

EL TJUE PIERDE EL RUMBO EN EL DICTAMEN 2/13: ¿MERECE TODAVÍA LA PENA LA ADHESIÓN DE LA UE AL CEDH?

JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES¹

A Araceli Corres, in memoriam

Revista de Derecho Comunitario Europeo
ISSN-L 1138-4026, núm. 52, Madrid, septiembre/diciembre (2015), pp. 825-869
<http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rdce.52.01>

Cómo citar/Citation

Martín y Pérez Nanclares, J. (2015). El TJUE pierde el rumbo en el Dictamen 2/13: ¿merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 52, 825-869.
doi: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rdce.52.01>

Resumen

El 18 de diciembre de 2014 el TJUE emitió el dictamen 2/13 en el que, en respuesta a la solicitud planteada por la Comisión de acuerdo con el art. 218.11 TFUE, consideró que el Proyecto de Acuerdo de Adhesión de la UE al CEDH no es compatible con el art. 6.2 TUE ni con el Protocolo núm. 8 TUE. Esta incompatibilidad deriva de cinco elementos fundamentales, a saber, las características específicas y el

¹ Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Salamanca. Actualmente es jefe de la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC. Este trabajo se inserta dentro de un proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad español (DER 2012-36703) «El diálogo judicial en el espacio europeo multinivel: las relaciones del TJUE con los Tribunales Constitucionales, el TEDH y otros tribunales internacionales» y del que el autor es su investigador principal. Las opiniones vertidas en este trabajo se realizan a título estrictamente personal y no comprometen al Ministerio para el que trabaja el autor.

principio de autonomía del Derecho de la Unión, el alcance del art. 344 TFUE, la figura del codemandado, el mecanismo de intervención previa del TJUE y el control jurisdiccional de la PESC. El Tribunal de Justicia, a diferencia de lo propuesto por la abogada general KOKOTT, opta por una interpretación tan extensiva del principio de autonomía de la Derecho de la Unión que hace realmente muy difícil la adhesión. Se trata de un pronunciamiento del TJUE que merece una valoración crítica negativa. Además de impedir la adhesión de la UE al CEDH en los términos negociados en el Proyecto de Acuerdo de Adhesión, este dictamen tendrá probablemente una incidencia también negativa en el diálogo judicial del TJUE con el TEDH y con los Tribunales Constitucionales nacionales. Plantea, a la postre, la pregunta de si todavía merece la pena seguir intentando la adhesión de la UE al CEDH. La respuesta no es sencilla, pero, en última instancia, no le corresponde darla al TJUE sino a los Estados miembros.

Palabras clave

Dictamen 2/13; adhesión de la UE al CEDH; derechos humanos; diálogo judicial; Tribunal de Justicia de la Unión Europea; Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Convenio Europeo de Derechos Humanos; Carta de la Unión Europea de Derechos Humanos.

THE ECJ LOSES DIRECTION IN OPINION 2/13: IS THE EU'S ACCESSION TO THE ECHR STILL WORTHY?

Abstract

On 18 December 2014 the CJEU issued Opinion 2/13 in which, on reply to the request for interpretation filed by the Commission in accordance with Article 218(11) TFEU, it ruled that the Draft Accession Agreement of the EU to the ECHR is not compatible with Article 6(2) TEU nor with Protocol no. 8 TEU. This incompatibility derives from five fundamental elements, namely, the specific characters and the principle of autonomy of EU law, the scope of Article 344 TFEU, the role of co-defendant, the prior intervention mechanism of the CJEU and judicial review of CFSP. The Court of Justice, departing from AG Kokott's opinion, opts for such an extensive interpretation of the principle of autonomy of EU law that renders accession almost impossible. This ruling of the ECJ deserves very negative criticism. Not only it impedes accession of the EU to the ECHR in the terms negotiated in the Draft Agreement, this Opinion is likely to negatively influence as well the judicial dialogue between the ECHR and the ECJ and with the Constitutional Courts of the Member States. It finally raises the question of whether it is still worth for the EU to continue trying to access to the ECHR. The reply to this question is not easy. However, it ultimately falls not on the CJEU, but on Member States.

Key words

Opinion 2/13; EU's accession to the ECHR; human rights; judicial dialogue; Court of Justice of the European Union; European Court of Human Rights; European Convention of Human Rights; Charter of Fundamental Rights of the European Union.

LA COUR DE JUSTICE PERD LE NORD DANS L'AVIS 2/13: L'ADHÉSION DE L'UE À LA CEDH EN VAUT-ELLE ENCORE LA PEINE?

Résumé

Le 18 décembre 2014 la Cour de Justice de L'Union européenne a statué dans l'avis 2/13 et, en réponse à une demande de la Commission conformément à l'article 218.11 TFUE, a trouvé que le Projet d'accord d'adhésion de l'UE à la CEDH n'était compatible ni avec l'article 6.2 TUE ni avec le Protocole no. 8 TUE. Cette incompatibilité découle de cinq éléments fondamentaux, à savoir la spécificité et l'autonomie du droit de l'Union, la portée de l'article 344 TFUE, la figure du codéfendeur, le mécanisme d'intervention préalable de la CJUE et le contrôle juridictionnel de la PESC. La Cour de Justice, contrairement à ce qui a été proposé par l'Avocat Général Kokott dans ses conclusions, a opté par une interprétation tellement extensive du principe de l'autonomie du droit de l'Union qu'elle rend l'adhésion vraiment difficile. Cette décision de la Cour mérite une critique clairement négative. En plus d'empêcher l'adhésion de l'UE à la CEDH dans les termes négociés au Projet d'accord d'adhésion, cet avis aura très probablement une incidence aussi négative dans le dialogue judiciaire entre la CJUE et la CEDH et avec les Cours constitutionnelles des États membres. Il pose, en fin de compte, la question de savoir s'il vaut encore la peine de poursuivre les efforts d'adhésion de l'UE à la CEDH. La réponse n'est pas facile, mais, en dernier ressort, elle n'incombe pas à la Cour de justice mais aux États membres.

Mots clés

Avis 2/13; adhésion de l'UE à la CEDH; droits de l'homme; dialogue judiciaire; Cour de Justice de l'Union européenne; Cour européenne des droits de l'homme; Convention européenne des droits de l'homme; Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

SUMARIO

I. PUNTO DE PARTIDA: EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DICE NO AL PROYECTO DE ACUERDO DE ADHESIÓN DE LA UE AL CEDH. II. AUTONOMÍA NO ES LO MISMO QUE AUTISMO: LA CONFIANZA MUTUA CASA MAL CON LA IMPOSICIÓN UNILATERAL: 1. La autonomía no permite ignorar el mandato del art. 6.2. TUE: menos aún poner en tela de juicio la pertinencia de su inclusión en los tratados constitutivos; 2. El estándar de protección: una cómoda coraza para no recoger el guante lanzado por el TEDH en su jurisprudencia *Bosphorus*; 3. La confianza mutua en el ámbito del ELSJ: un problema inesperado; 4. El repentino escollo del Protocolo 16: una interpretación difícil de comprender. III. DIÁLOGO NO ES LO MISMO QUE MONÓLOGO: TAMBIÉN SE IMPARTE JUSTICIA SOBRE DERECHOS HUMANOS MÁS ALLÁ DEL PLATEAU DE KIRCHBERG: 1. El esperado escollo de la PESC: un rechazo a la adhesión sin el más mínimo esfuerzo argumental; 2. Otra argumentación jurídica era posible: rechazo de todos los posibles argumentos para salvar las dificultades derivadas de la competencia limitada del TJUE en materia PESC. IV. DIFICULTAD (TÉCNICA) NO ES LO MISMO QUE IMPOSIBILIDAD (TOTAL): LA FALTA DE VOLUNTAD INTERPRETATIVA CONFORME AL ART. 6.2 TUE: 1. El mecanismo de pronunciamiento previo del TJUE: una concesión a las peculiaridades de la Unión; 2. La figura del codemandado: incompatibilidad forzada por posible afectación del reparto de competencias; 3. El art. 344 TFUE: otro obstáculo perfectamente soslayable. V. PUNTO DE LLEGADA: ¿SIGUE MERECIENDO LA PENA LA ADHESIÓN DE LA UE AL CEDH?: 1. Valoración (muy) crítica del dictamen: posible incidencia en el diálogo judicial europeo; 2. ¿Segue mereciendo la pena la adhesión de la Unión al CEDH?: La respuesta final no compete al Tribunal de Justicia.

I. PUNTO DE PARTIDA: EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DICE NO AL PROYECTO DE ACUERDO DE ADHESIÓN DE LA UE AL CEDH

En las páginas de esta misma revista, escribíamos en 2014 un editorial titulado «Cita con la ambición»². Considerábamos entonces que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), al enfrentarse al dilema que le plan-

² *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 2014, núm. 48, pp. 379-399.

teaba la solicitud de dictamen a propósito de la tan traída y llevada adhesión de la UE al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 (CEDH), tenía ante sí una de esas contadas ocasiones en las que podía demostrar su naturaleza de verdadero *Tribunal Constitucional* de la comunidad de Derecho que es la Unión; y debía hacerlo, sobre todo, con particular esmero en la argumentación jurídica de que se sirviera, porque tenía posadas sobre él muchas miradas³. A la postre, el Alto Tribunal tenía en sus manos una oportunidad de oro para contribuir a la imprescindible convergencia entre las dos organizaciones internacionales más innovadoras del mundo en sus respectivos ámbitos, a saber, la integración regional supranacional con elementos federalizantes, en el caso de la Unión Europea, y el eficaz control judicial externo de los derechos fundamentales, en el caso del Consejo de Europa y el CEDH. Tenía, sobre todo, la oportunidad de dar un impulso definitivo al necesario *diálogo judicial* entre dos de los tres niveles que conforman el triángulo judicial constitucional en el *espacio jurídico europeo multinivel* —los Tribunales Constitucionales, el TJUE y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)—; si no, en el fondo, entre los tres niveles, ya que los Tribunales Constitucionales miraban también de reojo la posición que tomara el TJUE en un tema, como la garantía de los derechos humanos en la UE, sobre el que ha pivotado hasta ahora su *diálogo judicial*. Pues bien, una vez conocido el contenido de la posición por la que ha optado el Pleno del TJUE⁴ y transcurrido ya el tiempo suficiente para que el posible «calentón intelectual» de una primera lectura del dictamen dejase paso a una reflexión más sosegada sobre el alcance y consecuencias del mismo, parece claro que el Alto Tribunal de la Unión dio plantón a su «cita con la ambición».

No creo que se nos pueda acusar de haber sido nunca particularmente beligerantes frente a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Antes al contrario, siempre hemos reconocido la impagable aportación que esta institución ha hecho al proceso de construcción del peculiar ordenamiento jurídico de la Unión. Pero en esta ocasión, en nuestra opinión, el Tribunal de Justicia no

³ Estimábamos, en concreto, que el TJUE estaba «llamado a dictar con altura de miras, una resolución de trascendencia constitucional susceptible de influir de manera relevante en el devenir del proceso de integración europea y, en este caso, también en las relaciones con el sofisticado sistema de protección internacional de derechos humanos construido en el marco del Consejo de Europa. El Tribunal de justicia deb[ía] responder al desafío con una construcción argumental basada obviamente en el Derecho, pero a sabiendas de la enorme repercusión que cobrará la opción por una u otra de las posibles interpretaciones»; *loc. cit.*, pp. 397-398.

⁴ Dictamen 2/2013, de 18 de diciembre de 2014; EU:C:2014:2454.

ha estado en modo alguno a la altura de lo que se esperaba de él; y no lo ha estado ni en la respuesta dada a la pregunta ni, sobre todo, en la argumentación jurídica empleada para llegar al rotundo «no» por el que se ha decantado. Ha desaprovechado, además, una ocasión irreplicable para reforzar su posición *constitucional* en relación con el TEDH y con los Tribunales Constitucionales. Lejos de afrontar esta situación con ambición, ha exhibido una miopía jurídica digna de mejor ocasión.

En efecto, el TJUE ha optado por dar un sonoro portazo al proyecto de adhesión de la UE al CEDH, a pesar de que la abogada general Kokott⁵ y buena parte de la doctrina más reputada⁶ habían abierto sendas perfectamente transitables para alcanzar un pronunciamiento que hubiera dejado expedito el camino de la adhesión de la UE al CEDH y que permitían, además, la introducción (con inteligencia e imaginación) de cautelas o reservas suficientes para preservar convenientemente la autonomía del ordenamiento de la UE⁷. Así, a la conocida pregunta de si «es compatible con los Tratados el Proyecto de Acuerdo de Adhesión de la UE al CEDH» (en adelante, PAA), el TJUE

⁵ Abogada general Kokott, opinión 2/13, EU:C:2014:2475.

⁶ Aunque no sea ya momento de detenernos en ello, cabe recordar que la solicitud de este dictamen había provocado (y sigue provocando) un buen número de trabajos científicos de gran altura científica con reflexiones y propuestas muy valiosas y bien argumentadas. Sin salirnos del marco de esta misma revista, pueden recordarse una vez más las interesantes aportaciones de José Manuel CORTÉS MARTÍN, «Sobre el sistema unionista de protección de los derechos humanos y la ruptura de la presunción de su equivalencia con el CEDH», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 2013, núm. 46, pp. 935-971; Rafael MARÍN ASÍS, «La adhesión de la Unión Europea al Convenio de Roma. El cumplimiento de las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Derechos humanos en el ordenamiento jurídico de la UE», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2013, núm. 44, pp. 233-276; Santiago MUÑOZ MACHADO, «Los tres niveles de garantías de los derechos fundamentales en la Unión Europea: problemas de articulación», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2015, núm. 50, pp. 195-230; Susana SANZ CABALLERO, «Crónica de un adhesión anunciada: algunas notas sobre las negociaciones de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2011, núm. 38, pp. 99-128.

⁷ Ciertamente, como ya indicábamos también en el editorial citado, las preguntas planteadas en la vista oral por algunos de los jueces —incluidos su presidente y vicepresidente— hacían presagiar dificultades ya conocidas en ámbitos como la PESC y otras inesperadas en materias como el Protocolo 16. Pero de ahí a (prácticamente) cegar por completo todas las posibles vías de solución que la abogada general le había ido ofreciendo para facilitar una «adhesión condicionada» dista un buen trecho.

consideró de manera rotunda que «no es compatible con el art. 6 apartado 2 ni con el Protocolo (núm. 8) sobre el apartado 2 del art. 6 del Tratado de la Unión Europea relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales»⁸.

Para desembocar en esa tajante conclusión final, el TJUE despacha la nada baladí cuestión de la admisibilidad sin apenas prestar atención a la ausencia de «reglas internas»⁹. A renglón seguido, comienza sus 104 fundamentos jurídicos¹⁰ con las preceptivas referencias —muy oportunas en un dictamen de dimensión *constitucional* como este— a la naturaleza de la Unión. En esta ocasión, introduce la novedosa alusión a que «la Unión, desde el punto de vista del Derecho Internacional, no puede, por su naturaleza, ser considerada un Estado»¹¹, que resulta un elemento claramente diferenciador del resto de las partes contratantes del CEDH y, con ello, configura la base conceptual adecuada sobre la que el TJUE construye su argumentación posterior. Aparte, reitera las ya consabidas especificidades del ordenamiento jurídico de la Unión —derivadas de principios capitales como el de autonomía, primacía y efecto directo¹²—, así como la existencia de principios

⁸ Tenor literal del dictamen 2/13 emitido por el Tribunal de Justicia.

⁹ Apartados 141 a 151. El Tribunal de Justicia considera que el conjunto de instrumentos que ha facilitado la Comisión «proporciona un marco suficientemente completo y preciso de las condiciones en que debería producirse la adhesión prevista y permite por lo tanto al Tribunal de Justicia apreciar la compatibilidad de dichos Proyectos con los Tratados» (apartado 148). Y despacha la justificación de su posición en la circunstancia, por otro lado evidente en sí misma, de que «su carácter de Derecho interno de la Unión excluye que puedan ser objeto del presente procedimiento de dictamen, que únicamente puede referirse a acuerdos internacionales que la Unión haya previsto celebrar» (apartado 149). Las posiciones sostenidas por un buen número de Estados no se referían, obviamente, a que el TJUE hubiera de pronunciarse sobre las reglas internas (inexistentes) sino más bien sobre el carácter prematuro de la solicitud del dictamen, sin haber presentado aún una propuesta de reglas, y, sobre todo, las potencialidades materiales de esas reglas para solventar en el plano interno algunas de las posibles dudas de compatibilidad que pudieran plantearse. La abogada general Kokott había llegado a idéntica conclusión en su opinión de 13 de junio de 2014 (puntos 16 a 24) y, salvo la referencia añadida al principio de equilibrio institucional (punto 22), la argumentación era idéntica a la desplegada después por el Tribunal de Justicia (apartado 145) en torno a su jurisprudencia previa sobre la materia; dictámenes 2/94 (EU:C:1996:140, apartado 3), 1/08 (EU:C:2009:739, apartado 107) y 1/09 (EU:C:2011:123, apartado 47)

¹⁰ Apartados 153 a 257.

¹¹ Apartado 156.

¹² Apartado 166.

fundacionales propios¹³, el carácter *constitucional* de los tratados constitutivos¹⁴ y la existencia de valores fundamentales de la Unión¹⁵, entre los que la Carta de Derechos Fundamentales juega un papel esencial¹⁶. En esta misma línea preparatoria de su pronunciamiento y sobre la base anterior, el Tribunal de Justicia aterriza en su papel como garante de la coherencia y la unidad en la interpretación del Derecho de la Unión¹⁷, constituyendo ese precisamente el autónomo y específico marco *constitucional* en el que ha de interpretarse cualquier cuestión relativa a los derechos fundamentales. A partir de ahí, justifica la incompatibilidad del PAA al CEDH (y sus documentos acompañantes) con los tratados constitutivos sobre cinco motivos fundamentales¹⁸: en primer lugar, sobre las características específicas y la autonomía del Derecho de la Unión¹⁹; en segundo lugar, sobre el alcance del art. 344 TFUE²⁰; en tercer lugar, sobre el mecanismo del codemandado²¹; en cuarto lugar, sobre el procedimiento de intervención previa del Tribunal de Justicia²²; y, en quinto lugar, sobre las características específicas del Derecho de la Unión por lo que respecta al control jurisdiccional en materia de PESC²³.

Así las cosas, para sostener adecuadamente y en términos estrictamente jurídicos nuestra posición valorativa a propósito del dictamen, parece razonable dedicar las siguientes páginas a analizar las concretas respuestas dadas a las preguntas planteadas por la Comisión, desde tres tesis bien concretas, que pretenden poner de manifiesto las contradicciones en las que, en nuestra opinión, incurre el dictamen: autonomía no es lo mismo que autismo (II), diálogo no es lo mismo que monólogo (III), dificultad no es lo mismo que imposibilidad (IV). Finalmente, a la vista de tales reflexiones, arribaremos al punto de llegada del trabajo (V), en el que nos plantearemos básicamente la pregunta de si todavía sigue mereciendo la pena adherirse al CEDH. No entraremos ya, por tanto, ni en los antecedentes del dictamen ni en el proceso de negociación ni en el contenido

¹³ Apartados 158 a 162.

¹⁴ Apartado 163. El término *constitucional* es empleado, de manera más profusa que en anteriores ocasiones, en diversos apartados del dictamen (por ejemplo, apartados 158, 163, 177).

¹⁵ Apartado 168.

¹⁶ Apartado 169.

¹⁷ Apartado 174.

¹⁸ Letras a) a e) del epígrafe 2 del punto B (Sobre el fondo) del dictamen.

¹⁹ Apartados 179 a 200.

²⁰ Apartados 201 a 214.

²¹ Apartados 215 a 235.

²² Apartados 236 a 248.

²³ Apartados 249 a 258.

del PAA (y los cuatro documentos que lo acompañan²⁴), que ya han sido suficientemente tratados con anterioridad²⁵.

II. AUTONOMÍA NO ES LO MISMO QUE AUTISMO: LA CONFIANZA MUTUA CASA MAL CON LA IMPOSICIÓN UNILATERAL

1. LA AUTONOMÍA NO PERMITE IGNORAR EL MANDATO DEL ART. 6.2. TUE: MENOS AÚN PONER EN TELA DE JUICIO LA PERTINENCIA DE SU INCLUSIÓN EN LOS TRATADOS CONSTITUTIVOS

De entrada, el punto de partida de cualquier análisis o valoración crítica que se haga del dictamen 2/2013 debería no perder de vista que, desde una perspectiva *material*, los derechos reconocidos en el CEDH han sido ya incorporados al ordenamiento jurídico de la Unión de manera plena: primero, a través de la jurisprudencia del propio TJUE, mantenida tras el Tratado de Lisboa a través del art. 6.3 TUE; y, después, a través de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, cuyo art. 52.3 deja claro que, en la medida en que la Carta contenga derechos garantizados por el CEDH, «su sentido y alcance serán iguales a los que se les confiere en dicho Convenio», así como también prevé que ello «no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa»²⁶.

²⁴ Se trata, en concreto, de un Proyecto de Declaración de la Unión Europea en el momento de la firma del Acuerdo de Adhesión, un Proyecto de norma para añadir a las Normas del Comité de Ministros para la supervisión de la ejecución de las sentencias y los términos de los arreglos amistosos en los asuntos en que la Unión es parte, un Proyecto de entendimiento entre la Unión Europea y X y un Proyecto de informe explicativo del Acuerdo de Adhesión de la Unión Europea al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; CDDH 47+1 (2013) 008 rev.2, de 10 de junio de 2013. Véase, por todos, Vasiliki KOSTA, Nikos SKOUTARIS y Vassili TZEVELEKOS (dirs.), *The EU Accession to the ECHR*, Hart Publishing, Oxford, 2014.

²⁵ Nos remitimos para ello a nuestro anterior trabajo, «La adhesión de la Unión Europea al CEDH: algo más que una cuestión meramente jurídica», *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, Working Paper, 2012, núm. 14, pp. 1-14 (disponible también en inglés en una versión ampliada). Una añadida relación bibliográfica muy completa se encuentra en el apéndice del trabajo de Javier GONZÁLEZ VEGA, «La teoría del *big bang* o la creciente distancia entre Luxemburgo y Estrasburgo. Comentario al dictamen 2/2013», *La Ley-Unión Europea*, 2015, núm. 25, pp. 1-31.

²⁶ Sobre esta disposición véase *in extenso* Araceli MANGAS MARTÍN, «Art. 52», en *ib.* (dir.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea* —

De lo que se trataba ahora era de completar esa perspectiva *material* de plena incorporación de los derechos del CEDH al ordenamiento de la Unión, con el paso final que encarnaba una adhesión *formal* de la Unión al CEDH. Suponía la incorporación al ámbito de la UE del mecanismo de control judicial externo por parte del TEDH, de modo similar al ya existente para todos los Estados parte del CEDH, incluidos los 28 Estados miembros de la UE²⁷. En suma, se trataba de permitir que, en cumplimiento del mandato de adhesión recogido en el art. 6.2 TUE, se permitiera al TEDH la realización de un control judicial externo sobre el cumplimiento de los derechos fundamentales recogidos en el CEDH por los actos realizados por las instituciones de la Unión o por los Estados miembros, cuando apliquen Derecho de la Unión.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia parece olvidar que el mencionado precepto recoge, por voluntad manifiesta de los *Herren der Verträge*, un claro mandato de adhesión de la Unión al CEDH²⁸. Para bien o para mal, el Tratado de Lisboa cerró definitivamente la discusión y lo que ahora tocaba era dar cumplimiento de la mejor forma posible y con altitud de miras al referido mandato. Por ello, por mucho que la interpretación jurídica del art. 6.2 TUE plantee dificultades de muy dispar índole, entre los que la plasmación práctica del mencionado mandato de adhesión encuentra compañía con otros problemas muy diversos²⁹, en modo alguno cabe ignorar su contenido.

Comentario artículo por artículo, Fundación BBVA, Madrid, 2008, pp. 826-851.

²⁷ Como establece el propio TJUE, se trataba de que «el CEDH, al igual que cualquier otro acuerdo internacional celebrado por la Unión, obligaría, en virtud del art. 216 TFUE, apartado 2, a las instituciones de la Unión y a los Estados miembros y, por lo tanto, formaría parte integrante del Derecho de la Unión» (apartado 180). Y, por lo tanto, «la Unión, como cualquier otra parte contratante [del CEDH], estaría sujeta a un control externo que tendría por objeto el respeto de los derechos y libertades fundamentales que la Unión se comprometería a respetar con arreglo al art. 1 del CEDH» (apartado 181).

²⁸ Dice literalmente que «la Unión *se adherirá* al Convenio». No dice que «*podrá adherirse*» o que «*favorecerá* la adhesión» o que «*contribuirá* a la adhesión»... En varias lenguas de la Unión se emplea el presente de indicativo en la formulación del precepto («*L'Union adhère*», «*L'Unione aderisce*», «*A uniao adere*», «*Die Union tritt... bei*», etc.) con una carga claramente imperativa. Quizá la versión inglesa («*The Union shall accede*») resulta algo menos contundente.

²⁹ No es momento de detenerse en un análisis jurídico del alcance de la atribución de competencia a la UE para adherirse al CEDH (art. 6.2 TUE), que introdujo el Tratado de Lisboa, y su relación con el mantenimiento en el art. 6.3 TUE de la tradicional doctrina jurisprudencial del TJUE, en el sentido de que tanto los derechos fundamentales que garantiza el CEDH como los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros «formarán parte del Derecho

Es más, al examinar el dictamen, alguien podría creer leer entre líneas incluso una cierta crítica del TJUE a los propios Estados miembros por haber incluido tal referencia en los tratados constitutivos, como una suerte de reverso a la incorporación por referencia de la Carta (art. 6.1 TUE). Probablemente sería una conclusión precipitada y simple o, como poco, imposible de probar³⁰. Pero lo que sí resulta evidente es que el Tribunal de Justicia se ha ahorrado cualquier esfuerzo de articular una argumentación jurídica que tratase de resultar conforme —como esa *interpretación conforme* que tanto emplea al enfrentarse a cuestiones diarias del Derecho de la Unión— con el tenor del art. 6.2 TUE (interpretación literal); con el propósito del legislador (interpretación teleológica); y con el carácter complementario e inseparable que la adhesión representa respecto de la Carta (art. 6.1 TUE) y con el mantenimiento del papel jurisprudencial flexibilizador (art. 6.3 TUE) (interpretación sistemática). La lectura del dictamen levanta inevitablemente la desasosegante sensación de que el Tribunal de Justicia va justamente buscando lo contrario. Parece como si tratara de acumular todas las pegadas jurídicas posibles y de estirar al máximo las dificultades técnicas, ciertamente existentes, para terminar desvirtuando en la práctica el claro y taxativo fin fijado por el art. 6.2 TUE³¹.

Una cosa es defender con celo el papel del TJUE como *Tribunal Constitucional* de la Unión y considerar, por ejemplo, que el acuerdo al que se adhiera la Unión «únicamente puede afectar a sus propias competencias si se cumplen los requisitos esenciales para la preservación de la naturaleza de éstas y, por lo tanto, no se pone en peligro la autonomía del sistema jurídico

de la Unión como principios generales». Conviene, en todo caso, tener presente que se trata de una cuestión que plantea problemas jurídicos de cierta enjundia. Véase, a título de ejemplo, Graine DE BURCA, «The Road not Taken: The European Union as a Global Human International Law», *American Journal of International Law*, 2011, núm. 105, p. 649; Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHERE, «Challenges for the Protection of Fundamental Rights in the EU at the Time of the Entry into Force of the Lisbon Treaty», *Fordham International Law Journal*, 2011, núm. 33, p. 1776; Ferdinand SCHORKOPF, «Art. 6», en Ernst GRABITZ, Meinhard HILF y Martin NETTESHEIM (eds.), *Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV*, Beck Verlag, Munich, 2015, especialmente apdo. D, II.

³⁰ No obstante, los presentes en la vista oral recordarán el tenor de las preguntas formuladas por uno de los jueces integrantes del TJUE y, más aún, la incrédula reacción del interpelado.

³¹ En cierto sentido, la formulación del dictamen recuerda en muchos de sus pasajes a esos informes jurídicos que en algunas ocasiones toca hacer a todo jurisconsulto en que, por los motivos que fuere, se fija el resultado al que se desea llegar y, a partir de ahí, se articula convenientemente la batería argumentativa.

comunitario»³², y otra bien diferente llevar hasta sus últimas consecuencias la premisa de que «no debe tener por efecto imponer a la Unión y a sus instituciones, en el ejercicio de sus competencias internas, una interpretación determinada de las normas del Derecho de la Unión»³³. Por supuesto que la interpretación del TEDH puede tener como efecto imponer a la Unión —y al propio TJUE— una interpretación determinada de la norma del Derecho de la Unión. Precisamente esa es su labor y, en el fondo, es una cuestión directamente relacionada con la del estándar de protección fijado por el TEDH. So pena de querer equiparar autonomía con aislacionismo.

2. EL ESTÁNDAR DE PROTECCIÓN: UNA CÓMODA CORAZA PARA NO RECOGER EL GUANTE LANZADO POR EL TEDH EN SU JURISPRUDENCIA *BOSPHORUS*

En efecto, resulta perfectamente posible que el TEDH «imponga» una determinada interpretación de un derecho fundamental al TJUE. Puede hacerlo si una «interpretación determinada de las normas del Derecho de la Unión» supone una violación de un derecho fundamental recogido en el CEDH en el sentido marcado por el estándar interpretativo que haya precisado la jurisprudencia del TEDH. Lo es por propia definición del control judicial ejercido por el TEDH sobre los Estados parte del CEDH, pero también por previsión expresa de la Carta en el ya citado art. 52.3. Tal podría ser, por tanto, el caso de supuestos en los que el estándar de protección de un concreto derecho recogido en el CEDH fuera superior en la jurisprudencia del TEDH que en la del TJUE. De hecho, lejos de ser un caso hipotético, cabe encontrar sobrados ejemplos concretos en la práctica jurisprudencial. Piénsese, por poner en evidencia supuestos bien conocidos del pasado en cuestiones tan relevantes como el derecho a no declarar contra sí mismo (art. 6 CEDH), el respeto al domicilio familiar (art. 8 CEDH) o la libertad de expresión (art. 10 CEDH), por solo citar tres ejemplos. Así, visto con la perspectiva que brinda el paso del tiempo, se tiene la sensación de que durante una época el TEDH parecía ir «corrigiendo» al TJUE en asuntos particularmente delicados, aunque sin poner en ningún caso en duda las peculiaridades del Derecho de la Unión³⁴.

³² Apartado 183.

³³ Apartado 184.

³⁴ En efecto, si el TJUE consideraba en el asunto *Hoescht* que el domicilio empresarial no se incluía dentro del ámbito de protección del derecho al respeto del domicilio familiar previsto en el art. CEDH (sentencia *Hoescht/Comisión*, EU:C:1989:2859, apartado 17; sentencia *Dow Benelux/Comisión*, EU:1989:3137, apartado 28), el TEDH establecía justo lo contrario tres años más tarde en el asunto *Niemietz* (TEDH sentencia de 16 de diciembre de 1992, *Niemietz c. Ale-*

Sin embargo, resulta capital constatar que a mediados de la década pasada, esa aparente tensión jurisprudencial fue sustituida en Estrasburgo por una aceptación de la protección dada por el TJUE a los derechos fundamentales con una suerte de cláusula *Solange*, al estilo de la empleada por el Tribunal Constitucional alemán en relación con los derechos recogidos en la Ley Fundamental de Bonn³⁵. Así, por lo que aquí más interesa, en el asunto *Bosphorus* el TEDH consideró que el ordenamiento jurídico de la UE ofrece a propósito

mania, núm. 13710/88, apartados 29 y 31; igualmente sentencias de 16 de abril de 2002, *Cosas Est y otros c. Francia*, núm. 37971/91) y provocaba a su vez que el TJUE modificara su posición en el caso *Roquette Frères* aceptando la interpretación de aquel (sentencia *Roquette Frères*, EU:C: 2002:9011, apartado 29). De forma bastante parecida, mientras en el asunto *Orkem* el TJUE no veía base en 1989 para deducir del art. 6 del CEDH un derecho a no declarar contra sí mismo (sentencia *Orkem/Comisión*, EU:C:1989:3350), el TEDH estipulaba justo lo opuesto en el asunto *Funke* resuelto cuatro años más tarde (TEDH sentencia de 25 de febrero de 1993, *Funke c. Francia*, núm. 10828/84, apartado 44). Y así fue ocurriendo de forma muy semejante en relación a cuestiones como si la existencia de un monopolio de televisión en un Estado era compatible con la libertad de expresión en el sentido previsto por el art. 10 CEDH. El Tribunal de Justicia consideró en el asunto *ERT* que la existencia de un monopolio de televisión en un Estado miembro no viola tal libertad (sentencia *ERT*, EU:C:1991:2925). Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Lentia* establecía justo lo contrario; sentencia de 24 de noviembre de 1993, *Informationsverein Lentia et al. vs. Austria*. O en cuestiones como si la prohibición de distribuir información sobre clínicas de aborto extranjeras en un país donde se prohíbe esa práctica era contraria a esa misma libertad. Así, el abogado general van GERVEN sostuvo en las conclusiones que presentó al asunto *Grogan* que tal prohibición era compatible con el art. 10 CEDH (EU:C:1991:4727) mientras que el TEDH decidía lo contrario un año después (TEDH sentencia de 29 de octubre de 1992, *Open Door Counsellin c. Irlanda*, núm. 14234/88, apartados 72 a 74).

³⁵ De ahí que en asuntos como *Senator Lines*, el TEDH recurriese a la ficción jurídica de aceptar un recurso interpuesto por un particular contra todos los Estados que formaban parte de la misma para poder considerar a la Unión Europea como parte demandada (TEDH sentencia de 10 de marzo de 2004, *Senator Lines SL c. EDM*, núm. 56672/2000). O más aún, que en los conocidos asuntos *Matthews* (TEDH sentencia de 10 de febrero de 1999, *Matthews c. Reino Unido*) o *Bosphorus* (TEDH sentencia de 30 de junio de 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlanda*, núm. 45036/98, especialmente apartado 153) el TEDH entendiese que los Estados miembros son responsables de sus actos tanto si proceden de normas internas como si lo hace de obligaciones contraídas por la pertenencia a organizaciones internacionales como la UE; véase igualmente sentencia de 20 de enero de 2009, *Nederlandse Kokkelvisserij c. Países Bajos*, núm. 13645/05.

con los derechos humanos una *protección equivalente* a la del CEDH y ello permite presumir que los Estados miembros cumplen las obligaciones derivadas del Convenio cuando se limiten a aplicar obligaciones impuestas por el Derecho de la Unión³⁶. Pero parecía comúnmente aceptado que se trataba de una solución provisional a la espera de la adhesión de la Unión al CEDH. Como se ha afirmado por un sector de la doctrina, con esta jurisprudencia el TEDH encontró la vía más adecuada para esperar la adhesión formal de la Unión Europea al CEDH³⁷. Ello, a pesar de que tal jurisprudencia no estuvo exenta de polémica y en no pocas ocasiones ha sido vista como un cierto trato de favor hacia el ordenamiento de la Unión³⁸.

Precisamente por eso, sorprende sobremanera que el TJUE se ampare en la cuestión del estándar de protección —ciertamente no sencilla de resolver sin fisuras en la práctica— para apuntalar su posición contraria a la adhesión. Parece ignorar con ello que la adhesión era la pieza que, en el complejo puzzle del control ejercido por el TEDH, justificaba transitoriamente el reconocimiento y respeto de las peculiaridades del ordenamiento jurídico de la Unión en la jurisprudencia *Bosphorus*.

Esta consideración del TJUE es, a nuestro entender, tanto más grave si se considera que, en relación con los Tribunales Constitucionales, en la contundente jurisprudencia *Melloni* ha establecido que «la aplicación de estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales no debe afectar al nivel de protección previsto por la Carta ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión»³⁹. O sea, lo que el TJUE exige a los Tribunales Constitucionales en relación con la interpretación que estos hagan de los de-

³⁶ TEDH sentencia de 30 de junio de 2005, *Bosphorus c. Irlanda*, *cit.*, apartado 165. Véase igualmente la sentencia de 13 de enero de 2005, *EMESA Sugar c. Países Bajos*, núm. 62023/00.

³⁷ Laurent SCHEECK: «The Relationship between the European Courts and Integration through Human Rights», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2005, núm. 65, pp. 837-885, en p. 863.

³⁸ Véase, por ejemplo, J. BAUMANN, «Auf dem Weg zu einem doppelten Schutzstandard? Die Fortschreibung der Bosphorus-Rechtsprechung des EGRM im Fall Nederlandse Kokkkelvisserij», *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 2011, p. 1.

³⁹ TJUE sentencia *Melloni*, EU:C:2013:107, apdo. 60. Con este dictamen adquiere carta de naturaleza la doctrina *Melloni*, ya que en cierto sentido blindo el sistema propio de la Unión de protección de los derechos fundamentales. Véase, en este sentido, Javier GONZÁLEZ VEGA, *loc. cit.* («La doctrina del *big bang*...»), nota 25, p. 7. Véase, igualmente, la sentencia recaída en la misma fecha en el asunto Akerberg (EU:C:2013:105) y el trabajo de Daniel SARMIENTO, «Who's Afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights in Europe», *Common Market Law Review*, 2013, núm. 50, pp. 1267-1304.

rechos fundamentales recogidos en sus respectivas Constituciones cuando su nivel de protección no coincida con el que aquel haga de ese mismo derecho consagrado también en la Carta, se niega a aceptarlo cuando el afectado es él mismo y el controlador judicial externo es el TEDH, también de índole *constitucional* en el mismo sentido reconocido al TJUE en su ordenamiento propio⁴⁰. Resulta, simplemente, difícil de aceptar. Lejos de coger el guante lanzado por el TEDH en su «deferente» jurisprudencia *Bosphorus* y optar por un diálogo judicial equivalente tendente a mantener cada cual las peculiaridades de sus respectivos ordenamientos, parece haberse decantado por una posición netamente egocéntrica y de desconfianza frente al TEDH⁴¹ que no puede conducir a nada constructivo.

3. LA CONFIANZA MUTUA EN EL ÁMBITO DEL ELSJ: UN PROBLEMA INESPERADO

Otro tanto ocurre con la no menos relevante cuestión de la confianza mutua en el ámbito del ELSJ. Para el Tribunal de Justicia, se trata de un principio de «importancia fundamental en el Derecho de la Unión» y resulta básico como base para fundamentar la obligación de cada uno de los Estados miembros a considerar que «todos los demás Estados miembros respetan el Derecho de la Unión, y, muy especialmente, los derechos fundamentales reconocidos en ese Derecho»⁴². Sirve, igualmente, sigue diciendo el Tribunal, para «presumir que los demás Estados miembros respetan los derechos fundamentales, de forma que les está vedado no solo exigir a otro Estado miembro un nivel de protección nacional 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

⁴⁰ Sobre el carácter cuasiconstitucional o de *Neuenverfassung* del CEDH, puede verse en la doctrina Jérôme COHEN-JONATHAN, G.: «La fonction quasi constitutionnelle de la Cour européenne des droits de l'homme», en AA.VV., *Renouveau du droit constitutionnel Mélanges en l'honneur de L. Favoreu*, 2007, pp. 1127-1153; Franz HOFFMEISTER: «Die Europäische Menschenrechtskonvention als Grundrechtsverfassung und ihre Bedeutung in Deutschland», *Der Staat*, 2001, núm. 40, p. 349, especialmente pp. 353-354; C. WALTER, «Die Europäische Menschenrechtskonvention als Konstitutionalisierungsprozess», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1999, núm. 59, p. 961.

⁴¹ Delphine DEROBUGNY, *Les rapports entre la Cour de Justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2015, especialmente p. 78.

⁴² Apartados 168 y 191.

caso concreto, los derechos fundamentales garantizados por la Unión»⁴³. Hasta ahí no habría mucho que discutir. Parece claro que se trata de un principio relevante del Derecho de la Unión⁴⁴, desarrollado al socaire de las libertades de circulación propias del mercado interior (reconocimiento mutuo) y erigido también en principio básico del ELSJ en instrumentos tan relevantes como la *euroorden* o el sistema Dublín⁴⁵.

Ahora bien, el Alto Tribunal opta, en realidad, por una concepción de nuevo cuño del principio de confianza mutua, que extiende su ámbito de actuación a las relaciones horizontales generales entre los Estados miembros y que le va a permitir desplegar una (escueta) argumentación añadida para frenar la adhesión de la Unión al CEDH. Así, con una pirueta dialéctica construida al efecto en un tema que había pasado de puntillas por la «doctrina predictamen» y al que la abogada general no dedica atención alguna, el TJUE critica la opción del PAA de intentar «reservarle [a la Unión] un papel del todo punto idéntico al de cualquier otra parte contratante»⁴⁶ y concluir que, con ello, «la adhesión puede poner en peligro el equilibrio en que se basa la Unión, así como la autonomía del Derecho de la Unión»⁴⁷. Así, sin más.

Es decir, sin apenas argumentación jurídica que justifique razonablemente la construcción de semejante obstáculo a la adhesión —salvo que la Unión no puede ser tratada como el resto de partes del CEDH—, el TJUE abandera una posición que refleja una insostenible aspiración a aislar hasta el extremo las peculiaridades del Derecho de la Unión. En pocos pasajes del dictamen como en este se aprecia más claramente la sensación de cierta «prefabricación argumental» y, desde luego, la constatación de una absoluta desconfianza frente al TEDH⁴⁸, por no decir una aspiración «*egojurídica*» del Derecho de

⁴³ Apartado 192.

⁴⁴ Véanse, básicamente, los art. 81.1 y 82.1 TFUE.

⁴⁵ Cfr. Edouard DUBOUT, «Une question de confiance: nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme», *Revue des Droits et Libertés Fondamentaux*, 2015, chor. núm. 9 (disponible en <http://www.revuedlf.com>). Específicamente referido al ELSJ, véase, por todos, Henri LABAYLE, «Droit d'asile et confiance mutuelle: regard critique sur la jurisprudence européenne», *Cahiers de Droit Européen*, 2014, pp. 501-534.

⁴⁶ Apartado 193.

⁴⁷ Apartado 194 *in fine*.

⁴⁸ Para un mayor desarrollo de las causas por las que esta argumentación puede considerarse inaceptables una vez incluido en el TUE el art. 6.2 y encarnan una excesiva desconfianza frente al TEDH, nos remitimos al excelente trabajo de Manuel LÓPEZ ESCUDERO, «Contrôle externe et confiance mutuelle: deux éléments clés du raisonnement de la CJUE dans l'avis 2/13», *Revue des Affaires Européennes*, 2015, núm. 1, pp. 9-105.

la Unión difícilmente aceptable desde otros ordenamientos⁴⁹. Hecho, además, con un salto lógico entre los apartados 192 y 193 del dictamen que, como poco, reclamaba un rigor argumental notablemente superior al empleado por el Tribunal de Justicia.

4. EL REPENTINO ESCOLLO DEL PROTOCOLO 16: UNA INTERPRETACIÓN DIFÍCIL DE COMPRENDER

En este mismo orden de cosas, de manera aún más inesperada, afloró durante la vista oral la cuestión de las posibles dificultades que podía plantear el Protocolo 16 del CEDH⁵⁰. Se trata de un Protocolo que permite a los tribunales superiores de los Estados parte del CEDH solicitar al TEDH una opinión consultiva sobre cuestiones relativas a la interpretación o aplicación de los derechos y libertades recogidos en el CEDH o en sus Protocolos. El TJUE considera que, al no establecer nada el PAA al respecto, «puede afectar a la autonomía y la eficacia» del mecanismo de la cuestión prejudicial previsto en el art. 267 TFUE⁵¹. Ello derivaría del hecho de que «[n]o puede excluirse, en particular que una solicitud de opinión consultiva formulada en virtud del Protocolo 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 art. 267 TFUE, que [...] constituye la piedra angular del sistema jurisdiccional instaurado por los Tratados»⁵².

La verdad es que, por mucho que nos esforcemos, no alcanzamos a comprender del todo el sentido del reparo⁵³. Especialmente, considerando que,

⁴⁹ Con cierta ironía se ha hablado de que el Tribunal de Justicia «reclama un universo jurídico único con primacía del Derecho de la Unión»; Christian TOMUSCHAT, «Der Streit um die Auslegungshoheit: Die Autonomie der EU als Heiliger Gral — Das EuGH-Gutachten gegen den Beitritt der EU zur EMRK», *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 2015, pp. 133-139, en p. 137.

⁵⁰ Fueron varias las partes intervinientes, comenzando por la Comisión y el Parlamento Europeo, que ante las inesperadas preguntas de varios miembros del Tribunal de Justicia a propósito del Protocolo 16 parecían no terminar de entender el sentido de las mismas. Igualmente, a la luz del tono y comentarios de algunas de las preguntas y repreguntas, dio también toda la sensación de que el sentido de las respuestas ofrecidas no terminaban de satisfacer a los jueces del TJUE.

⁵¹ Apartados 199 y 200.

⁵² Apartado 198. Cursivas añadidas por nosotros.

⁵³ No entraremos en considerar si, como afirma Ricardo ALONSO GARCÍA, es «[r]ayana en algún pasaje del Dictamen con la simple imperfección técnica», por resultar difícil de explicar «cómo en el contexto de una opinión consultiva, donde

una vez más, a diferencia de lo que hacía la abogada general⁵⁴, el Tribunal de Justicia no parece dejar vía posible para «reparar» ese riesgo sin necesidad de bloquear la adhesión de la Unión al CEDH. Y no lo comprendemos por motivos de muy dispar índole. De entrada, en primer lugar, el Proyecto de Acuerdo no prevé la adhesión de la Unión a este Protocolo, por lo que, en principio, es un aspecto que quedaría fuera del concreto ámbito material de pronunciamiento que ocupaba al TJUE en el dictamen en cuestión por mor del art. 218.11 TFUE. De hecho, la firma del Protocolo aconteció con posterioridad al acuerdo alcanzado entre los negociadores a propósito de los cinco instrumentos del acuerdo de adhesión sometido a su consideración⁵⁵. Por tanto, la posible incidencia que detecta el Tribunal de Justicia para la autonomía y eficacia del Derecho de la Unión no sería, en absoluto, consecuencia de la adhesión al CEDH, que es de lo que en realidad está conociendo el dictamen 2/13, sino de otro instrumento jurídico internacional diferente.

En segundo lugar, dado que el art. 267 TFUE impone claramente a esos mismos tribunales superiores de los Estados miembros, de los que habla el Protocolo 16, la obligación taxativa de plantear cuestión prejudicial al TJUE cuando estén conociendo litigios que entren dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión y afecten a derechos humanos, no termina de verse tampoco la incompatibilidad del Protocolo 16. Este operaría para el resto de litigios, en los que no se viera afectado el ámbito del Derecho de la Unión o, viéndose afectado, ya existiera pronunciamiento previo del Tribunal de Justicia. Es más, caso de producirse posibles incumplimientos puntuales de la obligación derivada del art. 267 TFUE, existe en el propio ordenamiento jurídico de la Unión mecanismos judiciales suficientes para reparar la situación, incluyendo, en su caso, el procedimiento de incumplimiento contra el Estado infractor (arts. 258 y 259 TFUE).

no existe demandado ni por tanto codemandado ante Estrasburgo, que es *conditio sine qua non* para activar el mecanismo de la intervención previa, se puede llegar a desencadenar este»; «Sobre la adhesión de la UE al CEDH (o sobre cómo del dicho al hecho hay un gran trecho)», *Revista Española de Derecho Europeo*, 2015, vol. 53, pp. 11-16, en p. 14, nota 4. La idea es desarrollada ampliamente por este mismo autor en su más reciente y exhaustivo comentario al dictamen, donde califica la argumentación del TJUE como «en exceso confusa y técnicamente imperfecta»; «Análisis crítico del veto judicial de la UE al CEDH en el Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014», *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional. IDEIR*, 2015, núm. 26, pp. 11-14.

⁵⁴ Opinión de la abogada general KOKOTT, *cit.*, puntos 136 a 142, especialmente en el apartado 141.

⁵⁵ El Protocolo se firmó el 2 de octubre de 2013, mientras que las negociaciones para el acuerdo de adhesión habían concluido el 5 de abril de ese mismo año.

Finalmente, en tercer lugar, dejando al margen la cuestión de la (posible) primacía del Derecho de la Unión frente a un tratado internacional suscrito por los Estados, incluso aceptando la hipótesis manejada por el TJUE, existiría margen suficiente hasta la entrada en vigor del Protocolo⁵⁶ para aclarar el concreto ámbito de aplicación del pronunciamiento del TEDH y, en su caso, articular las cautelas necesarias para evitar en el supuesto de los Estados miembros de la Unión cualquier amenaza a la autonomía y eficacia del Derecho de la Unión. Piénsese que, llevado al extremo, podría incluso plantearse la posibilidad última de impedir a los Estados prestar el consentimiento para la ratificación del Protocolo 16 si con ello se estuviera violando el Derecho de la Unión, que es mucho suponer⁵⁷.

Más bien, lo que el Tribunal de Justicia teme es que mediante la consulta al TEDH este pueda marcar en su decisión una interpretación previa de un derecho del CEDH susceptible de prejuzgar la interpretación que el TJUE haría del mismo derecho en la Carta⁵⁸. Cuenta con toda la lógica que corresponda al TEDH marcar la interpretación correcta de los derechos recogidos en el CEDH y que su criterio rija para todas las partes del mismo, incluida en su momento la Unión⁵⁹. Sin embargo, el Tribunal de Justicia realiza, en torno

⁵⁶ Para la entrada en vigor del mismo se precisan, conforme a lo previsto en su art. 8.1, diez ratificaciones. Hasta el momento (26 de octubre de 2015), el Protocolo ha sido firmado por 16 Estados y ratificado por cinco. De ellos, eso sí, nueve de los Estados firmantes (Estonia, Finlandia, Francia, Italia, Rumanía, Eslovaquia, Eslovenia, Lituania y Países Bajos) y dos de los Estados ratificadores son miembros de la UE (Lituania y Eslovenia). Los Estados que han ratificado han realizado también, conforme a lo previsto en el art. 10 del Protocolo, una Declaración en la que concretan los tribunales designados a los efectos del art. 1.1 como las más altas jurisdicciones («les plus hautes juridictions», «Highest courts and tribunales»).

⁵⁷ A estos efectos, al margen de las obligaciones derivadas del principio de cooperación leal, puede tenerse en cuenta, por ejemplo, en el pronunciamiento derivado del dictamen 1/13, en el que el Tribunal de Justicia declaró que la competencia externa exclusiva de la Unión en la materia impedía a los Estados miembros aceptar la adhesión de Estados terceros al Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores; EU:C:2014:2303. Salvando las obvias distancias, queda claro que el Derecho de la Unión puede limitar las competencias de los Estados miembros en materia de adhesión o ratificación (o aceptación de la adhesión de Estados terceros a un tratados multilateral) de tratados internacionales.

⁵⁸ Así se desprende de manera poco ocultada de la lectura del apartado 197 del dictamen.

⁵⁹ Esta posible reacción del TJUE ya había sido anunciada por la doctrina, calificándola de «usurpación» de funciones. Así lo hacía, por ejemplo, el actual presidente del Tribunal Constitucional alemán Andreas VOßKUHLLE en su interesante trabajo «Pyramide oder Mobile? — Menschenrechtsschutz durch die europäische Verfassungsgerichte», *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 2014, pp. 165-168, en p. 167.

a una concepción extremadamente estricta de la autonomía del ordenamiento de la Unión, una interpretación estándar de los derechos humanos, del principio de confianza mutua, del Protocolo 16 e incluso de la relación entre los arts. 53 de la Carta y del CEDH⁶⁰ que dificulta notablemente la tarea de adhesión de la Unión al CEDH. Con razón, se ha afirmado de manera muy plástica que la «[o]pinion 2/13 is based on a concept of the autonomy of EU Law which borders on autarky»⁶¹. El TJUE acoge una concepción absoluta y política de la autonomía del ordenamiento de la Unión⁶², erigiéndolo en una suerte de «megaprincipio» o «principio de principios». La autonomía así concebida parecería estar llamada a jugar en la UE un papel semejante al que la soberanía juega en los Estados. Pero con la diferencia de que, mientras en los Estados miembros la pertenencia a la Unión —aparte de otros factores añadidos— supone una erosión sustancial de su soberanía, la Unión pretende estirar los confines de la autonomía más allá de lo recomendable.

III. DIÁLOGO NO ES LO MISMO QUE MONÓLOGO: TAMBIÉN SE IMPARTE JUSTICIA SOBRE DERECHOS HUMANOS MÁS ALLÁ DEL PLATEAU DE KIRCHBERG

Pero los reparos del TJUE no se quedan ahí. De manera muy semejante a lo visto hasta el momento, el Tribunal de Justicia parece ignorar también el sentido verdadero del diálogo judicial al abordar la importante cuestión de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC).

1. EL ESPERADO ESCOLLO DE LA PESC: UN RECHAZO A LA ADHESIÓN SIN EL MÁS MÍNIMO ESFUERZO ARGUMENTAL

En este sentido, a diferencia de lo que ocurrió con la sorpresiva irrupción de última hora del escollo sobre el Protocolo 16, desde un principio se tenía

⁶⁰ Apartados 187 a 190. El proceso de elaboración, el alcance material y los principales problemas interpretativos del art. 53 de la Carta, sobre los que ya no volveremos en esta sede, los hemos analizado en «Art. 53», en Araceli MANGAS MARTÍN (dir.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea — Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Madrid, 2008, pp. 852-869.

⁶¹ Piet EECKHOUT, «Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue — Autonomy or Autarky?», *Jean Monnet Working Paper 1/2015*, Jean Monnet Center for International and Regional Economic Law & Justice, NYU School of Law, www.JeanMonnetProgram.org, p. 39.

⁶² Edouard DUBOUT, *loc. cit.* («Une question...»), nota 45; Javier GONZÁLEZ VEGA, *loc. cit.* («La doctrina del *big bang*...»), nota 25.

claro que la regulación de la PESC en el Tratado de Lisboa auguraba dificultades seguras, especialmente como consecuencia del papel residual que mantiene el Tribunal de Justicia en el control de legalidad y de interpretación de sus actos⁶³. Ocurre, sin embargo, que, tras la adhesión al CEDH, la Unión quedaría obligada a garantizar el cumplimiento de los derechos del CEDH en *todos* sus ámbitos de actuación y el TEDH podría, por tanto, tener ocasión de pronunciarse sobre la conformidad con el CEDH de determinados actos —acciones u omisiones— adoptados o realizados en el ámbito de la PESC, cuyo control de legalidad escaparía al ámbito de competencia del TJUE. Es decir, podrían darse supuestos de control externo por el TEDH de actos de la Unión en el marco de la PESC que no podrían ser objeto de pronunciamiento (previo) por el TJUE y, sin embargo, sí regirían las garantías derivadas del principio de tutela judicial efectiva recogido en los arts. 6 y 13 CEDH.

Ante esta conocida situación, con una alarmante falta de argumentación jurídica, el Tribunal de Justicia se limita a establecer que «el acuerdo previsto no tiene en cuenta las características específicas del Derecho de la Unión en lo que respecta al control jurisdiccional de los actos, acciones u omisiones de la Unión en materia de PESC»⁶⁴, lo que suma un elemento más para declarar la incompatibilidad del PAA con el art. 6.2 TUE y con el Protocolo núm. 8.

En nuestra opinión, resulta, en primer lugar, del todo punto criticable la aludida falta palmaria de argumentación para llegar a la drástica conclusión recién reseñada. El dictamen se limita a describir la situación jurídica existente en los tratados constitutivos en materia de control jurisdiccional de los actos PESC⁶⁵, y a recordar, sin más, su jurisprudencia establecida en el dictamen 1/09⁶⁶ a propósito de la imposibilidad de atribuir en exclusiva el control de actos de la Unión a un órgano jurisdiccional internacional que se encuentre fuera del marco institucional y jurisdiccional de la Unión⁶⁷. Pero resulta tanto más criticable, en segundo lugar, porque el Tribunal de Justicia ignora por completo las argumentaciones posibles que tenía sobre su mesa. Ni siquiera se

⁶³ En los tratados constitutivos, por mor del párrafo segundo del art. 24.1 TUE, queda claro que, en relación con las disposiciones que regulan la PESC, el TJUE tan solo ostenta competencia para controlar el respeto de la llamada *cláusula de compatibilidad* (art. 40 TUE) y la legalidad de determinadas decisiones del Consejo por las que se establezcan medidas restrictivas frente a personas físicas o jurídicas (art. 275 párrafo segundo en relación con el art. 263 párrafo cuarto TFUE). Existen, pues, numerosos actos de la PESC que, por decisión de los Estados al redactar el Tratado de Lisboa, quedan expresamente excluidos del control judicial por parte del Tribunal de Justicia.

⁶⁴ Apartado 257.

⁶⁵ Apartados 249 a 255.

⁶⁶ Dictamen 1/09, EU:C:2011:123, apartados 78, 80 y 89.

⁶⁷ Apartado 256.

toma la molestia de rebatir la batería de argumentos que le habían brindado tanto la abogada general⁶⁸ como los intervinientes en el procedimiento —muy en especial la Comisión⁶⁹ y algunos Estados miembros⁷⁰—, para salvar las dudas de compatibilidad. Dada la trascendencia y las consecuencias de la vía denegatoria por la que finalmente opta el dictamen, el TJUE debería haber justificado, como mínimo, por qué no resultaría aplicable la presunción de que la actuación de los órganos jurisdiccionales nacionales sería suficiente, como consecuencia de que el art. 19.1 TUE hace descansar en ellos de manera complementaria a la del TJUE el sistema de tutela judicial diseñado por la Unión. O más aún, por qué no puede considerarse en esta materia al TEDH como el juez internacional natural en Europa cuando los Estados han decidido actuar bajo el prisma de la cooperación (y no la integración) dentro del marco del Derecho Internacional.

⁶⁸ Opinión de la abogada general Kokott, *cit.*, puntos 82 a 103 y 185 a 195.

⁶⁹ Todos los intervinientes se hicieron eco de esta cuestión. Particularmente prolija fue la Comisión que se esforzó por buscar una salida a través de una interpretación (muy) extensiva del art. 275.2 TFUE que permitiera reconocer al Tribunal de Justicia competencia para conocer tanto los recursos de anulación interpuestos por particulares contra medidas restrictivas como también reclamaciones de daños y perjuicios e incluso cuestiones prejudiciales planteadas por órganos jurisdiccionales nacionales en materia de PESC.

⁷⁰ En la vista oral, Reino Unido y Francia se opusieron expresamente a la recién aludida interpretación extensiva propugnada por la Comisión. También lo hizo el Consejo e implícitamente se deducía también de las referencias indirectas de otras delegaciones. Particularmente interesante resultó, a nuestro juicio, la propuesta de Alemania que propugnaba, dicho simplícadamente, una suerte de presunción de protección jurisdiccional suficiente a partir del control judicial ejercido por los Estados miembros. A nuestro entender, la propuesta interpretativa de la Comisión resultaba realmente imaginativa y atractiva para superar los problemas derivados de la falta de competencia del TJUE en materia de PESC, pero era *contra legem* por ir claramente en contra de la formulación del art. 275 TFUE; *ultra vires* por resultar contraria a la voluntad expresa de los Estados plasmada en el Tratado de Lisboa, por haberse descartado tal consideración tanto durante los debates de la Convención Europea a propósito de los entonces art. III-282 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europea (CONV 689/1/03, de 16 de abril de 2003, apartados 5 y 7; CONV 734/03, de 2 de mayo de 2003) como durante la Conferencia Intergubernamental previa al Tratado de Lisboa; e incluso imprecisa, por fundarse en una jurisprudencia previa del Tribunal de Justicia sobre el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (cuando se ubicaba en el tercer pilar de la Unión) que no resultaba difícilmente trasladable al ámbito de la PESC (jurisprudencia *Gestoras Pro Amnistía y Segi* EU:C:2007:115; EU:C:2007:116).

2. OTRA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA ERA POSIBLE: RECHAZO DE TODOS LOS POSIBLES ARGUMENTOS PARA SALVAR LAS DIFICULTADES DERIVADAS DE LA COMPETENCIA LIMITADA DEL TJUE EN MATERIA PESC

En nuestra opinión, aun reconociendo las dificultades incontestables en la materia, existía base argumental suficiente para haber salvado este importante escollo derivado de las propias peculiaridades de la PESC⁷¹. Máxime considerando que la ejecución de la misma recae en los Estados miembros (arts. 26.3, 42.3 y 44.1 TUE) y que el PAA parecía asumir claramente tal visión como vía jurídica para salvar esta obvia dificultad, que, a diferencia de otras aparecidas sorpresivamente durante la tramitación el dictamen 2/13⁷², sí había sido tenida muy en cuenta a lo largo del proceso negociador del acuerdo de adhesión⁷³. Como dejó establecido la propia abogada general, «los tribunales nacionales se presentan en todo caso al particular como *la vía obvia* para someter al control jurisdiccional los actos, medidas u omisiones que se produzcan en el contexto de la PESC y de algún modo le afecten»⁷⁴ y consecuentemente, en su opinión, la conocida doctrina *Foto-Prost* no es trasladable a la PESC⁷⁵.

Por tanto, por lo que ahora más nos interesa, perfectamente hubiera cabido sostener que la «tutela judicial efectiva de los particulares que exigen los arts. 6 y 13 del CEDH puede garantizarse aunque nuestro Tribunal de Justicia no tenga potestad para decidir prejudicialmente ni competencia exclusiva para pronunciarse sobre la validez de los actos»⁷⁶. Sin embargo, el TJUE considera justo lo contrario, pero de nuevo sin ofrecer argumentación jurídica alguna. El «por consiguiente» con el que comienza el apartado 257 del dictamen perfectamente hubiera servido para sostener la consideración de que el

⁷¹ A la postre, el Tratado de Lisboa deja pervivir una suerte de «pilar extracomunitario» en la materia sometido a la cooperación de los Estados en lugar de a la integración propia del resto de ámbitos competenciales de la Unión.

⁷² Véase *supra*, II.4, por ejemplo, en relación con el Protocolo 16.

⁷³ Cfr., por ejemplo, el art. 1.4 del PAA.

⁷⁴ Opinión de la abogada general KOKOTT, *cit.*, punto 98. Cursivas añadidas por nosotros.

⁷⁵ *Ib.*, punto 100. En todo caso, la abogada general tampoco se ahorra en su opinión afirmaciones poco propias de la sede judicial y más adecuadas para el debate político sobre la reforma de los tratados constitutivos, al considerar que «desde el punto de vista de la dinámica de la integración resulta muy lamentable que en materia de PESC nuestro Tribunal de Justicia carezca de la potestad para decidir prejudicialmente y de una competencia exclusiva para pronunciarse sobre la validez de los actos al estilo de la sentencia *Foto-Prost*»; punto 101.

⁷⁶ *Ib.*, punto 102.

acuerdo previsto no tiene en cuenta las características específicas del Derecho de la Unión, como para todo lo contrario⁷⁷.

Es más, aunque probablemente sea una cuestión que merezca en el futuro atención propia, la posición del TJUE plantea también importantes dudas desde el prisma del Derecho Internacional. Surge la pregunta, por ejemplo, de si también resultaría incompatible con las especificidades del Derecho de la Unión el que, llegado el caso hipotético, los Estados miembros de la Unión decidieran someter a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia una eventual disputa en materia de PESC de la que no pudiera conocer el TJUE⁷⁸. El Tribunal de Justicia actúa como si para él no existiese el Derecho Internacional⁷⁹ y pudiera sostener una suerte de aislacionismo jurídico en el *espacio europeo de los derechos humanos*⁸⁰ que ronda el autismo.

En todo caso, sea cual fuere la intención del Alto Tribunal de la Unión, a la postre se trata probablemente del punto más problemático del dictamen⁸¹. La solución no parece en absoluto sencilla. Desde la orilla del CEDH, desde el momento en que el Convenio prohíbe las reservas generales (art. 57.1), no resulta planteable ningún tipo de exclusión material de la PESC del ámbito

⁷⁷ No puede sorprender, por tanto, que la doctrina haya sido extremadamente dura con la actitud del Tribunal y haya sido calificada como «un tanto displicente»; Javier GONZÁLEZ VEGA, *loc. cit.* («La teoría del *big bang*...»), nota 25, p. 12. O con la máxima de «if it [the CJUE] cannot have jurisdiction over CFSP, then no other international court can either»; Steve PEERS, «The EU's Accession to the ECHR: The Dream Becomes a Nightmare», *German Law Journal*, 2015, núm. 2, p. 220. En parecido sentido, Christian TOMUSCHAT ha considerado que con esta argumentación en materia de PESC el TJUE aspira sin rubor alguno a lograr un papel rector (*Führungsrolle*) en materia de derechos humanos en Europa desplazando de su función al TEDH; *loc. cit.* («Der Streit...»), nota 49, p. 138. En el fondo, da la sensación como si los jueces del TJUE estuvieran criticando a los Estados, de manera no muy distinta a lo ya reflejado respecto del art. 6.2 TUE por haber introducido en los tratados constitutivos un mandato de adhesión al CEDH sin ampliar a la par sus competencias jurisdiccionales en materia de PESC; véase *supra*, II.1. Parece claro, como mínimo, que los Estados miembros, como autores del Tratado de Lisboa, «seem to follow a notion of the «specific characteristics» of Union law set forth in Protocol No. 8 that deviates from that espoused by the ECJ»; «The EU's Accession to the ECHR — A «NO» from the ECJ», *Common Market Law Review*, 2015, núm. 22, pp. 1-16, en p. 13.

⁷⁸ Cfr. Steve PEERS, *loc. cit.* («The EU's Accession to the ECHR...»), p. 220.

⁷⁹ Este dictamen evoca inevitablemente la lectura que anteriormente —en los conocidos asuntos *Kadi I* (EU:C:2008:461) y *Kadi II* (EU:C:2013:518), pero también en otros como *Intertanko* (EU:C:2008:312), especialmente apartados 59 y 64.

⁸⁰ Cfr. Christian TOMUSCHAT, *loc. cit.* («Der Streit...»), p. 138.

⁸¹ Así lo considera, por ejemplo, el editorial citado en nota 77, en p. 12.

de control externo por el TEDH. Y, desde la orilla de la Unión, si los Estados no desean atribuir competencia jurisdiccional al TJUE sobre la PESC, no hay forma posible de solventar la posición mantenida por el dictamen⁸².

IV. DIFICULTAD (TÉCNICA) NO ES LO MISMO QUE IMPOSIBILIDAD (TOTAL): LA FALTA DE VOLUNTAD INTERPRETATIVA CONFORME AL ART. 6.2 TUE

Además de los nada desdeñables obstáculos jurídicos ya reseñados en relación con la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión y con la falta de competencia jurisdiccional del TJUE sobre la PESC, el dictamen añade sobre la pesada mochila de la adhesión tres piedras más de carácter más técnico, pero igualmente problemáticas. Se trata del mecanismo de pronunciamiento previo (1), de la figura del codemandado (2) y del alcance del art. 344 TFUE (3).

1. EL MECANISMO DE PRONUNCIAMIENTO PREVIO DEL TJUE: UNA CONCESIÓN A LAS PECULIARIDADES DE LA UNIÓN

Llegados a este extremo, no puede sino volver a sorprender la posición sostenida en relación con el mecanismo de pronunciamiento previo del Alto Tribunal de la Unión en los casos en que el TEDH pudiera verse en la tesitura de tener que resolver sobre la conformidad de un acto de la Unión con el Convenio sin que previamente el Tribunal de Justicia haya podido pronunciarse de forma definitiva sobre esta cuestión. Sorprende sobremanera, porque el referido mecanismo se introdujo en el PAA precisamente a instancias del propio Tribunal de Justicia y en la generalizada creencia de los negociadores (y de

⁸² Cuestión diferente es que el TJUE estuviera intentando incitar a los Estados a reformar los tratados constitutivos para ampliarle, una vez más, tal competencia jurisdiccional y enmendando así expresamente lo que esos mismos Estados no quisieron hacer ni en el (fallido) Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa ni en el Tratado de Lisboa. Ese anclaje sería precisamente el que podría estar lanzando el TJUE cuando en el apartado 253 de su dictamen considera que la situación creada «es inherente a la regulación de las competencias del Tribunal de Justicia establecida en los Tratados» —o sea, culpa de los Estados por haberle limitado su jurisdicción en materia PESC— y, forma un tanto críptica, añade que «como tal, únicamente puede justificarse desde la perspectiva del Derecho de la Unión». Claro que esos Estados, lejos de ceder ante el órdago del TJUE, siempre podrían optar por mantener su posición ideando algún mecanismo jurídico alternativo para salvar esta «tarjeta roja» del Tribunal de Justicia; véase *infra*, V. 2.

la propia doctrina) de que respondía precisamente a las exigencias que aquel había manifestado en el atípico documento de reflexión de mayo de 2010 y en la no menos atípica Declaración conjunta de los Presidentes del TJUE y del TEDH de enero de 2011⁸³.

La primera razón de esa sorpresa se refiere, desde un punto de vista general, a la actuación interpretativa del TJUE en el dictamen, como si no hubiesen existido tales documentos e intervenciones *informales* previas del TJUE. Se suponía que, por muy informal que fueren el documento de reflexión y la declaración conjunta, marcaban a los negociadores del acuerdo de adhesión las pautas jurídicas para garantizar el «*placet*» del Tribunal de Justicia⁸⁴, aparte de que convendría recordar que un representante del TJUE asistió regularmente a las reuniones como observador. Obviamente, no lo entendió igual el TJUE y no nos parece una actuación muy leal con el TEDH.

El segundo motivo de sorpresa, descendiendo al ámbito argumental concreto empleado por el TJUE, radica en que la rotunda conclusión de que «el acuerdo previsto no permite preservar las características específicas de la Unión y de su Derecho»⁸⁵ trae causa de que «la limitación del alcance del procedimiento de intervención previa, en lo que respecta al Derecho derivado, exclusivamente a las cuestiones de validez vulnera las competencias de la Unión y las atribuciones del Tribunal de Justicia por cuanto no le permite proporcionar la interpretación definitiva del Derecho derivado a la luz de los derechos garantizados por el CEDH»⁸⁶. Ello, a juicio del TJUE, es consecuencia de que «si no se permitiese al Tribunal de Justicia aportar la interpretación definitiva del Derecho derivado y si el TEDH, al examinar la conformidad de ese Derecho con el CEDH, diese por sí mismo una interpretación determinada de entre todas las posibles, se estaría vulnerando *sin lugar a dudas* el principio de competencia exclusiva del Tribunal de Justicia para la interpreta-

⁸³ *Documento de reflexión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre determinados aspectos de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, de 5 de mayo de 2010 (disponible en la página web del propio Tribunal de Justicia), especialmente apartados 9, 11 y 12; *Declaración conjunta de los Presidentes del TEDH y del TJUE*, realizada tras el encuentro entre ambos órganos jurisdiccionales de enero de 2011 (también disponible en la página web del TJUE), especialmente apdo. 2.

⁸⁴ Se diseñó, así, un mecanismo de pronunciamiento previo que entraña, por sí mismo, una notable peculiaridad en el marco del proceso de control judicial del TEDH en la creencia de los negociadores de que el art. 3.6 del PAA recogía las pautas marcadas por el TJUE para salvar la compatibilidad del mismo con los tratados constitutivos de la Unión.

⁸⁵ Apartado 248.

⁸⁶ Apartado 247.

ción definitiva del Derecho de la Unión»⁸⁷, ya que «la interpretación de una disposición del Derecho de la Unión, inclusive el Derecho derivado, exigen *en principio* un pronunciamiento del Tribunal de Justicia cuando dicha disposición admite varias interpretaciones»⁸⁸. Por tanto, ya no solo basta con introducir un mecanismo que permita al TJUE pronunciarse sobre una cuestión de interpretación del Derecho originario o sobre la validez de una norma de Derecho derivado, sino que también debería preverse expresamente ese mismo pronunciamiento previo cuando estuviera en juego la interpretación de una norma de Derecho derivado. Ello a pesar de que en su momento nada se indicó en los documentos reiteradamente citados. No parece una actuación interpretativa muy leal con el TEDH.

Tampoco terminamos de entender esa consideración. De un lado, porque el Proyecto de Informe Explicativo, documento imprescindible para realizar de manera coherente cualquier intento de interpretación teleológica del art. 3.6 del PAA y único elemento de referencia que toma el TJUE en su argumentación *sensu contrario*, no excluye en modo alguno tal posibilidad. Por mucho que durante la vista oral la Comisión cometiera el «desliz» de considerar que resultaba suficiente el control sobre la validez del Derecho derivado de la Unión para salvar la compatibilidad del PAA con el Derecho de la Unión⁸⁹. En el fondo, la mencionada disposición se limita a establecer —con bastante lógica desde la perspectiva de la práctica judicial— que los términos «examinar la compatibilidad de la disposición» significa *en lo esencial* pronunciarse sobre la validez de una disposición de Derecho derivado o bien sobre la interpretación de una disposición del Derecho originario⁹⁰. Pero la referencia a «en lo esencial» no conlleva forzosamente una exclusividad o una exclusión *per se* de las cuestiones de interpretación del Derecho derivado si estas resultan relevantes en el caso en cuestión.

El Tribunal de Justicia disponía, pues, de margen más que suficiente para haber seguido la senda que le había desbrozado la abogada general⁹¹ y haber establecido que, para asegurar su compatibilidad con el Derecho de la

⁸⁷ Apartado 246. Cursivas añadidas por nosotros.

⁸⁸ Apartado 245. Cursivas añadidas por nosotros.

⁸⁹ Como bien consideró la abogada general Kokott, «[p]or suerte la mención que hace el art. 3 apartado 6, del Proyecto de Acuerdo al «examen de la compatibilidad» es en sí lo suficientemente abierta como para incluir también cuestiones interpretativas del Derecho de la Unión y permitir el pronunciamiento previo de nuestro Tribunal de Justicia sobre la «validez» de disposiciones incluidas en actos adoptados pro las instituciones, órganos y organismos de la Unión»; Opinión de la Abogada General Kokott, *cit.*, punto 132.

⁹⁰ Punto 66 del Proyecto de Informe explicativo.

⁹¹ Opinión de la Abogada General Kokott, *cit.*, punto 135.

Unión, el PAA debía ser interpretado en el sentido de que el mecanismo de pronunciamiento previo incluye las cuestiones interpretativas no solo del Derecho originario, sino también del Derecho derivado. Si realmente hubiera existido voluntad verdadera, hubiera tenido margen jurídico más que suficiente para hacer una interpretación conforme con el art. 6.2 TUE. En primer lugar, hubiera cabido una interpretación más flexible derivada del mandato claro y rotundo del art. 6.2 TUE. En segundo lugar, el Protocolo núm. 8 reforzaba y ampliaba ese posible margen interpretativo desde el momento en que expresamente se refiere a la introducción de «modalidades específicas de la posible participación de la Unión en las instancias de control»⁹². En tercer lugar, aun considerando que el pronunciamiento previo pudiera suponer *stricto sensu* una «competencia nueva» del TJUE, el Tribunal de Justicia ya había aceptado en el pasado que un acuerdo internacional celebrado con Estados terceros puede incluso conferirle competencias nuevas, a condición de que dicha atribución no desvirtúe su función, tal y como está concebida en los tratados constitutivos⁹³; y, en este caso, lejos de desvirtuarla la reforzaba para preservar su función de garantizar el respeto del Derecho de la Unión en su interpretación y aplicación (art. 19.1 TUE y arts. 263 y 267 TFUE). Perfectamente, cabría sostener que se trata de una variante del ejercicio de las competencias jurisdiccionales con que ya cuenta el Tribunal de Justicia con base en los apartados 1 y 3 del art. 19 TUE⁹⁴. En cuarto lugar, la necesidad posterior de definir en el plano interno la precisa articulación del procedimiento en cuestión dejaba, a mayor abundamiento, margen suficiente para concretar las reservas que hubiera podido fijar el Tribunal de Justicia en este dictamen⁹⁵.

En suma, de una adecuada lectura conjunta de los art. 6.2 TUE y del Protocolo núm. 8, de un lado, y de los arts. 19.3 c) y 51 TUE, del otro, hubiera habido margen interpretativo para introducir en el dictamen 2/13 un apartado más entre el 246 y el 247 al objeto de establecer la reserva conveniente respecto a la interpretación que debería hacerse en la práctica del art. 3.6 del PAA. Con ello, la conclusión del apartado 248 hubiera sido justo la

⁹² Art. 1 a) del Protocolo núm. 8, *cit.*

⁹³ Dictamen 1/92 (EU:C:1992:189), apdo. 32; dictamen 1/09 (EU:C:2011:123), apartado 75.

⁹⁴ Cfr. Opinión de la abogada general Kokott, *cit.*, punto 66.

⁹⁵ Recuértese, además, que, al margen de que probablemente hubiera resultado de ayuda contar también con un proyecto de reglas internas antes de haber sometido el proyecto de acuerdo a consideración del TJUE, también se hacía igualmente precisa una reforma del propio Estatuto del Tribunal, conforme al procedimiento legislativo ordinario del art. 281.2 TFUE, y consecuentemente también de su Reglamento de Procedimiento.

que el Tribunal de Justicia deslizó en su documento de 2010 y el presidente de ese Tribunal comprometió (informalmente) con el Presidente del TEDH en 2011.

Pero lejos de ello, el Tribunal de Justicia ha optado por una vía interpretativa de carácter maximalista, que denota, de nuevo, una absoluta falta de voluntad de utilizar una interpretación conforme al art. 6.2. Más bien, al contrario. Realiza una interpretación forzada de las posibles fisuras dejadas por la formulación literal del Proyecto de Acuerdo para justificar su incompatibilidad con el Derecho de la Unión. En el fondo, más bien parece responder una vez más a un intento de rastrear los posibles flecos abiertos por los Proyectos de Acuerdo de Adhesión y de Informe Explicativo para tirar interesadamente del hilo hasta llegar a la conclusión de que ello impide preservar las características específicas de la Unión y de su Derecho, ignorando por completo la vía que le había brindado la abogada general.

2. LA FIGURA DEL CODEMANDADO: INCOMPATIBILIDAD FORZADA POR POSIBLE AFECTACIÓN DEL REPARTO DE COMPETENCIAS

a) *La peculiar figura del codemandado*

Otro tanto ocurre con la figura del codemandado. Se trata del segundo mecanismo ideado en el PAA para salvar las peculiaridades de la Unión, en su condición de parte potencial del CEDH sin ser Estado. Para la adecuada defensa del Derecho de la Unión se hacía preciso facilitar, en los términos exigidos por el art. 1 b) del Protocolo núm. 8, que la Unión pudiera personarse en todos los procedimientos ante el TEDH en los que se cuestionase la compatibilidad del Derecho de la UE con el CEDH. Lo propio debía ocurrir con los Estados miembros. Para ello, el PAA preveía la posibilidad de actuación como codemandado por invitación del TEDH, bien fuere por propia iniciativa de este o a solicitud de la parte contratante demandada (la Unión o un Estado miembro)⁹⁶. Tal *invitación*, con toda lógica jurídica, no tenía carácter vinculante. Ahora bien, su toma en consideración sí exige *per se* una cierta labor de análisis material de la razonabilidad de la intervención como codemandado por parte del TEDH y un cierto margen de apreciación sobre la pertinencia de la misma por parte de este. Como mínimo, se debería verificar si concurren los requisitos fijados por el PAA, bien por sí mismo si es a iniciativa propia o bien a la luz de las alegaciones presentadas por la Unión o por los Estados miembros para intervenir en tal condición. Tal verificación requiere también una cierta labor de análisis para determinar si el asunto afecta o no al Derecho de la Unión y, por ende, una la-

⁹⁶ Véase art. 3.5 del PAA y apdo. 53 del Proyecto de Informe Explicativo.

bor de apreciación de normas del Derecho de la Unión. Ello, a juicio del TJUE, puede «interferir con el reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros»⁹⁷.

No compartimos, en absoluto, tal conclusión. Habría bastado que el Tribunal de Justicia hubiese establecido algún tipo de reserva para asegurar que el TEDH no someta la decisión de intervención a ningún tipo de análisis de razonabilidad —con una suerte de aceptación *cuasiautomática* de la solitud— para salvar el reparo⁹⁸. En realidad, habría bastado con que hubiera aplicado su propia jurisprudencia *CILFIT* y permitiera al TEDH lo que, con toda normalidad, permite a los tribunales nacionales⁹⁹.

b) *La paralela cuestión de la responsabilidad*

Igualmente, el Tribunal de Justicia estima que la responsabilidad conjunta prevista en el Proyecto de Acuerdo en caso de constatación de la existencia de una violación¹⁰⁰ «no excluye que un Estado miembro pueda ser considerado responsable, junto con la Unión, de la violación de una disposición del CEDH respecto de la cual ese mismo Estado miembro hubiese formulado una reserva con arreglo al art. 57 del propio Convenio»¹⁰¹. De ello se deduce que esta previsión choca con la previsión del Protocolo núm. 8 según la cual «el acuerdo de adhesión debe garantizar que ninguna de sus disposiciones afecte a la situación particular de los Estados miembros respecto del CEDH, y en particular a las reservas de este»¹⁰². En segundo lugar, a mayor abundamiento, la posibilidad, también prevista en el Proyecto de Acuerdo, de que el TEDH pueda decidir que solo uno de ellos será considerado responsable de la violación de una disposición del CEDH exige también una cierta labor de apreciación de las normas del Derecho de la UE. A juicio del TJUE, ello puede «vulnerar el reparto de competencias entre la Unión y sus Estados miembros» y, con ello, el principio de autonomía del Derecho de la Unión¹⁰³.

También esta apreciación del TJUE nos parece inadecuada. Tanto del Proyecto de Informe Explicativo¹⁰⁴ como de las intervenciones de la Comisión y buena parte de los Estados miembros en la vista ante el TJUE se podía

⁹⁷ Apartado 225.

⁹⁸ Véase Opinión de la abogada general Kokott, *cit.*, apdo. 235.

⁹⁹ (EU:C:1982:335), apartado 21.

¹⁰⁰ Art. 7.3 del PAA.

¹⁰¹ Apartado 226.

¹⁰² Véase art. 2 del Protocolo núm. 8 y apartado 228 del dictamen.

¹⁰³ Apartados 231 a 235.

¹⁰⁴ Apartado 62.

deducir que la decisión del TEDH sobre el reparto de responsabilidad se fundamentaría en las alegaciones formuladas por el demandado y el codemandado, que se efectuarían de manera conjunta. Tal acuerdo (entre Unión y Estado/s miembro/s concernido/s) podría haberse considerado base suficiente para ver garantizada la autonomía del Derecho de la Unión, en el sentido exigido por el Protocolo núm. 8. Considerar que la decisión del TEDH de validar ese acuerdo constituye una suerte de sustitución del papel del TJUE¹⁰⁵ encarna, a nuestro entender, una interpretación excesivamente extensiva del papel del Tribunal de Justicia, así como una clara falta de voluntad de lograr una interpretación conforme del Proyecto de Acuerdo con el mandato emanado del art. 6.2 TUE.

Como ya sostuvimos en trabajos previos, entendemos que el elemento clave es, más bien, lograr la garantía de que los posibles codemandados tengan información sistemática y suficiente de todos los procedimientos en los que podrían concurrir motivos para intervenir en condición de tales, así como ajustar al máximo el análisis de razonabilidad del TEDH al mínimo (formal) imprescindible para aceptar la solicitud.

3. EL ART. 344 TFUE: OTRO OBSTÁCULO PERFECTAMENTE SOSLAYABLE

Finalmente, una última cuestión sometida a escrutinio por el TJUE es la que concierne al principio comunitario básico de que la celebración de un acuerdo internacional por la Unión no puede vulnerar el orden de competencias fijado por los tratados constitutivos ni la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión, por lo cual, en virtud de la exigencia derivada del art. 344 TFUE, los Estados miembros no pueden someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos. A este respecto, el Tribunal de Justicia considera que, caso de materializarse la adhesión, la «existencia misma de esa posibilidad [de que la Unión y/o los Estados miembros planteen ante el TEDH demanda con base en el art. 55 CEDH] vulnera la exigencia enunciada en el art. 344 TFUE»¹⁰⁶.

También esta conclusión nos merece una valoración crítica. Precisamente es consustancial al mandato del art. 6.2 una modulación *lex specialis* de la previsión *lex generalis* prevista en el art. 344 TFUE. Y no creemos que resulte pertinente resguardarse en la afirmación del Protocolo núm. 8, según la cual, el PAA no afectará al art. 344 TFUE¹⁰⁷, pues precisamente el propio Acuerdo

¹⁰⁵ Apartado 234 *in fine*.

¹⁰⁶ Apartado 208.

¹⁰⁷ Artículo 3 del Protocolo.

era la respuesta a esa exigencia. Este reduce claramente el alcance de la obligación del art. 55 CEDH hasta límites perfectamente aceptables para haber asumido una decisión favorable al amparo de la interpretación conforme con el art. 6.2 TUE¹⁰⁸. Al margen de que la práctica del TEDH muestre a las claras que se trata de una posibilidad más hipotética que real.

El TJUE acoge una interpretación tan estricta del art. 344, que priva de cualquier efecto útil al art. 6.2 y erige esta dificultad técnica en una refutación del propio mandato de adhesión, pues lógicamente también el ordenamiento derivado del CEDH tiene sus propias peculiaridades. Pedir una exclusión total y expresa de la competencia del TEDH derivada del art. 33 CEDH respecto de los litigios entre Estados miembros o entre estos y la Unión relativos a la aplicación del CEDH en el ámbito material del Derecho de la Unión supone sobrepasar una nueva línea roja del CEDH¹⁰⁹. Es más, a juicio de Ricardo Alonso García, «supone una importante rectificación de su propia doctrina sentada en 2006»¹¹⁰.

En suma, nadie duda que la adhesión de la UE al CEDH plantea dificultades jurídicas de primer orden. Pero una cosa es reconocer esas dificultades y tratar de buscarles una solución satisfactoria y otra bien diferente bloquear por completo la adhesión, que es lo que, en realidad, ha hecho el TJUE con el dictamen 2/13. Con ello, el Tribunal de Justicia ha conducido a la Unión y también a los Estados parte del CEDH no miembros de la UE a una encrucijada de no fácil salida.

V. PUNTO DE LLEGADA: ¿SIGUE MERECIENDO LA PENA LA ADHESIÓN DE LA UE AL CEDH?

Llegados a esta delicada tesitura, corresponde concluir este trabajo con unas consideraciones finales de carácter valorativo (1) y prospectivo (2).

¹⁰⁸ A nuestro juicio, como al de buena parte de los intervinientes en el procedimiento, la previsión recogida en el art. 5 PAA reduce claramente el alcance de la obligación del art. 55 al establecer que los procedimientos ante el TJUE no deben considerarse modos de solución de controversias a los que las partes contratantes renuncian conforme al art. 55.

¹⁰⁹ Otra cosa es que, como consecuencia del propio Derecho de la Unión y del principio de cooperación leal, el Tribunal de Justicia hubiera deducido una suerte de obligación de abstención de uso del mecanismo del art. 33 CEDH.

¹¹⁰ Ricardo ALONSO GARCÍA, *loc. cit.* («Análisis crítico del veto judicial...»), nota 53, pp. 15-17. Este autor llega a calificar la argumentación del TJUE como una «tergiversación de su propia doctrina», consideración que hace extensiva a la seguida en materia de PESG (p. 17 nota 75 y p. 27).

1. VALORACIÓN (MUY) CRÍTICA DEL DICTAMEN: POSIBLE INCIDENCIA EN EL DIÁLOGO JUDICIAL EUROPEO

a) *Reafirmación de la importancia del diálogo judicial*

Conviene comenzar recordando que la confluencia sobre un mismo espacio físico de tres ordenamientos jurídicos distintos con común vocación *constitucional* (declarada) y un órgano jurisdiccional propio con carácter igualmente constitucional y con aspiración a contar con la «última palabra» en sus respectivos ordenamientos exige una cooperación judicial leal, que presume forzosamente una suerte de *diálogo judicial* previo¹¹¹. Este ha resultado hasta el momento razonablemente fructífero¹¹² y, en el

¹¹¹ No es, ciertamente, momento de despistarnos con lo que haya de entenderse por tal *diálogo judicial* o sobre su alcance deseable. A este respecto resulta realmente necesario el repaso de la interesante aproximación que realiza sobre esta cuestión Rafael BUSTOS GISBERT, «XV Propositiones generales para una teoría de los diálogos judiciales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2012, núm. 95, pp. 13-63. Igualmente, G. VERGOTTINI, *Más allá del diálogo entre tribunales — Comparación y relación entre jurisdicciones*, Civitas, Madrid, 2010. Lo realmente relevante es que dicho diálogo, con la denominación que cada cual desee conferirle conforme a sus planteamientos dogmáticos y conceptuales al respecto, ha existido siempre en la relación entre los tres vértices del triángulo judicial europeo. No otra cosa es la respuesta jurisprudencial que el TJUE dio en los años setenta a los Tribunales Constitucionales alemán e italiano como consecuencia de la falta de adecuada garantía de los derechos fundamentales en el seno de la entonces Comunidad Económica Europea; o la aceptación, a su vez, de esa respuesta por esos tribunales nacionales a través de la bien conocida *jurisprudencia Solange*, desplazando el foco del diálogo a la cuestión de los límites de la atribución de competencias o el posible control de actos de la Unión por eventual actuación *ultra vires*; o, por supuesto, la ya aludida *jurisprudencia Bosphorus* del TEDH para salvar con la ficción de la protección equivalente la falta de control judicial externo por aquel de los actos de la Unión o de los Estados ejecutando Derecho de ella.

¹¹² Por lo que concierne al diálogo entre el TJUE y el TEDH, nos permitiremos remitir al lector en esta cuestión a nuestro anterior trabajo, «El diálogo judicial entre el TJUE y el TEDH: algo más que el derecho a la última palabra en el triángulo judicial europeo», en *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales*, XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013, pp. 161-208. Por otro lado, en relación con el diálogo entre el TEDH y los Tribunales Constitucionales nacionales, véase Javier GARCÍA ROCA, «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo», *UNED-Teoría y Realidad Constitucional*, 2012, núm. 30, pp. 181-222.

fondo, es imprescindible para la armónica convivencia de los tres ordenamientos jurídicos en juego¹¹³.

Este diálogo judicial, mutuamente aceptado y desarrollado por los altos tribunales de los tres niveles europeos concernidos¹¹⁴, es ciertamente *informal* y, salvo en supuestos puntuales como la cuestión prejudicial del art. 267 TFUE o, en el futuro, el requerimiento de opinión al TEDH conforme al Protocolo 16, no está reglado. Pero ello no significa que no esté implícitamente sometido a ciertas reglas tácitas bien simples. La primera es el *mutuo reconocimiento* de la posición que cada Tribunal ocupa como órgano jurisdiccional supremo en su respectivo ordenamiento jurídico. La segunda es la *confianza recíproca*, que implica la aceptación de la jurisprudencia (especializada) propia de cada ordenamiento jurídico en los elementos esenciales y característicos del mismo, así como también la admisión de las «líneas rojas» inherentes a cada ordenamiento¹¹⁵. Y, finalmente, parece también requisito implícito para el diálogo judicial el reconocimiento mutuo de cierta *autoridad jurídica* del tribunal concernido, que, en cierto modo, va claramente ligada a la calidad jurídica de las argumentaciones empleadas en sus pronunciamientos y que se reconoce —al menos, hasta el momento— en el caso del TJUE, TEDH y la mayor parte de los Tribunales Constitucionales¹¹⁶.

Sobre esta base, el problema de fondo de este dictamen radica en que podría estar rompiendo alguna (o varias) de esas premisas, en particular, en

¹¹³ Véase Stefan OETER, «Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgerichten, Europäischen Gerichtshof und Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte», *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 2007, núm. 66, pp. 361-388; Franz MERLLI, «Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgerichten, Europäischen Gerichtshof und Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte», *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 2007, núm. 66, pp. 392-419.

¹¹⁴ Hasta autores tan poco dados a la aceptación del papel del TJUE en relación los tribunales nacionales como Ferdinand KIRCHHOF reconocen la necesidad del diálogo judicial en la *Gerichtsverbund* europea; «Kooperation zwischen nationalen und europäischen Gerichten», *Europarecht*, 2014, pp. 267-276, en pp. 272-273.

¹¹⁵ Estas *grosso modo* podrían radicar en la efectividad del control externo para el TEDH, la existencia de algún tipo de límites a las atribuciones de competencias a otros ordenamientos en el caso de los Tribunales Constitucionales y la aceptación de la primacía y autonomía del Derecho de la Unión para el TJUE. En este sentido, el autor citado en la nota anterior se refiere a la «técnica del retraimiento» (*Technik der Zurückhaltung*): *loc. cit.* («Kooperation...»), p. 272.

¹¹⁶ A este respecto, no resulta reseñable —al menos mientras no hagan escuela— algunos pronunciamientos extremos de Tribunales Constitucionales como el checo.

la relación del TJUE con el TEDH¹¹⁷. El TJUE no puede pretender que la adhesión de la Unión al CEDH se haga al precio de desvirtuar por completo las peculiaridades del resto de ordenamientos con los que entra en concurrencia, en el caso del CEDH con el propio control externo ejercido por el TEDH¹¹⁸. Puede aspirar a introducir particularidades razonables en ese control sobre actos de la Unión, pero no parece razonable pedirle que dicha participación se torne en la exigencia de desdibujar por completo el ya asentado sistema de control diseñado por el CEDH.

b) *Un pronunciamiento simple, pobre, falto de perspectiva y de inspiración (casi) divina*

Probablemente, visto con cierta perspectiva temporal, el color del cuadro valorativo resultante no deba ser ni blanco ni negro. Pero, a nuestro entender, por mucho que uno se esmere por introducir dosis de comprensión hacia la postura del TJUE¹¹⁹, cuesta no ubicar este dictamen en la sala de lienzos de la oscura fase final en la que acaban algunos grandes maestros, más que en la de la época luminosa de quienes aspiran a demostrar su talento con esfuerzo creativo y con técnicas innovadoras adaptadas al momento.

Desde nuestro punto de vista, el pronunciamiento del Tribunal de Justicia adolece de simplicidad de rasgos, de pobreza cromática y de absoluta falta de perspectiva. Hay simplicidad de rasgos porque el dictamen está revestido

¹¹⁷ Como afirma el ya citado editorial de una revista de referencia, a diferencia de lo que aparentemente ocurría con la Declaración conjunta de 2011 de los presidentes de los tribunales concernidos, «Opinion 2/13 exudes the impression of being strongly influenced by the endeavour of the ECJ to defend its position vis-à-vis the ECtGR rather than by a spirit of cooperation»; *loc. cit.* («The EU's Accession...»), nota 77, p. 14 *in fine*.

¹¹⁸ El dictamen conecta con la tradicional visión restrictiva del TJUE cuando se trata de valorar la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión cuando entra a colación la relación del TJUE con otros tribunales; Dictamen 1/76, EU:C:1976:63; dictamen 1/91, EU:C:1991:490; dictamen 1/00, EU:C2002:231; dictamen 1/09, EU: C:2011:123.

¹¹⁹ Para una valoración positiva del dictamen puede verse el solitario trabajo de Daniel HALBERSTAM, «It's the Autonomy, Stupid! A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the European Convention on Human Rights», *German Law Journal*, 2015, núm. 2. En sentido igualmente favorable, aunque en tono menos contundente, véase, por ejemplo, Fabrice PICOD, «La Cour de Justice a dit non à l'adhésion de l'Union à la Convention EDH — Le mieux est l'ennemi du bien, selon les juges du Plateau du Kirchberb», *La Semaine Juridique*, 2015, 6, febrero 2015.

de un formalismo jurídico poco propio para una cuestión constitucional de semejante calado. Sufre también de pobreza cromática como consecuencia de una falta absoluta de creatividad jurídica en un tema complejo, poco apropiado para aproximaciones miopes, y anclado en una visión reduccionista y egocéntrica de la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión. Adolece, finalmente, de falta de perspectiva porque su enfoque está más obsesionado por dejar clara la propia posición de dominio dentro del ordenamiento de la Unión que de cualquier espíritu cooperativo con los otros personajes del lienzo. Incluso parece de «inspiración divina», ya que, como ha considerado Christian TOMUSCHAT en un excelente trabajo reciente, el TJUE trata la autonomía del Derecho de la Unión como si fuera el «Santo Grial»¹²⁰.

c) *Rechazo doctrinal (prácticamente) unánime*

Y lo peor es que, a la vista de los antecedentes, no resulta descabellado pretender ver en esta posición simple y llanamente una defensa de la propia posición del Tribunal de Justicia. No debe olvidarse que es ya la sexta ocasión en la que el Tribunal de Justicia emite un dictamen negativo sobre un acuerdo internacional que pretende celebrar la Unión (dictámenes 1/59, 1/76, 1/91, 2/94, 1/09 y 2/13). Cuatro de ellos, por cierto, preveían bien la creación de una nueva jurisdicción internacional o bien la intervención de una jurisdicción internacional ya existente (dictámenes 1/91, 2/94, 1/09 y 2/13). Es más, jamás hasta el momento el Tribunal de Justicia se ha pronunciado a favor de un acuerdo que suponga la incorporación de una jurisdicción internacional al sistema de la Unión.

Con esta dura apreciación, que nos duele escribir, no creemos que mantengamos una postura precisamente solitaria. En términos generales, un sector nada despreciable de la más reputada doctrina, tanto española como extranjera, ha valorado el dictamen de manera igualmente muy crítica¹²¹. Y lo han hecho con apreciaciones que, para constatar el alejamiento manifiesto entre Luxemburgo y Estrasburgo¹²², recurren a símiles tan visuales como considerar que el partido TJUE-CEDH lo gana el primero por «2 a 0»¹²³ —en clara alusión al dictamen 2/94— y que el sueño de la adhesión deviene en pesadilla¹²⁴.

¹²⁰ La imaginativa expresión la tomamos del título que Christian TOMUSCHAT da a su ya citado comentario sobre el dictamen («Die Autonomie der EU als Heiliger Gral»), nota 49, *loc. cit.*

¹²¹ Véase, por ejemplo, Editorial Comments: *loc. cit.* («The EU's Accession...»).

¹²² Javier GONZÁLEZ VEGA, *loc. cit.* («La teoría del *big bang*...»).

¹²³ Jean-Paul JACQUÉ, «CJUE-CEDH: 2-0», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2014, pp. 823-832.

¹²⁴ Steve PEERS, *loc. cit.* («The EU's Accession to...»), nota 77.

Con la consecuencia más que probable de que la búsqueda de reservas se ha podido tornar en portazo definitivo a la adhesión¹²⁵, un veto¹²⁶ o, si se quiere sostener la misma idea con un tono algo más prudente, en una suerte de demora *ad calendas graecas*¹²⁷.

En nuestra opinión, además de los elementos críticos que, desde un estricto punto de vista jurídico claramente merece el dictamen, conviene también plantearse las consecuencias indirectas —las directas parecen evidentes y serán abordadas más adelante¹²⁸— que esta decisión podría tener en los otros dos vértices del triángulo judicial europeo. Cabe, pues, cuestionarse sobre las posibles reacciones que podría provocar el dictamen 2/13 en el TEDH y en los Tribunales Constitucionales.

d) *Incidencia del dictamen en la jurisprudencia del TEDH y de los Tribunales Constitucionales*

En este sentido, el TJUE pudo haber desarrollado en este dictamen una doctrina equiparable a la que habían construido el TEDH (*Bosphorus*) y los Tribunales Constitucionales (*Solange*) a propósito de las relaciones de sus respectivos ordenamientos con el de la Unión por lo que concierne al control judicial en las zonas de intersección de los ordenamientos concernidos. Pero el Tribunal de Justicia ha dilapidado esta oportunidad de manera evidente. Como bien considera Miguel Azpitarte en su interesante comentario sobre el dictamen, posiblemente sea la primera vez que el Tribunal de Justicia se haya situado en una posición de aislamiento¹²⁹.

No sería, pues, de extrañar que esta decisión tenga sus consecuencias. No debería sorprender a nadie, por tanto, que, en primer lugar, el TEDH revisase su doctrina de la «protección equivalente» en cuanto tuviera oportunidad para ello (*d1*). Pero tampoco lo sería que los Tribunales Constitucionales en-

¹²⁵ Andrew LAZOWSKI y Ramses WESSEL: «When Caveats Turn into Locks: Opinion 2/13 on Accession of the European Union to the ECHR», *German Law Journal*, 2015, núm. 2. A juicio de Christian TOMUSCHAT, el proceso de adhesión de la Unión al CEDH podría haber entrado en un callejón sin salida, *loc. cit.* («Der Streit...»), nota 49, p. 133.

¹²⁶ Ricardo ALONSO GARCÍA, *loc. cit.* («Análisis crítico del veto judicial...»), nota 53.

¹²⁷ M. GAUTIER, «Ad kalendas graecas?», *AJDA*, 2015, núm. 3, de 2 de febrero de 2015, p. 129.

¹²⁸ Véase *infra*, V.2.

¹²⁹ Miguel AZPITARTE SÁNCHEZ, «Los derechos fundamentales en la Unión en busca de un nuevo equilibrio», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2015, núm. 104, pp. 243-268, en p. 244.

durescieran en ámbitos concretos su posición de aceptación del principio de primacía del Derecho de la Unión (*d2*), con el efecto negativo evidente que ello tendría para el diálogo judicial europeo (*d3*).

d1) Posible reacción del TEDH

Ciertamente, a nadie en Luxemburgo le ha podido sorprender leer en el prólogo del informe anual del TEDH la opinión de su presidente calificando el dictamen como una «gran decepción» (*a great disappointment*)¹³⁰. Quizá haya sorprendido algo más la lectura que puede hacerse entre líneas de su comentario a propósito de que, dado que las víctimas del dictamen son los ciudadanos a los que se les priva del derecho de ver sometidos los actos de la Unión al mismo control judicial externo que el que rige para los Estados, «[m]ore than ever, therefore, the onus will be on the Strasbourg Court to do what it can in cases before it to protect citizens from the negative effects of this situation»¹³¹.

En correlación con ello, también nuestro colega responsable de la dirección de la Asesoría Legal y de Derecho Internacional Público del Consejo de Europa ha dado pistas bien claras de la valoración que se hace en Estrasburgo del dictamen¹³². Coincidimos, en este sentido, en que el TEDH podría ver el ESLJ como el ámbito del Derecho de la Unión donde el estándar de protección de derechos fundamentales, en ámbitos de la inmigración o, sobre todo,

¹³⁰ SPIELMANN, D.: «Foreword», en *Annual Report 2014*, Estrasburgo, 2015, pp. 5-7, en p. 6.

¹³¹ *Ibid.* Más claro aún en su discurso de inauguración del año judicial del TEDH, de 30 de enero de 2015, al afirmar «[f]or my part, the important thing is to ensure that there is no legal vacuum in human rights protection on the Convention's territory, whether the violation can be imputed to a State or to a supranational institution. Our Court will thus continue to assess whether State acts, whatever their origin, are compliant with the Convention, while the States are and will remain responsible for fulfilling their Convention obligations», disponible en <http://echr.coe.int/Documents>.

¹³² Así, aparte de considerar con tino que «[t]he opinion gives the impression to be more concerned about the autonomy and primacy of EU law than about substantive rights», estima que «[i]t would be an illusion to think that fundamental rights protection by the Luxembourg courts can be a substitute for accession», incluso apuntando las áreas del Derecho de la Unión en las que el TJUE tiene limitada su jurisdicción, básicamente la PESC, pero también algunos sectores residuales del ELSJ (art. 276.4 TFUE); J. POLAKIEWICZ, «The future of Fundamental Rights Protection in Europe», 26 de junio de 2015, disponible en <http://www.coe.int> (último acceso el 29 de octubre de 2015).

el refugio y el asilo, empiezan a plantear dudas nada desdeñables¹³³; incluso la actuación de agencias como Frontex y Europol o ámbitos como la euroorden¹³⁴ pueden ser caldo de cultivo adecuado para tal reacción. Cabría, empero, pensar también en otros ámbitos como la protección de datos o determinados aspectos procedimentales en materia de Derecho de la Competencia.

Así las cosas, lamentablemente, quizá sea momento de releer los votos particulares que en su momento provocó la sentencia *Bosphorus*¹³⁵, ya que, a la vista de la posición del TJUE reflejada en el dictamen 2/13, es posible suponer una revitalización de dicha posición en el seno del TEDH. Potenciales ámbitos para hacerlo no faltarán¹³⁶. Y, en todo caso, difícilmente puede pasar desapercibido al TEDH que, en todo el dictamen, a diferencia de la opinión de la abogada general, no haya ni una sola referencia al refuerzo de la protección de los derechos fundamentales que supondría para la Unión su adhesión al CEDH. Ciertamente, es sintomático.

En el fondo, si escandaliza que el Tribunal Constitucional ruso considere que en caso de conflicto el CEDH, no puede prevalecer sobre la soberanía nacional plasmada en la Constitución rusa (principio de supremacía constitucional)¹³⁷, lo cierto es que la argumentación jurídica empleada no difiere

¹³³ A este respecto resulta inevitable evocar la jurisprudencia derivada de la sentencia del TEDH recaída en 2001 en el asunto *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, núm. 30696/09. Igualmente, la sentencia del TEDH de 4 de noviembre de 2014, recaída en el asunto *Tarakhel c. Suiza*, a propósito del régimen del llamado Reglamento Dublín recogido en el Acuerdo entre la CE y Suiza de 26 de octubre de 2004 (Reglamento 343/2003, recientemente modificado) puede ser buena guía de por dónde podría ir la reacción del TEDH al dictamen 2/13; TEDH sentencia de 4 de noviembre de 2014, núm. 29217/12.

¹³⁴ Sin ir más lejos, la polémica sentencia de la Sala Segunda de nuestro Tribunal Supremo de enero de 2015 en la que se resuelve la delicada cuestión del cómputo de las penas realizadas en Francia sin plantear la cuestión prejudicial al TJUE (como propugnaba alguno de los interesantes votos particulares que acompañan a sentencia) deja también muestra suficiente de posible reacción al respecto por parte del TEDH.

¹³⁵ Voto concurrente de los jueces Rozakis, Tulkens, Traja, Botoucharova, Zagrebelsky y Garlicki. En ellos se alertaba sobre los riesgos de la doctrina de la protección equivalente, ya que podía crear dos niveles diferentes de protección según se vieran concernidos o no Estados parte que aplicasen actos de la Unión y resultar así contrario a la aspiración de unidad reflejada en el Preámbulo del CEDH.

¹³⁶ Para ser conscientes del potencial de conflictos reales cabe refrescar la memoria con la lectura del informe del Consejo de Europa sobre las violaciones por artículo y por países para percatarse de que solo en 2014 se constató la violación por Estados miembros de la Unión de los relevantes art. 6 CEDH en 183 ocasiones y del 3 en 111 ocasiones.

¹³⁷ Así lo hizo en un polémico pronunciamiento de 14 de julio de 2015.

demasiado de la utilizada por el TJUE en relación con el principio de autonomía.

d2) *Posible reacción de los Tribunales Constitucionales nacionales*

Por otro lado, si en su momento criticábamos al Tribunal Constitucional alemán por no resultar muy «amigable» con el Derecho de la Unión en la interpretación dada en su sentencia sobre el Tratado de Lisboa a la relación con el TJUE, no parece tampoco particularmente *europafreundlich* la posición sostenida ahora por el TJUE en su relación con el TEDH. Así, los Tribunales Constitucionales —con el alemán, como siempre, a la cabeza— podrían articular su respuesta en el concreto ámbito de los límites a la atribución de competencias a la Unión o incluso en el de los propios derechos fundamentales¹³⁸. En el prototípico caso alemán, probablemente sea el control judicial de las posibles actuaciones *ultra vires* en el campo de la Unión Monetaria el terreno mejor abonado para ello¹³⁹.

Acaso resulte también pertinente traer a colación, por un lado, que el Tribunal Constitucional alemán, en su bien conocida (y polémica) sentencia sobre el Tratado de Lisboa, se basó en la jurisprudencia del TJUE en el asunto *Kadi* respecto a la preeminencia de la autonomía del Derecho de la Unión frente al Derecho Internacional para tratar de justificar idéntica exigencia de autonomía del ordenamiento constitucional alemán frente al Derecho de la Unión¹⁴⁰. En este mismo sentido, no por casualidad, alguien tan relevante como Ferdinand Kirchhof se ha preguntado ya por qué no se podría implantar un mecanismo semejante al de consulta previa al TJUE entre el TJUE y los Tribunales Constitucionales para los casos

¹³⁸ Véase, en nuestra doctrina, Javier DIEZ HOCHLEITNER, «El derecho a la última palabra: ¿Tribunales constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión?», en *op. cit.* (*Tribunal Constitucional y diálogo entre Tribunales... XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados de Tribunal Constitucional*); también publicado en *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, IDEIR, 2013, núm. 17.

¹³⁹ Véase, por todos, el reciente trabajo de Christian CALLIES, «Die europarechtliche Ultra-Vires-Kontrolle des Bundesverfassungsgerichts — Stumpfes Schwert oder Gefahr für die Autorität des Unionsrechts?», en *ibid.* (coor.), *Herausforderungen an Staat und Verfassung. Verfassung-Europarecht-Menschenrechte. Liber amicorum für Torsten Stein zum 70. Geburtstag*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2015, pp. 446-474, especialmente pp. 469-472.

¹⁴⁰ Esta cuestión ya la hemos analizado *in extenso* en nuestro trabajo «Órdago del Tribunal Constitucional alemán al proceso de integración europea (algo más que una sentencia crítica con el Tratado de Lisboa)», *Revista d'estudis autonòmics i federals*, 2011, núm. 13, pp. 97-145.

en que aquel tuviera que pronunciarse sobre cuestiones que afecten a las constituciones nacionales¹⁴¹.

Por otro lado, el concepto de «identidad de la Constitución» (*Identität der Verfassung*) le ha brindado una base argumental adecuada para defender su tesis de los límites a la atribución de competencias a la Unión y, por ende, el control de posibles actuaciones *ultra vires* de aquella¹⁴². Con seguimiento, por cierto, en otros Tribunales Constitucionales, empezando por el nuestro¹⁴³. Todo ello, precisamente, en un momento en el que por primera vez el Tribunal Constitucional alemán se había decidido (por fin) a plantear cuestión prejudicial al TJUE¹⁴⁴ y estamos a la espera de la reacción a la contestación del TJUE.

d3) Consecuencias negativas para el diálogo judicial

A la postre, el Tribunal de Justicia ha optado, como se afirmaba en uno de los primeros comentarios sobre el mismo, por «une lecture rigide de la nature *sui generis* de la construction communautaire et du monopole que lui est confié»¹⁴⁵. De esta forma, el elenco de condiciones fijado en este dictamen para la adhesión, que, además, puede no ser *numerus clausus*, obstaculiza notablemente cualquier aspiración de diálogo judicial con el TEDH y priva a este Tribunal de la posición natural que le debería corresponder como intérprete supremo del CEDH de carácter *cuasiconstitucional*. Viene a equivaler, en el fondo, a un «no» al control judicial externo por parte del

¹⁴¹ Ferdinand KIRCHHOF, «Kooperation zwischen nationalen und europäischen Gerichten», *Europarecht*, 2014, pp. 267-276, en p. 273 («Warum sollte man sie dann zwischen EuGH und nationalen Verfassungsgerichten nicht auch praktizieren?»).

¹⁴² Véase, entre las más recientes aportaciones, A. SCHWERDFEGGER, «Europäisches Unionsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts — Grundrechts-, ultra vires- und Identitätskontrolle im gewaltenteiligen Mehrebenensystem», *Europarecht*, 2015, núm. 50, pp. 263-385; S. P. HWANG, «Grundrechte unter Integrationsvorbehalt? Überlegung zur Debatte um die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte», *Europarecht*, 2014, pp. 400-419.

¹⁴³ Así lo hizo en la relevante Declaración 1/2004. Esta cuestión la tratamos en su momento en nuestra contribución «Hacia una nueva concepción del artículo 93 de la Constitución: comentario a la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2005, vol. 57, pp. 759-818.

¹⁴⁴ Véase Franz MAYER, «Rebels without a cause? Zur OMT-Vorlage des Bundesverfassungsgerichtss», *Europarecht*, 2014, pp. 473-513; H. GÖTT, «Die ultra vires-Rüge nach dem OMT-Vorlagebeschluss des Bundesverfassungsgerichts», *Europarecht*, 2014, pp. 514-540.

¹⁴⁵ M. GAUTIER, *loc. cit.* («Ad kalendas...»), nota 127.

TEDH y encubre un mal entendido «derecho a la última palabra» tras el escudo de la autonomía.

Ello, obviamente, no es nada bueno para el necesario *diálogo judicial* multinivel en el espacio jurídico europeo. Podría, de hecho, abrir las puertas a una etapa de cierto conflicto judicial a propósito de la aceptación de las consecuencias jurídicas que las especificidades del Derecho de la Unión provoca en el control judicial ejercido por el TEDH y por los Tribunales Constitucionales en sus respectivos órdenes jurídicos. El dictamen 2/13 resulta, pues, jurídicamente criticable, políticamente suicida y doctrinalmente (muy) pobre.

Ahora bien, llegados a este punto, el lamento sobre la leche derramada no soluciona el problema de fondo. En realidad, una vez «descargada» la crítica sobre el Tribunal de Justicia, la pregunta que corresponde contestar ahora es si, a la luz del contundente dictamen 2/13, sigue mereciendo la pena continuar el proceso de adhesión de la UE al CEDH.

2. ¿SIGUE MERECIENDO LA PENA LA ADHESIÓN DE LA UNIÓN AL CEDH?: LA RESPUESTA FINAL NO COMPETE AL TRIBUNAL DE JUSTICIA

Así es, al margen de las críticas jurídicas a la argumentación seguida por el TJUE y la consideración de las posibles consecuencias (mediatas) del dictamen, el efecto inmediato y más claro concierne al propio proceso de adhesión de la UE al CEDH. En primer término, en las propias negociaciones, ya que no resultará en absoluto sencillo buscar una salida a las serias reservas establecidas por el TJUE y mucho menos, caso de diseñar una salida posible, trasladarlas con visos de éxito a una nueva ronda de (re)negociación. No es de extrañar, por tanto, que resulte legítimo plantearse si realmente sigue mereciendo la pena la adhesión al Convenio o si, por el contrario, resulta más razonable «colgar las botas». Es, sin duda, una pregunta pertinente y necesaria (a), pero la respuesta no puede depender del Tribunal de Justicia (b), porque no es solo una cuestión de naturaleza jurídica¹⁴⁶.

a) *Replanteamiento de la cuestión de la pertinencia de la adhesión*

Antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa era pregunta al uso plantearse si realmente era necesaria la adhesión de la Unión al CEDH¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Siempre hemos considerado que la adhesión de la Unión al CEDH era algo más que una cuestión meramente jurídica, *loc. cit.* («La adhesión de la Unión Europea al CEDH: algo más que una cuestión meramente jurídica»), nota 25.

¹⁴⁷ Nosotros somos los primeros que, en más de un momento, manifestamos dudas serias al respecto. En realidad, poco (o nada) cambiaría la adhesión formal a la Unión respecto a la posición *material* del CEDH en el Derecho de la Unión. A través

Pero con la llegada del art. 6.2 TUE creímos que correspondía dar por finalizada tal discusión y que lo que realmente tocaba era articular en la práctica el mandato derivado del citado precepto. Sin embargo, una vez más, la realidad muestra que la tarea de dar respuesta (política) a los reparos (jurídicos) planteados por el Tribunal de Justicia parece un «cometido sisífico»¹⁴⁸. El TJUE concibe, en realidad, el Derecho de la Unión tan «autónomo» que convierte la adhesión en «misión (casi) imposible», de forma que reaviva la vieja discusión y nos impulsa de nuevo a replantearnos la conveniencia de seguir adelante con el proceso. Solo que desde una posición bastante más compleja que en el pasado¹⁴⁹.

No obstante, la decisión final no puede corresponder al Tribunal de Justicia. Ciertamente, el mecanismo jurídico que articule la adhesión debe resultar compatible con los tratados constitutivos y es al Tribunal de Justicia al que corresponde tal examen de compatibilidad. Pero son los «dueños de los tratados» quienes realmente tienen en sus manos ahora decidir si merece la pena o no continuar alargando la maratón hacia la adhesión.

de la Carta de Derechos Fundamentales, incorporada por referencia a los tratados constitutivos de la Unión (art. 6.1 TUE), ya se había producido la incorporación material del Convenio a ese ordenamiento de la Unión. Con ello, el TJUE goza de instrumentos suficientes para desarrollar su propia jurisprudencia a propósito del alcance que los derechos recogidos en el Convenio (y en la Carta) tendrían dentro del ordenamiento de la Unión. Véase Christian TOMUSCHAT, «Der Beitritt der Europäischen Union zur EMRK — Vom Mangel zum Überfluss», en LEUTHEUSSER-SCHNARRENBURG (coord.), *Vom Recht auf Menschenwürde. 60 Jahre Europäische Menschenrechtskonvention*, Tübingen, 2013, pp. 71-82.

¹⁴⁸ Primero consideró que no cabía la adhesión porque los tratados constitutivos no contenían una atribución de competencia suficiente y la cláusula de imprevisión del entonces art. 235 TCEE (hoy art. 308 TFUE) no resultaba suficiente (dictamen 2/94, *cit.*). Los Estados reaccionaron a esa (aparente) invitación del TJUE a introducir en los tratados constitutivos una atribución competencial suficiente para canalizar la adhesión y dieron al actual art. 6.2 TUE una redacción contundente, convirtiendo la atribución de competencia para una posible adhesión en un mandato de actuación. Pero el Tribunal de Justicia considera ahora que, a pesar de existir atribución de competencia suficiente, hay otros problemas que impiden la adhesión en los términos negociados, básicamente la carencia de competencia del mismo sobre el ámbito de la PESC, que los Estados miembros decidieron no atribuirle, y la incompatibilidad de la adhesión proyectada con el principio de autonomía del Derecho de la Unión.

¹⁴⁹ No en vano, como se ha afirmado por algunos de los más tempranos comentaristas del dictamen, los «sages du Kirchberg» han podido evitar las excesivas complicaciones que derivaban de la adhesión de la UE al CEDH; Fabrice PICOD, *loc. cit.* («La Cour de Justice a dit...»), nota 119.

b) *El papel de Herrn der Verträge no corresponde al TJUE*

En efecto, los jueces de Luxemburgo no pueden pretender sustituir al legislador. Los tratados constitutivos fijan un mandato y la labor del Tribunal de Justicia es contribuir a facilitar su materialización, no a construir muros infranqueables a la voluntad de los tratados constitutivos de lograr la adhesión de la Unión al CEDH. Serán, por tanto, pocas todas las veces que se recuerde al Tribunal de Justicia que los *Herren der Verträge* son los Estados miembros que decidieron introducir en los tratados constitutivos de la Unión el claro mandato recogido en el art. 6.2 TUE. Su función, ciertamente relevante, es garantizar «el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del Derecho de la Unión» (art. 19.1 TUE), pero no cuestionar la oportunidad o conveniencia de la decisión política de introducir en la *Constitución material* de la Unión el mandato de adhesión al CEDH¹⁵⁰. Es más, le corresponde, en realidad, desempeñar su labor interpretativa con la misma *lealtad* que se exige a los Estados miembros y al resto de instituciones (art. 4.3 TUE). Tal lealtad le debería haber impulsado a haberse esforzado un poco más en desplegar una *interpretación conforme* con el fin perseguido por el art. 6.2 TFUE, en lugar de manifestar una difícilmente ocultable predisposición a hacer acopio de todos los argumentos posibles —unos ciertos y otros «algo» prefabricados— para justificar la incompatibilidad del PAA con los tratados constitutivos y, acaso, dar a esos obstáculos entidad tal que termine por hacer imposible su aceptación por los Estados parte del CEDH no miembros de la UE.

Así las cosas, una vez pronunciado el dictamen 2/13 y conocido el alcance (político) de sus consecuencias, los Estados han de plantearse muy seriamente si merece la pena seguir adelante con el proceso de adhesión. Si toman una decisión en sentido favorable habrán de estudiar muy bien cómo. Opciones jurídicas no faltarán, aunque sin duda este proceso de «nunca acabar» está poniendo a prueba la creativa ingeniería jurídica de la que siempre ha hecho gala la UE a lo largo de su historia. Vistos los antecedentes y la cerrazón que implica el dictamen 2/13, probablemente lo más adecuado sería optar por una actuación imaginativa en el plano del Derecho originario¹⁵¹. Cabría, ciertamente, empezar por aceptar la (obvia) invitación indirecta de atribuir al TJUE competencia sobre los actos de la PESC y, con ello, despejar el principal

¹⁵⁰ Recuérdese que en la vista oral hubo jueces que llegaron a cuestionar en sus preguntas la conveniencia de haber introducido en el Derecho originario el art. 6.2 TUE.

¹⁵¹ No creemos que el juego de posibles declaraciones unilaterales puede servir de cauce para ello; véase Andrew LAZOWSKI y Ramses WESSEL, *loc. cit.* («When Caveats...»), nota 24, pp. 204-205.

obstáculo del camino; y acaso sea lo que en el fondo pretenda el TJUE. Pero, quizá, los Estados no deseen modificar la visión de la PESC que claramente plasmaron en la actual regulación de la misma. O incluso temen que, una vez admitida la sugerencia judicial actual, ocurriera como con el dictamen 2/94 y, a pesar de que a la vez se pudieran introducir también en los tratados constitutivos otros «retoques» para solventar las dificultades técnicas apuntadas en el citado dictamen, el TJUE pudiera seguir sacándose nuevas cartas de la manga, al estilo del Protocolo 16, y encontrando con ello nuevos obstáculos «técnicos» ahora no detectados.

Por ello, acaso cabría plantearse la posibilidad de que, a través de un Protocolo *ad hoc*, se incluyera, en una suerte de incorporación por referencia, el Acuerdo de Adhesión ya negociado entre la UE y el Consejo de Europa una vez pulido en algunos aspectos, tras una corta negociación final previa a la adopción y autenticación del texto. En este caso, se le cerraría al Tribunal de Justicia la puerta a cualquier posibilidad de bloqueo. Salvo, eso sí, que decidiera adentrarse por la senda de la posible inconstitucionalidad de un precepto constitucional, sobre la que la doctrina constitucionalista germánica ha elucubrado de vez en cuando, pero ningún Tribunal Constitucional se ha atrevido a transitar.

Pero eso sería ya tema para otro artículo y, desde luego, el título debería buscar —metafóricamente hablando, por supuesto— rasgos más propios de la jerga militar que de la naviera. Ya no sería que el Tribunal de Justicia perdiera el rumbo en una travesía concreta, sino que marcaría el camino hacia la confrontación (directa) con los Estados.

