ordenamientos de los Estados miembros. Además, su contenido debe ser respetado tanto por las instituciones comunitarias como por las autoridades de los Estados miembros cuando apliquen normativa europea. Por otro lado, la propia Carta dispone que los derechos reconocidos en ella deben ser interpretados a la luz de lo dispuesto en el CEDH.

Desde su proclamación en el 2000 hasta su inclusión en el fallido tratado constitucional de 2004, la Carta tenía el carácter de mera declaración solemne, lo que suscitó críticas en el seno de la Unión por parte de quienes consideraban que, mientras no tuviera valor vinculante, no proveería el necesario nivel de garantía de los derechos fundamentales en la UE. Esta posición es fácilmente refutable. Como se ha apuntado antes, la Carta se limita a reflejar los derechos reconocidos previamente en el derecho comunitario y en los ordenamientos internos tanto por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia como por la remisión al contenido del CEDH y, por ende, ya estaba suficientemente garantizada la tutela efectiva de esos derechos.

Como ya adelantamos, el ámbito de aplicación de la Carta está limitado en parte por el *Protocolo nº30 sobre la aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales a Polonia y al Reino*

¹⁷ La Dra. ESCOBAR cita como ejemplos la Declaración de los derechos y libertades fundamentales (abril de 1989) y la Carta comunitaria de los derechos fundamentales de los trabajadores (diciembre de 1989), aprobadas por el Parlamento Europeo y el Consejo Europeo respectivamente (ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., *op. cit.*, p. 96).

¹⁸ Los derechos están clasificados en seis capítulos, a saber: dignidad, libertades, igualdad, solidaridad, ciudadanía y justicia.

Unido, así como por declaraciones hechas por los Estados de la República Checa y Polonia¹⁹. Sin embargo, según GORDILLO PÉREZ y MARTINICO, la doctrina mayoritaria ha venido a convenir en que el valor de estas declaraciones se aproxima más al de una declaración política que al de una cláusula de «*opting out*» con efectos jurídicos; esta opinión es parcialmente compartida por el Tribunal de Justicia²⁰.

Para finalizar, es preciso indicar que la versión de la Carta actualmente en vigor es la resultante de la modificación hecha en 2007 por el Tratado de Lisboa, cuya novedad más relevante es la incorporación de las *Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales* que deben guiar la interpretación de los artículos. Esto, en suma, supone que existen tres elementos o fuentes de interpretación del articulado de la Carta: las mencionadas explicaciones, las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y, por supuesto, el contenido del Convenio de 1950.

De todo lo anteriormente expuesto, se extrae el elevado valor político de la Carta de Derechos Fundamentales que, a falta de la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos, supone el logro más importante en materia de defensa y protección de los derechos fundamentales inherentes a la persona.

19 Me estoy refiriendo a la Declaración de la República Checa relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la Declaración de la República de Polonia relativa a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Declaración de la República de Polonia relativa al Protocolo de aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido.

20 GORDILLO PÉREZ, L. I., MARTINICO, G., *op.cit.*, p. 465.

3. EL PROCESO DE ADHESIÓN DE LA UE AL CEDH

1. Planteamiento general. Las hipotéticas consecuencias de la adhesión al CEDH

Ante todo, interesa hacer ahora una puntualización. Siendo la adhesión de la Unión Europea al CEDH un tema que suscita tanto interés y es tan abundante la literatura al respecto²¹, las siguientes páginas no pretenden en modo alguno hacer una crónica pormenorizada de todos los avatares del proceso de adhesión. Todo lo contrario, mi intención no es otra que la de tratar de sintetizar las implicaciones que supondría para el Derecho de la Unión una eventual adhesión al Convenio para, acto seguido, abordar el significado del Dictamen 2/133 y, finalmente, plantear el estadio actual en el que se encuentra dicho proyecto.

Hecha esta primera matización, cabe comenzar con una breve introducción. Ya se ha afirmado anteriormente que los derechos humanos y sus garantías no fueron el objetivo prioritario durante la primera década de vida de las Comunidades Europeas. También sabemos que el Tribunal de Justicia empezó a tomar conciencia de la importancia de este tema a partir de los sesenta. Pues bien, las primeras manifestaciones del interés de las instituciones comunitarias por una hipotética adhesión al CEDH -al que SANZ CABALLERO califica de «tratado europeo más emblemático en materia de protección de derechos fundamentales del continente europeo»²²- tienen lugar a mediados de los setenta²³. En esa época se concebía la adhesión como una forma de suplir la inexistencia de un texto internacional que consagrara los derechos fundamentales en el ámbito comunitario. Todo llevaba a concluir que la ratificación del Convenio de 1950 era cuestión de tiempo, cuando, en marzo de 1996 el Tribunal de Justicia en su Dictamen 2/1994 obstruyó el camino a la adhesión. En dicho Dictamen el Tribunal afirma que las instituciones comunitarias no estaban habilitadas por los Tratados para adoptar tal decisión, y para ello se basó en el actual artículo 352 TFUE²⁴. Lo que sigue a esto, como ya se relató antes, es la iniciativa de redacción de una Carta de Derechos Fundamentales propia.

Desde el momento en que el Derecho de la UE pasa a estar integrado por una Carta de Derechos Fundamentales -con carácter vinculante desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa-, corresponde reflexionar acerca de la necesidad o no de que la Unión se incorpore al CEDH. En este sentido resulta muy oportuno un argumento a favor empleado por SANZ CABALLERO²⁵ y que se puede resumir como sigue: si los Estados que han ratificado el Convenio no se han escudado en el hecho de que en sus propias constituciones disponían de un elenco de derechos fundamentales para no llevar a término dicha adhesión, ¿por qué iba a ser distinto el caso de la UE? Precisamente, el Convenio servirá para complementar la Carta del mismo modo que lo hace con las distintas constituciones

21 GORDILLO PÉREZ y MARTINICO incluyen en una nota a pie de página, concretamente en la n.º206, una extensa lista de obras que tratan la cuestión, y a ella me remito (GORDILLO PÉREZ, L. I., MARTINICO, G., op. cit., p. 467).

22 SANZ CABALLERO, S., «Crónica de una adhesión anunciada: algunas notas sobre la negociación de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º38, enero-abril (2015), p. 100.

23 Los textos que reflejan esta afirmación son los siguientes: el Informe de la Comisión titulado *La protección de los derechos fundamentales en la creación y desarrollo del Derecho comunitario (14-febrero-1976)*, la Declaración conjunta del Parlamento, el Consejo y la Comisión (5-abril-1977) y el Memorándum de la Comisión sobre la adhesión de las Comunidades Europeas al Convenio de 1950 (4-abril-1979).

24 MUÑOZ MACHADO, S., op. cit., p. 204.

25 SANZ CABALLERO, S., op. cit., p. 102.

estatales. En todo caso, se debe afirmar que, si bien esa adhesión seguía siendo pertinente, no era ni con mucho tan perentoria como antes del 2007.

No obstante, el Tratado de Lisboa zanja toda posible discusión con el rotundo mandato de adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 6 TUE). Asimismo, fue aprobado el Protocolo 8 relativo a la adhesión de la UE al CEDH (ANEXO I). Llamo la atención sobre lo siguiente: este documento pone de relieve que no estamos ante una simple prestación del consentimiento proveniente de una nueva parte en el Tratado, sino que se exige un acuerdo de adhesión que responda a las particularidades de ese nuevo miembro (la Unión).

El apartado 1 de dicho Protocolo establece los requisitos que ha de cumplir el acuerdo de adhesión para que respete las particularidades de la Unión y de su Derecho. A tal fin, ese acuerdo debe prever «las modalidades específicas de la posible participación de la Unión en las instancias de control del Convenio Europeo» y «los mecanismos necesarios para garantizar que los recursos interpuestos por terceros Estados y los recursos individuales se presenten correctamente contra los Estados miembros, contra la Unión, o contra ambos, según el caso».

El artículo 2 reitera el deber del acuerdo adhesión de asegurar que «la adhesión no afecte a las competencias de la Unión ni a las atribuciones de sus instituciones» y añade que este no puede alterar «la situación particular de los Estados miembros respecto del Convenio Europeo».

Por último, el artículo 3 dispone que «Ninguna disposición del acuerdo mencionado en el artículo 1 afectará al artículo 344 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea»²⁶. El citado artículo 344 dice lo siguiente: «Los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos»²⁷.

Y, ¿qué supondría para la Unión Europea pasar a formar parte del Convenio?, ¿qué consecuencias fácticas derivarían de dicha adhesión? En primer, hay que insistir en que la adhesión de la UE solo va a ser al Convenio, no va a formar parte del Consejo de Europa. Esto se infiere de los artículos 6 TUE, 17 y 18 del Protocolo 14 del TEDH.

Comenzando por lo más abstracto, la adhesión demostraría, tal y como se ha insinuado antes, la sincera y firme voluntad de la UE en reforzar el marco de garantía de los derechos humanos en el continente europeo. En la misma línea, la Unión consolidaría a nivel global su papel de garante de estos derechos, lo cual repercutiría muy positivamente en sus relaciones con terceros Estados. Por último, teniendo en cuenta que los ciudadanos de Estados miembros de la UE gozan de la protección de sus derechos ante el TEDH para el caso de que se produzcan vulneraciones de los mismos provocadas por sus respectivos Estados, resulta lógico concluir que también es conveniente que disfruten de la misma garantía en relación con actos realizados por las instituciones europeas (por mucho que ahora ya lo estén por la Carta de Derechos Fundamentales y demás fuentes). Al hilo de esto, obsérvese que el ámbito donde hay mayor riesgo de que se produzcan estas violaciones es el de las competencias exclusivas de la Unión.

²⁶ Protocolo 8 Sobre el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, DO C. 115/273 de 9.5.2008.

²⁷ Artículo 344 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), DO C. 83/194 de 30.3.2010.

Por otro lado cabe decir, aún a riesgo de resultar evidente o reiterativo, que el Consejo de Europa ha mantenido una postura alentadora y proclive a la incorporación de la Unión²⁸. Esta actitud se puede ejemplificar con la modificación del art. 59 CEDH introducida por el Protocolo nº 14, en virtud de la cual se introduce en el citado texto un apartado 2 que reza «La Unión Europea podrá adherirse al presente Convenio»²⁹. Huelga hacer referencia a la voluntad política de la Unión en esta materia dado el mandato taxativo del Tratado de Lisboa ya mencionado con anterioridad.

No obstante, este acuerdo de voluntades merece ser objeto de cierta atención. Podemos afirmar que hay un consenso en el apoyo de la adhesión al Convenio pero eso no basta, se exige expresamente la unanimidad de los 28 Estados de la UE³⁰ y el consenso con los demás Estados del Consejo de Europa que no son miembros de la Unión. Si ya hay diferencias en el seno de la Unión en relación con los derechos humanos, como se puso de manifiesto con motivo de las restricciones que aprobaron Reino Unido, la República Checa y Polonia a la aplicación de la CDFUE, qué decir de la delicada tarea de alcanzar la unanimidad con 48 Estados. En suma, esto refleja el alto grado de dificultad -técnica y política- al que se enfrenta el proceso de adhesión de la UE, unas dificultades que a la postre pueden restar efectividad al aparentemente indiscutible mandato del art. 6.2.TUE.

Por último, hay un hecho irrefutable y es la existencia de un diálogo judicial entablado entre el TJUE y el Tribunal de Estrasburgo. Un diálogo que, según la Declaración nº2 relativa al artículo 6.2 TUE (ANEXO 2) elaborada por la Conferencia Intergubernamental que adoptó el Tratado de Lisboa, «podrá fortalecerse cuando la Unión se adhiera al citado Convenio»³¹.

2.Aspectos técnicos a tratar en un Proyecto de Acuerdo de Adhesión

Vamos a tratar de abordar esta cuestión del modo más pedagógico posible. En consecuencia, no se trata de relatar de forma exhaustiva todos los detalles al respecto, sino más bien el objetivo consiste en trazar los aspectos más polémicos o delicados para construirnos una cuadro general que nos ayudará a entender la situación actual.

Lo primero sobre lo que debo llamar la atención es el hecho de que no estamos ante la adhesión de un nuevo Estado al Convenio; en absoluto, se trata de la posible adhesión de un actor de Derecho Internacional, concretamente una organización internacional de ámbito regional. Pero, además, la Unión Europea es una organización *sui generis*, con un Derecho propio y unos mecanismos de relación con los Estados miembros únicos. Por ello, si bien se ha afirmado que el sometimiento de la UE al TEDH tiene que hacerse de modo tal que modifique en lo mínimo el actual funcionamiento del CEDH, desde luego que el acuerdo de adhesión pasa necesariamente por la adaptación de algunos aspectos a la naturaleza propia de la Unión.

Sin más demora, pasamos a analizar aisladamente cada una de estas cuestiones.

28 *Hago la matización de que puede resultar evidente ese dato puesto que, si el Consejo de Europa no se hubiera manifestado a favor de la adhesión de la UE, eso habría dificultado o incluso imposibilitado que tal hecho se produjera (que no se ha producido aún, pero por causas ajenas a la voluntad del CE).*

29 *Instrumento de Ratificación del Protocolo número 14 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, por el que se modifica el mecanismo de control del Convenio, firmado en Estrasburgo el 13 de mayo de 2004, Boletín Oficial del Estado, BOE-A-2010-8504.*

30 *Artículo 218.8 (segundo inciso) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE).*

31 *MUÑOZ MACHADO, S., op. cit., p. 209.*

2.1 El mantenimiento de la autonomía del derecho de la UE.

Conviene recordar el primer inciso del art. 1 del citado Protocolo 8 relativo al art. 6 TUE, según el cual el acuerdo de adhesión debe asegurar que «se preserven las características específicas de la Unión y del Derecho de la Unión»³². Esta exigencia también se deriva de la Declaración n°2 relativa a la adhesión de la Unión al Convenio³³.

El tema de la autonomía del Derecho de la Unión es muy amplio y, inevitablemente, afecta a otros como la figura del codemandado, el reparto de competencias entre el TJUE y el TEDH y el diálogo judicial.

La consecuencia más relevante de la adhesión de la Unión al CEDH será que los actos comunitarios quedarán sometidos al control del TEDH en la medida en que afecten a los derechos fundamentales. Hasta ahora estos actos eran únicamente susceptibles de impugnación ante el JTUE. No ocurre así con los actos llevados a cabo por el Estado en aplicación de normas de Derecho de la UE: en ese supuesto ya había legitimación para demandar al Estado ejecutor ante el Convenio.

No obstante, cabe una aclaración a ese respecto: el Tribunal de Justicia conservará el monopolio en la interpretación del Derecho de la Unión, y el TEDH se encargará de enjuiciar aquellos mismos actos en la medida en que vulneren derechos humanos proclamados en el Convenio. En suma, la relación entre los tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo en absoluto responderá al criterio jerárquico, sino al de «especialización»³⁴. En este sentido, el Tribunal de Luxemburgo reservará para sí la interpretación del Derecho de la UE mientras que el de Estrasburgo controlará el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por la Unión como parte del Convenio.

Una de las exigencias de la Unión durante la negociación era el establecimiento de un mecanismo de consulta previa al Tribunal de Justicia cuando el TEDH se dispusiera a valorar a la luz del Convenio la legalidad de disposiciones del Derecho de la Unión que el TJUE todavía no hubiera tenido ocasión de pronunciarse al respecto³⁵. Esta exigencia, defendida por los presidentes de ambos tribunales en 2011³⁶, ha sido no obstante criticada debido a que, como ya afirmamos, la adhesión de la UE al CEDH debe operar el mínimo número de alteraciones del funcionamiento del sistema del Convenio. Y lo que no hay duda en la doctrina es acerca de la configuración del TEDH como máximo intérprete de los derechos fundamentales, al uso de los tribunales constitucionales estatales, en el escenario europeo³⁷. Por ello, si se otorgase esa prerrogativa al Tribunal de Justicia, se estaría reduciendo efectividad al principio de igualdad de partes en el Convenio puesto que, en el plano estrictamente teórico, la incorporación de la UE al CEDH significaría colocar al TJUE en una posición análoga a la que desempeñan los tribunales constitucionales de los Estados vinculados por el Convenio³⁸. En cualquier caso, si finalmente se conviniera en prever esta consulta previa al TJUE en relación con la compatibilidad de normas de la UE con el CEDH, lo que es seguro es que se configuraría como un dictamen preceptivo pero no vinculante

32 Vide ANEXO I.

33 Es la misma Declaración que ya citáramos anteriormente para hacer referencia al diálogo judicial, en consecuencia, vuelvo a remitir a dicho anexo.

34 SANZ CABALLERO, S., *op. cit.*, p. 109.

35 MARÍN AÍLS, J. R., «La adhesión de la Unión Europea al Convenio de Roma. El cumplimiento de las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico de la UE», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 44, enero-abril (2013), p. 241.

36 *Ibid.*, p. 241.

37 SANZ, CABALLERO, S. *op. cit.*, pp. 109-110.

38 Téngase en cuenta que me limito a sintetizar lo expresado por parte de la doctrina, no entro a hacer una valoración personal.

de la decisión última del TEDH³⁹. ¿Por qué ese dictamen no debe ser vinculante? Debido a una razón que ya se ha insinuado anteriormente: los altos tribunales europeos no se van a regir por el principio de jerarquía, sino por el de especialidad. Por ello, resulta lógico que la «última palabra» en materia de derechos humanos corresponda al TEDH.

En definitiva, en lo relacionado a normativa europea, el Tribunal de Justicia conserva su papel de máximo órgano de control a la vez que el TEDH adoptaría el rol de intérprete «externo y siempre aplicando el principio de subsidiariedad». De este modo, se articularía un sistema de protección de los derechos humanos a nivel europeo respetuoso con la exigencia de mantenimiento de la autonomía del Derecho de la Unión.

2.2 La figura del codemandado

El sometimiento de la Unión a la jurisdicción del TEDH tiene otras consecuencias además de las ya enunciadas. Toca ahora centrarse en averiguar qué actor internacional – la Unión como persona jurídica independiente⁴⁰ o cada uno de los Estados miembros- responde ante el Tribunal de Estrasburgo en cada caso. Para dar solución a este interrogante hay que atenerse al reparto de competencias entre la UE y los Estados que la componen. Así, será responsable la Unión de las normas o actos realizados por ella en ejercicio de competencias exclusivas. En cambio, cuando la norma o acto impugnado provengan de un Estado, responde el Estado en cuestión, aunque sea en aplicación de normas comunitarias en el marco de competencias compartidas⁴¹. Por último y como es lógico, se imputará a los Estados de forma autónoma la responsabilidad por aquellas normas, actos u omisiones en relación con competencias que han conservado enteramente para sí mismos, al igual que ocurre actualmente sin la adhesión de la UE al CEDH.

Este planteamiento aparenta sencillez en el plano teórico, pero la dificultad de su eventual puesta en práctica ha hecho que en el seno de las negociaciones se haya planteado una posibilidad consistente en que, en el supuesto de no poder concretar perfectamente a qué sujeto demandar por la vulneración de algún derecho reconocido en el Convenio, serían partes tanto la UE como el Estado miembro correspondiente. Así, el Tribunal de Estrasburgo no solo se pronunciaría acerca de si la norma, acto u omisión recurridos eran compatibles con los derechos del Convenio, sino que lo haría en relación a la actuación de los dos. En consecuencia, si finalmente se instituyera esta figura procesal, los Estados miembros podrían comparecer como partes en los procedimientos iniciado contra la Unión del mismo modo que esta estaría habilitada -que no obligada- para participar como parte en los procedimientos contra algún Estado miembro.

Al tratar la eventual introducción de esta modificación procesal en el procedimiento ante el TEDH, inevitablemente surgen cuatro interrogantes sobre su puesta en funcionamiento. Para darles respuesta vamos a servirnos de la opinión de MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES⁴².

Lo primero que hemos de plantearnos es la necesidad de que se prevean mecanismos oportunos para que la Unión esté al tanto de la existencia de aquellos procedimientos

39 MARÍN AIS, J. M., *op. cit.*, p. 241.

40 La UE goza, por atribución expresa del Tratado de Lisboa, de personalidad jurídica propia y diferente de la de los Estados que la componen. Ya gozaba de facto de dicha personalidad con anterioridad a dicho Tratado, pero éste zanjó cualquier debate sobre la cuestión.

41 SANZ CABALLERO, S., *op. cit.*, p. 108.

42 MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., « Cita con la ambición: el Tribunal de Justicia ante el desafío de la adhesión de la Unión al CEDH », *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n°48, mayo-agosto (2014), pp. 385- 386.

en los que sea conveniente su participación en calidad de codemandada. En opinión del citado autor, «del versátil principio de cooperación leal (art. 4.3 TUE) podrá derivarse una obligación para los Estados concernidos de informar puntualmente a la Comisión», si bien también se podrá disponer la obligación genérica para los Estados de informar a la Unión de los procedimientos ante el TEDH en curso y de los que ellos sean parte para que la UE actúe en consecuencia.

En segundo lugar, si tenemos en cuenta que el Tribunal de Estrasburgo estaría habilitado para llevar a cabo un «control de plausibilidad» para determinar la admisibilidad de que la UE entrara en el procedimiento como demandada, ¿no supondría esto una intromisión en las competencias del TJUE? Martín y Pérez de Nanclares considera que «esa labor del TEDH debe atenerse a un nuevo análisis de mínimos para verificar simplemente que el caso en cuestión -contra un Estado- puede verse afectado por el Derecho de la UE y justificar que la UE pueda e intervenir como codemandada». Solo de ese modo se estará preservando el mantenimiento de la autonomía del Derecho de la Unión.

Por otro lado, se nos presenta la duda en cuanto al grado de apreciación de que dispone la Unión para adoptar la decisión de presentarse o no como codemandada ante la invitación del TEDH. A este respecto, el autor concluye que ese margen de apreciación es suficientemente amplio para que la Unión pueda servirse de criterios de oportunidad. Para ello, apoya su argumento en que la reforma del artículo 36.4 CEDH habla de una posibilidad, («may become a co-respondent if it appears that...»), y no de una obligación en sentido estricto. En consecuencia, habrá que atenerse a las normas internas que dispongan al respecto las instituciones de la UE.

Por último, habría que establecer un sistema de reparto de la responsabilidad entre demandado y codemandado en el supuesto de que prosperara la demanda ante el TEDH. Nuevamente la respuesta habrá que deducirla del tenor de lo que acuerden la Unión y los Estados miembros a nivel interno.

En definitiva, la introducción de la figura del codemandado puede llevar aparejadas determinadas dificultades, pero no constituyen obstáculos insalvables. De hecho, bien mirada, la introducción del codemandado garantizará la independencia del Derecho de la UE. En este sentido, el Tribunal de Estrasburgo se limitará a valorar si ha existido o no vulneración de algún derecho protegido por el Convenio, mientras que la determinación del grado de responsabilidad se circunscribirá al ámbito estrictamente interno de la Unión (es decir, corresponderá debatirlo a la Unión y al Estado miembro en cuestión, con la supervisión del TJUE). Además, como el TEDH no estará habilitado para obligar a la Unión a legislar en tal o cual sentido en un ámbito que puede corresponder a la competencia del Estado miembro -o en el caso opuesto-, se garantizará la ejecución de las sentencias, puesto que corresponderá esa ejecución al Estado o a la Unión en función del reparto de competencias.

2.3 El obstáculo del Protocolo 16

De forma paralela a la negociación del proyecto de acuerdo de adhesión (PAA), se elaboró el Protocolo nº 16, de 2 de octubre de 2013, que se abrió a la firma a partir de ese año. Lo que en este momento nos interesa de dicho documento es el artículo 1, cuya versión en inglés dice:

«Article 1.

1. Highest courts and tribunals of a High Contracting Party, as specified in accordance with Article 10, may request the Court to give advisory opinions on questions of principle relating to the interpretation or application of the rights and freedoms defined in the Convention or the protocols thereto.

2. The requesting court or tribunal may seek an advisory opinion only in the context of a case pending before it.
3. The requesting court or tribunal shall give reasons for its request and shall provide the relevant legal and factual background of the pending case»⁴³.

Es decir, se prevé una especie de consulta previa, similar a la cuestión prejudicial de la que disponen los Estados miembros ante el TJUE, que podrán plantear los Tribunales Supremos de los Estados vinculados al Convenio en el curso de un procedimiento. El problema se plantea desde el momento en que no se hace referencia alguna al régimen de los Estados parte del Convenio y miembros de la UE y, en consecuencia, se entiende que están sujetos al régimen general.

Esto evidentemente no solo tiene incidencia en el triángulo judicial compuesto por los tribunales constitucionales, tribunales supremos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Al contrario, también afectaría a las competencias del Tribunal de Justicia, ya que antes de este protocolo los Tribunales supremos solo estaban habilitados para dirigirse al Tribunal de Luxemburgo, mientras que, en virtud de este Protocolo 16, se les abre el acceso también al TEDH. En este punto es donde corresponde volver la vista sobre la discusión planteada anteriormente respecto al eventual mecanismo de abstención del TEDH en materia de Derecho de la Unión hasta que el TJUE se pronuncie previamente. Este mecanismo, antes criticado, puede suponer en este aspecto la clave para evitar que este Protocolo se convierta en un obstáculo insalvable para el proceso de adhesión. No obstante, para no adelantar acontecimientos, ya se verá cuando se aborde aisladamente el Dictamen 2/2013 y la postura del TJUE al respecto.

Por todo ello, baste ahora señalar las siguientes cuestiones. En primer lugar, aunque este Protocolo 16 pudiera plantear algunos problemas técnicos, estos serían susceptibles de ser paliados mediante normas internas de la UE y los principios generales que rigen en el Derecho de la Unión (especialmente, el principio de cooperación leal). Además, se debe tener en cuenta que el eventual planteamiento de la opinión consultiva queda reservado al criterio de los Tribunales, es decir, la decisión es absolutamente voluntaria (art. 1). Asimismo, la respuesta del TEDH a esa consulta carece de carácter vinculante (art. 5)⁴⁴.

⁴³ Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, CETS 214, 2.X.2013, p. 1.

⁴⁴ Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedom, CETS 214, 2.X.2013, p. 2.

4. EL DICTAMEN 2/2013

En este trabajo no tiene cabida detenerse en las cuestiones puramente formales de la negociación del Proyecto de Acuerdo de Adhesión (PAA) puesto que, abundando en la idea ya comentada, mi objetivo no es el de escribir una crónica detallada del fallido proceso de adhesión, sino solo detenerme en aquellos aspectos más relevantes que permitan formarse una idea de la actual situación de dicho proceso.

No obstante, es preciso señalar las notas más significativas de este proceso. En primer lugar, las negociaciones relativas al PAA se iniciaron en junio de 2010 con los respectivos mandatos de negociación que aprobaron la UE y el Consejo de Europa. La Comisión Europea fue la encargada de representar a la Unión, mientras que en el seno del Consejo de Europa se creó un grupo de composición mixta (del número total de catorce miembros, la mitad eran Estados partes en el Convenio y miembros de la UE al mismo tiempo, mientras que los siete restantes eran Estados parte del CEDH pero ajenos a la UE). En junio de 2013 tuvo lugar la presentación del proyecto al TJUE para que se pronunciara en un dictamen vinculante acerca de la adecuación de aquel al Derecho de la Unión.

Además, hay una cuestión respecto a este periodo de negociaciones sobre la que debo llamar la atención. Mientras que Sanz Caballero señala que las primeras críticas que suscitaron las negociaciones fue precisamente el «secretismo» en el que se estaban desarrollando⁴⁵, Muñoz Machado no duda en apuntar el carácter participativo de las mismas⁴⁶. No obstante, teniendo en cuenta que entre ambos comentarios se extiende un lapso de cuatro años, puede entenderse que se hubiera producido un cambio cualitativo al respecto.

En cualquier caso, corresponde abordar, a continuación, el contenido del tan esperado Dictamen 2/13, que fue hecho público el 18 de Diciembre de 2014. Téngase en cuenta, como es natural, el elevado interés que suscitaba este pronunciamiento antes de su publicación⁴⁷, puesto que una admisión del PAA habría supuesto un gran paso en el proceso de adhesión.

Por desgracia, el Dictamen 2/13 rechaza el documento resultante de tan largas y arduas negociaciones, provocando por segunda vez la paralización del proceso de adhesión. Sin embargo, hay un elemento que distingue claramente a las dos ocasiones en las que el TJUE ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la adhesión al CEDH: mientras que en su dictamen 2/1994 estaba más justificado el rechazo de la adhesión dado que ningún precepto en los Tratados habilitaba expresamente a las instituciones comunitarias a llevar a término tal proceso, no se puede decir lo mismo en esta última ocasión, en la que el art. 6.2 TUE despejaba cualquier atisbo de duda sobre ese extremo. No obstante, con esto no se quiere decir que todas las dificultades estaban superadas; desde luego que no es así, como se ha podido observar en el epígrafe anterior.

45 SANZ CABALLERO, S., *op. cit.*, pp. 123-124.

46 MUÑOZ MACHAOD, S., *op. cit.* p. 210.

47 A modo de ejemplo, sirve el siguiente extracto de un artículo de Martín y Pérez de Nanclares: «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) encara en estos momentos un importante desafío de profundo calado constitucional, tanto para la propia Unión como para el diálogo judicial en el espacio público europeo» (MARTÍN Y PÉREZ DE NANCALRES, J., *op. cit.*, p. 380).

El TJUE se pronuncia de forma contundente, afirmando que el documento que fue sometido a su escrutinio «no es compatible con el art. 6 apartado 2 ni con el Protocolo (núm. 8) sobre el apartado 2 del art. 6 del Tratado de la Unión Europea relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales»⁴⁸.

La crítica fundamental, y en la que basa gran parte de su argumentación, expresada por el TJUE al PAA es que este no ha tenido presente la naturaleza propia de la UE y de su Derecho, que la distingue del resto de partes -todas ellas Estados- que se han obligado al cumplimiento del Convenio. Por lo demás, insiste en las «ya consabidas especificidades del ordenamiento jurídico de la Unión (...) así como la existencia de principios fundacionales propios, el carácter constitucional de los tratados constitutivos y la existencia de valores fundamentales de la Unión, entre los que la Carta de Derechos Fundamentales juega un papel esencial»⁴⁹.

Por lo demás, se pueden sintetizar los argumentos presentes en el Dictamen como a continuación se señala:

- El sometimiento de la Unión y de todas sus instituciones a los instrumentos de control previstos en el CEDH implicaría, en última instancia, que el TEDH estaría afectando con sus pronunciamientos un territorio que le es vedado: las normas y actos que integran el Derecho de la Unión, sobre el que el Tribunal de Justicia es el máximo intérprete. Es decir, el objetivo último del Tribunal de Luxemburgo es el de preservar la autonomía del ordenamiento de la UE y mantener su posición preponderante⁵⁰ en el seno de la Unión.
- Del mismo modo, el Tribunal de Justicia critica duramente la posibilidad que introduce el Protocolo nº16 adicional al CEDH consistente en la posibilidad abierta a los Tribunales Supremos de los Estados parte del Convenio de solicitar al TEDH que se pronuncie acerca de cualquier duda que les surja durante el desarrollo de un procedimiento en relación con los derechos fundamentales protegidos en el CEDH. El Tribunal de Justicia opina que este mecanismo supone una «inaceptable interferencia» en el Derecho de la Unión, ya que el art. 344 TFUE prevé expresamente el modo en que han de solventarse los litigios que traigan causa de una violación de algún precepto del Derecho de la Unión, ya sea por parte de la Unión o de un Estado miembro, y a ese fin responde la vía de la cuestión prejudicial y, en suma, el papel de llevar a cabo ese control corresponde total y exclusivamente al Tribunal de Justicia de Luxemburgo⁵¹.
- Asimismo hace una valoración negativa de la figura del codemandado. En opinión del Tribunal, esta medida permitiría al Tribunal de Estrasburgo inmiscuirse en el reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros, un tema que queda reservado en exclusiva al seno de la Unión.

48 MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «El TJUE pierde el rumbo en el dictamen 2/13: ¿merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº52, septiembre-diciembre 2015, p. 831.

49 MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *Ibid.*, pp. 831-832.

50 *Marín Aís llega a afirmar que la competencia del TEDH no tendría limitación alguna en el control de «la interpretación y aplicación del Derecho originario», a la vez que señala que «antes de la adhesión los únicos dominios compartidos por la jurisdicción del TJUE y del TEDH tenían que ver con la actuación de los Estados miembros en el ámbito del Derecho de la Unión, tras la adhesión, las áreas de potencial coincidencia de ambos altos tribunales se amplían de forma considerable».*

51 MUÑOZ MACHADO, S., *op. cit.*, p. 211.

En suma, se trata de un extenso dictamen que nuevamente frena la tan ansiada adhesión formal de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Asimismo, a pesar del legítimo papel del Tribunal de Justicia como máximo defensor de la autonomía de la Unión, en este Dictamen ha mostrado ciertamente una postura inflexible, máxime si se tiene en cuenta que dicho Tribunal en el día a día se guía por los criterios de la «interpretación conforme», la interpretación literal (pues el art. 6.2 TUE incluye un mandato rotundo de adhesión al CEDH)⁵², la interpretación teleológica (teniendo en cuenta el propósito de los Estados miembros y las instituciones de la UE al incluir tal mandato en el Derecho originario) y, en fin, con la interpretación sistemática (atendiendo al carácter complementario que el CEDH desempeña en relación con la Carta de Derechos Fundamentales).

⁵² Si bien, tal y como matiza Martín y Pérez de Nanclares, ese mandato del art. 6.2. TUE no resulta tan contundente si se acude a su redacción en inglés: «The Unión shall accede» (MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «EITJUE pierde...», *op. cit.*, p. 834).

5. CONCLUSIONES

- I. El sistema de reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona en el seno de la Unión Europea está actualmente más que afianzado gracias a la inicial labor jurisprudencial del Tribunal de Justicia, la proclamación de los mismos en la Carta de Derechos Fundamentales y la remisión expresa al Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950.
- II. La proclamación y defensa de los Derechos fundamentales, dada la relevancia constitucional que a estos derechos otorgan los Estados miembros, ha sido en gran medida un elemento legitimador del proyecto de integración europea. Pero esta proclamación no solo ha tenido efectos ad intra, sino que ha influido muy positivamente en la opinión que de la UE tienen los terceros Estados con los que esta entabla relaciones de toda índole.
- III. Una gran aportación a la protección de los derechos fundamentales ha sido el diálogo judicial establecido entre las altas instancias europeas -Tribunal de Luxemburgo y TEDH- y los tribunales constitucionales de cada Estado. Este diálogo ha contribuido a reforzar y armonizar el marco de defensa de los derechos humanos al permitir que los distintos tribunales se pronunciaran en relación a los derechos fundamentales y que el resto reaccionara a esa interpretación, ya sea confirmándola (gran parte de las veces) o rebatiéndola. En el curso de este diálogo judicial ha sido el TEDH el que ha llevado la voz cantante dado su carácter especializado en la materia.
- IV. Si bien la Unión Europea ya dispone de un grado de protección equivalente al que ofrece el Convenio de 1950 en materia de derechos fundamentales, la no adhesión a dicho Convenio podría generar dificultades en el sistema de protección de los derechos fundamentales a largo plazo. Esta afirmación la hago en base al hecho de que, a pesar de la existencia de ese diálogo judicial al que hacía referencia, actualmente no hay un sistema armonizado y unitario de protección de los derechos fundamentales en el continente europeo. En consecuencia, ya que la Unión está en cierto modo incorporada al CEDH de forma material (debido a la remisión que se hace en el Tratado de Lisboa y en la Carta de Derechos Fundamentales al contenido del CEDH), ¿por qué no llevar a cabo esa adhesión formal para, al fin, unificar este sistema?
- V. Las dificultades técnicas a las que se enfrenta el paralizado proceso de adhesión al Convenio de 1950 son innegables, pero no insuperables. Hará falta un añadido esfuerzo imaginativo para articular instrumentos que permitan superar esas dificultades.
- VI. Actualmente, tras el Dictamen demoledor del Tribunal de Justicia, se hace patente que el aparentemente sencillo mandato del art. 6.2.TUE no es tal. Por delante queda un largo camino que han de recorrer conjuntamente los altos tribunales europeos, el legislador y las altas instancias de los Estados europeos si hay una verdadera voluntad política de que se produzca la adhesión al CEDH. No se trata ahora de lamentar el segundo fracaso de este proyecto, sino centrarse en conservar y reforzar el tan satisfactorio nivel de garantía de los derechos fundamentales que tanto tiempo ha llevado alcanzar.

6. BIBLIOGRAFÍA

a. Artículos y monografías

ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «Capítulo V. La ciudadanía y los derechos fundamentales en la Unión Europea» en ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. (Dir.), *Instituciones de la Unión Europea*, 2ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 87-102.

GORDILLO PÉREZ, L. I., MARTINICO, G., « La jurisprudencia federalizante y humanizadora del Tribunal de Justicia», *Teoría y realidad constitucional*, nº 32, 2013, pp. 429-478.

MARÍN AÍS, J. R., «La adhesión de la Unión Europea al Convenio de Roma. El cumplimiento de las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico de la UE», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº44, enero-abril 2013, pp. 233-276.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., « Cita con la ambición: el Tribunal de Justicia ante el desafío de la adhesión de la Unión al CEDH», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº48, mayo-agosto 2014, pp. 379-299.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «El TJUE pierde el rumbo en el dictamen 2/13: ¿merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, septiembre-diciembre 2015, pp. 825-869.

MUÑOZ MACHADO, S., « Los tres niveles de garantías de los derechos fundamentales en la Unión Europea: problemas de articulación», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº50, enero-abril 2015, pp. 195-230.

SANZ CABALLERO, S., « Crónica de una adhesión anunciada: algunas notas sobre la negociación de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº38, enero-abril 2011, pp. 99-128.

b. Documentación.

«Protocolo nº8 Sobre el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales», DO C.115/273 de 9.5.2008.

«Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms», CETS 214, 2.X.2013, p. 1.

« El Tribunal de Justicia se pronuncia sobre el Proyecto de acuerdo de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales e identifica problemas de compatibilidad con el Derecho de la Unión», Tribunal de Justicia de la Unión Europea COMUNICADO DE PRENSA nº 180/14, Luxemburgo, 18.12.2014.