

## Monographs in Comparative and Transnational Law

Director: Luis I. Gordillo Pérez

El objetivo de esta colección es publicar trabajos de gran calidad que combinen análisis y metodologías de las distintas disciplinas jurídicas desde una perspectiva comparada, multinivel y transnacional. Se trata de monografías que analizan cuestiones jurídicas de actualidad y cuyas conclusiones tienen un impacto más allá de lo nacional, contribuyendo al debate doctrinal europeo e internacional.

## Monographs in Comparative and Transnational Law

Editor: Luis I. Gordillo Pérez

The aim of this series is to publish high-quality works that combine analysis and methodologies from different legal disciplines using a comparative, multi-level and transnational approach. These monographs analyse current legal issues and their findings have an impact beyond the national field, contributing to the European and International doctrinal debate.



2

GORDILLO  
(Director)

CONSTITUTIONALISM OF EUROPEAN  
SUPRANATIONAL COURTS

THOMSON REUTERS  
ARANZADI

Monographs in Comparative and Transnational Law

2

Participan en este libro:

Leonardo Álvarez Álvarez  
*Universidad de Oviedo*

Luis I. Gordillo Pérez (dir.)  
*Universidad de Deusto*

Paul Gragl  
*Queen Mary University of London*

Mario Hernández Ramos  
*Universidad de Salamanca*

Giuseppe Martinico  
*Scuola Superiore Sant'Anna*

Francisco Javier Matía Portilla  
*Universidad de Valladolid*

Cirio Milione  
*Universidad de Córdoba*

Alberto Oehling de los Reyes  
*Universidad de las Islas Baleares*

Miriam Rodríguez-Izquierdo  
Serrano  
*Universidad de Sevilla*

Ariane Tapia Trueba  
*Universidad de Deusto*

## CONSTITUTIONALISM OF EUROPEAN SUPRANATIONAL COURTS

### Recent developments and challenges

This book analyses the recent development and challenges in the evolving constitutionalism of the European area as it has been developed by interaction of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union.

It publishes the result of several competitive research projects in which have participated some of the most representative European constitutionalists, which have studied the different issues arising from the overlapping legal orders that need to coexist and are, ultimately, interpreted by an autonomous supranational court.

In a nutshell, it deals with the main aspects of the European constitutional issues taking into account the perspectives of both European «Constitutional» Courts: the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union.



EUSKO JAURLARITZA  
GOBIERNO VASCO

HEZKUNTZA, HIZKUNTZA POLITIKA  
ETA KULTURA SAILA

DEPARTAMENTO DE EDUCACIÓN,  
POLÍTICA LINGÜÍSTICA Y CULTURA



Co-funded by the  
Erasmus+ Programme  
of the European Union

## CONSTITUTIONALISM OF EUROPEAN SUPRANATIONAL COURTS

### Recent developments and challenges

LUIS IGNACIO GORDILLO PÉREZ  
(Director)

THOMSON REUTERS  
ARANZADI

*LUIS IGNACIO GORDILLO PÉREZ*  
(Director)

# Constitutionalism of European Supranational Courts

Recent developments and challenges

THOMSON REUTERS  
**ARANZADI**

Primera edición, 2015

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2015 [Thomson Reuters (Legal) Limited/Luis Ignacio Gordillo Pérez (Dir. y otros)]

Editorial Aranzadi, SA

Camino de Galar, 15

31190 Cizur Menor (Navarra)

ISBN: 978-84-9098-126-9

Depósito Legal: NA 96/2015

*Printed in Spain. Impreso en España*

Fotocomposición: Editorial Aranzadi, SA

Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL

Polígono Agustinos, calle A, nave D-11

31013 Pamplona

# La adhesión de la UE al CEDH hoy: una valoración de los trabajos realizados hasta el momento

FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA

*Universidad de Valladolid*

SUMARIO: 1. LOS INTENTOS FALLIDOS Y EL ORIGEN DEL ART. 6.2. TUE. SU ALCANCE. 1.1. *Los primeros intentos y la negativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.* 1.2. *Los trabajos de la Convención que elaboró el Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa.* 1.3. *El artículo 6.2 del Tratado de Unión Europea, incorporado por el Tratado de Lisboa.* 1.4. *Los presupuestos del acuerdo de la adhesión (una valoración sobre el camino andado).* 2. EL PROYECTO REVISADO DE ACUERDO SOBRE LA ADHESIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA A LA CONVENCIÓN DE SALVAGUARDA DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES. 2.1. *La gestación del proyecto.* 2.2. *¿Cómo se ha afrontado la adhesión?* 2.3. *Los aspectos procesales.* 2.3.1. *La legitimación activa y pasiva para acudir ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.* 2.3.2. *La figura del codefensor.* 2.3.3. *La implicación previa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.* 2.4. *Los aspectos institucionales.* 2.4.1. *La elección de jueces.* 2.4.2. *La participación (de geometría variable) de la Unión Europea en las reuniones del Comité de Ministros.* 2.5. *Los aspectos financieros.* 3. UNA VALORACIÓN DE URGENCIA SOBRE EL PROYECTO DE ACUERDO. 4. CODA.

## **1. LOS INTENTOS FALLIDOS Y EL ORIGEN DEL ART. 6.2 TUE. SU ALCANCE**

### **1.1. LOS PRIMEROS INTENTOS Y LA NEGATIVA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA**

Si la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea debe mucho al arrojo del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas<sup>1</sup>, el empeño de que la Unión se adhiriera al Convenio Europeo de Derechos Humanos ha sido protagonizado por la Comisión. Sigue siendo de muy interesante lectura el Memorándum de la Comisión sobre esta cuestión de 4 de abril de 1979<sup>2</sup>. Debe también recordarse la Comunicación de la Comisión sobre la adhesión de la CE al CEDH y a algunos de sus protocolos, de 19 de noviembre de 1990<sup>3</sup> y el posterior documento de trabajo sobre la adhesión de la CE al CEDH y el ordenamiento jurídico comunitario, de 26 de octubre de 1993<sup>4</sup>.

Es igualmente cierto que estas aspiraciones se vieron en buena medida frustradas cuando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea entendió que la mentada adhesión presentaba carácter constitucional, y que no podría llevarse a efecto ni en virtud de las competencias transferidas a la Unión ni al amparo

1. En efecto, el Tribunal entendió en el difundido asunto 29/69, *Stauder*, sentencia TJCE de 12 de noviembre de 1969 (*Recueil de Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes* 1969, pp. 419 y ss.), que los derechos fundamentales se encontraban recogidos en los principios generales del Derecho comunitario. La evolución posterior de la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea no será examinada en el presente estudio, aunque el autor de estas líneas se haya ocupado de ir analizando los distintos avances y retrocesos habidos en esta materia. Pueden consultarse, para este fin, «Los derechos fundamentales en el marco de la Unión Europea» (escrito con FONSECA MORILLO, F. J.). En AA.VV., *Implicaciones que en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo produce la integración en la Unión Europea*, Cuadernos de Derecho Judicial XXI, 1996. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, pp. 15-80; «Seis tesis, un comentario y dos hipótesis de futuro sobre la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea», en AA. VV., *50 años de la Unión Europea. Reflexiones desde la Universidad*, Septem, Oviedo, 2001, pp. 43-55; «La eficacia de la Carta de Niza», publicado en MATIA PORTILLA, F. J. (dir.): *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 123-167, «Los derechos fundamentales y los derechos humanos en la CIG'2004», *Teoría y Realidad Constitucional* 15, enero-junio 2005, pp. 235-270 y «Los derechos fundamentales de la Unión Europea en tránsito: de Niza a Lisboa, pasando por Bruselas», en *Revista Española de Derecho Europeo*, vol. 39, 2011, pp. 1-19.
2. Publicado en el *Bulletin des Communautés Européennes*, Suplemento 79-2. Ya con anterioridad a este Memorándum podríamos recordar también el Informe de la Comisión de 4 de febrero de 1976 dirigido al Parlamento Europeo sobre la protección de los derechos fundamentales a través de la creación y el desarrollo del Derecho comunitario (*Bulletin des Communautés Européennes*, supplément 1976-5).
3. Documento SEC 90-2087, *final*.
4. Documento SEC 93-1679. Ver también el informe de la Comisión sobre el funcionamiento de la UE, de mayo de 1995. Es de justicia reseñar que durante esos años se defendía la adhesión de las Comunidades Europeas al Convenio Europeo como una alternativa a la elaboración de un catálogo propio de derechos fundamentales. Afortunadamente, más tarde se evidenció lo obvio: que se tratan de dos medidas complementarias.

de la cláusula de poderes implícitos, por lo que tendría que incluirse una habilitación expresa en los Tratados<sup>5</sup>.

## 1.2. LOS TRABAJOS DE LA CONVENCIÓN QUE ELABORÓ EL TRATADO POR EL QUE SE ESTABLECÍA UNA CONSTITUCIÓN PARA EUROPA

Habría que esperar hasta la aprobación del Tratado de Niza para que el Consejo Europeo se planteara seriamente la incorporación de la citada habilitación en el Derecho comunitario originario. Es en la Declaración de Laeken<sup>6</sup> sobre el futuro de la Unión Europea donde plantea “la cuestión de la adhesión de la Comunidad Europea al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos” a un órgano *ad hoc*, autodenominado Convención<sup>7</sup>, y que será el encargado de elaborar un documento en el que dé cuenta de las sugerencias y debates que se produzcan sobre esta y otras muchas cuestiones.

Como es bien sabido, la Convención fue mucho más allá del encargo recibido, impulsando un proyecto del fracasado Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa. Puede ser interesante examinar los debates que se suscitaron en su seno en torno a la adhesión de la UE al CEDH, porque ello nos permitirá examinar las decisiones que ahora se han adoptado a la vista de esos argumentos que, como veremos, no han perdido actualidad.

A tal fin, nos interesa recordar, brevemente, los trabajos habidos en el seno del Grupo II de la Convención, Carta, dedicado al análisis, en lo que ahora nos interesa, sobre “las consecuencias de una posible adhesión de la Comunidad o de la Unión al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos (CEDH)”<sup>8</sup>. No realizaremos un seguimiento exhaustivo de los debates generados en el

5. Dictamen 2/94 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 28 de marzo de 1996, publicado en el *Repertorio de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea* 1996-I, pp. 1763 y ss.
6. Dicha Declaración se recoge como anexo de las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Laeken, celebrado los días 14 y 15 de diciembre de 2001 -SN 300/1/01 REV 1, pp. 20 y ss., cita en la p. 25.
7. La Convención estaría integrada por un Presidente (GISCARD D’ESTAING, V.), dos Vicepresidentes (AMATO, G. y DEHAENE, J. L.), quince representantes de los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros (uno por cada Estado miembro), treinta miembros de los Parlamentos nacionales (dos por Estado miembro), dieciséis miembros del Parlamento Europeo y dos representantes de la Comisión. Se preveía igualmente la presencia de los países entonces candidatos a la adhesión en idéntica forma a los Estados miembros, sin bien no podían impedir el consenso alcanzado entre estos últimos. (*Ibidem*, p. 26). En los documentos citados a continuación debe distinguirse entre los WG II (documentos elaborados en el seno del Grupo) de los WG II WD (que son documentos de trabajo y no expresan sus posiciones).
8. Mandato del Grupo «Carta» (CONV 72/02, de 31/05/2002, p. 2. Todos estos documentos pueden ser consultados *on line* en la dirección web: <http://european-convention.eu.int/>). En este mismo documento, VITORINO, A. suscita algunas cuestiones concretas: (a)

seno del citado grupo de trabajo, sino que optaremos por detenernos en el análisis de las principales cuestiones tratadas y en la propuesta finalmente realizada por la Convención Europea.

La Convención plantea algunos mecanismos procesales que se van a reproducir, con algunos matices, en el actual borrador de Acuerdo, que constituye el principal objeto de presente trabajo, por lo que puede ser interesante recordarlos:

- a) La forma de la adhesión. El Grupo II en su informe final recomienda que se incluya en el tratado constitucional una base jurídica clara, que reserve la decisión de la adhesión a la unanimidad del Consejo y el dictamen favorable del Parlamento Europeo, aclarando que la misma afecta únicamente al Convenio Europeo de Derechos Humanos y no al Consejo de Europa y que, además, no compromete el reparto de competencias existentes entre Unión y Estados<sup>9</sup>.
- b) Aspectos institucionales. En el plano institucional se sugiere que la Unión Europea pueda designar a un Magistrado del Tribunal de Estrasburgo y se encuentre también representada en el Comité de Ministros, pero que no cuente con voto en la decisión de asuntos ajenos al sistema de protección de los derechos humanos al que la UE se adhiere<sup>10</sup>.
- c) El mecanismo del codemandado. El mismo sirve para que, cuando el justiciable invoque un acto comunitario que haya sido adoptado por un Estado miembro o por la Unión Europea ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aquél o ésta comparezca como parte code-

---

si dicha adhesión compromete el principio de autonomía del Derecho comunitario, (b) determinar la forma de la base jurídica que se proponga y su eventual uso para la adhesión de otros tratados en materia de derechos humanos, (c) alternativas para realizar la adhesión y, si sus miembros lo consideran relevantes, (d) los problemas técnicos que la adhesión pueda suscitar (*ibidem*, pp. 4-5).

9. Informe final del Grupo II (CONV 354/02; WG II 16, de 22/10/2002), pp. 13-14. La Convención se planteó otras fórmulas alternativas a la adhesión, como son el mecanismo del traslado o consulta (también considerado como complementario, por el que se permitiría al Tribunal de Luxemburgo plantear cuestiones de interpretación del Convenio ante el Tribunal de Estrasburgo) [Fórmulas y consecuencias de la integración de la Carta de los derechos fundamentales en los Tratados y de la adhesión de la Comunidad o de la Unión al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos (CEDH) (CONV 116/02; WG II 1; de 18/06/2002), p. 23], la instauración de una Sala Común, compuesta por jueces de ambos tribunales (*Ibidem*, p. 25) y la instauración de un recurso por parte de los particulares ante el actual Tribunal Europeo de Derechos Humanos (una mera adhesión funcional, *-ibidem*, p. 26). La propia Convención desechó, acertadamente, estas alternativas. Sobre esta cuestión *vid.* MATIA PORTILLA, F. J., «Los derechos fundamentales y los derechos humanos en la CIG'2004», *op. cit.*, pp. 263 y ss.

10. *Ibidem*, p. 14.

mandada ante este Tribunal internacional. De esta forma, el Tribunal de Estrasburgo no tendrá que pronunciarse sobre el reparto de competencias existente entre la Unión y los Estados que la conforman<sup>11</sup>.

### 1.3. EL ARTÍCULO 6.2 DEL TRATADO DE UNIÓN EUROPEA, INCORPORADO POR EL TRATADO DE LISBOA

Tras el fracaso del Tratado Constitucional, vinculado a la negativa de los pueblos holandés y francés a respaldarlo en las urnas<sup>12</sup>, el Consejo Europeo optó por diseñar la elaboración de un nuevo tratado que reformara el Derecho comunitario originario. En lo que ahora interesa recordar, en el Mandato de la Conferencia Intergubernamental que alumbraría el Tratado de Lisboa, se aporta ya una nueva redacción al artículo 6.2 TUE que dispondría lo siguiente: “La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados”<sup>13</sup>.

11. Informe final del Grupo II (CONV 354/02; WG II 16, de 22/10/2002), p. 14. Sobre esta cuestión, *cf.* «Etude menée au sein du Conseil de l'Europe sur les questions juridiques et techniques d'une éventuelle adhésion à la CEDH», rapport circulé par VITORINO, M. A. (WG II WD 008, 18/07/2002), párrafos 57-62. Ya en el primer documento del Grupo de Trabajo se aludía a la posibilidad de que la CE/UE se asociara a un Estado miembro en calidad de parte demandada y responsable solidaria, y viceversa, junto con la inclusión de una declaración que subraye que únicamente la CE/UE y los Estados miembros estarán facultados para pronunciarse sobre el reparto de competencias a tenor de sus procedimientos internos [Fórmulas y consecuencias de la integración de la Carta de los derechos fundamentales en los Tratados y de la adhesión de la Comunidad o de la Unión al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos (CEDH) (CONV 116/02; WG II 1; de 18/06/2002), p. 22, y nota 2]. Por su parte, el Juez Fischbach del TEDH alude al mecanismo del «codefensor» desarrollado por el Comité Director de los Derechos Humanos (CDDH) del Consejo de Europa, mecanismo que permite que un Estado miembro demandado tenga la posibilidad de invitar a la Unión a constituirse parte en el procedimiento como «codemandada» si considera que el asunto afecta a la responsabilidad de la Unión y viceversa. La Sentencia se aplicaría solidariamente a ambos codemandados, sin pronunciarse sobre el reparto de responsabilidades entre ellos [Nota de síntesis de la reunión de 17/09/2002, presidida por el Comisario VITORINO, A. (CONV 295/02; WG II 10; de 26/09/2002), p. 5] (nota reproducida en MATIA PORTILLA, F. J., «Los derechos fundamentales y los derechos humanos en la CIG'2004», *op. cit.*, p. 262, nota 44).
12. El rechazo alcanzó un 54,87% en Francia, en el referéndum celebrado el 29 de mayo de 2005 y un 61,6% en los Países Bajos, tres días después.
13. El mandato, que se incluye como anexo I del Consejo Europeo celebrado en Bruselas el 21 y 22 de junio de 2007 (11177/1/07 REV 1, p. 26), retoma, en este punto, la dicción empleada en el art. I-9, apartado 2, del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, con la única alteración de poner «en los Tratados», en lugar de «en la Constitución». El texto de este último Tratado puede consultarse en el *Diario Oficial de la Unión Europea* C 310, de 16 de diciembre de 2004, p. 13.



Puede parecer llamativo que el Consejo Europeo adopte, por sí mismo, el alcance concreto del futuro art. 6.2 TUE, limitando el papel de la CIG en esta materia. Sin embargo, es también posible considerar que los trabajos realizados en la anterior Convención Europea permitían adoptar las principales decisiones en relación con la adhesión. Confirma esta hipótesis el hecho de que el Consejo Europeo también acuerde que los “nuevos protocolos acordados en la CIG de 2004 se anexarán a los Tratados existentes”<sup>14</sup>, citando entre ellos, a título de ejemplo, el referido a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En este Protocolo (el actual número 8<sup>15</sup>) se afirma, en primer lugar, que en el acuerdo relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo “estipulará que se preserven las características específicas de la Unión y del Derecho de la Unión, en particular por lo que se refiere a:

- a) las modalidades específicas de la posible participación de la Unión en las instancias de control del Convenio Europeo;
- b) 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”.

Este primer artículo del Protocolo encierra un mandato complejo en el que, partiéndose de una premisa (la existencia de características específicas en la Unión), se exige que la misma se proyecte en el acuerdo de adhesión en un doble aspecto, ya sea para delimitar modalidades específicas de participación de la Unión en las instancias de control del Convenio Europeo o para garantizar la correcta interposición de recursos contra la Unión, los Estados miembros o contra ambos.

Los artículos 2 y 3 del Protocolo recogen una serie de reservas a la adhesión, relacionadas con que el Acuerdo de adhesión que finalmente se adopte no afectará:

- a) ni a las competencias de la Unión<sup>16</sup> ni a las atribuciones de sus instituciones;

14. *Ibidem*, p. 23.

15. *Diario Oficial de la Unión Europea* C 326, de 26 de octubre de 2012, p. 273.

16. En particular, se indica que la adhesión de la UE al CEDH no puede suponer un aumento de competencias para la Unión en los debates de la Convención Europea [ver Nota de síntesis de la reunión de 17/09/2002, presidida por el Comisario VITORINO, A. (CONV 295/02; WG II 10; de 26/09/2002), p. 2].

- b) a la situación particular de los Estados miembros (en lo que atañe a los Protocolos, a la derogación del Convenio en caso de Estado de excepción –art. 15 CEDH–, y a las reservas en su día formuladas –art. 57 CEDH<sup>17–</sup>)<sup>18</sup>.
- c) a la función del Consejo y de la Comisión de velar por la coherencia de las acciones adoptadas en el marco de la cooperación reforzada, y por la coherencia de éstas con las políticas de la Unión (art. 344 TFUE<sup>19</sup>).

El hecho de que el Consejo Europeo tomará las principales decisiones en esta materia no impide a la Conferencia que esta exprese su posición sobre la adhesión de la UE al CEDH a través de una declaración (la número 2), en la que se insiste en la idea de que es preciso que “se preserven las especificidades del ordenamiento jurídico de la Unión” y recuerde la existencia de un diálogo regular entre los Tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo, diálogo “que podrá fortalecerse cuando la Unión se adhiera al citado Convenio”<sup>20</sup>.

#### 1.4. LOS PRESUPUESTOS DEL ACUERDO DE LA ADHESIÓN (UNA VALORACIÓN SOBRE EL CAMINO ANDADO)

Una vez que hemos recordado los presupuestos y la evolución de los debates habidos en torno a la eventual adhesión de la UE al CEDH y dado cuenta detallada de las vigentes normas contenidas en los Tratados comunitarios, estamos en condiciones de presentar, de forma ordenada, una valoración sobre el camino transitado hasta el momento.

En primer lugar, la adhesión se circunscribe al Convenio Europeo de Derechos Humanos (en sentido lato, puesto que puede afectar a alguno de sus Protocolos Adicionales), excluyendo la posible incorporación de la UE al Consejo de Europa. Se trata, pues, de una adhesión limitada, y ello, como veremos, tendrá consecuencias lógicas en la articulación propuesta.

---

17. Idea que también se maneja en los debates citados en la nota anterior (*ídem*) y que fue reiterada por el Presidente [ver Nota resumida de la reunión de 07/10/2002, presidida por el Comisario, VITORINO A. (CONV 351/02; WG II 15; de 17/10/2002), p. 2], y llevada al Informe final del Grupo II de la Convención Europea.

18. Ver, en el marco de la Convención Europea, Informe final del Grupo II (CONV 354/02; WG II 16, de 22/10/2002), p. 15.

19. A este precepto se vuelve a aludir en el documento que explica el acuerdo, cuando se afirma que éste no resuelve el interrogante de si el Derecho de la Unión permite someter al Tribunal de Estrasburgo conflictos sobre el Derecho de la Unión entre los Estados miembros, o entre la Unión y un Estado miembro. Y es que el artículo 344 TFUE dispone que «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».

20. *Ibidem*, p. 339.

En segundo lugar, y esta cuestión resulta esencial para la Unión, la adhesión de ésta al Convenio Europeo de Derechos Humanos no afecta ni a las competencias de la Unión ni a las atribuciones de las Instituciones, lo que incluiría también las cooperaciones reforzadas. Dado que las competencias se definen en los Tratados, y en relación con los Estados miembros, lo que parece querer indicarse es que no se verá afectado el reparto competencial pactado entre la Unión y los Estados que la conforman. Como consecuencia de lo anterior, no se ven tampoco alteradas las facultades de los Estados miembros de aplicar excepciones a la aplicación del Convenio en el supuesto de que concurra un estado de excepción o de ejercer las reservas establecidas en relación con las disposiciones del Convenio (en sentido lato).

Estas orientaciones descartan algunas propuestas que se habían avanzado en el seno de la Convención Europea, como era instaurar un mecanismo de traslado o la instauración de una Sala Común compuesta por miembros de los Tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo. Se abandona también la idea de la denominada adhesión funcional, que se limitaría a permitir el recurso de los justiciables contra actos comunitarios ante el Tribunal de Estrasburgo, dado que ahora se prevé igualmente la implicación de la Unión en las instancias de control del Consejo de Europa.

Sin embargo, el Tratado de Lisboa no se pronuncia sobre algunas otras propuestas surgidas durante los debates celebrados durante la Convención Europea. La más importante es la figura del codemandado<sup>21</sup>, que fue planteada tempranamente. Ya en el primer documento del Grupo de Trabajo Carta se preveía la eventual asociación procesal de la Unión con un Estado miembro, asumiendo ambos una responsabilidad solidaria, lo que serviría para evitar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos pudiera pronunciarse sobre el reparto de competencias existentes entre ambos<sup>22</sup>.

Sin embargo, el Magistrado de Estrasburgo, Sr. Fischbach, opta por recordar el mecanismo del "codefensor", desarrollado por el Comité Director de los Derechos Humanos (CDDH) del Consejo de Europa. Este mecanismo permite que un Estado miembro demandado tenga la posibilidad de invitar a la Unión a constituirse parte en el procedimiento como "codemandada" si considera que el asunto afecta a la responsabilidad de la Unión y viceversa. La utilización de este mecanismo consigue la misma finalidad que el anterior, ya que la Sentencia

- 
21. Ver, en el seno de la Convención Europea, Informe final del Grupo II (CONV 354/02; WG II 16, de 22/10/2002), p. 14 y «Etude menée au sein du Conseil de l'Europe sur les questions juridiques et techniques d'une éventuelle adhésion à la CEDH», rapport circulé par VITORINO, M. A. (WG II WD 008, 18/07/2002), párrafos 57-62.
  22. Ver Fórmulas y consecuencias de la integración de la Carta de los derechos fundamentales en los Tratados y de la adhesión de la Comunidad o de la Unión al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos (CEDH) (CONV 116/02; WG II 1; de 18/06/2002), p. 22, y nota 2.

del Tribunal de Estrasburgo se aplicará solidariamente a ambos codefensores, sin pronunciarse sobre el reparto de responsabilidades entre ellos<sup>23</sup>.

No es esta la única preocupación expresada por los órganos del Consejo de Europa. Resulta preciso, por el contrario, aludir también al importante estudio realizado por el Comité Director para los Derechos del Hombre sobre las cuestiones jurídicas y técnicas que el Consejo de Europa debería afrontar en caso de una eventual adhesión de la Unión al Convenio Europeo<sup>24</sup>.

A la vista de estos datos, resulta evidente que el Acuerdo que se alcance entre la Unión Europea y el Consejo de Europa deberá ocuparse de diversos aspectos de distinta índole, como son los referidos al alcance de la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como de diversas normas institucionales, procesales, y financieras, e incluir, finalmente, otras previsiones que eviten los conflictos que se puedan producir en el futuro.

Una vez que conocemos lo ocurrido hasta el momento actual, estamos en condiciones de analizar la génesis y el contenido del borrador revisado de acuerdo que han alcanzado el Comité Director de los Derechos Humanos y la Comisión Europea, en nombre del Consejo de Europa y de la Unión Europea, y que, obviamente, podría verse modificado durante la negociación intergubernamental.

## **2. EL PROYECTO REVISADO DE ACUERDO SOBRE LA ADHESIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA A LA CONVENCIÓN DE SALVAGUARDA DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES**

### **2.1. LA GESTACIÓN DEL PROYECTO**

Los responsables de la negociación han sido, en un primer momento, el Comité Director para los derechos del hombre (que ha confiado esta misión a un grupo informal de 14 miembros, de los que la mitad provienen de Estados miembros de la UE) y la Comisión Europea, por decisión del Comité de Ministros del Consejo de Europa y del Consejo. En esta primera fase de las negociaciones se han producido ocho reuniones de trabajo (los días 7 de julio, 20-22 de septiembre, 19-22 de octubre y 6-8 de diciembre de 2010 y los días 25-28 de enero, 15-18 de marzo, 10-13 de mayo y 20-24 de junio de 2011).

Gracias a un nuevo mandato del Comité de Ministros, el Comité Director para los derechos del hombre, en una nueva composición (47+1) ha celebrado cinco nuevas reuniones con la Comisión Europea (los días 21 de junio, 17-19 de septiembre y 7-9 de noviembre de 2012 y los días 21-23 de enero y 3-5 de abril de

23. Nota de síntesis de la reunión de 17/09/2002, presidida por el Comisario VITORINO, A. (CONV 295/02; WG II 10; de 26/09/2002), p. 5.

24. Documento CDDH(2002)010 Addendum 2.

2013), que han servido para aprobar un proyecto revisado de acuerdo sobre la adhesión de la Unión Europea al Convenio de salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales.

Antes de adentrarnos en el examen de este proyecto, que es el objeto principal del presente trabajo, resulta conveniente aportar algún dato suplementario. En primer lugar, hacer notar que esta negociación ha sido abierta a la recepción de actores sociales. Así, por ejemplo, la *European Trade Union Confederation* (ETUC) ha presentado diversas recomendaciones relacionadas con el propio proceso de negociación (interesando que se haga una consulta a los agentes sociales durante su tramitación y su implementación y que puedan ser admitidos en su fase final como observadores, así como la pronta adhesión de la UE a la revisada Carta Social Europea, entre otras preocupaciones). Y en el mismo sentido, otros colectivos han presentado también sus alegaciones.

Lo más interesante es, pese a todo, que se haya logrado que los debates hayan sido fluidos y constructivos. Aunque es cierto que las actas publicadas de las reuniones son, en ocasiones, imprecisas (se indica que una delegación sostiene esto o lo otro, sin aclarar cuál es su punto de vista), debe recordarse que constituye todo un avance en transparencia<sup>25</sup> que nos sea posible acceder, aunque sea de forma matizada, a un proceso negociador tan de cerca.

En todo caso, lo más relevante de la tarea realizada por el Comité Director para los derechos humanos y la Comisión Europea es su resultado, el proyecto revisado de acuerdo. Nuestra idea es resumir sus perfiles básicos y realizar, al hilo de dicho texto, algunas valoraciones sobre su contenido y alcance. Una vez cumplido ese objetivo, estaremos en condiciones de realizar una reflexión final sobre sus aciertos y carencias.

## 2.2. ¿CÓMO SE HA AFRONTADO LA ADHESIÓN?

Desde los primeros estudios afrontados por la Comisión Europea sobre esta materia se puso de manifiesto que la adhesión planteaba profundos problemas técnicos, dado que el Convenio Europeo estaba concebido como un acuerdo entre Estados y la Unión Europea no presenta, manifiestamente, naturaleza estatal<sup>26</sup>. Por su parte, el Comité Director para los derechos del hombre había planteado, en su informe de 2002, dos vías para acometer la adhesión: impulsar un protocolo de enmienda al Convenio o un Tratado de adhesión<sup>27</sup>.

25. Todos los documentos que examinaremos a continuación se pueden consultar en el dominio web <<http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accession/>>.

26. Ver, por todos, el Memorándum de la Comisión de 1979, punto 46, que puede consultarse en el *Bulletin des Communautés Européennes*, Suplemento 79-2, ya citado.

27. El informe adoptado en su 53 reunión, celebrada los días 25-28 de junio de 2002, tiene por título Estudio de las cuestiones jurídicas y técnicas de una eventual adhesión de la CE/UE al Convenio Europeo de Derechos del Hombre [Doc. CDDH(2002)010 Addendum 2].

Lo cierto es que la negociación ha propiciado un modelo de adhesión muy inteligente, que opta por aminorar el volumen de las reformas que debieran haber modificado mucho de los términos utilizados en el Convenio y que tienen relación con las ideas de Estado, nación, y de intereses habitualmente vinculados con estas realidades (interés nacional, bienestar económico del país, etc.).

A tal fin, la primera decisión relevante es entender que el Acuerdo de adhesión no se adopta *de acuerdo con* el Convenio, sino que *forma parte de éste* (al igual que los Protocolos adicional y 6). Este enfoque permite resolver muchos pequeños problemas interpretativos y evita realizar una modificación mucho más detallada en el texto del Convenio (en sí mismo considerado), pero tiene también inevitables consecuencias normativas. Dado que el Acuerdo forma parte del Convenio, no puede ser denunciado aisladamente respecto de aquél, y la previsión de normas específicas en el Acuerdo sobre diversas materias (como son las referidas a la intervención de la Unión Europea en diversos órganos del Consejo de Europa) hace innecesaria la reforma de las correspondientes previsiones del Convenio.

Se opta, en el acuerdo, por realizar diversas cláusulas interpretativas, en las que se adaptan las expresiones Estado, Estados o Estados partes a la Unión Europea, concebida ahora como Alta Parte Contratante. En el mismo se adaptan las nociones Derecho nacional, leyes nacionales, instancia nacional, internas y administración estatal al ámbito de la Unión Europea. Lo mismo se hace, finalmente, con las expresiones seguridad nacional, bienestar económico del país, integridad territorial y vida nacional<sup>28, 29</sup>.

También resulta consecuente con el sometimiento de los actos (en sentido lato) de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos que los recursos interpuestos previamente ante los Tribunales de Luxemburgo (esto es, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Tribunal General y el Tribunal de Función pública, en el momento actual), no sean considerados como procedimientos internacionales (lo que impediría la admisión a trámite de la demanda, en virtud de lo previsto en el art. 35.2.b CEDH)<sup>30</sup>. En el mismo sentido, se descarta igualmente que

28. Esta solución ya había sido avanzada tanto en el Memorándum de la Comisión de 1979, *op. cit.*, punto 20 como en el Estudio de las cuestiones jurídicas y técnicas de una eventual adhesión de la CE/UE al Convenio Europeo de Derechos del Hombre, elaborado por el Comité Director para los Derechos del Hombre, también *op. cit.*, punto 40.

29. El acuerdo excluye cláusulas interpretativas en otras ocasiones. En algunos casos, porque no las considera necesarias (esto ocurre con las expresiones Derecho interno –arts. 41 y 52 CEDH-, país –art. 4.3.b-, naciones civilizadas –art. 7-, Estado, territorial, territorio –arts. 56 y 58 CEDH y Protocolos-). En otros porque las expresiones aluden a realidades distintas (ciudadanía de la Unión vs. nacionalidad del art. 14 y 36 CEDH) o porque no son de aplicación (como ocurre con la prohibición estatal de prever la pena de muerte –art. 2 del Protocolo 6-, para la que la UE carece de competencia).

30. De hecho, y según se indica en el mismo documento que estamos valorando, el Tribunal de Estrasburgo ya había anticipado, con buen sentido, que un procedimiento instado ante

los procedimientos ante el Tribunal de Justicia constituyan un “modo de solución de controversias”, en el sentido dado a esta expresión en el art. 55 CEDH.

Por otra parte, se interpreta que las referencias al país, el territorio y al territorial estatal son aplicables a cada uno de los territorios de los Estados a los que se aplican los Tratados de la Unión Europea (aunque, por lógica, solamente podrán impugnarse en este caso actos estatales si se producen en el territorio de un país que haya suscrito el Convenio Europeo de Derechos Humanos).

Igualmente presenta interés el tema de las reservas. Aunque resulta imposible conocer, a fecha de hoy, si la Unión Europea seguirá el consejo de la Comisión de limitarse a presentar “las absolutamente indispensables a su estructura interna”<sup>31</sup>, lo cierto es que el Acuerdo contempla la posibilidad de que la Unión Europea pueda formular reservas al Convenio y el Protocolo Adicional (arts. 2 y 10 del borrador de Acuerdo), siempre que respeten las normas de Derecho internacional público y se vinculen con el Derecho comunitario originario<sup>32</sup>. Dichas reservas pueden presentarse tanto respecto de preceptos contenidos en el Convenio y en el Protocolo Adicional, pero no en el Protocolo 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, por impedir esta posibilidad su art. 4.

Si la Unión opta posteriormente por adherirse a otros Protocolos (como son los 4, 7, 12 o 13), se realizará un nuevo instrumento de adhesión separado del que ahora se aprueba, y podrá entonces formular las reservas que estime oportuno plantear, siempre que cumplan las condiciones descritas.

Aunque todos los derechos humanos recogidos en estos Protocolos presentan indudable importancia, resulta especialmente conveniente que la Unión promueva una rápida adhesión al Protocolo 12, que prohíbe todo tipo de discriminación, dada la importancia que este derecho presenta ya en el Derecho de la Unión<sup>33</sup>.

Finalmente, es oportuno recordar que el acuerdo retoma la idea, recogida en el Tratado de la Unión Europea, de que la adhesión de la UE al CEDH no afecte ni a las competencias de la Unión ni a las atribuciones de sus instituciones.

Aunque aquí podríamos poner punto y final a este apartado, conviene recordar que la adhesión de la Unión al Convenio no alcanza, directamente, a una

---

la Comisión Europea al amparo del artículo 258 TFUE no constituye un procedimiento internacional de investigación o acuerdo a los mentados efectos del art. 35.2.b CEDH (Asunto *Karoussiotis c. Portugal*, nº rec. 23205/08, Sentencia del TEDH de 1 de febrero de 2011).

31. Ver, por todos, el Memorándum de la Comisión de 1979, *cit.*, punto 29.

32. Dado que el Acuerdo se integra en el Convenio, no resulta posible, lógicamente, formular reservas, al Acuerdo mismo (art. 11 del borrador de Acuerdo).

33. En efecto, el art. 2 TUE contempla la no discriminación como valor, lo que se refleja en el objetivo de combatirla en el arts. 3.3 TUE y 10 TFUE y se proyecta como derecho a no sufrir discriminación en los arts. 18 y 19 TFUE y 21 CDFUE.

serie de tratados que, aunque son formalmente autónomos, se encuentran materialmente vinculados con el modelo de protección de los derechos humanos previsto por el Convenio. Aludimos, por ejemplo, al Acuerdo europeo concerniente a las personas que participan en los procesos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, o al Sexto Protocolo adicional al Acuerdo general sobre los privilegios e inmunidades del Consejo de Europa. La Unión deberá adherirse a estos y otros textos, pero mientras tanto, deberá respetar estos acuerdos y las restantes partes deberán tratar a la Unión como parte de los mismos. La adhesión puede ser compleja (por ejemplo, el acuerdo general sobre privilegios e inmunidades está abierto únicamente a la firma de los Estados), pero se establece un trámite de notificación para la Unión de cualquier novedad (ratificación, adhesión, entrada en vigor respecto de un Estado, etc.) que les afecte.

### 2.3. LOS ASPECTOS PROCESALES

#### 2.3.1. La legitimación activa y pasiva para acudir ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Como es bien sabido, el Convenio Europeo de Derechos Humanos protege, hasta el momento, a cualquier persona que se vea sometida al poder de un Estado que se haya comprometido a respetarlo.

El hecho de que la Unión Europea se adhiera al Convenio suscita problemas de dos tipos. En primer lugar, porque no constituye un Estado, y, en segundo lugar, porque no resulta evidente determinar si una actuación, omisión o práctica realizada por un Estado se incardina en el Derecho netamente estatal o es consecuencia de la aplicación del Derecho de la Unión.

Si se piensa bien, estas dos cuestiones remiten a la cuestión de la legitimación activa y pasiva de las demandas.

En relación con la legitimación activa, la solución que aporta el Acuerdo es la esperada. Se entiende que la expresión “toda persona que dependa de su jurisdicción” (art. 1.6 CEDH) es aplicable a la Unión Europea, y se refiere a todo justiciable que, estando dentro o fuera del territorio de la UE, se le apliquen las disposiciones de los Tratados de la Unión Europea y de Funcionamiento de la Unión Europea.

Más difícil de resolver es la segunda cuestión apuntada, referida a la legitimación pasiva. ¿A quién debe demandarse cuando un acto, una medida o una omisión del Estado –o de varios Estados– se adopta o se produce en el marco del Derecho de la Unión Europea?

Afortunadamente el Acuerdo establece un principio claro en esta materia, que no admite, en principio, reproche alguno. Cuando el acto, la medida o la omisión provenga de una autoridad estatal, o se realice en su nombre, deberá demandarse al Estado o Estados responsables, y lo propio deberá hacerse respecto de la UE cuando la impugnación traiga causa de un acto, medida u omisión imputable a sus instituciones.



El criterio sustentado por el Acuerdo debe ser favorablemente valorado, puesto que aporta seguridad jurídica al justiciable, al que se le indica, claramente, cuál es la vía judicial que debe agotar antes de acudir ante el Tribunal de Estrasburgo (cuestión distinta, y que no compromete esta afirmación, es que el tribunal estatal pueda plantear una cuestión prejudicial, puesto que la última resolución judicial seguirá siendo nacional).

Ahora bien, una vez que la relación procesal ha quedado establecida, de acuerdo con las reglas que acabamos de describir, es probable que esta se vea enriquecida a lo largo del procedimiento, incorporando ya sea a la Unión Europea ya sea al Estado o Estados miembros de la Unión al proceso en calidad de codefensor(es), como examinamos a continuación.

### 2.3.2. La figura del codefensor

Antes de comenzar a explicar, con detalle, el mecanismo de codefensa, conviene recordar que el Convenio Europeo de Derechos Humanos ya contempla, en su art. 36, la posibilidad de que en un proceso celebrado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se produzca una tercera intervención, distinta al demandante y al Estado o Estados demandados. Este derecho se confiere al Estado cuyo nacional haya presentado la demanda contra otro Estado o Estados<sup>34</sup>, y, también con carácter general, al Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa. Además, el Presidente del Tribunal puede invitar a realizar observaciones a cualquier otra Alta Parte Contratante o persona interesada si lo considera necesario para lograr una buena administración de justicia<sup>35</sup>.

Pero estas intervenciones no alteran ni la relación procesal (definida por demandante y demandado) ni, consiguientemente, el alcance subjetivo del fallo, que será vinculante para el Estado o Estados demandados. Por eso no guardan ninguna relación con el nuevo mecanismo del codefensor, en el que el nuevo sujeto se incorpora a la relación procesal con todas sus consecuencias, y que podrá utilizarse respecto de las demandas introducidas una vez que el nuevo acuerdo entre en vigor.

A través de este mecanismo la Unión Europea podrá actuar como codefensor en demandas dirigidas contra uno o varios Estados miembros, y, a la inversa, uno o varios Estados miembros podrán actuar en esa misma calidad de codefensor(es)

34. El Comité Director para los Derechos del Hombre se plantea, en el citado Estudio sobre las cuestiones jurídicas y técnicas de una eventual adhesión de la CE/UE al Convenio Europeo de Derechos del Hombre, citado, como adaptar este principio a la Unión, en los puntos 53-56.

35. En el documento que estamos examinando se señala, acertadamente, que esta vía puede ser utilizada en relación con la Unión Europea cuando la debatida actuación del Estado se vincula con acuerdos internacionales relacionados con la Unión Europea, pero que no forman parte del Derecho comunitario originario (como son, entre otros, los acuerdos de Schengen o sobre el Espacio Económico Europeo).

en demandas interpuestas contra la Unión Europea<sup>36</sup>. Para que tal intervención se produzca será preciso que la actuación, conducta u omisión comprometa la compatibilidad del Derecho primario de la UE (cuando la demanda se dirija, inicialmente, contra la Unión Europea) o del Derecho primario o derivado de la UE (cuando el recurso se realice contra uno o varios Estados miembros) con los derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Dado que este es un presupuesto necesario para que se dé la figura del codefensor, resulta claro que si dicho presupuesto dejara de concurrir, el mismo Tribunal que asignó a una alta parte contratante el papel de codefensor puede poner fin a dicha participación procesal, especialmente si demandado y codefensor presentan alegaciones en dicho sentido.

En todo caso, debemos comenzar recordando que el mecanismo del codefensor solamente podrá activarse una vez que la demanda haya sido admitida a trámite y sea comunicada al Estado o Estados demandados o, en su caso, a la Unión Europea. Este dato tiene importantísimas consecuencias, puesto que no podrá reabrirse la cuestión del correcto agotamiento de la vía judicial previa desde la perspectiva del ordenamiento al que pertenece el nuevo codefensor. Así, por ejemplo, si se demanda al Estado español ante el Tribunal de Estrasburgo, y se acuerda posteriormente (ya veremos cuándo y cómo) que la Unión Europea se adhiera a la causa como codefensor, no podría acordarse la inadmisión de la causa por concurrir una falta de agotamiento de la vía judicial estrictamente comunitaria.

Por otra parte, caben dos procedimientos para que pueda activarse la figura del codefensor. La primera es a solicitud de la alta parte contratante. Así, cuando una demanda se dirija, inicialmente, contra uno o varios Estados miembros de la Unión Europea, está podrá interesar ser asociada a la causa en calidad de codefensor. En el caso inverso, cuando es la Unión Europea la demandada, la solicitud del Estado debe ser motivada.

La segunda hipótesis es que sea el Tribunal quién sugiera, al Estado o Estados o a la Unión Europea, que se impliquen en el proceso como codefensor(es). Será imprescindible entonces que la alta parte contratante acepte expresamente dicha invitación.

Por otra parte, si la demanda se dirige contra la Unión Europea y uno o varios Estados miembros, a los que se les imputa una misma lesión, se podrán seguir los mismos pasos ya analizados para que uno de los codemandados se convierta en codefensor.

---

36. También resulta posible que, aunque una demanda se dirija simultáneamente contra la Unión Europea y un Estado miembro (o varios), se aplique el estatuto de codefensor a la parte demandada que no sea directamente responsable del acto, medida u omisión impugnada. En este caso, no se inadmitirá la demanda por dirigirse a un sujeto equivocado. Esta alteración procesal no se producirá, lógicamente, si la demanda atribuye distintas violaciones al sujeto o sujetos estatales y a la Unión Europea.

En todo caso, se oirá la posición del recurrente y de la parte demandada sobre este extremo, y la incorporación del codefensor será acordada por el Tribunal y comunicada a todas las partes del proceso.

Es oportuno hacer dos observaciones suplementarias sobre la resolución por la que se designa a un codefensor en la causa. La primera para aclarar que la misma es incidental en su argumentación, sin que quepa pronunciarse sobre el fondo del asunto, sino sobre el cumplimiento de los requisitos examinados para poder ser considerado defensor. La segunda observación es para hacer notar que pueden vincularse condiciones específicas al codefensor si se consideran precisas para asegurar una buena administración de justicia.

Pero, ¿qué significa ser codefensor? En pocas palabras, que la(s) alta(s) parte(s) contratante(s) demandada(s) une(n) su suerte, procesalmente hablando, a la del o de los codefensores. Eso supone, que los acuerdos amistosos (art. 39 CEDH) o las declaraciones unilaterales en relación con una violación deberán realizarse siempre de forma coordinada entre todos ellos. También se presume, en principio, que demandado(s) y codefensor(es) son, en principio, solidariamente responsables de las violaciones decretadas por el Tribunal, aunque éste pueda acordar imputarlas a una u otra parte procesal. Sin embargo, resulta evidente que esta última posibilidad será inhabitual, porque romper el consorcio procesal conlleva el evidente riesgo de que el Tribunal de Estrasburgo realice una, por definición inadecuada, valoración del reparto de competencias existentes entre Unión Europea y Estados miembros.

Este consorcio no opera en relación con la demanda de reenvío que cualquier parte procesal pueda realizar ante la Gran Sala, aunque la UE pueda regular esta cuestión. En todo caso, el reenvío es necesariamente global, sin que pueda alterarse el objeto inicial del proceso.

Una vez más, la solución que se aporta en el Acuerdo debe ser calificada de inteligente y ponderada, aunque sea posible también expresar alguna reserva sobre el mismo y sea además preciso apuntar a las cuestiones que, lógicamente, deja abiertas.

Comenzando por los aspectos más favorables de la instauración del mecanismo del codefensor, podríamos señalar, en primer lugar, que evitará que el Tribunal de Estrasburgo tenga que pronunciarse, incluso sin quererlo, en materias tan problemáticas como son el reparto de competencias Unión Europea-Estados miembros o cuando una actuación estatal viene exigida o se legitima, o no, en el marco del Derecho de la Unión Europea. Esta solución permite, en efecto, que estas cuestiones sean depuradas por las propias Instituciones de la Unión, lo que presenta evidentes ventajas.

El segundo aspecto marcadamente positivo que se anuda al mecanismo del codefensor es que con su previsión se evita que, como ya ha ocurrido<sup>37</sup>, se pueda

37. Asuntos *Cantoni c. Francia*, n° rec. 17862/91, Sentencia del TEDH de 15 de noviembre de 1996; *Matthews c. Reino Unido*, n° rec. 24833/94, Sentencia del TEDH de 18 de febre-

cuestionar el alcance de una actuación, práctica u omisión propia del Derecho de la Unión sin que sus instituciones puedan defenderse ante el Tribunal de Estrasburgo. No dejar de ser paradójico, desde la perspectiva del derecho de defensa, que el legítimo y acertado criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de no permitir que la actuación de los Estados puede escudar el incumplimiento de los derechos del Convenio en limitarse a aplicar el Derecho de la Unión, haya provocado, *de facto*, una lesión en los derechos procesales de esta última, que no podía ejercer sus derechos al proceso debido y de defensa por no formar parte del Convenio. Esta anomalía, que trae causa del complejo entramado de derechos y obligaciones que vinculan a los Estados por su doble pertenencia al sistema del Convenio y a la Unión Europea, podrá ser superada en el futuro a través del mecanismo del codefensor.

La puesta en marcha de este mecanismo puede tener el inconveniente de alargar la tramitación y, consecuentemente, la resolución de las demandas interpuestas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El dato no es menor, porque hay que recordar que a la duración de la causa en el marco del Consejo de Europa hay que sumar los años que exigen agotar la vía judicial previa. Es verdad, sin embargo, que este inconveniente puede ser conjurado si se reglamenta con base a plazos sumarios que conjuguen el desarrollo ágil del proceso con el respeto de las garantías de las partes procesales (en particular, del traslado de escritos y del plazo para que presenten sus alegaciones respecto de las cuestiones tratadas en ellos).

Finalmente, resulta también importante saber cómo se articulará, internamente, las relaciones entre la Unión Europea y los Estados miembros que participan en la causa, ya sea como demandados o codefensores. Siendo claro que esta regulación debe adoptarse en el seno del Derecho de la Unión (más correctamente, quizás, en el Derecho convencional UE-Estados miembros), caben diversas opciones al respecto. Una de ellas sería, por ejemplo, que la dirección del asunto recayera en la parte demandada (sea ésta la Unión o uno o varios Estados miembros). Otra, tampoco absurda, que sea la Unión Europea la encargada de marcar la línea de defensa, opción que podría justificarse en la defensa del interés general de la Unión. En todo caso, sería preciso articular una solución para los supuestos en los que haya una profunda divergencia entre las partes personadas, que garantice que la posición que se mantendrá ante el Tribunal de Estrasburgo es común y razonable.

### 2.3.3. La implicación previa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

El proyecto de Acuerdo que estamos examinando contempla también un novedoso mecanismo que permitirá que, cuando una demanda dirigida contra uno o varios Estados miembros de la Unión Europea pueda plantear problemas de compatibilidad de normas de la Unión con la Convención, se abra un trámite para que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea pueda enjuiciar dicha cuestión.

---

ro de 1999; y *Bosphorus c. Irlanda*, n° rec. 45036/98, Sentencia del TEDH de 30 de junio de 2005.

Esta actuación incidental del Tribunal de Luxemburgo tiene un alcance limitado (no se analiza la conducta, actuación u omisión presuntamente lesiva del derecho humano, sino la compatibilidad de la norma de la Unión con los Tratados en general y la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, en particular), y, como resulta evidente, no afecta a los poderes del Tribunal de Estrasburgo. Este es el único competente para pronunciarse sobre el fondo del asunto sometido a su jurisdicción. Eso sí, todas las partes del proceso (principal) tendrán la ocasión de pronunciarse sobre los efectos de la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo en el proceso principal.

¿Cómo se justifica este proceso previo? Conviene recordar, antes que nada, que era una exigencia del propio Tribunal de Luxemburgo. Era, de hecho, la afirmación más importante que se incluía en el *Documento de reflexión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre determinados aspectos de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, de 5 de mayo de 2010<sup>38</sup>. Debe entenderse esta afirmación en el contexto de una seria preocupación de que el Tribunal de Luxemburgo, intérprete auténtico de los Tratados de la Unión, pudiera verse relegado en el supuesto de que el Tribunal de Estrasburgo tuviera que examinar la compatibilidad de una norma de la Unión con los derechos humanos reconocidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En el Acuerdo se conecta esta decisión también con el principio de subsidiariedad, por lo que se vincula con aquellos procesos en los que la Unión Europea actúe como codefensor.

¿Qué valoración suscita el reenvío previo al Tribunal de Justicia? Con carácter general, este mecanismo merece una valoración favorable, ya que se inscribe en el proceso ante el Tribunal de Estrasburgo, de forma incidental, y con una cognición convenientemente delimitada. Aleja, en definitiva, el peligro de que se diluya la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La única objeción que puede realizarse es que producirá un alargamiento del tiempo de tramitación de la demanda ante el Tribunal de Estrasburgo. Aunque los redactores del Acuerdo son conscientes de este efecto perverso, limitan tal dilación en seis u ocho meses, que es el tiempo en que tardaría en pronunciarse el Tribunal de Luxemburgo. Olvidan, sin embargo, los trámites anteriores y posteriores que también se vinculan con este expediente incidental, como son la solicitud de la Unión y la respuesta del Tribunal de Estrasburgo, así como el subsecuente trámite de alegaciones tras la resolución del Tribunal de Luxemburgo.

## 2.4. LOS ASPECTOS INSTITUCIONALES

### 2.4.1. La elección de jueces

38. Ver apartado 9.

El acuerdo prevé la participación instrumental, con derecho de voto, de una delegación del Parlamento Europeo en la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa cuando ésta ejerza su función relativa a la elección de jueces (art. 22 CEDH). Dichas modalidades de participación serán definidas por la Asamblea parlamentaria en cooperación con el Parlamento Europeo.

De esta forma, se garantiza que actuará un juez en nombre de la Unión, como alta parte contratante que es, que actuará de forma independiente y resolverá a título individual.

#### **2.4.2. La participación (de geometría variable) de la Unión Europea en las reuniones del Comité de Ministros**

Dado que la Unión Europea no se adhiere al Consejo de Europa, sino, más estrictamente, al Convenio Europeo de derechos Humanos, su intervención deberá asegurarse con derecho de voto exclusivamente en las tareas del Comité de Ministros relacionadas con dicha actividad, que serían las siguientes:

- a. Art. 46 CEDH: vigilancia de la ejecución de Sentencias del Tribunal;
- b. Art. 39 CEDH: fiscalización de los acuerdos amistosos;
- c. Art. 47 CEDH: solicitud de informes consultivos sobre la interpretación de la Convención (en sentido amplio);
- d. Art. 26.2 CEDH: decisión de reducir, bajo solicitud de la asamblea plenaria del Tribunal, el número de jueces de las Salas.

La Unión también deberá actuar en pie de igualdad en lo que atañe a la adopción de nuevos protocolos. Ello ha obligado a introducir un nuevo artículo 54 que actúa como ley especial respecto del artículo 15.a del Estatuto del Consejo de Europa. Se trata, se indica en el texto explicativo, “de una disposición excepcional que deriva de circunstancias particulares de la adhesión de la Unión a este Convenio y del carácter excepcional de su participación”.

¿Y qué ocurre con respecto a las funciones no expresamente previstas en el Convenio? Aludimos a la adopción de diversos instrumentos jurídicos (recomendaciones, resoluciones, declaraciones adoptadas por el Comité de Ministros o la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa que se pueden dirigir a las altas partes contratantes, al Comité de Ministros, al Tribunal o a otros órganos).

Pues bien, el acuerdo prevé un trámite de consulta limitado a los textos o instrumentos que afecten directamente al sistema del convenio, como pueden ser los que atañen a los procesos internos de selección de candidatos para la elección de los jueces por parte de la Asamblea parlamentaria o a textos sobre el Convenio o la jurisprudencia del Tribunal, o inspirados en estos o, finalmente, que definan los principios comunes en materia de desarrollo, promoción o protección de los

derechos del hombre. El Comité de Ministros tomará en consideración la posición de la Unión en estos casos.

Especial interés presenta la intervención de la Unión en el marco de la vigilancia de los reglamentos amistosos (art. 39 CEDH) y ejecución de Sentencias (art. 46 CEDH). Dado que el ordenamiento jurídico de la Unión impone, en algunas circunstancias, la actuación coordinada de la Unión y sus Estados miembros, se introducen reglas específicas sobre la participación de la Unión en el proceso de vigilancia ejercido por el Comité para evitar que el voto conjunto de la Unión y de sus Estados miembros atente contra el ejercicio efectivo de esta misión por parte del Comité de Ministros. Estas reglas operarán solamente de manera excepcional, puesto que el Comité seguirá actuando, siempre que sea posible hacerlo, por consenso.

El acuerdo distingue la vigilancia de las obligaciones en los asuntos en los que la Unión Europea es defensora o codefensora. En el primer caso, y dado que la UE y sus Estados miembros votarán en bloque, se prevé una mayoría de cuatro quintas partes de los representantes que tiene derecho de voto y una mayoría de dos terceras partes de los representantes que tienen derecho a actuar en el Comité de Ministros será necesaria para la adopción de una resolución final. Esta regla se aplicará en el caso de que se haya condenado a la Unión Europea o a la Unión Europea y algún Estado miembro, pero no en el supuesto de que solamente haya sido condenado un Estado miembro.

También se modifica la regla de mayoría aplicable a las decisiones adoptadas por el Comité de Ministros cuando opta por acudir al Tribunal en relación con la interpretación de una Sentencia o en caso de incumplimiento (reglas 10 y 11, respectivamente). En este caso, una minoría relativamente elevada, un cuarto de los miembros que tengan derecho a participar en el Comité de ministros (12 de 48 miembros), será requerida para considerar como adoptada una decisión conforme a esta regla.

Un umbral de apoyo aún menor se prevé para otro tipo de decisiones adoptadas sobre cuestiones procesales y solicitudes de información<sup>39</sup>, puesto que se limita a una quinta parte de las altas partes contratantes (en concreto, 10 de 48).

En todo caso, el recurso a estas reglas específicas, como es habitual en muchas instituciones parlamentarias, no será preciso en la actuación diaria del Comité de Ministros, donde podría actuarse por consenso u otras mayorías, pudiendo recabarse, eso sí, en cualquier momento su observancia.

En los restantes asuntos se tomarán en consideración las mayorías previstas en el art. 20.d del Estatuto del Consejo de Europa. Esto ocurre la adopción de resoluciones interinas (*interimaires*) y de decisiones que expresan una posición sobre la conformidad de la UE con la obligación prevista en el art. 46.1 CEDH. Estas decisiones son habitualmente adoptadas por consenso pero, si se produjera un bloqueo por parte de la UE, se prevé que la mayoría de acuerdo baje significa-

39. Ver el párrafo 87 del borrador de Acuerdo.

tivamente en el segundo requerimiento (de los dos tercios actuales a un cuarto de los representantes del Comité).

Todas estas reglas podrán ser posteriormente modificadas por el Comité contando con el acuerdo de todas las altas partes contratantes.

Resulta evidente que la pretensión que todas estos nuevos cálculos de las mayorías persigue no es otra que evitar que pudiera producirse un alineamiento entre la Unión y sus Estados miembros que les permitiera bloquear o falsear las denuncias que se produjeran por la eventual lesión de los derechos recogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Aunque tal empeño no precisa de especial justificación, es seguro que la Unión Europea tratará de evitar el escenario en el que se produjera una votación que tuviera enfrente a todos los Estados no directamente alineados con el proceso europeo de integración, y que pusiera en entredicho el respeto de los derechos humanos en el territorio de la Unión.

## 2.5. LOS ASPECTOS FINANCIEROS

El acuerdo prevé la contribución obligatoria de la Unión Europea a los gastos del conjunto del sistema del Convenio, como hacen los restantes Estados.

Tal contribución financiera se refiere a los gastos directamente vinculados con el Convenio, como son los del tribunal, el procedimiento de vigilancia y ejecución de las Sentencias y las decisiones, así como los gastos de la Asamblea Parlamentaria, del Comité de Ministros y del Secretariado General cuando ejercen funciones que les atribuye el Convenio. Se fijan también unos gastos de administración general (un 15%).

A tal fin se propone que la Unión contribuya en la misma medida que lo hacen los Estados que aportan más al presupuesto ordinario del Consejo de Europa para el año. Se prevé también una cláusula de salvaguarda que se activaría si el peso relativo de los gastos de funcionamiento del sistema del convenio con respecto al presupuesto ordinario del Consejo de Europa variara de forma substancial (ahora está en un 34%).

Los detalles técnicos serán acordados entre el Consejo de Europa y la UE.

Estas previsiones financieras parecen prudentes, en la medida en que consagran la asunción por parte de la Unión de las cargas derivadas de participar y beneficiarse del sistema diseñado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

## 3. UNA VALORACIÓN DE URGENCIA SOBRE EL PROYECTO DE ACUERDO

A lo largo de los anteriores epígrafes que forman parte de este trabajo he ido avanzando algunas valoraciones críticas sobre los distintos elementos tratados. No pretendo ahora ni retomar ni resumir dichos comentarios, sino realizar una valoración global del proyecto de acuerdo.



No sorprenderá al amable lector que la valoración global sea favorable, porque todas las opiniones que se han ido avanzando hasta el momento también lo eran. Sin embargo, resulta adecuado también poner en la balanza los elementos del acuerdo que, necesarios o no, pueden resultar más negativos.

Comencemos, pues, subrayando los aspectos más positivos del proyecto de acuerdo.

En primer lugar, en este texto se supera el temor, en ocasiones expresado desde la órbita de la Unión Europea, de que se produzcan injerencias que afecten al normal desenvolvimiento de la Unión o que pongan en cuestión su autonomía<sup>40</sup>. El miedo a que se produzca una guerra de cortes y la desafortunada defensa de un Tribunal mixto UE-Consejo de Europa parecen ya posiciones superadas. Finalmente, se ha relajado el temor al margen de decisión (propio) del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que sigue conservando su posición lógica en el entramado europeo, y parece que el complejo que evidenciaba a la defensa de alternativas como las descritas ha sido superado.

Desde esta perspectiva puede cuestionarse si resulta plausible que con la adhesión se consiga mejorar la coherencia de la protección de los derechos del hombre en Europa, tal y como se afirma en el borrador del acuerdo<sup>41</sup>. Parece que los beneficiados por esta adhesión son, fundamentalmente, los justiciables que se vean afectados por un acto u omisión de las autoridades de la Unión Europea, ya que una autoridad suplementaria e independiente va a ejercer un control complementario al desempeñado por los tribunales encargados de aplicar el Derecho de la Unión Europea.

No parece tan obvio que se pueda alcanzar la tan deseada coherencia de la protección de los derechos, dado que los derechos constitucionales, de la Unión y Humanos son lo que los respectivos Tribunales encargados de interpretarlos dicen que son. Cuestión distinta, y que no desdice lo anterior, es que estos tribunales sean conscientes de los efectos que sus decisiones puedan provocar de forma indirecta<sup>42</sup>.

40. No es solamente que el Derecho comunitario sea un ordenamiento autónomo, separado de los ordenamientos nacionales, es que la propia concepción de los derechos fundamentales de la Unión (antes recogidos en los principios generales del Derecho y ahora, también, en la Carta) los dota también de un contenido propio y específico. Así lo reconoce, y con razón, el Tribunal de Luxemburgo cuando señala que la salvaguarda de los derechos fundamentales «debe ser garantizada en el marco de la estructura y de los objetivos de la Comunidad» (asunto 11/70, *Internationale Handersgesellschaft mbH*, *Recueil de Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, 1970, p. 1125 y ss.).

41. El segundo objetivo sería reforzar la participación, la responsabilidad y la exigibilidad en el sistema del Convenio.

42. Como acredita lo sucedido en el asunto Melloni, en el que el Tribunal Constitucional acaba de dictar el pasado 13 de febrero la Sentencia que, a pesar de lo ajustarse a lo señalado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (asunto C-399/11, Sentencia del TJUE de 26 de febrero de 2013, que resuelve la cuestión prejudicial planteada mediante ATC 86/2011, de 9

En segundo lugar, las decisiones adoptadas permiten seguir entendiendo el Convenio Europeo de Derechos Humanos como lo que siempre ha sido: el establecimiento de una protección suplementaria, externa y de mínimos en materia de los derechos humanos. Se supera, así, también, la clásica imagen de la adhesión de la Unión Europea al Convenio como vía de protección de los derechos fundamentales en la Unión. Mientras que al Tribunal de Luxemburgo le compete la protección de los derechos fundamentales de la Unión Europea, al Tribunal de Estrasburgo le atañe la garantía de un suelo común de derechos humanos en todo el territorio de la Estados que han suscrito el Convenio -y, específicamente, en todo el territorio de la Unión- y ante cualquier acto que en ellos se produzca, tenga éste su origen, mediato o inmediato, en la Unión o en las autoridades de los propios Estados.

En tercer lugar, hay que celebrar muy especialmente que el control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sea global y afecte a todas las actuaciones de la Unión, incluidas las que se adoptan a través de políticas reforzadas. No habrá pues, margen para la impunidad en la Unión en lo que afecta al respeto de los derechos humanos.

En cuarto y último lugar, es altamente probable que la existencia de ese control externo y de mínimos potencie la sensibilidad del Tribunal de Justicia en los asuntos en los que se alegue la eventual lesión de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Si bien resulta innegable que el Tribunal de Justicia ha tenido un papel esencial en el diseño del modelo de protección de los derechos fundamentales (a partir de las difundidas Sentencias Stauder y Nold<sup>43</sup>), no han sido muchas las ocasiones en las que ha concluido que se han producido lesiones efectivas de dichos derechos fundamentales. Hay, por decirlo de forma más esquemática, una relación inversamente proporcional entre las abundantes afirmaciones relacionadas con la vigencia de los derechos fundamentales en la Unión y las escasas condenas decretadas. La convicción de que sus decisiones puedan ser revisadas por el Tribunal de Estrasburgo puede servir de acicate para ser más sensible ante las concretas denuncias sobre las que deba pronunciarse.

---

de junio), lo hace manteniendo un criterio propio. Sobre esta materia se han publicado numerosos estudios entre los que destacan PÉREZ MANZANO, M., «El Tribunal Constitucional español ante la tutela multinivel de derechos fundamentales en Europa», *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 95, 2012, pp. 330 y ss., y UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I. y RIPOL CARULLA, S., «La Euroorden ante la tutela de los Derechos Fundamentales. Algunas cuestiones de soberanía iusfundamental. (A propósito de la STJ Melloni, de 26 de febrero de 2013, C-399/11)», *Revista Española de Derecho Europeo*, vol. 46, 2013, pp. 151 y ss.

43. Asuntos 26/69, Sentencia del TJUE de 12 de noviembre de 1969, *Recueil de Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, 1969, p. 419 y ss. ; y 4/73, Sentencia del TJUE de 14 de mayo de 1974, *Recueil de Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, 1974, pp. 491 y ss.

El hecho de que existan aspectos marcadamente favorables en el proyecto de acuerdo no puede ocultar otras novedades que son más cuestionables. El hecho de que las describamos a continuación no impide advertir que acaso sean inevitables, dado que resulta evidente que el control de los actos de la Unión aporta una complejidad específica y muy distinta a la que es propia a la fiscalización de la actuación de los Estados.

El primero, y más evidente, es que la puesta en marcha del proyecto de acuerdo, conllevará, en muchas ocasiones, un alargamiento del proceso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La figura del codefensor o el traslado previo de las quejas obligará, inevitablemente, a establecer nuevos plazos procesales para que las partes puedan pronunciarse y generará nuevas decisiones interlocutorias del Tribunal de Estrasburgo. Este es un efecto insoslayable de la reforma, y que solamente puede mitigarse si impera el sentido común por parte de todas las partes afectadas.

El segundo efecto acaso pernicioso se refiere a la autonomía de la que dispondrán los Estados miembros de la Unión a la hora de presentar sus alegaciones ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Aunque esta cuestión no está expresamente regulada en el proyecto de acuerdo, por afectar a una cuestión estrictamente comunitaria (cuál es la relación Unión Europea-Estado/s miembro/s), se deriva de la posibilidad de que se adopten posiciones comunes entre ambos. ¿Se restringirá la autonomía por parte de los Estados miembros? ¿Puede producirse una limitación del poder de los Estados que forman parte de la Unión en el seno del Consejo de Europa? Habrá que analizar, con el rigor que merece, el Derecho de la Unión que establezca los supuestos y el procedimiento en las que deba buscarse una posición común en los procesos en que se vea afectado el Derecho de la Unión.

Y es que el proyecto de acuerdo no resuelve todos los interrogantes sobre el modelo de protección de los derechos humanos que el Tribunal de Estrasburgo ejercerá sobre la Unión Europea. De hecho, el primer reto que existe en el horizonte es desarrollar y complementar el proyecto de acuerdo y ponerlo, después, en marcha. Ahí se verá si este sistema de control, si este coche, arranca y se ajusta bien al firme de la vía.

#### **4. CODA**

El texto que el amable lector acaba de leer fue elaborado a finales 2013. Por esta razón no se hace ninguna referencia en él al reciente Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia, de 18 de diciembre de 2014, que tiene su origen en la solicitud cursada por la Comisión en la se plantea la compatibilidad del Proyecto de Acuerdo de Adhesión de la UE al CEDH con los Tratados.

Pues bien, el Tribunal de Justicia considera que el borrador de Acuerdo no es compatible ni con el artículo 6.2 TUE ni con el Protocolo 8 TUE porque afecta a las características y a la autonomía del Derecho de la Unión, posibilita externalizar

un eventual conflicto entre la UE y sus Estados miembros (lo que comprometería el artículo 344 TFUE), no asegura la intervención previa el Tribunal de Justicia con ocasión del mecanismo del codemandado y admite un control externo de actos, acciones u omisiones de la Unión en materia de la PESC que no puede ejercer en la actualidad el propio Tribunal de Justicia.

Aunque a lo largo de su argumentación hay algunas ideas que podrían ser asumidas (por ejemplo, puede resultar efectivamente discutible que decida el Tribunal de Estrasburgo aceptar o no al codemandado en cada caso, apartado 223), subyace una profunda desconfianza hacia la instauración de un control externo en materia de derechos humanos (que no fundamentales). Desconfianza que lleva al Tribunal a realizar algunas afirmaciones manifiestamente desafortunadas. Así, por ejemplo, resulta sorprendente que se insista en la errónea tesis de que, “en lo que atañe a las materias que han sido objeto de un traspaso de competencias de los Estados miembros a la Unión”, éstas se rigen “por el Derecho de la Unión, con exclusión, si así lo exige éste, de cualquier otro Derecho” (apartado 193), tesis que ya se había utilizado para tratar de cuestionar (inútilmente, STC 26, 2014, de 13 de febrero) la vigencia de los derechos constitucionales en el asunto Melloni. Tampoco resulta muy razonable afirmar que a los Estados miembros de la Unión “les está vedado no sólo exigir otro Estado miembro un nivel de protección nacional de los derechos fundamentales superior al garantizado por el Derecho de la Unión” sino también “verificar, salvo en supuestos excepcionales [lo que implica, obviamente, que no siempre está enteramente vedado ejercer dicho control], si ese otro Estado miembro ha respetado efectivamente, en un caso concreto, los derechos fundamentales de la Unión” (apartado 192), lo que tendría por efecto, por ejemplo, vaciar en determinadas circunstancias de contenido (de contenido propio, se quiere indicar) el recurso de amparo en España.

En todo caso resulta irónico que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pretenda erigir en el garante único de los derechos humanos, cuando su tutela efectiva no puede calificarse ni de intensa ni de eficiente. Son ahora los Estados, señores de los Tratados, los que deben optar por plegarse a la posición del Tribunal de Luxemburgo, lo que contribuirá a empeorar más la imagen de la Unión, o por introducir en los Tratados las reformas precisas que permitan someter la actuación de la Unión Europea al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (cosa que, por cierto, resulta ya inevitable en la práctica). Resulta indudable que la actuación del Tribunal de Estrasburgo afectará al Derecho de la Unión, como ha ocurrido en relación con el Derecho español (doble instancia penal, doctrina Parot, etc.), pero dicha influencia, aunque pueda ser ocasionalmente sometida a crítica, ha servido para beneficiar la libertad y la igualdad de las personas, finalidad, por cierto, que debería ser también perseguida tanto por los Estados (constitucionales) como por la propia Unión Europea.