



Erasmus+



Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional

Working Papers on European Law and Regional Integration

RICARDO ALONSO GARCÍA

**Análisis crítico del veto judicial de la UE al CEDH
en el Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014**

WP IDEIR n° 26 (2015)

Cátedra Jean Monnet • Prof. Ricardo Alonso García

Publicado por
Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR)
Universidad Complutense
Facultad de Derecho
Avda. Complutense s/n
Madrid 28040 - España

© Ricardo Alonso García 2015

ISSN 2172-8542

El presente proyecto ha sido financiado con el apoyo de la Comisión Europea. Esta publicación es responsabilidad exclusiva de su autor. La Comisión no es responsable del uso que pueda hacerse de la información aquí difundida.

Análisis crítico del veto judicial de la UE al CEDH en el Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014

Ricardo Alonso García*

Introducción. 1. La incorrecta aproximación del TJUE, desde una perspectiva jurídica, a la obligación de la UE de adherirse al CEDH. 2. Presentación general de las objeciones del TJUE al Acuerdo de Adhesión: la incorrecta aproximación parcial del TJUE al objetivo del Acuerdo. 3. La ausencia de coordinación entre el artículo 53 CDFUE y el artículo 53 CEDH. 4. La puesta en peligro del principio de confianza mutua. 5. La ausencia de articulación entre la cuestión prejudicial (artículo 267 TFUE) y la opinión convencional consultiva (Protocolo nº 16 del CEDH). 6. La afectación del artículo 344 TFUE. 7. La interferencia del TEDH, a través del mecanismo del codemandado, en cuestiones exclusivamente internas de la UE. 8. La activación del mecanismo de intervención previa y la intromisión del TEDH en las atribuciones de las Instituciones de la UE. 9. Las carencias del mecanismo de intervención previa a los efectos de salvaguardar el rol del TJUE en cuanto intérprete último y supremo del Derecho de la UE. 10. La intromisión del TEDH en el ámbito de la PESC.

* Catedrático y Director del Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional. Universidad Complutense de Madrid. Codirector de la Revista Española de Derecho Europeo (Thomson/Civitas).

El 18 de diciembre de 2014, el Pleno del Tribunal de Justicia, previa Opinión pública de la Abogado General Kokott¹, emitía su Dictamen 2/13, sobre la compatibilidad con el Derecho originario de la Unión del Proyecto de Acuerdo de adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos². La conclusión de dicho Dictamen, solicitado año y medio antes por la Comisión *ex* artículo 218.11 TFUE (que prevé el mecanismo de control judicial previo de los acuerdos internacionales), fue que “el acuerdo de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales no es compatible con el artículo 6 TUE, apartado 2, ni con el Protocolo (nº 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”. Y tal veredicto vincula a la Unión en los términos enunciados en el mencionado artículo 218.11, a saber: “En caso de dictamen negativo del Tribunal de Justicia, el acuerdo previsto no podrá entrar en vigor, salvo modificación de éste o revisión de los Tratados [de la Unión]”.

No me detendré en los antecedentes de una cuestión que se remonta a los orígenes mismos de la integración europea³, y que ya fue objeto de un Dictamen negativo por Luxemburgo, hace casi dos décadas, sobre la base de la ausencia de competencia de la entonces Comunidad Europea para proceder a tal adhesión⁴.

Adelanto, asimismo, que tampoco analizaré los interrogantes que, en relación con el futuro, plantea el Dictamen 2/13 en términos generales y particulares, políticos y jurídicos. O lo que es igual, ni examinaré cual es la situación a la que, a corto y medio

¹ Opinión que, adelanto ya, resultaba favorable a la declaración de compatibilidad, aun supeditada a la materialización de determinados ajustes técnicos, del Acuerdo con los Tratados de la Unión. Ello, como veremos, en claro contraste con el juicio del TJUE, el cual, según un sentir bastante generalizado en el mundo académico y reflejado en la extensa Editorial dedicada al Dictamen por la *Common Market Law Review* en su primer volumen de 2015 (bajo el título *The EU's Accession to the ECHR – a “NO” from the ECJ!*), “parece reflejar una suerte de actitud formalista y a veces poco cooperativa, en defensa de sus propios poderes frente al Tribunal Europeo de Derechos Humanos” (p.1). Y es que, en efecto, aun llegando a admitir sutiles agendas del TJUE tras su Dictamen (cfr. p.e. el agudo análisis de Miguel Azpitarte en la *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2015 (104), pp. 243 y ss., bajo el título *Los derechos fundamentales de la Unión en busca de un nuevo equilibrio*), lo cierto es que la *motivación de su decisión judicial* (pues no otra cosa es, conviene no olvidar aunque parezca sobrar el recordatorio, su Dictamen), no destaca precisamente, como iremos analizando, por su rigor y capacidad de persuasión.

² Una primera precisión conviene hacer ya mismo al respecto, a saber, que pese a referirme a lo largo de mi análisis al “Acuerdo de Adhesión” (al que por lo demás así también se refiere el TJUE en el propio fallo), lo que fue objeto de control por el TJUE fue un *Proyecto de Acuerdo*. Sobre el proceso de negociación del mismo, cfr. p.e. O. de Schutter, *L’adhésion de l’Union Européenne à la Convention Européenne des Droits de l’Homme: feuille de route de la négociation*, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2010 (83), pp. 535 y ss; A. Drzemczewski, *The EU Accession to the ECHR: The Negotiation Process*, en V. Costa, N. Skoutaris y V. Tzevelekos (eds.), *The EU Accession to the ECHR*, Hart, 2014, pp. 17 y ss. En nuestra doctrina, J. Martín y Pérez de Nanclares, *La adhesión de la Unión Europea al CEDH: algo más que una cuestión meramente jurídica*, WP IDEIR nº 14 (2012) (con una nueva versión, en inglés y ampliada, en el siguiente número de la misma serie WP IDEIR).

³ En efecto, recordemos cómo ya en el lejano 1953, el fallido proyecto de Comunidad Política Europea, intentado al poco de nacer la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, pretendió incorporar a su Estatuto fundacional, por remisión, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, firmado en el marco del Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950 (eludiendo, eso sí, la competencia del TEDH, al circunscribirse la referida remisión al Título I del Convenio -esto es, a la parte sustantiva del Convenio dedicada a los “derechos y libertades”-, omisión hecha del Título II -dedicado al “Tribunal Europeo de Derechos Humanos”).

⁴ Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996.

plazo, deberá hacer frente la Unión tanto *ad intra* (pues el Dictamen no ha hecho ni mucho menos desaparecer la inequívoca obligación constitucional de adherirse al CEDH) como *ad extra* (esto es, en el contexto de su actual control indirecto por Estrasburgo, en el marco de los recursos individuales interpuestos contra actividad de los Estados miembros de la Unión vinculada al Derecho de la Unión)⁵, ni exploraré, tampoco, cuáles podrían ser las vías adecuadas para, en su caso⁶ y en concreto, superar política y jurídicamente las objeciones esgrimidas por el TJUE para bloquear la adhesión de la Unión al CEDH⁷.

Mi propósito, más modesto, consistirá en exponer, por un lado y con carácter general, cuál es el espíritu con el que el TJUE abordó el examen del Acuerdo de Adhesión (espíritu contrario, según creo y como intentaré demostrar, al que imponían los Tratados); y, por otro lado y descendiendo al terreno del detalle⁸, el mayor o menor soporte jurídico de cada una de sus objeciones al Acuerdo.

* * *

1. Según *ordena* el artículo 6.2 TUE, la Unión, “se adherirá” al CEDH⁹. Dos precisiones importantes al respecto: 1) se trata una orden de intentar llegar a un resultado, no de una

⁵ Baste aquí con traer a colación las contundentes palabras Dean Spielmann, Presidente del TEDH, en el Prólogo al Informe Anual del Tribunal correspondiente a 2014: “El Dictamen desfavorable del Tribunal de Justicia supone una enorme decepción. No olvidemos, en todo caso, que las principales víctimas serán los ciudadanos, a quienes este Dictamen 2/13 priva del derecho a someter los actos de la Unión Europea al mismo control externo, respecto de los derechos fundamentales, al que se somete la actividad de los Estados miembros. Más que nunca, por tanto, recaerá sobre Estrasburgo la responsabilidad de hacer lo que pueda, en los asuntos ante él pendientes, con el fin de proteger a los ciudadanos de los efectos negativos de esta situación”. Cfr. asimismo las reflexiones vertidas por Jörg Polakiewicz, Director de Asesoría Jurídica y Derecho Internacional Público del Consejo de Europa, en su conferencia (accesible en la web de la Dirección) pronunciada en la Universidad de Maastricht, el 26 de junio de 2015, bajo el título *The Future of Fundamental Rights Protection in Europe* (donde concluye advirtiendo que “mantener sistemas paralelos de control operativos, por un lado, entre los 28 Estados de la Unión, y por otro, entre los 47 miembros del Consejo de Europa, no sólo constituye un despilfarro del dinero de los contribuyentes, sino también conlleva el riesgo real de crear una nueva línea divisoria en Europa en el terreno de los derechos humanos, terreno por excelencia abonado para la unidad europea sobre la base de unos mismos estándares y valores”).

⁶ Habida cuenta de que no faltan quienes muy críticamente sostienen que, a la luz del Dictamen 2/13 y dejando a un lado la obligación impuesta por el artículo 6.2 TUE, el mejor servicio que se podría hacer a los derechos fundamentales sería no ya no insistir en la adhesión, sino incluso oponerse a ella. Cfr. p.e. Steve Peers, *The EU’s Accession to the ECHR: The Dream Becomes a Nightmare*, German Law Journal, 2015 (1), pp. 213 y ss (especialmente p. 222), manteniéndose firme en la opinión que ya había expresado, con la ironía que le caracteriza, en el debate abierto al hilo de su comentario, bajo el título *The CJEU and the EU’s Accession to the ECHR: a Clear and Present Danger to Human Rights Protection*, en EU Law Analysis, December 18, 2014 (donde sostuvo que “no es aún demasiado tarde para anular la boda, ahora que la novia le ha visto al novio el plumero! No se trata de una comedia romántica, sino más bien de una tragedia romántica...”).

⁷ Cfr. al respecto, p.e., L. Besselink, *Acceding to the ECHR notwithstanding the Court of Justice Opinion 2/13*, Amsterdam Centre for European Law and Governance Blog, 24 December 2014; P.J. Kuijper, *Reaction to Leonard Besselink’s ACELG Blog*, Amsterdam Centre for European Law and Governance Blog, 6 January 2014; T. Lock, *The future of EU accession to the ECHR after Opinion 2/13: is it still possible and is it still desirable?*, University of Edinburgh, Europa Working Paper No 2015/02.

⁸ Que es -según nos recuerda en su Opinión, como veremos *infra*, la Abogado General- donde a menudo se encuentra el diablo...

⁹ Recordemos que el artículo 6.2 TUE es fiel heredero del artículo I-9.2 del fallido Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa, y que su tono *inequívocamente imperativo* fue fruto de la modificación introducida por la CIG 2003-4 en el texto aprobado por la Convención sobre el Futuro de Europa, el cual se limitaba a disponer que “la Unión procurará adherirse” al CEDH.

orden de alcanzar necesariamente dicho resultado; 2) se trata de una orden no absoluta, sino condicionada.

En relación con la primera precisión, sucede, en efecto, que la adhesión de la Unión al CEDH exige no sólo la voluntad en ese sentido por parte de la Unión, sino también por parte de terceros Estados¹⁰ a los que, sin embargo, no alcanza la obligación impuesta por el TUE. Sentado lo cual, conviene aclarar que dicha obligación, por lo que a la Unión se refiere, si bien no impone -ni podría hacerlo, según lo señalado- un resultado final -la adhesión efectiva-, sí que obliga a todas sus Instituciones -incluido el TJUE- a esforzarse, cada cual dentro de sus respectivas atribuciones, para alcanzar dicho resultado.

Y en relación con la segunda precisión, hay que advertir, de entrada, que el mismo artículo 6.2 TUE, tras sentar la obligación de la Unión de adherirse al CEDH, matiza inmediatamente a continuación que “esa adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados”. Estamos, pues, ante un condicionante dirigido a impedir que, por la vía de la adhesión, se amplíen¹¹ o se reduzcan¹² las competencias de la Unión.

Este, y no otro, debería haber sido, por tanto, el eje sobre el que tendría que haber girado la aproximación del TJUE al Acuerdo de Adhesión.

Cierto es que el Protocolo nº 8 enriqueció, como iremos viendo, los condicionantes que la Unión habría de tener en cuenta a los efectos de adherirse al CEDH.

Pero no lo es menos, en primer lugar, que el posible rigor que en su caso podría acompañar la lectura de tales condicionantes, no debería llevarse hasta el extremo de desnaturalizar la obligación en sí misma considerada de proceder a la adhesión. Tampoco hay que olvidar, en segundo lugar, que pese a que los Protocolos forman parte integrante de los propios Tratados¹³, no faltan en Luxemburgo pronunciamientos en los que el TJUE ha dejado entrever una suerte de “primacía hermenéutica” de éstos sobre aquéllos¹⁴. En tercer lugar, una lectura detenida de Protocolo nº 8 pone de manifiesto que el “constituyente europeo” habría tenido especial preocupación por *determinados* aspectos de la adhesión¹⁵, de manera que serían éstos, si acaso, los susceptibles de una lectura rigurosa a los efectos de condicionar la obligación de adherirse (o lo que es igual, serían esos particulares condicionantes los llamados a mostrar una mayor impermeabilidad frente a la referida primacía, en términos hermenéuticos, de la obligación impuesta, en términos inequívocos, por el artículo 6.2 TUE). Finalmente, y aunque ello no constituya per se un argumento jurídico en contra de la aproximación realizada por el TJUE, conviene asimismo no olvidar que tanto las Instituciones políticas de la Unión como los

¹⁰ Esto es, de los Estados miembros del Consejo de Europa al margen de los Estados de la Unión.

¹¹ Ampliación también vetada expresamente, por el artículo 6.1 TUE, en relación con la propia la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión.

¹² Asumido, lógicamente, que el sometimiento de la Unión al sistema del CEDH, incluido el control externo representado por Estrasburgo, en ningún caso podría en sí mismo ser considerado como una reducción de sus competencias.

¹³ Cfr. artículo 51 TUE.

¹⁴ Cfr. K. Lenaerts y P. Van Nuffel, *European Union Law*, Sweet & Maxell, 2011, p. 823.

¹⁵ Me refiero a los subapartados a) y b) del artículo 1, el artículo 2 *in fine* y el artículo 3 *in totum*.

Estados miembros¹⁶ manifestaron en sus alegaciones ante Luxemburgo una actitud claramente favorable a la declaración de compatibilidad del Acuerdo de Adhesión con los Tratados.

Por lo demás, una correcta aproximación al Acuerdo de Adhesión, más allá de exigir una interpretación, si no conforme con los Tratados, sí cuanto menos “amigable” en relación con éstos sobre la base de la obligación sentada, en los términos recién expuestos, por el constituyente europeo, exigiría por otro lado, creo, singularizar dicho Acuerdo respecto de otros Acuerdos internacionales hasta ahora celebrados por la Unión.

Así, tampoco convendría olvidar que, a diferencia de otros Acuerdos internacionales, estaríamos ante: 1) un Acuerdo al que el constituyente europeo habría prestado una muy particular atención (pues le dedicó, con nombre y apellidos, varios preceptos de los Tratados¹⁷ y un Protocolo específico¹⁸), en unos términos también muy particulares (imponiendo una negociación obligatoriamente dirigida a llegar a buen puerto, y sometida a ratificación final de todos los Estados miembros de la Unión¹⁹); 2) un Acuerdo que concerniría, ni más ni menos, a uno de los valores sobre los se fundamenta la Unión (a saber y según que reza el artículo 2 TUE, el respeto de los derechos humanos), y cuyo alcance, en el sistema interno de fuentes de la propia Unión, habría necesariamente que contextualizar a la luz de los apartados 1 y 3 del TUE (incluida en tal contextualización, a su vez, la referencia que al CEDH hace la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión²⁰).

Sin embargo, no sólo no se guio el TJUE por los referidos parámetros ni en la interpretación de la obligación impuesta por el artículo 6.2 TUE, ni en la del resultado de las negociaciones sometido a su control previo, sino que se movió en las antípodas. Y ello hasta el punto, como intentaré demostrar, de forzar lecturas del Acuerdo disconformes con los Tratados, bloqueando así judicialmente una decisión política todo lo discutible que se quiera²¹, pero traducida jurídicamente en una obligación que a él mismo alcanzaba, igual que a las demás Instituciones de la Unión, en el sentido de favorecer -en la medida de lo posible y dentro de sus atribuciones, interpretativas y de control- una adhesión a través de la cual se pretendía colmar la vieja aspiración de dotar a la Unión de un sistema completo y coherente de protección de los derechos fundamentales (y poner término, de

¹⁶ Concretamente, 24 de los 28 Estados que intervinieron en el procedimiento ante el Tribunal, sin que resulte por lo demás ocioso advertir que los ausentes fueron Croacia, Eslovenia, Luxemburgo y Malta...

¹⁷ Cfr. artículos 6.2 TUE y 218. 6 y 8 TFUE.

¹⁸ Así como una Declaración relativa al apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, aneja al Acta final de la Conferencia Intergubernamental que adoptó el Tratado de Lisboa.

¹⁹ Cfr. artículo 218.8 TFUE, según el cual “la decisión de celebración de dicho acuerdo [de adhesión al CEDH] entrará en vigor después de haber sido aprobada por los Estados miembros, de conformidad con sus respectivas normas constitucionales”.

²⁰ Cfr. Preámbulo y, especialmente, artículo 52.3 CDFUE.

²¹ Valga como ejemplo la autorizada voz de Giuseppe Tesaurò, durante una década Abogado General del TJUE y posteriormente Magistrado y Presidente de la *Corte Costituzionale*, quien considera que las aspiraciones de la Unión en materia de protección de los derechos fundamentales deberían haberse considerado colmadas con la proclamación de la Carta en Niza (cfr. *The Italian Model of a Dualist Approach to Multilevel Protection of Human Rights*, en *Of Courts and Constitutions. Liber Amicorum in Honour of Nial Fennelly*, Hart, 2014, pp. 337-338).

paso, a una -según calificativo del Juez del TJUE Allan Rosas- “anomalía retrógrada”²² en el sistema europeo de derechos²³) por una doble vía: *ad intra*, dotando de fuerza jurídica vinculante a la Carta de los Derechos Fundamentales proclamada en Niza (2000) y perfeccionada en Estrasburgo (2007); y *ad extra*, sometiendo el respeto de los derechos fundamentales por la Unión al control último y subsidiario de Estrasburgo sobre la base del CEDH²⁴.

Consecuencia de todo ello, como también intentaré argumentar descendiendo al terreno del detalle, van a ser una serie de objeciones entre las que figuran algunas que podrían y deberían haberse evitado si el método de interpretación manejado por el TJUE hubiera sido el jurídicamente impuesto por los Tratados fundacionales de la Unión, y otras que, según creo, carecen sin más de acomodo en dichos Tratados.

2. El TJUE ordenó sus objeciones al Acuerdo en torno a cinco bloques, algunos de los cuales, a su vez, abarcan distintas cuestiones²⁵.

Dichos bloques se refieren a:

- 1) “las características específicas y la autonomía del Derecho de la Unión”²⁶, abarcando este bloque objeciones concernientes a: i) la articulación entre el artículo 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión (en adelante, CDFUE) y el artículo 53 del CEDH; ii) el principio del Derecho de la Unión de confianza mutua; iii) la articulación entre la cuestión prejudicial (artículo 267 TFUE) y la opinión consultiva (Protocolo 16 del CEDH);
- 2) “el artículo 344 TFUE”²⁷;
- 3) “el mecanismo del codemandado”²⁸, concentrando el TJUE las objeciones en cuestiones concernientes a la determinación por el TEDH del reparto de competencias

²² De “auténtico eslabón perdido del espacio constitucional europeo” hablaban un par de años antes Luzius Wildhaber, a la sazón Presidente del Tribunal de Estrasburgo, y Johan Callewaert: cfr. *Espace constitutionnel européen et droits fondamentaux. Une vision globale pour un pluralité de droits et de juges*, en *Festschrift für G.C. Rodríguez Iglesias*, Berliner Wissenschaft-Verlag, 2003, p. 84.

²³ Cfr. *Fundamental Rights in the Luxembourg and Strasbourg Courts*, en C. Baudenbacher, P. Tresselt y T. Orlygsson (eds.), *The EFTA Court. Ten Yers On*, Hart, 2005, p. 175. Adviértase, por lo demás y al respecto, que el Dictamen 2/13 fue emitido en sesión plenaria en la que, sin embargo, no intervinieron los veintiocho Jueces, sino veinticinco. Pues bien, teniendo en cuenta que uno de ellos, el de nacionalidad chipriota, no podía intervenir por imperativo legal (pues tomó posesión en octubre de 2014, y por lo tanto, no pudo asistir a la vista celebrada en el mes anterior de mayo, que era exigencia ineludible para participar en las deliberaciones), y teniendo también en cuenta que los Jueces de Luxemburgo carecen de la prerrogativa del voto particular, cabría plantearse si fue o no simple casualidad que uno de los dos Jueces restantes, de entre veintisiete, que no firmaron el Dictamen, fuera precisamente Rosas...

²⁴ Cfr. en esta línea la Editorial de la *Common Market Law Review* citada en nota 1 (p. 4).

²⁵ Existen cuestiones sobre las que se pronunció la Abogado General y que, sin embargo fueron silenciadas por el TJUE, lo que debe interpretarse como una aceptación implícita de su compatibilidad con los Tratados.

²⁶ FFJJ 179-200.

²⁷ FFJJ 201-214.

²⁸ FFJJ 215-235.

entre la Unión y sus Estados miembros, así como de la correspondiente responsabilidad;

- 4) “el procedimiento de intervención previa”²⁹, que incluye dos objeciones referidas a: i) la activación misma del procedimiento; ii) el rol del TJUE en el marco del dicho procedimiento una vez activado;
- 5) “las características específicas del Derecho de la Unión por lo que respecta al control jurisdiccional en materia de PESC”³⁰.

Por mi parte, considero más clara y consistente una reordenación de las mencionadas objeciones³¹ en los siguientes términos:

- 1) *intromisión del sistema del CEDH en el debido respeto del Derecho de la Unión por sus Estados miembros*, abarcando este bloque las objeciones concernientes a: i) la articulación entre el artículo 53 de la CDFUE y el artículo 53 del CEDH; ii) el principio del Derecho de la Unión de confianza mutua; iii) la articulación entre la cuestión prejudicial (artículo 267 TFUE) y la opinión consultiva (Protocolo 16 del CEDH); iv) la afectación del artículo 344 TFUE;
- 2) *intromisión del TEDH en la interpretación del Derecho de la Unión*, concretamente a los efectos de: i) determinar la intervención de la Unión y sus Estados miembros en los procedimientos ante el TEDH, así como su responsabilidad en caso de violación del CEDH; ii) activar la intervención del TJUE en los procedimientos ante el TEDH;
- 3) *intromisión del TEDH en el control de la PESC*;
- 4) *objeciones puntuales*, concretamente dos, concernientes a: i) la afectación de las reservas al CEDH formuladas por los Estados miembros de la Unión; ii) la deficiencia de la competencia del TJUE para interpretar el Derecho de la Unión cuando interviene en los procedimientos ante el TEDH.

Aclarado lo cual, he de señalar que, ello no obstante y con el fin de facilitar la tarea al lector que quiera ir cotejando mis razonamientos con los del Dictamen, procederé a exponer y analizar cada una de las objeciones consideradas por el TJUE a la luz de su propia ordenación, no sin antes advertir, asimismo, lo siguiente: por un lado, dichas objeciones responden, en unos casos, a lo que el Acuerdo no dice (p.e., acerca de la articulación entre la cuestión prejudicial y la opinión consultiva), y en otros, a lo que sí dice, pero bien de manera insuficiente (p.e. acerca de la afectación del artículo 344 TFUE), bien de manera contraria a los Tratados de la Unión (p.e., acerca de la competencia del TEDH en el ámbito de la PESC); por otro lado, el primer bloque de objeciones según mi reordenación, que abarcaría las cuatro primeras objeciones consideradas por el TJUE concernientes, todas ellas, a la intromisión del sistema del CEDH en el *debido respeto del Derecho de la Unión por sus Estados miembros*, adolece, creo, de un error de base por parte de Luxemburgo, que, amén de favorecer la endeblez

²⁹ FFJJ 236-248.

³⁰ FFJJ 249-258.

³¹ Aunque solo sea por el simple hecho de que agrupando el TJUE el primer bloque de objeciones bajo la rúbrica “las características específicas y la autonomía del Derecho de la UE”, lo cierto es que en los demás bloques, las objeciones se sustentan de algún u otro modo, asimismo, en la indebida afectación de tales características específicas y autonomía.

de su fundamentación, podría conducir a estimar como incompatible con los Tratados situaciones vinculadas, al margen del Acuerdo, a la doble condición de los Estados miembros de la Unión, por cuanto simultáneamente Partes Contratantes del CEDH³².

Me explico. Las cuatro primeras objeciones atañen a situaciones que ya existían (y siguen existiendo) independientemente del Acuerdo, el cual, en última instancia, es considerado por el TJUE como incompatible con los Tratados por no modificarlas para adecuarlas, como supuestamente correspondería, a la autonomía y características específicas del Derecho la Unión.

Y el desenlace incongruente en el que parecen desembocar semejantes consideraciones (a saber, la incompatibilidad con los Tratados de un *status quo* que el Acuerdo no habría sido capaz de, digamos, reestructurar), tendría su origen, según creo y como decía, en un error de base por parte del TJUE, consistente en aproximarse al examen de un Acuerdo de adhesión, destinado a *la Unión*, desde una perspectiva, por lo que a este primer bloque de objeciones se refiere, en el que los protagonistas serían no la Unión, sino sus *Estados miembros*, ya adheridos al CEDH y cuyas relaciones entre sí y con la Unión, negociada la adhesión de esta última, debería abordarse, en su caso, desde una perspectiva exclusivamente interna, esto es, del propio Derecho de la Unión. Dicho con otras palabras: las obligaciones que incumbirían a los Estados, en cuanto miembros de la Unión, podrían, si acaso, considerarse entorpecidas como consecuencia de sus obligaciones derivadas de su simultánea condición de Partes Contratantes del CEDH³³; sentado lo cual, no resultaría adecuado residenciar en un Acuerdo de Adhesión *de la Unión*, como pretendió el TJUE, la superación de las posibles dificultades surgidas de la referida doble condición *de los Estados*, entre otras razones porque semejante aproximación parecería posicionar dichas dificultades, no superadas y en sí mismas consideradas, en situación de actual incompatibilidad con los Tratados.

3. La primera de las objeciones al Acuerdo de Adhesión declarada por el TJUE concernió a los artículos 53 de, respectivamente, el CEDH y la CDFUE.

El punto de partida del TJUE fue el siguiente: así como el intérprete supremo del CEDH sería el TEDH, cuyas decisiones no podrían ser cuestionadas ni por la Unión ni por sus Estados miembros (ni las demás Altas Partes Contratantes), así también el intérprete supremo de la CDFUE sería el TJUE, cuyas decisiones al respecto, particularmente en lo concerniente a cuándo resultaría aplicable la CDFUE a los Estados miembros y en qué medida resulta impermeable a los estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, no podrían ser cuestionadas por el TEDH.

Hasta aquí, nada que objetar, por mi parte, al razonamiento del TJUE.

³² Doble condición, por lo demás, que vendría impuesta, cuanto menos de manera indirecta, por los propios Tratados de la Unión (cfr. p.e. *Is Adherence to the European Convention on Human Rights a Condition of European Union Membership?*, UK Parliament's Briefing Papers, SN/IA/6577, 2014).

³³ Cfr. p.e. el pronunciamiento del TEDH, sobre el que volveremos, en el asunto *Michad v. Francia* (2012), en cuyo FJ 102 puede leerse lo siguiente: "El Tribunal reitera que exonerar por completo a las Partes Contratantes de su responsabilidad convencional cuando simplemente están cumpliendo con sus obligaciones como miembros de una organización internacional a la que han cedido parte de su soberanía sería incompatible con el objeto y propósito del Convenio".

Los problemas surgen con el devenir de dicho razonamiento: una vez advertido que pese a su redacción similar, el alcance de ambos preceptos, 53 del CEDH y 53 de la CDFUE, era bien diferente (permitiendo aquél la superación de los estándares del CEDH por los estándares superiores nacionales, y limitando éste -según interpretación del TJUE- la superación de los estándares de la CDFUE por los estándares superiores nacionales³⁴), el TJUE consideró que era necesario garantizar que los Estados miembros de la Unión no pudieran, en relación con los derechos de la CDFUE reflejados en el CEDH, utilizar la posibilidad abierta por el artículo 53 de éste como excusa para superar los límites impuestos por el artículo 53 de aquélla. Dicho con otras palabras, debería haberse garantizado en el Acuerdo la imposibilidad de que el juez nacional, al controlar actividad asimismo nacional ejercida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, pudiera, al amparo de la cláusula del estándar mínimo de protección del CEDH, superar, sobre la base de los estándares de protección nacionales, el nivel de protección derivado de la CDFUE, poniendo en peligro la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión. Y al no haber establecido ninguna garantía al respecto a través de la coordinación entre ambos preceptos, 53 CEDH y 53 CDFUE, el Acuerdo, concluyó el TJUE, sería incompatible con los Tratados de la Unión.

Así las cosas, salta a la vista, creo, la suma endeblez de la argumentación del TJUE.

En efecto, y hasta donde mi entender alcanza, el artículo 53 CEDH se limita a prever una “facultad”, no a imponer una obligación. Y si los Estados miembros de la Unión (como las demás Altas Partes Contratantes) no están obligados, en virtud de dicho precepto, a aplicar estándares nacionales de protección superiores a los del CEDH, difícilmente cabrá sostener que el artículo 53 CEDH obligue a dicha aplicación para superar la protección dispensada por otros instrumentos de protección, regionales o internacionales. O lo que es igual: el artículo 53 CEDH se limita a establecer un estándar mínimo de protección, cuya superación por estándares superiores nacionales estará supeditada, en su caso, al respeto de otros compromisos asumidos por las Altas Partes Contratantes (en el marco de la Unión, por los límites que derivan del artículo 53 CEDH, tal y como ha sido interpretado por el TJUE). Si acaso y como mucho, correspondería unilateralmente a la Unión, al margen de cualquier Acuerdo de Adhesión al CEDH, aclarar aún más el alcance del artículo 53 CDFUE, e incluso reforzar, mediante la correspondiente reforma de dicho precepto, la interpretación del mismo hasta el momento impuesta por el TJUE.

4. La siguiente objeción del TJUE se refirió a que “cuando aplican el Derecho de la Unión, los Estados miembros pueden estar obligados, en virtud de ese mismo Derecho, a presumir que los demás Estados miembros respetan los derechos fundamentales, de forma que les está vedado no sólo exigir a otro Estado miembro un nivel de protección nacional

³⁴ Como es sabido, la doctrina del TJUE al respecto parte de los asuntos Melloni (C-399/11) y Akerberg Fransson (C-617/10), ambos resueltos, no casualmente, por sendas Sentencias de 26 de febrero de 2013. Dicha doctrina podría resumirse en los siguientes términos: tratándose de actividad nacional cubierta por el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión en términos reglados, la Carta desplaza los estándares nacionales de protección; si por el contrario, los Estados miembros conservan margen de apreciación en dicho ámbito, la Carta se impondría en cuanto estándar mínimo, pero sería susceptible, salvado dicho umbral, de desplazamiento por estándares nacionales de protección superior, siempre y cuando ello no atente a “la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión”. Cfr. al respecto, p.e., D. Sarmiento, *Who's afraid of the Charter? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe*, *Common Market Law Review*, 2013 (5), pp. 1267 y ss.

de los derechos fundamentales superior al garantizado por el Derecho de la Unión, sino incluso verificar, salvo en supuestos excepcionales, si ese otro Estado miembro ha respetado efectivamente, en un caso concreto, los derechos fundamentales garantizados por la Unión”³⁵.

Y “en la medida en que el CEDH, al imponer que se considere a la Unión y a los Estados miembros como Partes Contratantes, no sólo en sus relaciones con aquellas otras Partes Contratantes que no son Estados miembros de la Unión, sino también en sus relaciones recíprocas, incluso cuando esas relaciones se rigen por el Derecho de la Unión, exigiría de un Estado miembro que verificase el respeto de los derechos fundamentales por parte de otro Estado miembro, pese a que el Derecho de la Unión impone la confianza mutua entre esos Estados miembros, la adhesión puede poner en peligro el equilibrio en que se basa la Unión así como la autonomía del Derecho de la Unión”³⁶.

Las raíces de esta segunda objeción, también concerniente a la intromisión del sistema del CEDH en el debido respeto del Derecho de la Unión por sus Estados miembros, y más concretamente, en el debido respeto del “principio de confianza mutua”³⁷, creo que se encontrarían, por un lado, en una creciente y generalizada desconfianza de Luxemburgo hacia Estrasburgo³⁸, particularizada de manera muy especial en materia de asilo³⁹; y, por otro lado, en el afán por parte de TJUE de situar la CDFUE, nuevamente y más allá de su ubicación “en el corazón” de la construcción jurídica sobre la que se asentaría la Unión⁴⁰, en una suerte de cúspide en el terreno de los derechos fundamentales⁴¹, extraña al discurso

³⁵ FJ 192.

³⁶ FJ 194 (“cuya lectura en sentido amplio”, sostienen con razón A. Lazowski y R.A. Wessel, “podría llevar a pensar que el Tribunal de Justicia estaría exigiendo la inaplicación del CEDH entre los Estados miembros de la Unión cuando sus relaciones están reguladas por el Derecho de la Unión”: cfr. *When Caveats Turn into Locks: Opinion 2/13 on Accession of the EU to the ECHR*, German Law Journal, 2015 (1), p. 192).

³⁷ Elevado por el TJUE a la categoría de principio cardinal del sistema de la Unión (cfr. FFJJ 168 y 191), más allá de su capital importancia en el espacio de libertad, seguridad y justicia (cfr. al respecto H. Labayle y F. Sudre, *L'avis 2/13 de la Cour de Justice sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'home: pavane pur une adhésion défunte?*, Revue Française de Droit administratif, 2015 (1), pp. 6-7).

³⁸ Concretamente, en la desconfianza que en Luxemburgo despertarían posibles lecturas por Estrasburgo del Derecho de la Unión sin tener en cuenta la autonomía de que éste gozaría con relación a los Derechos nacionales y al Derecho Internacional, la cual exige, conforme recaló el TJUE en el FJ 170 de su Dictamen, que los derechos fundamentales en su seno “se interpreten en el marco de la estructura y de los objetivos de la Unión”. Cfr. en esta línea la opinión, por lo demás premonitoria de varias de las objeciones finalmente plasmadas en el Dictamen, del Juez del TJUE Jean-Claude Bonichot en el libro-homenaje a su compatriota francés Jean-Paul Costa, a la sazón Presidente del TEDH (*Des rayons et des ombres: les paradoxes de l'article 6 du Traité sur l'Union Européenne*, en *La conscience des droites. Mélanges en l'honneur de J.P. Costa*, Dalloz, 2011, 55-56).

³⁹ Concretamente, en el escrutinio por Estrasburgo del automatismo vinculado al “sistema de Dublín”, que tiene como objetivo asignar a un solo Estado miembro de la Unión la responsabilidad de examinar cada solicitud de asilo. Cfr. al respecto, p.e., S. Peers, *Tarakhel v. Switzerland: Another Nail in the Coffin of the Dublin System?*, EU Law Analysis, November 5, 2014.

⁴⁰ Cfr. FJ 169.

⁴¹ Así, tras recalcar en su objeción anterior la *superioridad material* de la CDFUE sobre los catálogos nacionales de protección (que en ningún caso debería el artículo 53 CEDH desvirtuar), el TJUE pondría ahora el acento en una suerte de *superioridad operativa* de la CDFUE sobre el CEDH, vinculándola a imperativos derivados de un trascendental principio de confianza mutua, que correría el riesgo de desmoronarse al amparo de una mayor efectividad en la activación del CEDH, si comparada con los condicionantes que rodearían la activación de la CDFUE; o lo que es igual y por ejemplo, al amparo del

tradicional en dicho terreno⁴² y difícil de conciliar con el objetivo mismo del Acuerdo de Adhesión⁴³ (cuya incompatibilidad con los Tratados al no permitir, según el TJUE, superar, en favor del Derecho de la Unión, el dilema en el que podrían verse inmersos sus Estados miembros al tener que hacer frente a obligaciones supuestamente contrarias - derivadas de su pertenencia a la Unión y al sistema del CEDH-, parecería posicionar a dichos Estados, como ya adelanté, en una situación de actual incompatibilidad con los mismos Tratados por el hecho mismo de ser Partes Contratantes del CEDH...).

5. La tercera objeción del TJUE también apuntó a la intromisión del sistema del CEDH en el debido respeto del Derecho de la Unión por los Estados miembros; concretamente a la intromisión de la aún *non-nata* opinión convencional consultiva, prevista en el Protocolo 16 al CEDH⁴⁴, en el correcto funcionamiento de la cuestión prejudicial *ex artículo 267 TFUE* (literalmente, a su “autonomía” y “eficacia”).

Según palabras del TJUE, “no puede excluirse, en particular que una solicitud de opinión consultiva formulada en virtud del Protocolo nº 16 por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que se haya adherido a dicho Protocolo pueda desencadenar el procedimiento de intervención previa del Tribunal de Justicia, creando así un riesgo de que se soslaye el procedimiento de remisión prejudicial establecido en el artículo 267 TFUE, que [...] constituye la piedra angular del sistema jurisdiccional instaurado por los Tratados”. Y así las cosas, “al no establecer nada en cuanto a la articulación entre el mecanismo creado por el Protocolo nº 16 y el procedimiento de remisión prejudicial del

deber de los Estados miembros de la Unión de activar el CEDH frente a *deficiencias particularizadas* en su protección detectadas en otros Estados miembros (cfr. STEDH de 4 de noviembre de 2014, en el asunto Tarakhel), si comparado con la exigencia de detectar *deficiencias sistemáticas* para poder activar la CDFUE (STJUE de 10 de diciembre de 2013, en el asunto Abdullahi).

⁴² Presidido por el más elevado nivel de protección posible del individuo. Cfr. p.e., además del artículo 53 CEDH, el artículo 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el también artículo 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Significativa resulta al respecto la opinión del Juez del TJUE Thomas von Danwitz, en el sentido de que a diferencia del CEDH, pensado para establecer un mínimo estándar de protección, la Carta se habría elaborado para responder a la “genuina demanda de una aplicación uniforme del Derecho de la Unión” (cfr. *The Charter of Fundamental Rights – XXIII Colloquium of the Association of Councils of State and the Supreme Administrative Jurisdictions of the European Union*, Madrid, 25/26 June 2012).

⁴³ Que no sería otro, insisto una vez más, que “someter a la Unión y sus instituciones, incluido el Tribunal de Justicia, a los mecanismos de control previstos por el Convenio, y en particular a las decisiones y sentencias del TEDH” (cfr. FJ 181 del Dictamen).

⁴⁴ Me remito al respecto a mi trabajo *La novedosa opinión consultiva del Protocolo n.º 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, en R. Alonso García y J.I. Ugartemendía (dir.), *La cuestión prejudicial europea*, European Inklings, 2014 (4), pp. 179 y ss. Cfr. asimismo *Dialogue between judges – “How can we ensure greater involvement of national courts in the Convention system?”* (Strasbourg, Proceedings of the Seminar 27 January 2012). Adviértase que la entrada en vigor del Protocolo exige la ratificación por diez Estados. Concretamente, según dispone su artículo 8.1, el primer día del mes siguiente a la expiración del período de tres meses después de la fecha en que diez Altas Partes Contratantes del Convenio hayan manifestado su consentimiento de quedar vinculados por el Protocolo. Una vez que se haya alcanzado el mínimo de diez ratificaciones, el Protocolo se aplicará a los Estados de donde procedan las mismas, sin que sea aplicable a los demás en tanto no lo ratifiquen. En el momento de redactar estas líneas (septiembre de 2015), habían ratificado 5 Estados, entre los que figuran dos miembros de la Unión, a saber, Lituania y Eslovenia (en relación con los cuales, por cierto, cabría plantearse, a la luz del razonamiento del TJUE, si habrían ya incumplido el Derecho de la Unión por el hecho mismo de ratificar el Protocolo 16...).

artículo 267 TFUE, el acuerdo previsto puede afectar a la autonomía y la eficacia de este último procedimiento”.

Tal argumentación del TJUE no sólo es, nuevamente, en sumo grado endeble, sino, además, en exceso confusa y técnicamente imperfecta.

En efecto, y comenzando por esta última contra-objeción, el hecho de que un juez nacional pudiera activar (por lo demás, siempre facultativamente) la opinión consultiva en relación con derechos del CEDH que tuvieran correspondencia con los garantizados por la CDFUE, podría, según sus palabras, “desencadenar el procedimiento de intervención previa del Tribunal de Justicia”, soslayando así la vía de la cuestión prejudicial.

Sin embargo, sucede que dicho “procedimiento de intervención previa del Tribunal de Justicia”, contemplado en el artículo 3.6 del Acuerdo de Adhesión y al que el propio TJUE dedicará más adelante su atención a los efectos de objetar también su compatibilidad con los Tratados de la Unión⁴⁵, se puede desencadenar, sólo y exclusivamente, “en los procesos en los que la Unión Europea sea codemandada [ante el TEDH]”⁴⁶. Y sucede también, sencillamente, que nunca podría darse tal situación en el contexto de una opinión convencional consultiva suscitada por un juez nacional ante el TEDH, en el que no existe ni demandado, ni, por tanto, codemandado, ante el TEDH, sino demandado y en su caso codemandado ante un juez nacional, que decide dirigirse en el marco del litigio del que está conociendo, vía prejudicial y en términos siempre facultativos, al TEDH para que éste le dilucide alguna cuestión de principio relativa a la interpretación o aplicación de los derechos y libertades definidos en el CEDH⁴⁷.

Aclarado lo anterior, creo que el problema que pareció atisbar el TJUE, y que no acertó a plantear correctamente, no nacería de un imposible diálogo entre el TEDH y el TJUE en el marco de una opinión consultiva (a expensas de que el TJUE consiga explicar⁴⁸ cómo se podría llegar, en dicho marco, a desencadenar el mecanismo de intervención previa⁴⁹),

⁴⁵ FFJJ 236-248.

⁴⁶ Artículo 3.6 *ab initio* del Acuerdo de Adhesión.

⁴⁷ De la misma opinión son, p.e., T. Lock, *Oops! We did it again –the CJEU’s Opinion on EU Accession to the ECHR*, Verfassungsblog on Matters Constitutional, December 18, 2014, y K. Raba, *Closing the Gaps in the Protection of Fundamental Rights in Europe: Accession of the EU to the ECHR*, en S. Morano-Foadi y L. Vickers (ed.), *Fundamental Rights in the EU. A Matter for Two Courts*, Hart, 2015, p. 42.

⁴⁸ Y al margen de la posibilidad, hoy por hoy evidentemente descartada, de que tal diálogo se hiciera un día realidad, si adherida la Unión al CEDH, con la ratificación por la misma Unión del Protocolo 16. Al respecto, cfr. punto 10 del *Reflection Paper of the European Court of Human Rights on the Proposal to Extend the Court’s Advisory Jurisdiction (March 2012)*

⁴⁹ En un interesante comentario dedicado a la vista del asunto en Luxemburgo los días 5 y 6 de mayo de 2014, S.O. Johansen apunta como posible explicación una interpretación del Acuerdo de Adhesión en el sentido de extender el concepto de “demanda” (cuya existencia, se reitera una vez más, sería *conditio sine qua non* para permitir la intervención previa del TJUE) a las opiniones convencionales solicitadas por los jueces nacionales (cfr. *Some Thoughts on the ECJ Hearing on the Draft EU-ECHR Accession Agreement. Part 2*, PluriCourts Blog, May 28, 2014). Incluso llegando a admitir tal forzada hipótesis, creo que fundamentar en la misma una objeción al Acuerdo sería la culminación de una argumentación, en relación con este punto concreto, construida, toda ella, en términos hipotéticos (i.e., hipótesis de entrada en vigor de un Protocolo; hipótesis de que los firmantes sean Estados de la Unión; hipótesis de cotidiana activación de un mecanismo, de naturaleza facultativa, en detrimento de la activación de la cuestión prejudicial, de naturaleza en su caso obligatoria; hipótesis de una futura interpretación del Acuerdo de Adhesión por el TEDH en el sentido apuntado por Johansen...); lo cual, en mi opinión, parecería situar al TJUE, nuevamente

habiéndose obviado el diálogo entre el TJUE y el juez nacional (en su caso obligatorio en los términos del artículo 267 TFUE). El problema, realmente, se originaría si un juez nacional, en un contexto de control, sobre la base del debido respeto de los derechos fundamentales, de actividad asimismo nacional desplegada en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, optara por ejercitar dicho control a la luz del CEDH mediando opinión consultiva ante el TEDH, en vez de ejercitar el mismo a la luz de la CDFUE mediando cuestión prejudicial ante el TJUE⁵⁰, soslayando en su caso la obligatoriedad de activar el artículo 267 TFUE.

Pues bien, planteado en tales términos, he de señalar que, como sucedía con la ya analizada objeción concerniente al artículo 53 del CEDH y de la CDFUE, se trataría, al pronto, de un problema artificial (pues así como el 53 CEDH nada impone a los Estados miembros a los efectos de manejar estándares nacionales de protección superior, así tampoco el Protocolo 16 impone a los jueces nacionales activar la opinión consultiva). Si acaso y como mucho, correspondería unilateralmente a la Unión, al margen de cualquier Acuerdo de Adhesión al CEDH, reforzar las obligaciones que derivan del artículo 267 TFUE⁵¹.

Sentado lo cual, he de advertir⁵², además y por otro lado, que un problema similar existe ya en relación con las cuestiones incidentales de constitucionalidad previstas en los sistemas jurídicos de varios Estados miembros, y no precisamente menores, de la Unión⁵³; y el TJUE, lejos de concluir, como hizo en su Dictamen en relación con el Protocolo 16 al CEDH, en declaraciones de incompatibilidad con el artículo 267 TFUE,

y aún más si cabe, en las antípodas de la interpretación “amigable” que cabría esperar de Luxemburgo a la luz de la obligación de intentar llevar a buen puerto la adhesión impuesta por el “constituyente”.

⁵⁰ Considero a estos efectos irrelevante el posible debate en torno a si el “juez natural” para interpretar vía incidental el CEDH sería en estos casos el TJUE, desplazando al TEDH por el hecho de que el CEDH habría pasado a formar parte integrante del Derecho de la Unión (cfr. en esta línea, p.e., D. Halberstam, “*It’s the Autonomy, Stupid!*” *A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward*, University of Michigan. Public Law and Legal Theory Research Papers Series, No. 42, 2015, pp. 18-19). Y ello por la sencilla razón de que no por pasar el CEDH a formar parte integrante del Derecho de la Unión, dejarían los Estados miembros de estar obligados por el CEDH en cuanto tal (i.e., independientemente de su inserción en el Derecho de la Unión), a la luz de su interpretación por el TEDH.

⁵¹ Sostiene Jean Paul Jacqué que la actitud del TJUE, en este concreto punto, “provoca, desgraciadamente, la impresión de una institución que no tiene confianza en la disciplina interna de la Unión y busca protección en un acuerdo celebrado por la propia Unión cuando el respeto de las reglas internas debería normalmente asegurarse por las instituciones de la Unión, sin necesidad de recurrir a una protección externa. Dice también mucho sobre el poco crédito dado a Estrasburgo a los efectos de tener en cuenta las peculiaridades del sistema judicial de la Unión, y sobre la falta de confianza en la aptitud de las jurisdicciones supremas nacionales a la hora de someterse plenamente a las obligaciones de los Tratados. A la desconfianza hacia Estrasburgo se suma así la desconfianza hacia las jurisdicciones supremas nacionales” (cfr. *L’AVIS 2/13 CJUE. Non à l’adhésion à la Convention européenne des droits de l’homme?*, free-group.eu, December 26, 2014).

⁵² Cfr., en la misma línea, M. Azpitarte, *Los derechos fundamentales de la Unión en busca de un nuevo equilibrio*, cit., p. 261.

⁵³ Permítaseme remitir al respecto al Capítulo IV de mi estudio *El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales*, Civitas-Thomson Reuters, 2014, pp. 125 y ss.

ha sabido, en condiciones menos favorables para ello⁵⁴, sortear el conflicto vía interpretativa⁵⁵.

6. En fin, también relativa a la intromisión del sistema del CEDH en el debido respeto del Derecho de la Unión por sus Estados miembros (así como, en lo que ahora respecta, por la propia Unión) resultó ser la objeción del TJUE al Acuerdo en el sentido de que no garantizaría, conforme imponía específica y expresamente el artículo 3 del Protocolo nº 8, su competencia exclusiva, *ex* artículo 344 TFUE⁵⁶, para conocer de las controversias entre los Estados miembros de la Unión, relativas a la interpretación y aplicación de los Tratados.

Según argumentó el TJUE, una vez producida la adhesión, el CEDH pasaría a formar parte integrante del Derecho de la Unión, lo que conllevaría su competencia exclusiva para conocer de cualquier litigio entre los Estados miembros, y entre éstos y la Unión (a la que también resultaría aplicable el artículo 344 TFUE en virtud del artículo 4.3 TUE⁵⁷), relativo al cumplimiento del CEDH (se sobreentiende, en supuestos de conexión con el Derecho de la Unión⁵⁸). Y dicha competencia exclusiva, salvada por el Acuerdo en relación con el artículo 55 CEDH⁵⁹, se rompería, sin embargo, en virtud del artículo 33

⁵⁴ Tanto por la naturaleza en su caso obligatoria (i.e., no meramente facultativa, como sucede con la opinión convencional consultiva) de la activación de los mecanismos internos de control de constitucionalidad, como por la manera, en principio inequívoca, de su redacción. Cfr. la aproximación que hizo el TJUE a la cuestión *prioritaria* de constitucionalidad en Francia, desnudándola de su calificativo de “prioritaria” a los efectos de salvar su compatibilidad con el artículo 267 TFUE: asuntos acumulados Melki (C-188/10) y Abdeli (C-189/10), resueltos por Sentencia de 22 de junio de 2010.

⁵⁵ Cfr., con posterioridad al Dictamen 2/13, la admisión por el TJUE de la posibilidad de simultanear la cuestión prejudicial con la cuestión de inconstitucionalidad en Alemania en el asunto KLE (C-5/14), resuelto por Sentencia de 4 de junio de 2015.

⁵⁶ Según el cual, “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”.

⁵⁷ Pues según razonó el TJUE, “la obligación de los Estados miembros de recurrir a los procedimientos de solución de controversias establecidos por el Derecho de la Unión —y, en particular, de respetar las competencias del Tribunal de Justicia, que constituyen un rasgo fundamental del sistema de la Unión— debe interpretarse como una manifestación específica de su deber más general de lealtad que resulta del artículo 4 TUE, apartado 3 [...], entendiéndose que, en virtud de dicha disposición, la citada obligación se aplica asimismo en las relaciones recíprocas entre los Estados miembros y la Unión” (FJ 202).

⁵⁸ O con palabras del propio del TJUE, en supuestos relativos a “la aplicación del CEDH en el ámbito de aplicación material del Derecho de la Unión” (FJ 213).

⁵⁹ Precepto gemelo del 344 TFUE, que prevé la competencia exclusiva del TEDH en los siguientes términos: “Las Altas Partes Contratantes renuncian recíprocamente, salvo compromiso especial, a prevalerse de los tratados, convenios o declaraciones que existan entre ellas, a fin de someter, por vía de demanda, una diferencia surgida de la interpretación o de la aplicación del presente Convenio a un procedimiento de solución distinto de los previstos en el presente Convenio”. El conflicto entre ambos preceptos fue salvado por el artículo 5 del Acuerdo de Adhesión, al establecer que los procedimientos ante el TJUE no debían considerarse modos de solución de controversias a los que las Partes Contratantes tuvieran que renunciar con arreglo al artículo 55 CEDH. No obstante lo cual, como veremos a continuación, el TJUE estimó que el Acuerdo se habría limitado a reducir el alcance de la obligación prevista en el artículo 55 CEDH, dejando subsistente la posibilidad, considerada incompatible con el artículo 344 TFUE, de que la Unión o los Estados miembros planteen una demanda ante el TEDH con arreglo al artículo 33 CEDH.

CEDH⁶⁰, al prever éste la posibilidad de que la Unión y/o sus Estados miembros litiguen entre sí ante el TEDH por supuestas violaciones del CEDH en relación, como acabo de advertir, con el Derecho de la Unión: “la existencia misma de esta posibilidad”, señaló literalmente el TJUE, “vulnera la exigencia enunciada en el artículo 344 TFUE”⁶¹.

Así las cosas, sorprende ante todo que tal aproximación del TJUE a los límites que derivan del artículo 344 TFUE, la cual supone una importante rectificación de su propia doctrina sentada en 2006 por la Gran Sala⁶² en relación con el -por aquel entonces- artículo 292 TCE, se nos presente como una aproximación coherente con dicha doctrina, exenta de la más mínima contradicción, y por tanto, rectificación.

En efecto, según el TJUE, “contrariamente al convenio internacional de que se trataba en el asunto que dio lugar a la sentencia *Comisión v. Irlanda*, que preveía expresamente que el régimen de solución de controversias propio del Derecho de la Unión prevalece, *en principio*, sobre el establecido por dicho convenio, el procedimiento de solución de controversias previsto en el artículo 33 del CEDH puede aplicarse a cualquier Parte Contratante y, por lo tanto, también a los litigios entre Estados miembros o entre éstos y la Unión, aun cuando se cuestione el Derecho de la Unión”⁶³.

Hasta donde llega mi entender, que el Convenio internacional en juego⁶⁴ previera “en principio” la prevalencia del régimen de solución de controversias propio del Derecho de la Unión sobre el establecido en el propio Convenio, significaba que tal prevalencia no era, ni entonces ni ahora, definitiva⁶⁵; o lo que es igual, que, conforme permitía y permite el artículo 282 del Convenio en cuestión, existiría la posibilidad de desplazamiento de la competencia exclusiva del TJUE, antaño recogida en el artículo 292 TCE, por voluntad de las partes en la controversia⁶⁶ (esto es y por hipótesis, de la Unión y/o de sus Estados miembros⁶⁷). Y no otra cosa, según acabamos de ver, permitiría el artículo 33 CEDH, a

⁶⁰ Según el cual, “toda Alta Parte Contratante podrá someter al Tribunal cualquier incumplimiento de lo dispuesto en el Convenio y sus protocolos que, a su juicio, pueda ser imputado a otra Alta Parte Contratante”.

⁶¹ FJ 208.

⁶² En el asunto *Comisión v. Irlanda*, también conocido como asunto *MOX Plant*, resuelto por Sentencia de 30 de mayo de 2006 (C-459/03).

⁶³ FJ 205 (las cursivas, mías).

⁶⁴ Se trataba, concretamente, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

⁶⁵ Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, dicha locución adverbial (que también recogen las versiones inglesa y francesa del Dictamen) es utilizada “para referirse a lo que provisionalmente se acepta o acoge en esencia, sin que haya entera conformidad en la forma o los detalles”.

⁶⁶ Según el mencionado artículo 282 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, “cuando los Estados Partes que sean partes en una controversia relativa a la interpretación o la aplicación de esta Convención hayan convenido, en virtud de un acuerdo general, regional o bilateral o de alguna otra manera, en que esa controversia se someta, a petición de cualquiera de las partes en ella, a un procedimiento conducente a una decisión obligatoria, *dicho procedimiento se aplicará en lugar de los previstos en esta parte, a menos que las partes en la controversia convengan en otra cosa*”.

⁶⁷ Tanto la por entonces Comunidad Europea como los Estados miembros eran parte en la Convención (acuerdo mixto), habiendo asumido obligaciones derivadas de la misma en sus respectivos ámbitos de competencia (por ejemplo, la Comunidad asumió obligaciones en el ámbito de la conservación y gestión de los recursos pesqueros marinos, mientras que los Estados miembros asumieron obligaciones en el ámbito de la delimitación de las fronteras marítimas).

saber, la posibilidad de desplazamiento de la competencia exclusiva del TJUE, ahora recogida en el artículo 344TFUE, por la competencia, en este caso, del TEDH.

Así pues, tanto la Convención sobre el Derecho del Mar como el CEDH permitirían a la Unión y a sus Estados miembros desplazar, llegado el caso, la competencia exclusiva del TJUE, vulnerándose en tal supuesto las obligaciones derivadas del actual artículo 344 TFUE, y pudiéndose activar en ese mismo supuesto los mecanismos internos de reacción previstos por el propio ordenamiento de la Unión⁶⁸.

Pero mientras que la mera posibilidad de tal desplazamiento no fue objetada por el TJUE en el caso de la Convención sobre el Derecho del Mar ni entonces (al abordar el asunto Comisión v. Irlanda) ni ahora (al referirse al mismo asunto en el FJ 205 del Dictamen 2/13), esa misma posibilidad, referida al CEDH y que en nada varía respecto de la admitida por la referida Convención, pese al intento del TJUE por marcar una diferencia sencillamente inexistente, es considerada en el Dictamen 2/13 contraria al artículo 344 TFUE.

Al margen de la situación de dudosa compatibilidad en la que, en relación con el artículo 344 TFUE así reinterpretado⁶⁹, habrían quedado muchos acuerdos internacionales ya integrantes del propio Derecho de la Unión⁷⁰, llama la atención, una vez más, el esfuerzo del TJUE en su búsqueda de una *interpretación* del Acuerdo de Adhesión al CEDH *disconforme* con los Tratados.

Cierto es que la mención expresa y específica⁷¹ del artículo 344 TFUE por el artículo 3 del Protocolo n° 8 en cuanto límite al Acuerdo de Adhesión podría avalar -cabría debatir- una argumentación en el sentido de marcar un plus de condicionamiento, respecto del genérico deber de no afectar “a las atribuciones de las Instituciones de la Unión”⁷² al que se refiere el artículo 2 *ab initio* del dicho Protocolo, excluyente de la búsqueda de

⁶⁸ Como de hecho sucedió en el asunto Comisión v. Irlanda, resuelto en el contexto de un recurso por incumplimiento en el que el TJCE decidió “declarar que Irlanda ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 10 CE, 292 CE, 192 EA y 193 EA al promover un procedimiento de solución de controversias contra el Reino de Gran Bretaña e Irlanda del Norte en virtud de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar en lo que atañe a la fábrica MOX establecida en el lugar de Sellafield (Reino Unido)”.

⁶⁹ También considera que estamos ante una “reinterpretación” del artículo 344 TFUE S.O. Johansen, *The reinterpretation of TFUE Article 344 in Opinion 2/13 and Its Potential Consequences*, German Law Journal, 2015 (1), pp. 169 y ss (especialmente p. 174).

⁷⁰ Cfr. en este sentido la Opinión de la Abogado General, CDO 117. También S.O. Johansen, op.cit. pp. 176-177, y, extendiendo la incompatibilidad a la propia Convención sobre el Derecho del Mar, F. Korenica, *The EU Accession to the ECHR. Between Luxembourg’s Search for Autonomy and Strasbourg’s Credibility on Human Rights Protection*, Springer, 2015, p. 419. P. Eeckhout, por su parte, llega incluso a preguntarse acerca de la compatibilidad con el Derecho de la Unión, tras el Dictamen, de la adhesión de los Estados miembros de la Unión al CEDH, dada la vigencia entre ellos tanto del artículo 33 CEDH como del artículo 55 CEDH (*Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue –Autonomy or Autarky?*, New York University, JMWP 1/2015, p. 23).

⁷¹ Sobre la que el TJUE llamó particularmente la atención en el FJ 203.

⁷² Incluido en dichas Instituciones, obviamente, el Tribunal de Justicia de la Unión.

interpretaciones “amigables” predicable respecto del resto del Acuerdo⁷³ a los efectos de cumplir con la inequívoca obligación de adhesión establecida en el artículo 6.2 TUE.

Pero también es cierto que tal exclusión, en su caso⁷⁴, no debería llevarse hasta el extremo, como hizo el TJUE (y lo que es peor, tergiversando su propia doctrina⁷⁵), de potenciar la operatividad del artículo 344 TFUE, considerando como colisión en sí misma insalvable la contraposición entre una norma prescriptiva (el propio artículo 344 TFUE) y otra permisiva (el artículo 33 CEDH)⁷⁶.

7. La tres siguientes objeciones del TJUE, que abordaré conjuntamente en el presente apartado como consecuencia no sólo de su afinidad temática, sino del aparente mayor peso de su fundamentación si comparada con la que presidió el resto de las objeciones, se refirieron al mecanismo del codemandado con el que el Acuerdo perseguía, según recuerda el propio TJUE⁷⁷, “evitar cualquier laguna en el sistema [del CEDH] relacionada con la participación, la responsabilidad y la eficacia frente a terceros”, garantizando que “los recursos interpuestos por terceros Estados y los recursos individuales se present[aran] correctamente contra los Estados miembros, contra la Unión, o contra ambos, según el caso”.

* * *

La primera objeción consistió en considerar incompatible con los Tratados el hecho de dejar en manos del TEDH la decisión última de reconocer a la Unión⁷⁸ o sus Estados

⁷³ Salvo, si acaso y como ya apunté en su momento, aquellos otros condicionamientos también particularizados de manera expresa en el Protocolo nº 8 (i.e., en los subapartados a y b del artículo 1, y en el artículo 2 *in fine*).

⁷⁴ Pudiéndose, por ejemplo, defender como una objeción insalvable vía interpretativa el mantenimiento intacto de la competencia exclusiva del TEDH contemplada en términos obligatorios en el artículo 55 CEDH (mantenimiento intacto que es precisamente, recordemos, lo que el Acuerdo evitó, *ex artículo 5*, al reducir el alcance de dicho precepto).

⁷⁵ Tergiversación, como he intentado evidenciar, consistente en presentar su objeción final como el resultado lógico de la exclusividad de su jurisdicción proclamada, desde siempre, por los Tratados fundacionales de la integración europea, y por él mismo tradicionalmente defendida de manera, a su entender, absolutamente congruente (y por tanto, predecible) con el pronunciamiento que nos ocupa. Sucede que la alternativa a tal tergiversación habría consistido en asumir, expresa o tácitamente, un -todo lo sutil y parcial que se quiera- *overruling* de su doctrina en relación con el artículo 344 TFUE; lo cual, creo, habría reflejado de manera en exceso patente su empeño, por lo demás ya mal disimulado a esas alturas de la fundamentación jurídica del Dictamen, por obstaculizar la adhesión de la Unión al CEDH.

⁷⁶ Podría aquí traerse a colación, por ejemplo, la doctrina del Tribunal Supremo de los EEUU en relación con los “conflictos irresolubles” en el ámbito de la *preemption*, considerando no satisfecho el “test de la imposibilidad física” cuando se contraponen dos normas, federal y estatal, una permisiva y la otra prohibitiva: cfr. p.e. *Michigan Canners* (1984), 467 US 469, p. 478 n. 21 (considerando inaplicable el mencionado test en presencia de una normativa estatal que autorizaba a unas asociaciones agrícolas a hacer algo prohibido por la legislación federal), y *Barnett Bank* (1996), 517 US 25, p. 31 (considerando también inaplicable el test de la imposibilidad física en el supuesto inverso, esto es, en presencia de una norma federal que autorizaba a los bancos nacionales a hacer algo prohibido por una norma estatal).

⁷⁷ FFJJ 215-216.

⁷⁸ En el caso, particularmente, de recursos interpuestos contra uno o varios Estados miembros en un contexto en el que éstos sólo habrían podido evitar la supuesta violación del CEDH incumpliendo sus obligaciones derivadas del Derecho de la Unión, *cualquiera que fuere el rango de éste*.

miembros⁷⁹ la condición de codemandados a solicitud de la una o los otros⁸⁰, al implicar ello una apreciación del reparto de interno competencias (i.e., en el seno de la Unión), así como de los criterios también internos de imputación de los actos u omisiones (i.e., en el seno, de nuevo, de la Unión).

En mi opinión, si bien no deja de ser cierta la posibilidad apuntada por el TJUE⁸¹, no lo es menos, como por lo demás reconoció el propio TJUE (aunque sin considerarlo suficiente para superar su objeción), que la referida decisión del TEDH se limitaría a valorar la verosimilitud de las alegaciones presentadas por la Unión o los Estados miembros en defensa de la admisión de su condición de Parte codemandada, y que dicha valoración no afectaría, en cualquier caso, al fundamento de las alegaciones⁸²; lo cual, cabe advertir, no deja de ser un umbral extremadamente bajo en términos de control por el TEDH (limitado a verificar si las alegaciones presentadas tendrían, simplemente, *apariencia* de credibilidad⁸³), con la clara intención de salvaguardar la autonomía última, al respecto, del Derecho de la Unión.

Ello no obstante, y habida cuenta de que el Protocolo n° 8 contenía en este concreto punto un condicionante particularizado⁸⁴, pudiendo así, quizás y como expliqué en su momento, respaldar una lectura más rígida del Acuerdo de Adhesión a los efectos de determinar su compatibilidad con los Tratados, se podría, tal vez, haber insistido, al negociar el Acuerdo, en un modelo presidido por un automatismo, puro y duro, en el reconocimiento de la condición de codemandado a solicitud de la Unión o sus Estados miembros⁸⁵. Eso sí, especialmente convincentes tendrían que haberse mostrado al respecto los negociadores, habida cuenta de la especial reticencia manifestada en este punto por

⁷⁹ En el caso, particularmente, de recursos interpuestos contra la Unión en un contexto en el que ésta sólo habría podido evitar la supuesta violación del CEDH incumpliendo sus obligaciones derivadas del Derecho originario de la Unión.

⁸⁰ Pues el TJUE, lógicamente, no consideró incompatible con los Tratados la *invitación* cursada por el TEDH a la Unión o los Estados miembros para intervenir en el procedimiento en condición de Parte codemandada (cfr. FJ 222).

⁸¹ Cfr. p.e., anticipándose al TJUE, D. Ritleng, *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights. A Threat to the Specific Characteristics of the European Union and Union Law?*, Uppsala Faculty of Law, WP 2012 (1), pp. 12-13. En el polo opuesto, salvando la compatibilidad, cfr. p.e. P. Gragl, *Agreement on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, en S. Peers, T. Hervey, J. Kenner y A. Ward (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Hart, 2014, pp. 1772-1773; y manteniendo su opinión tras el Dictamen, cfr., del mismo Gragl, *The Reasonableness of Jealousy: Opinion 2/13 and EU Accession to the ECHR*, *European Yearbook on Human Rights* (2015), pp. 27 y ss.

⁸² Cfr. FJ 224 *ab initio*.

⁸³ Incluso no faltaron partes en el procedimiento ante el TJUE que defendieron una interpretación del Acuerdo en el sentido de que éste lo único que habría pretendido habría sido “que el TEDH pueda asegurarse de que la demanda de intervención vaya acompañada de una motivación” (cfr. Opinión de la Abogado General, nota a pie 145).

⁸⁴ Cfr. artículo 1 b).

⁸⁵ Cfr. en esta línea, p.e., J.P. Jacqué *L'AVIS 2/13 CJUE. Non à l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme?*, ya citado. D. Ritleng, en su trabajo también citado, se lamentaba de que no se hubiera incorporado una cláusula similar a la del artículo 6 del Anexo XI de la Convención sobre el Derecho del Mar. La Abogado General Kokott, por su parte, apuntó como posible modelo el automatismo reconocido por las reglas procesales de la Unión, que otorgan a las instituciones que participan en el procedimiento legislativo y a los Estados miembros el derecho a intervenir en los procedimientos ante el TJUE sin tener que demostrar un interés particular y sin que el TJUE pueda restringir dicha intervención (cfr. CDO 234).

muchos miembros del Consejo de Europa ajenos a la Unión, con una visión acerca del posible automatismo del mecanismo del codemandado situada en las antípodas⁸⁶.

* * *

La segunda de las objeciones, al igual que la anterior, se refirió a un condicionante también particularizado en el Protocolo n° 8⁸⁷, en virtud del cual el Acuerdo tendría que haber garantizado la no afectación, como consecuencia de la adhesión, “de las reservas al Convenio Europeo formuladas por los Estados miembros con arreglo a su artículo 57”⁸⁸.

Concretamente, el TJUE consideró incompatible con dicho condicionante el hecho de no excluir que un Estado miembro pudiera “ser considerado responsable, junto con la Unión, de la violación de una disposición del CEDH respecto del cual ese mismo Estado miembro hubiese formulado una reserva”⁸⁹.

Por lo que a mí respecta, he de confesar, en relación con tal objeción teóricamente impecable⁹⁰, que se me escapa, sin embargo, vislumbrar cómo podría el TEDH, en la práctica, considerar corresponsables, mediando reserva, a los Estados miembros de la Unión, habida cuenta de que ello exigiría asumir, lo que no parece factible, su previa condición de demandado (excluida si la reserva en cuestión fuera, efectivamente, relevante) o codemandado (también excluida si se entiende, según creo, que ni el TEDH invitaría a los Estados miembros de la Unión a intervenir en tal concepto en presencia de una reserva relevante, ni dichos Estados lo solicitarían)⁹¹.

* * *

⁸⁶ Llegando a subrayar que “dado el objetivo esencial de la adhesión, sería coherente diseñar el mecanismo del codemandado en términos vinculantes, en el sentido de que la Unión y sus Estados miembros tendrían que aceptar la invitación del TEDH”, habida cuenta de que “dotar a dicho mecanismo de carácter opcional podría acarrear lagunas en la participación y, en consecuencia, desembocar en una ausencia de responsabilidad y reparación en el sistema del CEDH” (cfr. *Common paper of Andorra, Armenia, Azerbaijan, Bosnia-Herzegovina, Iceland, Liechtenstein, Monaco, Montenegro, Norway, Serbia, Switzerland, Russian Federation, Turkey and Ukraine on major concerns regarding the Draft revised Agreement on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, CDDH-UE 47+1(2013)003, 21 January 2013, p. 12).

⁸⁷ Cfr. artículo 2 *in fine*.

⁸⁸ Que prevé la posibilidad de que las Partes Contratantes formulen reservas al CEDH, excluidas en todo caso las de “carácter general”. Téngase en cuenta que hoy por hoy constituye ya un problema, aún por resolver en Luxemburgo, el determinar en qué medida las reservas formuladas por los Estados miembros de la Unión al CEDH pueden verse afectadas en función de cómo entienda el TJUE la obligación, impuesta por el artículo 52.3 de la CDFUE, de dar a los derechos fundamentales que se correspondan con derechos garantizados por el CEDH igual sentido y alcance que el conferido por éste. Cfr. al respecto, p.e., las interesantes Conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón en el asunto Akerberg (C-617/10), al abordar el alcance del principio *ne bis in idem* (artículo 50 CDFUE) a la luz del artículo 4 del Protocolo 7 del CEDH, no ratificado por todos los Estados miembros, y, cuando ratificado, objeto en algunos casos de reservas o declaraciones interpretativas.

⁸⁹ FJ 227.

⁹⁰ La Abogado General calificó de “flagrante” la contradicción en este punto entre el Acuerdo y el artículo 2 *in fine* del Protocolo n° 8.

⁹¹ Cfr. en relación con la misma duda, sin conseguir tampoco disiparla, S. Reitemeyer y B. Pirker, *Opinion 2/13 of the Court of Justice on Access of the EU to the ECHR – One step ahead and two steps back*, European Law Blog, March 31, 2015.

En fin y en relación, asimismo, con el mecanismo del codemandado, el TJUE objetó al Acuerdo⁹² que constituía una indebida intromisión del TEDH en la interpretación del Derecho de la Unión (concretamente, en las reglas concernientes al reparto de competencias entre la Unión y sus Estados miembros) la mera posibilidad de que, como excepción a la regla general según la cual el demandado y el codemandado serían conjuntamente responsables de una violación declarada, el TEDH pudiera decidir que sólo uno de ellos sería considerado responsable de dicha violación⁹³.

También aquí parece que estaríamos ante una objeción en principio irrefutable⁹⁴, si no fuera porque el TJUE, radicalizándola al máximo, estimó que “aun suponiendo que la solicitud de reparto de la responsabilidad se base en un acuerdo entre demandado y codemandado, esta circunstancia no sería suficiente por sí sola para excluir por completo que se vulnere la autonomía del Derecho de la Unión”, dado que “permitir que el TEDH convalidase un eventual acuerdo entre la Unión y sus Estados miembros sobre el reparto de la responsabilidad equivaldría a permitirle sustituir al Tribunal de Justicia a la hora de dirimir una cuestión que pertenece al ámbito de la competencia exclusiva de éste”⁹⁵.

¿Cómo es posible?, cabría preguntar al TJUE, ¿echar en cara al Acuerdo de Adhesión, en tal supuesto, una deficiencia consistente en no haber previsto una cuestión, como sería la bendición por el TJUE de un pacto ya de por sí cocinado en el hogar de la propia Unión⁹⁶, que sólo correspondería abordar, en su caso, a reglas internas de esta última adoptadas al efecto?

8. Insistiendo en su discurso acerca de la intromisión del TEDH en la interpretación del Derecho de la Unión, el TJUE también estimó que dicha intromisión se producía al permitirse a aquél pronunciarse, a los efectos de activar el “procedimiento de intervención previa”, sobre la existencia de algún pronunciamiento de Luxemburgo sobre la misma cuestión jurídica, concerniente al Derecho de la Unión, sometida al enjuiciamiento de Estrasburgo.

El mencionado procedimiento, con el que se pretendió hacer frente a la posibilidad de que la Unión pudiera ser condenada por el TEDH en el contexto de recursos interpuestos contra sus Estados miembros por actividad vinculada con normativa de la Unión, sin haber tenido la oportunidad el TJUE de controlar dicha normativa a la luz del propio ordenamiento jurídico de la Unión, fue objeto de especial preocupación en Luxemburgo ya antes incluso del inicio formal de las negociaciones sobre el Acuerdo de Adhesión.

⁹² Cfr. FFJJ 229-234.

⁹³ Pareciéndole a Eleanor Spaventa irritante no ya que el TJUE no considerara tal previsión como suficiente para evitar un “deslizamiento” del CEDH por encima de las reservas de los Estados miembros de la Unión, sino que la reputara incluso problemática per se (cfr. *A Very Fearful Court? The Protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13*, Maastricht Journal of European and Comparative Law, 2015 (1), pp. 35 y ss.).

⁹⁴ Cfr., no obstante, las críticas vertidas al respecto por Eeckhout en su trabajo, ya citado, *Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue –Autonomy or Autarky?*, pp. 25 y ss.

⁹⁵ FJ 234.

⁹⁶ Cfr. G. Gaja, *The Co-Respondent Mechanisms According to the Draft Agreement for the Accession of the EU to the ECHR*, ESIL Reflections, 2013 (Vol. 2, Issue 1, p. 4).

En efecto, TJUE decidió *motu proprio* en mayo de 2010, de manera no precisamente habitual⁹⁷, elaborar un “Documento de Reflexión” sobre ciertos aspectos de la adhesión, que concluía destacando que “a fin de respetar el principio de subsidiariedad inherente al Convenio y asegurar al mismo tiempo el buen funcionamiento del sistema jurisdiccional de la Unión, es preciso disponer de un mecanismo capaz de garantizar que el Tribunal de Justicia pueda conocer de forma efectiva sobre la cuestión de validez de un acto de la Unión antes de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronuncie sobre la conformidad de ese acto con el Convenio”.

Pues bien, para responder a tal necesidad, el Acuerdo de Adhesión incluyó⁹⁸ un procedimiento de intervención previa en los siguientes términos: “Cuando [la UE] sea codemandada en un procedimiento y [el TJUE] no haya examinado aún la compatibilidad de la disposición del Derecho de la Unión con los derechos en cuestión garantizados por el [CEDH] o por los Protocolos a los que se haya adherido [la UE], de conformidad con el apartado 2 del presente artículo, se concederá al [TJUE] el tiempo necesario para llevar a cabo tal examen, y posteriormente a las partes para formular sus observaciones al [TEDH]. La [UE] velará por que ese examen se efectúe rápidamente, de modo que no se prolongue indebidamente el procedimiento ante el [TEDH]. Las disposiciones del presente apartado no afectarán a las competencias del [TEDH]”.

Parecía así el Acuerdo haber tomado muy en serio la preocupación manifestada por el TJUE en su mencionado Documento de Reflexión, así como por los Presidentes del TJUE y del TEDH en una posterior Declaración Conjunta firmada el 24 de enero de 2011, en el sentido de incorporar “un procedimiento que fuera flexible y que asegurara que el TJUE pudiera ejercitar un control interno anterior al control externo ejercitado por el TEDH”⁹⁹.

He aquí, sin embargo, que tal flexibilidad le parecería después excesiva al TJUE¹⁰⁰, argumentando en su Dictamen que sólo a la Unión¹⁰¹ debería corresponder, con carácter exclusivo, decidir si se habría o no producido, a los efectos de activar el procedimiento de intervención previa, el examen por su parte de la compatibilidad del Derecho de la Unión con los derechos fundamentales en los términos cuestionados ante el TEDH. Y dicha competencia exclusiva, intocable según el TJUE a la luz del Protocolo n° 8, se quebraría por el sólo hecho de “permitir que el TEDH se pronuncie sobre la [referida]

⁹⁷ Así opinan también, p.e., X. Groussot, T. Lock y L. Pech, *EU Accession to the European Convention on Human Rights: a Legal Assessment of the Draft Accession Agreement of 14th October 2011*, Fondation Robert Schuman. European Issues n° 218 (2011), p. 5.

⁹⁸ En su artículo 3.6.

⁹⁹ Así al menos lo hace notar el ex Juez del TJUE Christiaan Timmermans (cfr. *Some Personal Comments on the Accession of the EU to the ECHR*, en la obra colectiva, ya citada, *The EU Accession to the ECHR*, p. 336), quien por lo demás, cuando todavía ocupaba un sillón en Luxemburgo y poco antes de que el TJUE emitiera su Documento de Reflexión, se había mostrado ya partidario, en su intervención ante la Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo el 18 de marzo de 2010, de dar a la Comisión Europea la posibilidad de solicitar un pronunciamiento por parte de Luxemburgo una vez que Estrasburgo declarara admisible el recurso.

¹⁰⁰ Lo cual, en mi opinión y como insistiré *infra*, deja entrever un comportamiento del TJUE en este particular punto que me atrevería a calificar, a la luz de la mencionada Declaración Conjunta, de desleal hacia Estrasburgo.

¹⁰¹ Concretamente, sólo “la institución competente de la Unión” (sin aclarar el TJUE a qué institución se estaría refiriendo, lo cual vendría a reforzar los argumentos de la Comisión en el sentido de que estaríamos ante una cuestión que se debería abordar, al igual que otras cuestiones también concernientes al mecanismo de intervención previa, al margen del Acuerdo, i.e., mediante normas internas de la Unión).

cuestión”, habida cuenta de que ello “equivaldría a atribuirle competencia para interpretar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”¹⁰².

Por lo que a mí respecta, y al margen de que no consiga entender por qué iría contra la esencia del sistema de la Unión el solo hecho de no excluir expresamente la mera posibilidad de que el TEDH interprete la jurisprudencia del TJUE¹⁰³, considero que la activación misma del procedimiento de intervención previa no tendría, en principio y como regla general, que abordarse en términos de la referida “interpretación de la jurisprudencia del TJUE”, sino más bien, lisa y llanamente, de correcto manejo de las -por lo demás excelentes- bases de datos concernientes a dicha jurisprudencia, a los efectos de determinar, simplemente, si el Derecho de la Unión discutido ante el TEDH habría sido ya objeto de un control previo por el TJUE a la luz del derecho fundamental cuya vulneración se estaría alegando ante Estrasburgo¹⁰⁴.

Ese, y no otro, fue precisamente el escenario que manejó como punto de partida en su razonamiento la Abogado General cuando consideró que “seguramente en muchos casos no existirán dificultades especiales al realizar una apreciación de la cuestión mencionada [de si el TJUE ya se ha pronunciado en alguna ocasión sobre la compatibilidad con el CEDH de una disposición determinada del Derecho de la Unión], ya que el examen de la jurisprudencia de nuestro Tribunal de Justicia indicará claramente si éste ya se ha pronunciado en alguna ocasión sobre la compatibilidad con el CEDH de una disposición del Derecho de la Unión”¹⁰⁵.

Asumido lo anterior, no estuvo precisamente afortunada la Abogado General, creo, al ejemplificar a continuación algunos “casos dudosos” en los que -cito textualmente, respetando las cursivas y la indicación de notas a pie de página¹⁰⁶- “aunque el Tribunal de Justicia ya se haya ocupado anteriormente de la disposición del Derecho de la Unión de que se trate, siga sin estar claro si ha abordado de manera suficientemente detenida la compatibilidad de la misma con el derecho fundamental del CEDH cuya vulneración se alegue en este momento ante el TEDH (120) y si, hablando más en general, ha dilucidado dicha compatibilidad *en lo que atañe a los aspectos jurídicos* que en este momento sean los relevantes ante el TEDH (121)”¹⁰⁷.

¹⁰² Cfr. FJ 239.

¹⁰³ Es más, lo que si acaso parece ir contra la esencia del sistema, pero no de la Unión, sino del CEDH, es la exclusión, entendida en términos rígidos y absolutos, de cualquier rol del TEDH en relación con la interpretación del Derecho de la Unión. Y es que, como advierten Lazowski y Wessel, “adherirse a dicho sistema implica asumir cierta vulnerabilidad y aceptar el hecho de que se dejará de tener, por definición, la última palabra sobre la interpretación del Derecho interno a la luz de las obligaciones derivadas del Convenio” (cfr. *When Caveats Turn into Locks: Opinion 2/13 on Accession of the EU to the ECHR*, cit., p. 199).

¹⁰⁴ No se trataría, por tanto, siquiera de examinar si existiría o no doctrina de Luxemburgo sobre un determinado derecho fundamental aplicable a una disposición del Derecho de la Unión sometida al escrutinio de Estrasburgo, sino de constatar si esa específica disposición, y no otra, habría sido ya objeto de control por el TJUE a la luz del concreto derecho fundamental, y no otro, cuya vulneración se habría alegado ante el TEDH.

¹⁰⁵ CDO 182.

¹⁰⁶ Y haciendo mía en relación con su opinión, dicho sea de paso, su propia advertencia en relación con el Acuerdo de Adhesión y los condicionamientos del Protocolo nº 8, en el sentido de que, como a menudo sucede, “el diablo está en los detalles” (Cfr. CDO 4: “Der Teufel steckt jedoch, wie so häufig, im Detail”).

¹⁰⁷ También CDO 182.

Comencemos por ver cómo ejemplificó Juliane Kokott en esta última nota a pie, la 121, cómo podría no estar claro si el TJUE habría dilucidado la compatibilidad del Derecho de la Unión con el derecho fundamental del CEDH cuya vulneración se estaría alegando ante el TEDH: “Por ejemplo”, sostuvo, “nuestro Tribunal de Justicia ya ha abordado en dos ocasiones, bajo prismas totalmente distintos, la validez de la Directiva sobre «conservación de datos», la primera sólo por lo que se refiere a su base jurídica y la segunda ya por lo que se refiere a determinados derechos fundamentales (véanse, por una parte, la sentencia Irlanda/Parlamento y Consejo, C-301/06, EU:C:2009:68, y, por otra, la sentencia Digital Rights Ireland y Seitlinger y otros, C-293/12 y C-594/12, EU:C:2014:238)”.

Pues bien, he de decir que me resulta harto difícil identificar como un supuesto de compleja interpretación de la jurisprudencia del TJUE, a los efectos de determinar si éste habría o no controlado la referida Directiva, y en qué términos, aquél cuya respuesta vendría dada, tras un manejo relativamente sencillo de la base jurisprudencial del TJUE, por la sola lectura del encabezado de ambas sentencias (esto es, «Recurso de anulación – Directiva 2006/24/CE – Conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas – Elección de la base jurídica», en el caso de la Sentencia Irlanda v. Parlamento y Consejo; y Comunicaciones electrónicas — Directiva 2006/24/CE — Servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones — Conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de tales servicios — Validez — Artículos 7, 8 y 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en el caso de la Sentencia Digital Rights Ireland, y Seitlinger e.a.).

¿Y qué decir en relación con el ejemplo incorporado en la nota a pie 120?, en la que puede leerse lo siguiente: “No cabe descartar que el Tribunal de Justicia ya haya examinado la compatibilidad del acto de Derecho de la Unión con *un* derecho fundamental del CEDH (por ejemplo, el artículo 8 del CEDH), pero no por lo que se refiere a *otro* derecho fundamental (por ejemplo, el artículo 6, apartado 1, del CEDH) cuya vulneración sea entonces objeto de un recurso interpuesto ante el TEDH”.

En este caso, el ejemplo resulta, si cabe, aún más desafortunado que el anterior, habida cuenta de que ya se habría producido el supuesto precisamente inverso, a saber, el examen por el TJUE de una norma de la Unión a la luz del artículo 6, apartado 1, del CEDH, pero no del artículo 8 del CEDH¹⁰⁸, cuya vulneración afloraría, posteriormente, en el contexto de un recurso interpuesto ante el TEDH por un abogado francés, el Sr. Michaud, contra Francia¹⁰⁹.

Y sucede que en dicho asunto¹¹⁰, el TEDH, además de no pasar por alto que el TJUE sí que había examinado la legislación de la Unión cuestionada a la luz del derecho a un proceso justo, pero no del derecho a la vida privada (incluida su vertiente de derecho al secreto profesional), llegó incluso a reprender al Consejo de Estado francés por no haber

¹⁰⁸ Cfr. asunto asunto *Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a* (C-305/05), resuelto por Sentencia de 26 de junio de 2007.

¹⁰⁹ Al respecto, permítaseme remitir de nuevo a mi estudio *El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales*, cit., pp. 87 y ss.

¹¹⁰ 12323/11, resuelto por STEDH de 6 de diciembre 2012.

activado la cuestión prejudicial ante Luxemburgo para permitir este último examen¹¹¹ (y al hacerlo, dicho sea de paso, el TEDH sí que interpretó, siquiera sutilmente, el alcance del Derecho de la Unión; concretamente, el alcance de esa “piedra angular” del sistema jurídico de la Unión que es el artículo 267 TFUE, sin que ello despertara, que yo sepa, críticas en el sentido de considerar tal incursión en el Derecho de la Unión como un ataque a sus cimientos bajo la forma de “usurpación” de competencias).

En fin, y puesto que acabo de referirme a la cuestión prejudicial *ex* artículo 267 TFUE, quizás convenga hacer una última precisión al hilo de la Opinión de la Abogado General: teniendo también el mecanismo de la intervención previa una naturaleza prejudicial, destacan más, creo, las diferencias que las similitudes entre ambos procedimientos, aunque sólo sea porque mientras el objeto de aquélla concierne a la interpretación/validez del Derecho de la Unión, el objeto de éste, a mi entender y como adelanté, concierne, sencillamente, a si tal interpretación/validez habría sido o no ya realizada/declarada en Luxemburgo, en relación con una concreta disposición y a la luz de un específico derecho fundamental.

No considero, por ello, pertinente la propuesta final de la Abogado General en el sentido de realizar una “aclaración con carácter vinculante en Derecho Internacional” a los fines de obligar al TEDH a iniciar el procedimiento de intervención previa, salvo que resultara evidente, en términos similares a los sentados por el TJUE en su doctrina CILFIT, que el TJUE ya habría abordado anteriormente la cuestión jurídica concreta planteada ante el TEDH¹¹². Y no considero pertinente dicha propuesta no sólo, como señalaba, por la falta de similitud entre ambos procedimientos más allá de su naturaleza prejudicial, sino también por una cuestión, si se me permite la expresión, de pura “estética”.

En efecto, no hay que olvidar que todo el entramado de la adhesión de la Unión al CEDH pasa, en esencia, por asumir que el juez último y supremo llamado a salvaguardar los derechos fundamentales en Europa sería el TEDH. Siendo ello así, creo que resultaría cuanto menos confuso extrapolar a dicho entramado una doctrina, como la sentada en CILFIT, que no hace sino reforzar la “inferioridad” del juez nacional en su relación de “cooperación” vía prejudicial con el TJUE, precisando unas obligaciones cuya infracción, aún en espera de posibles declaraciones expresas de incumplimiento *ex* artículo 258 TFUE, ya han comenzado a ser merecedoras de declaraciones de responsabilidad¹¹³ (a lo que habría que sumar, desde la perspectiva del puro Derecho interno¹¹⁴, e incluso del sistema del CEDH¹¹⁵, su control sobre la base de la tutela judicial efectiva).

A modo de conclusión, y volviendo sobre la argumentación esgrimida por el TJUE, creo que no sólo estaríamos, una vez más, ante una objeción al Acuerdo de Adhesión que

¹¹¹ Cfr. FFJJ 114-115.

¹¹² Cfr. CDO 184, incluida nota a pie 122.

¹¹³ Cfr. STJUE de 9 de septiembre de 2015, asunto Ferreira da Silva (C-160/14).

¹¹⁴ Por lo que al Derecho español respecta y entre nuestra más reciente doctrina, cfr. L. Arroyo Jiménez, *La aplicación judicial del Derecho de la Unión Europea y el derecho a la tutela judicial efectiva. Una propuesta de sistematización*, Revista Española de Derecho Constitucional, 2014 (102), pp. 293 y ss., y C. Izquierdo Sans, *Amparo constitucional y cuestión prejudicial, ¿un nuevo giro del Tribunal Constitucional? Comentario a la STC 212/2014, de 18 de diciembre*, Revista Española de Derecho Europeo, 2015 (55), pp. 107 y ss.

¹¹⁵ Cfr. asuntos Dhahbi v. Italia (17120/09) y Schipani v. Italia (38369/09), resueltos Sentencias del TEDH de 8 de abril de 2014 y de 21 de julio de 2015.

tendría mucho de fabricación artificial, sino también y por otro lado, ante una objeción que rezumaría, particularmente, cierta dosis de cinismo y deslealtad a la luz del Documento de Reflexión de 2010 y de la Declaración Conjunta de 2011.

9. La penúltima de las objeciones al Acuerdo esgrimida por el TJUE también concernió al “procedimiento de intervención previa”; concretamente, el TJUE estimó que la limitación de dicho procedimiento, en relación con el Derecho derivado, a cuestiones exclusivamente de validez, vulneraría las competencias de la Unión y las atribuciones del propio TJUE, al no permitirle proporcionar la interpretación definitiva del Derecho derivado a la luz de los derechos garantizados por el CEDH¹¹⁶.

Esto es, pese a que al referirse a la necesidad de un control por Luxemburgo, previo al de Estrasburgo, tanto el Documento de Reflexión de 2010 como la Declaración Conjunta de 2011 lo hicieron exclusivamente en términos de “validez”¹¹⁷, y pese a que no otra cosa reiteró el Acuerdo, he aquí que el TJUE consideró después en su Dictamen que no se habían preservado las características específicas de la Unión y de su Derecho, al impedirse al TJUE pronunciamientos en términos interpretativos...

Sorprende desde luego semejante conclusión, no ya porque la cuestión interpretativa en ningún momento afloró expresamente en los referidos documentos suscritos *ad cautelam* por el TJUE, sino además, porque carece de toda fundamentación.

Carece de fundamentación, desde luego, a la luz del sistema mismo de la Unión, donde, no ya en el contexto prejudicial¹¹⁸, sino en el de los recursos de anulación (*limitados, en principio y según dispone el artículo 263 TFUE, al “control de legalidad” de los actos de la Unión*), “es jurisprudencia reiterada que, cuando un texto de Derecho comunitario derivado es susceptible de varias interpretaciones, procede dar preferencia a aquella que hace que la disposición se ajuste al Tratado, y no a la que conduce a considerarla incompatible con él”¹¹⁹. O lo que es igual, caben, por supuesto, sentencias del TJUE desestimatorias de la anulación solicitada, sobre la base de una determinada interpretación de la norma impugnada conforme con el Derecho originario. Y caben, precisamente, en el marco de una intervención del TJUE en principio limitada, sobre el papel, al puro control de validez.

¹¹⁶ Cfr. FJ 247.

¹¹⁷ Recordemos que el Documento de Reflexión concluía destacando que “es preciso disponer de un mecanismo capaz de garantizar que el Tribunal de Justicia pueda conocer de forma efectiva sobre la *cuestión de validez* de un acto de la Unión antes de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronuncie sobre la conformidad de ese acto con el Convenio”. Y en la Declaración Conjunta, por su parte, puede leerse lo siguiente: “If for whatever reason, a reference for a preliminary ruling were not made, the ECHR would be required to adjudicate on an application calling into question provisions of EU law without the CJEU having the opportunity to *review* the consistency of that law with the fundamental rights guaranteed by the Charter”.

¹¹⁸ Contexto en el que, admitida expresamente, eso sí, la vertiente puramente interpretativa, no son desde luego infrecuentes las sentencias de tal índole que, dictadas en respuesta a *cuestiones prejudiciales de validez* suscitadas por los órganos jurisdiccionales nacionales, permiten salvar la compatibilidad del Derecho derivado con el Derecho originario.

¹¹⁹ FJ 37 del asunto España v. Comisión (C-135/93), resuelto por Sentencia de 29 de junio de 1995.

Y carece de fundamentación, asimismo, a la luz del propio Acuerdo de Adhesión, si interpretado éste de manera coherente.

En efecto, asumido que el Acuerdo vinculó el mecanismo de intervención previa al control de validez (de “compatibilidad” es la expresión exactamente utilizada) de disposiciones, sin distinción alguna de rango, “del Derecho de la Unión”, e incluido así y por ello el Derecho originario en dicho “control de compatibilidad”, resultaba evidente que este último sólo podría producirse, habida cuenta de los límites jurisdiccionales del TJUE familiares a la justicia constitucional nacional¹²⁰, en términos de modulaciones interpretativas¹²¹.

A ello, y no a otra cosa, respondía la aclaración del punto 66 del informe explicativo del Acuerdo¹²² al que aludió el TJUE en su Dictamen¹²³, en el sentido de contextualizar en términos puramente interpretativos el control previo de compatibilidad a ejercitar sobre el Derecho originario de la Unión, marcando así las lógicas distancias con el Derecho derivado (susceptible éste de desembocar en pronunciamientos de pura validez/invalidéz). De ahí a llegar a entender, como hizo el TJUE, que de dicha aclaración se deduciría que a diferencia de lo que sucede con el Derecho originario, “el acuerdo previsto excluye la posibilidad de dirigirse al Tribunal de Justicia para que se pronuncie sobre una cuestión de interpretación del Derecho derivado mediante el procedimiento de intervención previa”, sería mucho el camino recorrido...¹²⁴

¹²⁰ Cfr. p.e. asuntos acumulados LAISA y CPC España v. Consejo (31 y 35/86), resueltos por Sentencia de 28 de abril de 1988.

¹²¹ No otra cosa hizo el TJUE, por ejemplo, en el asunto UPA v. Consejo (C-50/00 P), resuelto por Sentencia de 25 de julio de 2002, en el que abordó el sistema de acceso al Tribunal previsto en el Tratado a la luz de la tutela judicial efectiva (cfr. FFJJ 39-42). Y así, tras reconocer que éste no permitía a los particulares impugnar directamente disposiciones europeas de carácter general, hizo hincapié en las posibilidades que, en términos de dicha tutela, ofrecían las vías indirectas de impugnación, en especial la cuestión prejudicial de validez, advirtiendo a continuación el Tribunal que “corresponde a los Estados miembros prever un sistema de vías de recurso y de procedimientos que permita garantizar el respeto del derecho a la tutela judicial efectiva” (a los efectos de permitir a los particulares “impugnar judicialmente la legalidad de cualquier resolución o de cualquier otra medida nacional por la que se les aplique un acto comunitario de alcance general, invocando la invalidez de dicho acto”). Tal obligación, impuesta vía pretoriana con fundamento en una interpretación del Tratado a la luz de un derecho fundamental como la tutela judicial efectiva, sería finalmente incorporada, tal cual, al propio Tratado con la reforma de Lisboa (cfr. artículo 19.1 TUE, párrafo segundo). En la misma línea, en el sentido de interpretar el sistema de acceso de los particulares a Luxemburgo a la luz del artículo 47 de la Carta, cfr. asunto Inuit Tapiriit Kanatami e.a. v. Parlamento y Consejo (C-583/11 P), resuelto por Sentencia de 3 de octubre de 2013.

¹²² Sobre la relevante “fuerza persuasiva” que suele atribuírsele a estos informes explicativos en el proceso de interpretación de los acuerdos internacionales, cfr. con carácter general, p.e., S. Fatima, *Using International Law in Domestic Courts*, Hart, 2005, p. 154 y ss.

¹²³ Cfr. FJ 242.

¹²⁴ Cfr. también en esta línea J. Negrelis, *The Accession of the EU to the European Convention on Human Rights. A critical analysis of the Opinion of the European Court of Justice*, Sieps 2015 (3), pp.27-28, rematando su opinión en los siguientes términos: “De hecho, este es uno de los puntos del Dictamen en relación con el cual sería lícito sospechar, creo, que el Tribunal de Justicia estaría deseando por encima de todo rechazar la adhesión, de manera que, una vez tomada la decisión en tal sentido, su esfuerzo se habría volcado en la búsqueda de posibles argumentos con los que poder respaldar y justificar su posición”.

10. Llegamos así a la última de las objeciones argüida por el TJUE, concerniente a la atribución por el Acuerdo de competencia al TEDH para controlar la PESC a la luz del CEDH.

Pues bien, adelanto al respecto que, en mi opinión, volvió aquí el TJUE, como hizo al fundamentar su objeción concerniente al artículo 344 TFUE, a respaldar su argumentación recurriendo a una tergiversación de su propia doctrina.

Dicha argumentación, sencilla y escueta¹²⁵ pese a referirse a la objeción más difícil, llegado el caso, de sortear¹²⁶, se nos presenta en los siguientes términos¹²⁷: 1) “en el estado actual del Derecho de la Unión, determinados actos adoptados en el marco de la PESC escapan al control jurisdiccional del Tribunal de Justicia”¹²⁸; 2) “tal situación es inherente a la regulación de las competencias del Tribunal de Justicia establecida en los Tratados y, como tal, únicamente puede justificarse desde la perspectiva del Derecho de la Unión”; 3) el Acuerdo, por su parte, prevé que “el TEDH estaría facultado para pronunciarse sobre la conformidad con el CEDH de ciertos actos, acciones u omisiones que se producen en el marco de la PESC, y en particular, de aquellos cuya legalidad desde el punto de vista de los derechos fundamentales escapa a la competencia del Tribunal de Justicia”; y 4) “el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de declarar que la competencia para efectuar un control jurisdiccional de actos, acciones u omisiones de la Unión, incluso desde el punto de vista de los derechos fundamentales, no puede atribuirse en exclusiva a un órgano jurisdiccional internacional que se encuentre fuera del marco institucional y jurisdiccional de la Unión”.

Podrá advertir el lector que el TJUE reviste su conclusión de una absoluta coherencia en relación con su doctrina preexistente. Y sucede que, sin embargo, tal coherencia está lejos de ser cierta.

En efecto, esa ocasión a la que el TJUE se refiere, en la que habría negado la posibilidad de “atribuir en exclusiva a un órgano jurisdiccional internacional que se encuentre fuera del marco institucional y jurisdiccional de la Unión” el control sobre determinados ámbitos de su Derecho, sería el Dictamen 1/09, de 8 de marzo de 2011, sobre el Proyecto de Acuerdo por el que se pretendía crear un Sistema Unificado de Resolución de Litigios sobre Patentes. Pero si se lee con un mínimo de detenimiento los FFJJ del Dictamen 1/09 a los que expresamente remite el Dictamen 2/13¹²⁹, se observa de inmediato que el

¹²⁵ A ella dedica el TJUE 10 de los 258 FFJJ de que consta su Dictamen.

¹²⁶ Habida cuenta de que su superación tendría que pasar, inexorablemente, bien por una improbable reforma de los Tratados de la Unión (en posibles direcciones opuestas, i.e., superando expresamente la objeción del TJUE o atribuyéndole plenas competencias en el ámbito de la PESC), bien por una no menos improbable reforma del acuerdo de adhesión, excluyendo la competencia del TEDH en dicho ámbito de la PESC de manera marcadamente privilegiada para la Unión (amén de discutible jurídicamente, dada la naturaleza general de la reserva y la prohibición al respecto del artículo 57.1 CEDH) si comparada su situación con la del resto de Partes Contratantes del CEDH. Cfr. en esta línea, p.e., la Editorial de la *Common Market Law Review* citada en nota 1 (p.14). Y es que, en efecto, conviene no olvidar que “así como el Acuerdo de Adhesión no debe vulnerar la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión, así tampoco debe vulnerar la integridad del sistema jurídico del CEDH” (cfr. J. Odermatt, *A Giant Step Backwards? Opinion 2/13 on the EU's Accession to the European Convention on Human Rights*, Leuven Centre for Global Governance WP 150, 2015, p. 14).

¹²⁷ FFJJ 252-254 y 256.

¹²⁸ Cfr. artículo 275 TFUE.

¹²⁹ FFJJ 78, 80 y 89 del Dictamen 1/09 (cfr. FJ 256 del Dictamen 2/13).

supuesto entonces abordado por el TJUE diferiría sensiblemente del ahora examinado: mientras que el Acuerdo sobre el Tribunal europeo y comunitario de patentes implicaba privar al TJUE de competencias que tenía en virtud de los Tratados de la Unión en el ámbito de la patente comunitaria¹³⁰, el Acuerdo de Adhesión al CEDH no privaría de nada al TJUE en el ámbito de la PESC¹³¹, sino que se limitaría, según hemos visto, a atribuir al TEDH jurisdicción sobre determinados actos de la Unión expresamente excluidos de la competencia del TJUE; atribución ésta, cabe señalar de nuevo, todo lo discutible que se quiera desde una perspectiva política¹³², pero no, creo, jurídica¹³³ (no, desde luego, haciendo descansar todo el peso de la objeción, como hizo el TJUE, en una previa doctrina que, sencillamente, no vendría al caso¹³⁴).

Vuelve así, y con ello concluyo el presente análisis, a aflorar al final del Dictamen, una vez más, la endeblez de una motivación que parece situar el pronunciamiento del TJUE en un terreno más próximo a lo político que a lo jurídico¹³⁵, razón ésta, por sí sola y al

¹³⁰ Concretamente, el Acuerdo privaba al TJUE de su competencia para responder en dicho ámbito, con carácter prejudicial, a las cuestiones planteadas por los órganos jurisdiccionales nacionales (cfr. FJ 89, según el cual “el acuerdo previsto, al atribuir una competencia exclusiva para conocer de numerosas acciones ejercidas por los particulares en el ámbito de la patente comunitaria, así como para interpretar y aplicar el Derecho de la Unión en esa materia, a un órgano jurisdiccional internacional que se sitúa fuera del marco institucional y jurisdiccional de la Unión, privaría a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de sus competencias para la interpretación y aplicación del Derecho de la Unión, así como al Tribunal de Justicia de la suya para responder con carácter prejudicial a las cuestiones planteadas por esos órganos jurisdiccionales, y, como consecuencia, desvirtuaría las competencias que los Tratados confieren a las instituciones de la Unión y a los Estados miembros que son esenciales para la preservación de la naturaleza misma del Derecho de la Unión”).

¹³¹ Más allá, en coherencia con el objetivo principal de la adhesión, de privarle de la última palabra, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, en relación con los actos de la PESC abiertos, excepcionalmente, a su control judicial.

¹³² De hecho, la extensión de la adhesión al ámbito de la PESC fue objeto de una fuerte oposición, hasta el final de las negociaciones, por parte de algunos Estados miembros, particularmente Francia: cfr. Documento del Consejo de la Unión no. 16385/11, de 8 de noviembre de 2011.

¹³³ Coincido así con la opinión de la Abogado General, que no puso el más mínimo reparo al Acuerdo en este concreto punto (cfr., adelantando su posición definitiva, el CDO 196 *in fine*).

¹³⁴ Lo cual, dicho sea de paso y como ya he sostenido en otro lugar (cfr. Tribuna de la Revista Española de Derecho Europeo, 2015, nº 53), podría inducir a comparar esta actitud del TJUE, en relación con la PESC, con la del perro del hortelano, que, en versión del refranero de Hernán Núñez de 1555, ni comería berzas ni las dejaría comer al extraño. Peor parado, añadido ahora, saldría el TJUE si esta comparación se hiciera con el perro no ya del hortelano, sino del pesebre, con el que Luciano de Samósata concluyó, en el siglo II, su diatriba contra el ignorante que compraba muchos libros y que nunca los prestaba, actuando así como el perro en el pesebre, que ni comería el grano ni lo dejaría comer al caballo (o al buey, en versión de la fábula, de tradición esópica, incorporada en la recopilación medieval bilingüe –latín/alemán– de Heinrich Steinhöwel). Así, mientras que el comportamiento del perro del hortelano podría insinuar cierto sentido del deber (la protección de la huerta del amo, entiéndase en el caso del Luxemburgo, del sistema político y jurídico de la Unión Europea frente a injerencias externas), el del perro en el pesebre no parece tener otro trasfondo que la pura envidia (no otro trasfondo, desde luego, tiene en algunas de las inmediatas traducciones al castellano del corpus esópico de Steinhöwel, donde la fábula del *canis in praesepio* pasó a titularse la fábula de “el perro envidioso”; perro envidioso que, en la historia que nos ocupa, representaría a Luxemburgo, celoso de Estrasburgo, buey esópico al que el acuerdo de adhesión vendría a otorgar competencia directa sobre un ámbito del Derecho de la Unión, el de la PESC, excluido del control judicial en el seno de la propia Unión).

¹³⁵ Ninguna duda parece albergar al respecto, p.e., Henri Labayle, quien llega a calificar la actitud del TJUE como “deliberadamente política” (cfr. *La guerre des juges n’aura pas lieu. Tant mieux ? Libres propos sur l’avis 2/13 de la Cour de justice relatif à l’adhésion de l’Union à la CEDH*, Réseau Universitaire Européen. Droit de l’Espace de liberté, sécurité et justice, 22 décembre 2014).

margen de otras consideraciones¹³⁶, suficiente, en mi opinión, para merecer una desaprobación razonada en Derecho.

¹³⁶ Concernientes, por ejemplo y según cabría polemizar, al tono arrogante del Dictamen o a la actitud desleal de Luxemburgo hacia Estrasburgo. Y ello, a su vez, también al margen de la incertidumbre que, como consecuencia directa del Dictamen, nos pueda deparar, como mínimo a medio plazo, la protección multinivel de los Derechos fundamentales en Europa.