
Los derechos fundamentales en la encrucijada entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión

Carlos RUIZ MIGUEL

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Santiago de Compostela
carlos.ruiz@usc.es

Sumario: 1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LAS DOS VÍAS DE LA CONSTRUCCIÓN EUROPEA. 1.1. La integración europea, un proyecto largamente acariciado. 1.2. La creación del Consejo de Europa. 1.3. La «solidaridad de hecho» de las Comunidades Europeas. 1.4. La progresiva incorporación de los derechos fundamentales en la construcción comunitaria. 2. LOS INTENTOS DE CONVERGENCIA EN EL TERRENO DE LOS DERECHOS HUMANOS ENTRE EL CONSEJO DE EUROPA (CDE) Y LAS COMUNIDADES EUROPEAS/UNIÓN EUROPEA (UE) Y LA RETICENCIA DEL TRIBUNAL DE LUXEMBURGO. 2.1. Las interferencias entre los dos sistemas. 2.2. La toma en consideración del Convenio Europeo de los Derechos Humanos por la jurisprudencia. 2.3. Un bloqueo persistente. 3. LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: DEL INTENTO DE PRESCINDIR DEL CDE AL RECONOCIMIENTO RETICENTE DE SU SUPERIORIDAD. 3.1. La redacción de una Carta inútil. 3.2. Una competencia imposible al Convenio Europeo de los derechos humanos. 3.3. Una alternativa viable. 4. UNA CONVERGENCIA IMPROBABLE: DIFICULTADES Y OBSTÁCULOS. EL DICTAMEN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE DE 18 DE DICIEMBRE DE 2014. 4.1. Implicaciones para el Reino Unido. 4.2. Un «amparo comunitario» imperfecto. 4.3. La pertinente demanda de una opinión consultiva. 4.4. Las conclusiones del dictamen de 18 de diciembre de 2014. 4.5. Las verdaderas razones del rechazo. 4.6. Las verdaderas razones del rechazo.

Europa es un continente pionero en la protección internacional de los derechos humanos. Ha sido en Europa donde, por primera vez, un Tribunal ha juzgado a Estados como consecuencia de las demandas interpuestas por individuos por violación de los derechos humanos. Sin embargo, el doble proceso de integración desarrollado en Europa después de la Segunda Guerra Mundial (uno vertebrado por el Consejo de Europa-CdE¹), y el otro por las Comunidades Europeas (hoy, la Unión Europea-UE), plantea la cuestión de la protección jurisdiccional de los derechos humanos respecto a los actos de la UE. El Tratado de Lisboa de 2007 (en vigor desde diciembre de 2009) ha querido abrir una vía para solucionar este problema con una eventual adhesión de

¹ Abreviatura utilizadas en este artículo: CdE (Consejo de Europa), CDF (Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea), CEEA (Comunidad Europea del Carbón y del Acero), CEDH (Convenio Europeo para la protección de las Libertades fundamentales y los derechos humanos), CEE (Comunidad Económica Europea), ECE (Proyecto de Estatuto de Comunidad Europea), TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), TJUE (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

la UE al Convenio Europeo para la protección de las Libertades fundamentales y los derechos humanos (CEDH), de suerte que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) pudiera conocer de demandas relativas al respeto de los derechos humanos por los actos de la UE. Pero el camino hasta Lisboa no ha sido fácil y el dictamen emitido el 18 de diciembre de 2014 por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha hecho convertido esta posibilidad en prácticamente imposible.

1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LAS DOS VÍAS DE LA CONSTRUCCIÓN EUROPEA

1.1. *La integración europea, un proyecto largamente acariciado*

El deseo de una integración europea es, ciertamente, muy antiguo y se puede datar ya en la obra de Carlomagno. Pero los intentos de una unidad política europea sobre una base liberal o democrática con reconocimiento de derechos fundamentales son bastante más recientes. Se podría decir que la primera formulación de tal propósito se encuentra en el proyecto presentado por Saint-Simon y Thierry en 1814 tras la derrota de Napoleón². Saint-Simon propone una «Constitución» inspirada en el modelo inglés³, con un rey y un parlamento bicameral elegido según criterios censitarios y meritocráticos⁴ garantizando ciertos derechos como la libertad de conciencia y la libertad religiosa⁵. Este proyecto no fue asumido y el Congreso de Viena decidió por el contrario apoyar la instauración de monarquías absolutas en Europa.

Después ha habido algunos movimientos europeístas de carácter liberal pero el triunfo de los absolutismos en la primera mitad del siglo XIX y la era de los nacionalismos y de los imperialismos en la segunda mitad de ese siglo y al comienzo del siglo XX dejaron de lado las propuestas europeístas.

Sólo después de la primera guerra mundial tales proyectos retornaron. La guerra había destruido Europa y habían emergido a sus lados dos grandes potencias que amenazaban con eclipsarla: los Estados Unidos de América (EEUU) y

² SAINT-SIMON, C. y THIERRY, A., *De la réorganisation de la société européenne*, Paris, Chez Adrien Égron, 1814 [nota preliminar de Antonio Truyol y Serra y trad. de Antonio Truyol e Isabel Truyol Wintrich, Madrid, IEP, 1975]. Cito por la edición original.

³ SAINT-SIMON, C. y THIERRY, A., *op. cit.*, p. XV.

⁴ *Ibid.*, p. 49 ss.

⁵ *Ibid.*, p. 61.

la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS). En ese momento reaparece el movimiento europeísta liberal bajo la guía del conde Richard Coudenhove-Kalergi que en 1923 publicó un libro-panfleto importante, llamado *Pan-Europa*, incitando a la creación de un Estado federal europeo siguiendo el modelo de los EEUU⁶. En un primer momento Coudenhove no hizo referencia en su obra a los derechos fundamentales, sino sólo a los problemas de articulación entre los diversos Estados soberanos. Pero cuando estalló la segunda guerra mundial, Coudenhove dio a la imprenta un nuevo libro agónico, *Europe must unite*, donde se encontraba un manifiesto («A todos los europeos») en el que consideraba que Europa no tenía futuro por los caminos del bolchevismo o del nacionalismo y que sólo podría sobrevivir si se uniese. En este llamamiento consideraba que la federación de los «Estados Unidos de Europa» debía organizarse sobre bases liberales para asegurar, entre otros objetivos: «3. La obligación de que todos los Estados europeos, sin consideración a las diferencias de sus Constituciones, de respetar los derechos de la persona humana y la igualdad de los ciudadanos pertenecientes a las minorías étnicas o religiosas»⁷.

1.2. *La creación del Consejo de Europa*

El fin de la Segunda Guerra Mundial mostró una destrucción aún mayor de la que provocó la primera guerra. Este hecho dio fuerzas a los movimientos europeístas de tipo liberal-democrático. En mayo de 1948 en La Haya se organizó un Congreso por el Comité internacional de movimientos por la unidad europea. Con ocasión de este Congreso un informe proponía la idea de crear una «Asamblea» para donar impulso a la Unión Europea (lo que será concretado con la creación del «Consejo de Europa») y la de que los miembros del futuro CdE deberían suscribir una declaración de derechos fundamentales como condición para su admisión en dicho Consejo. Pero se añadieron dos cosas: de un lado, que los Estados debían reconocer a este Consejo «el derecho de asegurar este respeto» a los derechos fundamentales; y de otro lado, que se instituiría un tribunal europeo independiente al cual «todo miembro del Consejo podría someter los asuntos en los que la declaración de derechos pareciera haber sido violada». Sobre la base de este informe la Comisión jurídica del movimiento

⁶ COUDENHOVE-KALERGI, R.N., *PanEuropa*, trad. española de Félix de la Fuente, Madrid, Encuentro-CEU, 2010 (1ª ed. alemana en 1923).

⁷ COUDENHOVE-KALERGI, R. N., *Europe must unite*, Glarus, Paneuropa Editions, 1939, p. 159.

européico redactó un primer proyecto de Convenio presentado al Congreso de Bruselas en febrero de 1949⁸.

La «Asamblea» tomó forma con la creación del CdE al firmarse el «Estatuto del Consejo de Europa» en Londres por diez Estados europeos⁹. Sin embargo, el CdE fue una gran frustración de las expectativas europeístas. Ciertamente se encontraba la retórica «federalista» que se parecía a la de la Constitución norteamericana¹⁰ y la proclamación como uno de sus fines de la «la adopción de una acción conjunta en los campos económicos, social, cultural, científico, jurídico y administrativo, así como la salvaguardia y la mayor efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales». Pero estos ambiciosos objetivos no encontraban concreción en los artículos del Estatuto: la «Asamblea» no disponía de competencias decisorias y sólo podía emitir recomendaciones (arts. 23 y 24 del Estatuto del CdE). Y, *last but not least*, el Estatuto que crea el CdE no contenía ninguna referencia al «Tribunal europeo independiente» pedido en el Congreso de La Haya de 1948.

La gran frustración provocada por esta configuración del CdE tuvo por consecuencia que se quisiera compensar los esfuerzos y las ilusiones de los europeístas con la aprobación, el año siguiente, del Convenio Europeo de los Derechos Humanos (CEDH). El Convenio, por la primera vez, establecía una declaración europea de derechos humanos acompañada de un mecanismo internacional para velar por su respeto¹¹, pero el mecanismo quedaba aún lejos de las aspiraciones de los movimientos europeístas. Ciertamente, se establecía un «Tribunal Europeo de los Derechos Humanos», pero actuaba como un

⁸ Díez de Velasco y Vallejo, M., «Mecanismos de garantía y medios procesales de protección creados por la Convención Europea de los Derechos del Hombre», en VV.AA., *Homenaje a Nicolás Pérez Serrano*, Madrid, Reus, 1959, t. II, p. 585 ss.

⁹ Estatuto del Consejo de Europa, firmado en Londres el 5 de mayo de 1949 (ratificado por España el 21 de febrero de 1978, BOE 1 de marzo de 1978).

Los diez Estados fundadores fueron (por orden alfabético): Bélgica, Dinamarca, Francia, Holanda, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Noruega, Reino Unido y Suecia. La República Federal Alemana (la Alemania «Occidental») no existía aún porque su Ley Fundamental sólo se aprobó unos días más tarde (el 23 de mayo de 1949).

¹⁰ El Preámbulo decía «se impone una unión más estrecha entre todos los países europeos animados de los mismos sentimientos». Por su parte, el artículo 1.º dice que «La finalidad del Consejo de Europa consiste en realizar una unión más estrecha entre sus miembros para salvaguardar y promover los ideales y los principios que constituyen su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social».

¹¹ Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (ratificado por España el 26 de septiembre de 1979, BOE 10 de octubre de 1979).

tribunal «internacional» al que sólo podían introducir demandas los Estados miembros y un organismo internacional (la «Comisión Europea de los derechos humanos»)¹².

1.3. *La «solidaridad de hecho» de las Comunidades Europeas*

La aprobación del CEDH representó un nuevo fracaso parcial para el movimiento europeísta porque el texto quedaba lejos de lo que habían pedido los promotores de la unión política europea. Este nuevo trauma desencadenó la iniciativa propuesta por el ministro francés de Asuntos Exteriores, el alsaciano Robert Schuman, un año después de la aprobación del Estatuto del CdE. En su declaración de 5 de mayo de 1950 dijo:

«Europa no se hará de una vez ni en una construcción de conjunto: se hará mediante realizaciones concretas que creen primero una solidaridad de hecho»¹³.

En esta declaración Schuman propuso una primera etapa hacia una «realización concreta» para crear esa «solidaridad de hecho». Así, recogiendo una idea ya expuesta por Coudenhove-Kalergi en 1923 propuso «poner el conjunto de la producción franco-alemana de acero y de carbón bajo una Alta Autoridad común, en una organización abierta a la participación de otros países de Europa». Para Schuman esta sería «la primera etapa de la Federación europea, y cambiará el destino de las regiones largo tiempo dedicadas a la fabricación de armas de las que ellas mismas han sido constantemente las víctimas»¹⁴.

El llamamiento de Schuman dio origen a la Comunidad Europea del Carbón y del Acero creada en París apenas un año después (1951) con la con-

¹² Sólo en 1998 los individuos fueron autorizados a presentar demandas ante el Tribunal con la reforma del Convenio operada por el Protocolo n.º 11 al CEDH, firmado el 11 de mayo de 1994, que entró en vigor en 1998.

¹³ «L'Europe ne se fera pas d'un coup, ni dans une construction d'ensemble: elle se fera par des réalisations concrètes créant d'abord une solidarité de fait». El texto original francés de la declaración en SCHUMAN, R., *Pour l'Europe*, Paris, Nagel, 1963, p. 201 ss.

¹⁴ «placer l'ensemble de la production franco-allemande de charbon et d'acier sous une Haute Autorité commune, dans une organisation ouverte à la participation des autres pays d'Europe»... «première étape de la Fédération européenne, et changera le destin de ces régions longtemps vouées à la fabrication des armes de guerre dont elles ont été les plus constantes victimes».

currencia de seis Estados (Alemania y Francia más Italia, Bélgica, Holanda y Luxemburgo). El tratado de la CECA era puramente económico y no incluía cláusulas políticas o relativas a los derechos fundamentales. La CECA iniciará un proceso de construcción europea económica distinto del proceso político patrocinado por el Consejo de Europa. Se bifurca así el intento de lograr la unidad europea. La bifurcación se hizo más llamativa por cuanto no coincidía el número de participantes en uno y otro proceso (el Consejo de Europa contaba con un número muy superior de Estados miembros).

El éxito de la CECA, creada a iniciativa de Schuman, hizo creer de nuevo a los federalistas europeos que era posible lograr la unión política europea. Se intentó nuevamente lograr la unión política pero esta vez sólo con los seis Estados que emprendieron el camino de la solidaridad económica. Así, apenas un año después del tratado CECA, el 9 de mayo de 1952, se elaboró un «Proyecto de tratado instituyendo la Comunidad Europea de Defensa» (CED). La inspiración en Coudenhove y el objetivo europeísta de este tratado eran inequívocos. El Preámbulo del mismo, por un lado, afirmaba que los Estados signatarios se mostraban «preocupados por salvaguardar los valores espirituales y morales que son el patrimonio común de sus pueblos» y, por otro, que los firmantes era «conscientes de franquear así una etapa nueva y esencial en la vía de la formación de una Europa unida». La CED era una etapa esencial para lograr la unión política. Uno de los aspectos de la unión política es el reconocimiento de los derechos fundamentales. El Proyecto de CED establecía que la misma sólo recurrirá a intervenciones militares «en la medida necesaria para el cumplimiento de su misión y respetando las libertades públicas y los derechos fundamentales de los individuos»¹⁵. Este reconocimiento de los derechos fundamentales, por primera vez, en el en el proceso auspiciado por los seis fundadores de la CECA suponía una interferencia con el proceso de unión política auspiciado por el Consejo de Europa, pero quedaba la puerta abierta a la convergencia entre ambos procesos.

En estrecha relación con el proyecto de CED, una llamada «Asamblea ad hoc» compuesta por la Asamblea parlamentaria de la CECA y los seis Estados miembros adoptó en Estrasburgo el 10 de marzo de 1953 un «Proyecto de Tratado sobre Estatuto de la Comunidad Europea» (ECE). Este proyecto preveía el establecimiento de una auténtica Comunidad Política Europea y tenía una clara inspiración federalista y contenía numerosas referencias a los derechos

¹⁵ Art. 3.1 del Proyecto de tratado CED

fundamentales. En el Preámbulo, los firmantes se mostraban «decididos a salvaguardar conjuntamente la dignidad, la libertad y la igualdad fundamental del hombre, cualquiera que sea su condición, raza o religión».

En su articulado las referencias a los derechos son numerosas e importantes. Así, el art. 2 establecía entre los fines de la comunidad política europea el de «contribuir a la salvaguarda, en los Estados miembros, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales». El art. 3 iba aún más lejos ya que establecía que «las disposiciones del Título I del Convenio para la salvaguardia de los derechos humanos y las libertades fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, así como las de su protocolo adicional, firmado en París el 20 de marzo de 1952, son parte integrante del presente Estatuto».

Adviértase que lo que el ECE proponía era incorporar sólo la declaración de derechos del CEDH (Título I), pero no su mecanismo de garantía (Título II). De esta forma, aunque la Comunidad Europea asumía los derechos del CEDH elaborado por el Consejo de Europa, se mantenía al margen de su mecanismo de garantía (que entonces se componía de una Comisión Europea de Derechos Humanos y un Tribunal Europeo de Derechos Humanos). Una probable explicación para entender esta disposición es que el CEDH sólo podía ser ratificado por «Estados» y la Comunidad Europea no lo era. Por ello, la Comunidad podía incorporar el texto del CEDH como Derecho comunitario pero no podía ratificar el CEDH y, con ello, aceptar que el TEDH enjuiciase medidas de la Comunidad Europea. Sin embargo, pronto la realidad del nacionalismo político vino a enfrentarse a los sueños federalistas europeos. El día 30 de agosto de 1954, el Parlamento francés bajo la presión de gaullistas y comunistas rechazó ratificar el tratado de la CED, que ya había sido ratificado por los otros cinco Estados. El rechazo de la CED implicó la inmediata congelación del proyecto político de «Estatuto de la Comunidad Europea».

El rechazo del tratado CED el mismo año en que se produjo la derrota francesa en Dien Bien Phu (Indochina) tuvo en Francia un efecto opuesto al que se pretendía con la CED, pues aceleró la decisión de adoptar todas las iniciativas posibles para dotarse del arma atómica. Una decisión que Francia no habría podido adoptar si la CED hubiera sido aprobada y que estaba muy presente en el Ejército francés desde 1952, fecha en la que el Reino Unido consiguió dotarse de su propia arma atómica¹⁶.

¹⁶ MONGIN, D., «Aux origines du programme atomique militaire français», *Matériaux pour l'histoire de notre temps*, n.º 31, 1993, pp. 13ss.

A partir de entonces, la bifurcación del proceso de construcción europeo se consumó: por un lado, el Consejo de Europa continuó promoviendo la integración europea sobre la base fundamental del CEDH; y por el otro, los seis países fundadores de la CECA ahondaban su camino hacia la unión económica fundando en 1957 dos nuevas comunidades de carácter esencialmente económico: la Comunidad Económica Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica. Estas dos últimas, igual que la CECA, se mantuvieron en el ámbito estrictamente económico eludiendo la referencia al reconocimiento de los derechos fundamentales y a un control supranacional del respeto de los mismos.

1.4. *La progresiva incorporación de los derechos fundamentales en la construcción comunitaria*

El mecanismo de reconocimiento y protección de los derechos fundamentales instaurado por el Consejo de Europa fue consolidándose de forma lenta pero segura. Las comunidades europeas no se resignaron a ser sólo una unión económica e intentaron, por diversas vías, incorporar esa importante área de carácter «político» al ordenamiento comunitario. Sin embargo, como vamos a ver, o esa operación se hizo de forma irregular (*ultra vires*) o bien se hizo de forma insuficiente (Acta Única Europea, Tratado de la Unión Europea). Y el tiempo jugó en su contra. Porque en ese precioso tiempo en el que las Comunidades Europeas no hicieron bien las cosas el Consejo de Europa consolidó su posición como referente en materia de derechos fundamentales en Europa.

Como se ha dicho, los tratados que instituyeron las tres comunidades europeas omitían referencias a los derechos fundamentales. Ciertamente, contenían disposiciones que entraban en el terreno de los derechos fundamentales (como la libertad de establecimiento o la libertad de circulación) pero no eran propiamente hablando «derechos fundamentales de las personas» porque *eran derechos que se predicaban únicamente de los actores económicos*. La «persona» que no actuaba como «*homo aeconomicus*» no tenía ningún derecho reconocido en los tratados comunitarios. Estaba claro que esta situación sólo podía superarse si se procedía a una reforma de los tratados que, por un lado, reconociera «derechos fundamentales» (y, por tanto, predicables para todas las personas y no sólo para los actores económicos) y que, por otro, prestara a esos derechos el mecanismo de garantía que los tratados disponían para salvaguardar el resto de sus previsiones.

1.4.1. La promoción del proceso de unificación política por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJ) pretendió conseguir en el foro judicial lo que el movimiento europeísta no consiguió en los parlamentos y en los gobiernos. La construcción del Derecho Comunitario que llevó a cabo el Tribunal de Justicia de las Comunidades, que ha sido calificada (creemos que un tanto inexactamente) como «pretoriana», se articula en torno a dos ideas fundamentales: la primera, que los Tratados comunitarios generan directamente derechos para los particulares, invocables ante los tribunales nacionales; la segunda, que el Derecho comunitario prevalece sobre el Derecho nacional en caso de conflicto con éste. La primera idea (los Tratados comunitarios generan directamente derechos y obligaciones no sólo para los Estados sino también para los ciudadanos) se manifestó en la sentencia *Van Gend & Loos* de 1963¹⁷. La segunda idea (el Derecho surgido a partir de los tratados comunitarios prevalece sobre el Derecho nacional del Estado) se contiene en la sentencia *Costa* de 1964¹⁸. Ambas ideas, articuladas conjuntamente, suponían un impulso verdaderamente espectacular al proceso de construcción política europea.

Sin esperar a que madurara esa «solidaridad de hecho» de la que hablaba Schuman, el Tribunal de Justicia forzó una serie de pasos hacia la unión política europea siguiendo el modelo norteamericano, en el que la construcción del federalismo estuvo protagonizada por el Tribunal Supremo. En los Estados Unidos, el Supremo primero afirmó que la Constitución federal era norma jurídica obligatoria que generaba derechos y obligaciones directas no sólo para los Estados federados sino también para los ciudadanos; y luego afirmó que el Derecho de la Constitución federal era superior al de los Estados federados. A partir de ahí, con interpretar extensivamente las competencias asignadas a la Federación (como la cláusula de comercio) se aseguraba la construcción federal de la unión política norteamericana.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia europeo olvidaba las importantes diferencias entre el caso europeo y el norteamericano: la homogeneidad social, política y cultural norteamericana era muy superior a la europea; y además se dio la circunstancia de que el federalismo se impuso mediante la derrota mili-

¹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 5 de febrero de 1963 (C-26/62), *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v. Administración fiscal holandesa* [1963] Rec. 1.

¹⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 15 de julio de 1964 (C-6/64), *Flaminio Costa v. E.N.E.L.* [1964] Rec. 1141.

tar de los antifederalistas en una sangrienta guerra. Pero había otra diferencia más: tanto la Constitución federal como las de los Estados federados americanos contenían declaraciones reconociendo los derechos fundamentales de los individuos; sin embargo, en Europa, los derechos fundamentales no se encontraban en los textos del proceso de unión nacido con la CECA y se hallaban reconocidos *sólo* en las Constituciones de los Estados y en el texto de la *otra* vía hacia la unión política, el CEDH del Consejo de Europa. Weiler ha advertido que aquí se encontraba el talón de Aquiles de la expansión del Derecho comunitario: ¿cómo justificar la prevalencia de un Derecho que no consagra los derechos fundamentales (el comunitario) sobre otro que sí lo hace (el estatal)¹⁹?

El Tribunal de Justicia, guiado por un impulso de «despotismo ilustrado» intentó a toda costa promover un proceso de unión política desde arriba supliendo el déficit de derechos fundamentales a través de un penoso proceso²⁰ cuyos hitos fundamentales fueron los siguientes. 1) Primero, afirmó que «los derechos fundamentales de la persona» se hallan «comprendidos en los principios generales del Derecho comunitario, cuyo respeto garantiza el tribunal»²¹; 2) Muy poco después²², el Tribunal combinó esta doctrina con las de efecto directo y primacía, lo que suscitó gravísimos temores en varios países europeos²³; 3) Para intentar apaciguar estas preocupaciones el Tribunal ideó una pretendida solución que, por un lado, permitiese consagrar su doctrina anterior (los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho comunitario cuyo respeto garantiza el Tribunal; el Derecho comunitario tiene primacía absoluta sobre el Derecho nacional) y, por otro, tranquilizase a los tribunales constitucionales alemán e italiano. Esa pretendida solución fue

¹⁹ WEILER, J.H.H., «The jurisprudence of Human Rights in the European Union. Integration and disintegration, values and processes», *Jean Monnet Working Paper 2/96*, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/96/9602.html>

²⁰ En las siguientes líneas sintetizaré ese proceso al que me he referido más extensamente en «El largo y tortuoso camino hacia la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en la obra colectiva que tuve el honor de coordinar *Estudios sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2004, p. 13 ss., p. 26 ss.

²¹ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 12 de noviembre de 1969 (C-29/69), *Erich Stauder v. Departamento Social de la ciudad de Ulm* [1969] Rec. 419.

²² Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 1970 (C-11/70), *Internationale Handelsgesellschaft mbH*, [1970] Rec., p. 1.125.

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional Italiano, n.º 183/1973 de 27 de diciembre (ponente: As-tuti), caso *Frontini y otros c. Ministerio de Finanzas*, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1973, Tomo I, p. 2401 ss.; Auto (*Beschluss*) del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 29 de mayo de 1974, *BverfGE*, t. 37, p. 271 ss.

la doctrina según la cual los derechos que protegen las Comunidades Europeas serían todos los protegidos en las Constituciones nacionales, con lo que no habría riesgo de desprotección²⁴; 4) Esta nueva construcción, sin embargo, despertó las resistencias de otros Estados miembros, fundamentalmente el Reino Unido que ni tenía, ni pretendía tener una declaración de derechos en su derecho interno y que veía cómo entraba esa declaración por la «puerta de atrás» del Derecho Comunitario. Obsérvese que hasta 1998 el Reino Unido no tenía una declaración de derechos pues aunque había ratificado el CEDH no lo había convertido en Derecho interno. Por el contrario, en el momento de la adhesión a las Comunidades sí se estableció que todo el Derecho comunitario quedaba transformado en Derecho interno. El Reino Unido convirtió en Derecho interno el Derecho Comunitario considerando que el mismo no introducía una declaración de derechos. De ahí que la construcción del TJ de las Comunidades alarmara a los dirigentes británicos.

1.4.2. Una delicada incorporación de los derechos fundamentales en los tratados europeos

En el seno de las Comunidades europeas se era consciente de la debilidad de la construcción jurisprudencial elaborada por el Tribunal de Justicia. De ahí que se intentase incorporar al texto de los Tratados el reconocimiento de los derechos fundamentales²⁵. Esta tarea, sin embargo, no ha sido fácil y aun en este momento presenta problemas que trataremos más adelante. Estas son las etapas de ese proceso.

El primer intento de dar una base textual en los tratados al reconocimiento de los derechos fundamentales se contiene en el *Acta Única Europea*²⁶, firmada en Luxemburgo el día 17 de febrero de 1986²⁷ que fue el primer paso jurídico-positivo que se dio hacia la unión política en el marco comunitario. En las discusiones que dieron lugar a este Tratado se pusieron de manifiesto, nuevamente, las dos posturas enfrentadas, entre los partidarios y los contrarios a la inclusión de los derechos fundamentales en los Tratados. Al final se llegó

²⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de mayo de 1974 (C-4/73), *J. Nold, Koblen-und Baustoff-grosshandlung c. Comisión*, [1974] Rec. p. 491 ss. Esta sentencia es posterior a la sentencia *Frontini* y anterior en unos días a la decisión «*Solange*». No obstante, el TJ sabía que el caso *Solange* se había planteado ante el TCFA y pretendía evitar un pronunciamiento excesivamente duro por éste.

²⁵ Sobre esta cuestión, me remito al antecitado trabajo, «El largo y tortuoso camino...», p. 38 ss.

²⁶ DOCE, L 169, de 29 de junio de 1986.

²⁷ Grecia, Italia y Dinamarca firmaron el 28 de febrero.

a un compromiso que consistió en incluir una mención de los derechos fundamentales en el Preámbulo del Tratado CEE (párrafos 3º y 5º): aparecían así en los Tratados, pero al no hallarse en la parte dispositiva, sino en el Preámbulo, no podían desplegar una eficacia jurídica.

El segundo paso en este proceso lo constituye el *Tratado de la Unión Europea* (TUE)²⁸ firmado en la ciudad holandesa de Maastricht el 7 de febrero de 1992. Este Tratado, en cuanto que abre un nuevo proceso «político» de unión europea no podía sino incluir referencias a los derechos fundamentales. Una vez más se reprodujo el enfrentamiento entre las posiciones más «europeístas» y las más «estatalistas» y como en tantos momentos del pasado se llegó a un compromiso²⁹. En esta ocasión la recepción de los derechos fundamentales no sólo se hizo en el Preámbulo (como ocurrió en el AUE), sino también en el articulado. Ahora bien, esos artículos fueron expresamente sustraídos a la competencia del Tribunal de Justicia. De esta suerte se llegaba, de alguna manera, al mismo compromiso alcanzado en el AUE aunque a primera.

Esta insuficiencia no quedó paliada con el *Tratado de Amsterdam* de 1997³⁰ que no añadió nada a las cláusulas generales ya contenidas en el TUE (excepto referencias a los derechos sociales en su Preámbulo). Tampoco con el *Tratado de Niza* de 2001³¹ que fue si cabe más tímido en esta materia siendo su única

²⁸ DOCE, C 191, de 29 de julio de 1992.

²⁹ Este compromiso, sería, como se deduce del proceso de reforma continua de los Tratados que se abre en Maastricht, inestable. No hay que olvidar que si bien la firma de Maastricht tiene lugar en febrero de 1992, el proceso de ratificaciones fue largo y penoso e incluyó el rechazo inicial del pueblo danés expresado a través de un referéndum. Esta inestabilidad, que se basa en la imposibilidad de alcanzar un consenso en la Europa, entonces de 12 miembros, da lugar a un doble proceso. Por una parte, al germen de las cooperaciones reforzadas en materias fundamentales como la Unión Monetaria, o la Carta social de derechos de los Trabajadores. Por otra parte al fortalecimiento de un discurso sobre la «Europa de los Ciudadanos», fundamento, a su vez de programas y legislación relativa a incrementar la transparencia informativa de las Instituciones y órganos comunitarias, a partir de la celebración del Consejo europeo de Birmingham en diciembre de 1992, es decir, en pleno debate sobre la ratificación de la primera versión del Tratado de la Unión Europea. Al respecto ver, PÉREZ CARRILLO, E.F., «La transparencia en el funcionamiento de la Unión Europea: El acceso del Público a los documentos de sus Instituciones y Órganos», *Revista Vasca de Administración Pública*, 2000, n.º 56, pp. 349 a 385, en particular p. 353.

³⁰ DOCE, C340, de 10 de noviembre de 1997. Sobre las insuficiencias de Amsterdam para cerrar los flecos de Maastricht ver por todos Elena F. PÉREZ CARRILLO, «El Tratado de Amsterdam. Entre el mercado de los quince y la Europa del siglo XXI», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 186, 2000, pp. 171-179.

³¹ DOCE C80, de 10 de marzo de 2001. El resultado de Niza es considerado como «una etapa más dentro del proceso abierto en Maastricht... y una etapa sin vocación de permanencia». Sobre el

aportación la reforma del sistema de vigilancia y sanción a los Estados de la Unión que violen gravemente los derechos fundamentales.

Por su parte el tratado estableciendo *la llamada «Constitución» europea* de 2004 sólo introdujo confusión en el terreno. Esta «Constitución» incorporaba la «Carta de los Derechos Fundamentales» (CDF), pero, como en su momento expuse, esto presentaba dos problemas: por un lado, no establecía un estatuto jurídico único para los derechos fundamentales, sino más bien una multiplicidad de regímenes, todos ellos válidos, cuya aplicación eventualmente se solapaba; por otro lado, era ambigua al determinar la cuestión de si los derechos de las Constituciones estatales tienen fuerza normativa, como tales, «en el nivel europeo»³².

La conclusión de este proceso es que a partir del Tratado de Maastricht de 1992, en el ordenamiento comunitario los derechos fundamentales eran normas de Derecho objetivo, pero no derechos subjetivos susceptibles de ser tutelados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Y no sólo eso. Dado que la UE no era parte en el CEDH, las eventuales lesiones de derechos fundamentales mediante actos de la UE no sólo no podían ser recurridas ante el Tribunal de Justicia de la UE... sino que tampoco lo podían ser ante el TEDH. El *Tratado de Lisboa* de 2007 (en vigor desde diciembre de 2009) trata de superar los problemas que planteaba la llamada «Constitución» Europea en este punto.

2. LOS INTENTOS DE CONVERGENCIA EN EL TERRENO DE LOS DERECHOS HUMANOS ENTRE EL CONSEJO DE EUROPA (CDE) Y LAS COMUNIDADES EUROPEAS/UNIÓN EUROPEA (UE) Y LA RETICENCIA DEL TRIBUNAL DE LUXEMBURGO

Desde el momento en que las Comunidades Europeas pretendieron incorporar a su ordenamiento los derechos fundamentales, se planteó el problema de cómo articular ese eventual sistema de reconocimiento y protección de los derechos fundamentales con el sistema creado por el Consejo de Europa y que cada vez aparecía más consolidado.

particular Elena F. PÉREZ CARRILLO, «El Tratado de Niza, entre la consolidación de la Unión de Maastricht y el Debate sobre el Futuro de Europa», *Revista de Estudios Europeos*, n.º 27, 2001, pp. 77 a 92, en especial pp. 78 a 80.

³² RUIZ MIGUEL, C., «Los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos», en E. ÁLVAREZ CONDE y GARRIDO MAYOL V. (coords.), *Comentarios a la Constitución Europea*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, t. II, pp. 163-188.

2.1. *Las interferencias entre los dos sistemas*

Los «seis» Estados de la Comunidad eran conscientes de que este paso hacia la unión política interferiría con el proceso dirigido por el Consejo de Europa; precisamente por eso previeron un mecanismo de articulación entre ambos procesos. Ese era el sentido del art. 45 del Proyecto de ECE. Este importante precepto disponía, en primer lugar, que cualquier ciudadano podría recurrir en defensa de sus derechos fundamentales *ante el Tribunal de la Comunidad*³³; pero además, en segundo lugar, se preveía un mecanismo para tratar de conciliar al TJ de la Comunidad Europea con el TEDH. Este mecanismo precisaba la concurrencia de tres requisitos: en primer lugar, que ante el TEDH se hubiera planteado «una cuestión relativa a la interpretación o extensión de las obligaciones dimanantes de ese Convenio»; en segundo lugar, que la resolución del TEDH tuviera implicaciones para todos los Estados miembros de la Comunidad Europea; y, en tercer lugar, que el tribunal de la comunidad suspendería la sentencia sobre el caso que estuviera conociendo hasta que el TEDH (del Consejo de Europa) emitiera su sentencia relativa a la interpretación del CEDH³⁴. De esta suerte se conseguía la convergencia entre los dos procesos de unidad europea incluso sin que la Comunidad Europea fuera parte en el CEDH y se facilitaba la posibilidad de que las eventuales víctimas de vulneraciones de derechos fundamentales pudieran obtener del Tribunal de Justicia de la Comunidad el enjuiciamiento de las medidas presuntamente violatorias.

2.2. *La toma en consideración del Convenio Europeo de los Derechos Humanos por la jurisprudencia*

Sin embargo, como se ha dicho, el ECE no llegó a nacer. El fracaso de la Comunidad Europea de Defensa llevó al archivo del proyecto de EC. Esto significó que las Comunidades Europeas prosiguieran un camino separado del

³³ «*Tout différend résultant d'une décision ou d'une mesure quelconque prise par l'une des institutions de la Communauté, qui touche aux droits reconnus par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, est déféré à la Cour.*» (art. 45.1)

³⁴ «*Après l'entrée en vigueur des procédures juridictionnelles prévues par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, tout différend posant une question de principe relative à l'interprétation ou à l'étendue des obligations découlant de ladite Convention et intéressant de ce fait toutes les parties à cette dernière, entraîne, le cas échéant, l'obligation pour la Cour de surseoir à statuer jusqu'à la solution de cette question par les instances établies par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.*» (art. 45.3)

que había trazado el Consejo de Europa (que había logrado la aprobación del CEDH que conllevaba la institución de un TEDH).

En este contexto, cuando el TJ de las Comunidades se aventuró a reconocer los «derechos fundamentales» como elementos de los «principios generales» del Derecho Comunitario, inicialmente evitó referirse al CEDH. Sin embargo, muy pronto no tuvo más remedio que acudir al mismo para indicar que en la salvaguarda de estos derechos el tribunal obtenía «inspiración», no sólo en las Constituciones de los Estados miembros, sino también en los tratados internacionales ratificados por los Estados miembros de la Comunidad, aludiendo indirectamente al CEDH³⁵. Poco más tarde el TJ aludiría de forma ya directa al CEDH como criterio de identificación de los derechos protegibles en el ordenamiento comunitario³⁶.

2.3. *La exigencia de una competencia de la Unión Europea en materia de derechos fundamentales*

Siguiendo esa estela, el «Tratado de la Unión Europea» de 1992, dio un paso firme en la vía de la convergencia entre la Unión Europea y el Consejo de Europa al establecer, en el artículo F.2 de aquel Tratado que:

«La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario».

En el «proyecto de Constitución» aprobado por el Parlamento Europeo en 1994, la UE mantiene su falta de definición sobre el camino a seguir. Por un lado, se recoge una cláusula sobre derechos humanos que alude al

³⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de mayo de 1974 (C-4/73), *J. Nold, Koblen-und Bausstoffgrosshandlung c. Comisión*, [1974] Rec. p. 491 ss. Esta sentencia es posterior a la sentencia Frontini y anterior en unos días a la decisión «Solange». No obstante, el TJ sabía que el caso Solange se había planteado ante el TCFA y pretendía evitar un pronunciamiento excesivamente duro por éste.

³⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de diciembre de 1979 (C-44/79), caso *Liselotte Hauer c. Land Renania-Palatinado*, [1979] Rec. p. 3727 ss.

CEDH como referencia (siguiendo la estela del Tratado de 1992, pero con algunos cambios):

«(...) La Unión respeta los derechos humanos tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en los demás instrumentos internacionales aplicables y tal y como resultan de los principios constitucionales comunes a los Estados miembros»³⁷.

Adviértase que este proyecto incluía un inciso importante según el cual la UE se comprometía a respetar los derechos humanos no sólo tal y como se garantizan en el CEDH y en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros (como se establecía en el tratado de la Unión Europea de 1992), sino además, tal y como se garantizan «*en los demás instrumentos internacionales aplicables*». Sin embargo, por otro lado, en este «Proyecto de Constitución de la Unión Europea» se incluyó un Título VIII, titulado «Derechos humanos garantizados por la Unión» que suponía la creación de una carta propia de derechos fundamentales para la UE distinta del CEDH. El hecho, sin embargo, es que este Proyecto quedó aparcado.

En este contexto, ese mismo año 1994, la Comisión Europea solicitó al TJ un dictamen consultivo acerca de la eventual adhesión de la UE al CEDH. El importantísimo dictamen del TJ, emitido dos años más tarde abortó ese proceso de acercamiento muy probablemente por celos del TEDH³⁸. Y lo hizo con una doctrina rigurosa que, de haberse aplicado a sí mismo, hubiera llevado a desautorizar toda su construcción sobre los derechos fundamentales como parte de los «principios generales» del Derecho Comunitario.

En este dictamen el Tribunal se enfrentó a sus propias contradicciones: o bien las Comunidades Europeas tenían competencias en materia de derechos fundamentales y podían ratificar el CEDH, o bien no tenían competencias y entonces la jurisprudencia del TJ sobre la cuestión quedaba desautorizada; o bien el Derecho comunitario era «autónomo» y con «primacía» absoluta sobre cualquier otro Derecho, o bien el Derecho comunitario reconocía un

³⁷ Artículo 7 del «Proyecto de Constitución de la Unión Europea» incluido como Anexo de la Resolución sobre la Constitución de la Unión Europea aprobada por el Parlamento Europeo el 10 de febrero de 1994 (DOCE n.º C 61, de 28 de febrero de 1994, p. 155 ss.

³⁸ *Dictamen del Tribunal de Justicia sobre la adhesión de la Comunidad al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales* Dictamen del Tribunal de Justicia 2/94, de 28 de marzo de 1996 [1996] Rec. I, p. 1759 ss.

ordenamiento sobre los derechos fundamentales (el CEDH) no elaborado por las Comunidades y por encima de su Derecho. El hecho es que el TJ estableció que «la Comunidad *sólo* dispone de competencias de atribución» (cursiva mía), esto es, de aquellas que le atribuye el Tratado sin que la misma pueda autoatribuirse competencias sin la previa modificación del Tratado. A la luz de estas premisas, la conclusión está clara: si los derechos fundamentales fueran una «competencia» de la Comunidad sería posible la adhesión al CEDH; pero si no lo fueran, no. Pues bien, el Tribunal concluyó que «en el estado actual del Derecho comunitario, la Comunidad no tiene competencia para adherirse al Convenio». Esto significaba, sencillamente, que la cláusula de derechos humanos incorporada en el TUE era insuficiente.

2.4. *Un bloqueo persistente*

El Tratado de Lisboa, de 2007, parece que por fin ha dado el paso para resolver este problema. Por un lado, la redacción que da al artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, *declarando* como «principios generales» del Derecho de la Unión los derechos fundamentales tal y como se reconocen en el CEDH y en las tradiciones constitucionales comunes pone fin al debate:

«Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales»³⁹.

Por otro lado, sentencia a la CDF al establecer que sus disposiciones «no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados»⁴⁰. Y, finalmente, establece que:

«La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados»⁴¹.

³⁹ Art. 6.3 TUE.

⁴⁰ Art. 6.1 TUE.

⁴¹ Art. 6.2 TUE.

Ocurre, sin embargo, que seis años después de su firma y cuatro años después de entrado en vigor el Tratado de Lisboa, la UE no ha ratificado aún el CEDH y parece que esta posibilidad está más lejana que nunca tras el dictamen 2/13 del TJUE⁴². Este bloqueo es realmente sorprendente a la vista de dos circunstancias. La primera es que todos los Estados miembros han ratificado el CEDH, luego ¿por qué si todos los Estados miembros de la UE han ratificado el CEDH, no lo hace la propia UE, a la que su propio tratado institucional le prescribe esa ratificación? La segunda circunstancia que hace difícil la explicación es que ya no se puede alegar como obstáculo a la ratificación del TEDH que la UE no es un Estado. En efecto, el artículo 59.2 del CEDH establece que «*La Unión Europea podrá adherirse al presente Convenio*». Este precepto fue modificado para presentar esta redacción en el Protocolo número 14 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales firmado en 2004 (pensando en la eventualidad de que conforme a la «Constitución» Europea de 2004 la UE ratificara el CEDH) y que entró en vigor el 1 de junio de 2010.

3. LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: DEL INTENTO DE PRESCINDIR DEL CONSEJO DE EUROPA AL RECONOCIMIENTO, RETICENTE, DE SU SUPREMACÍA

3.1. *La redacción de una Carta inútil*

En este contexto, hay que situar a la Carta de los Derechos Fundamentales (CDF). Este texto nace en cumplimiento del mandato de la cumbre de Colonia de junio de 1999. En dicha cumbre se acordó, en primer lugar, que «El Consejo Europeo entiende que, en el actual estado de evolución de la Unión Europea, habría que resumir y poner de relieve en una carta los derechos fundamentales vigentes a nivel de la Unión»⁴³. Además, en segundo lugar, se acordó que el citado documento debiera recoger los derechos de los «ciudadanos europeos»⁴⁴. En definitiva, el objetivo de la CDF era, originalmente, recoger

⁴² TJUE, dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014.

⁴³ Consejo Europeo de Colonia, 3 y 4 de junio de 1999, conclusiones de la presidencia, n.º 44, <http://www.europarl.europa.eu/summits/kol1_es.htm>

⁴⁴ *Ibid.* Anexo IV – Decisión del Consejo Europeo relativa a la elaboración de una Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, <http://www.europarl.europa.eu/summits/kol2_es.htm#bilIV>.

aquellos derechos *subjetivos* que habían ido reconociéndose en la legislación comunitaria (bien en el Derecho primario, bien en el Derecho secundario). Ciertamente, los textos de la declaración final y del anexo presentan algunas divergencias, especialmente sobre el número y el carácter de los derechos que debieran incluirse en la Carta. Si la declaración final habla de «derechos fundamentales en vigor en el nivel de la Unión», el anexo habla de incluir ciertos derecho que, claramente, no estaban en vigor en el nivel de la Unión⁴⁵. El mandato de la cumbre de Colonia, parecía por un lado, abrir la posibilidad, asumida en el «Proyecto de Constitución de la Unión Europea» de 1994, de que la UE tuviera su propia «declaración de derechos» semejante a la de las Constituciones de los Estados.

Sin embargo, por otro, se daba pie a considerar que la Convención constituida para elaborar este texto, y presidida por Giscard d'Estaing actuó claramente *ultra vires*. En primer lugar, de recoger los derechos *aplicables* en el nivel comunitario se dedicaron a hacer un catálogo de los derechos *deseables* en el nivel comunitario; además, en segundo lugar, los derechos recogidos al ser atribuidos a todos los *seres humanos* tenían una pretensión universal en muchos casos, sin limitarse a decir qué derechos correspondían, efectivamente, a *los ciudadanos europeos*. La ambición idealista de la Carta está en la raíz del fracaso de la CDF para una perspectiva realista.

Al elaborar un texto que iba más allá del mandato de la cumbre de Colonia, la Convención convirtió a la Carta en un texto inútil. Y, precisamente, porque era un texto *irreal e inútil*, cuando los jefes de Estado y de Gobierno en la cumbre de Niza se enfrentaron a la cuestión de qué hacer con ese texto decidieron tomar la decisión más acorde con la realidad y con los usos diplomáticos: la realidad imponía que ese texto no podía tener valor jurídico-positivo; los usos diplomáticos aconsejaban una salida honrosa para los miembros de la convención que lo elaboraron. El resultado fue que la CDF fue «proclamada» en la cumbre de Niza... pero se le negó su incorporación a los tratados.

⁴⁵ «A juicio del Consejo Europeo, esta Carta deberá incluir los derechos de libertad e igualdad y los principios procesales fundamentales, tal como se recogen en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, como principios generales del Derecho comunitario. La Carta deberá contener asimismo los derechos básicos que corresponden únicamente a los ciudadanos de la Unión. Al redactar la Carta, se tendrán en cuenta también derechos económicos y sociales, del mismo modo que en la Carta Social Europea y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores (art. 136 TCE), en cuanto no se limitan a fundamentar los objetivos de la actuación de la Unión» (*ibid.*, Anexo IV).

3.2. *Una competencia imposible al Convenio Europeo de los derechos humanos*

La Convención creada para cumplir el mandato de Colonia, al sobrepasar el mismo, intentó lo que en ese momento era ya inviable: crear una declaración europea de derechos que pudiera competir con el CEDH. Había varias razones para ello: por un lado, porque el paso del tiempo fue consolidando el mecanismo de protección de los derechos humanos creado por el Consejo de Europa; por otro lado, porque la CDF no era realista por relación a las competencias y a la naturaleza de la UE al incorporar derechos que quedaban muy lejos de las actividades de la UE (como el derecho a la vida); finalmente, porque la CDF era técnicamente muy inferior al CEDH.

La llamada «Constitución» Europea fue un intento sumamente irreflexivo de dar naturaleza jurídica a las CDF. El «Tratado de Lisboa» debiera haber intentado retomar el espíritu del mandato de la cumbre de Colonia de 1999. Pero aquello podía claramente entenderse como una desautorización del trabajo que hizo la Convención presidida por Giscard. De ahí que intentara, como mal menor, corregir la situación creada por la llamada «Constitución» Europea sin desautorizar los esfuerzos anteriores. Esos cambios se han producido sobre todo en relación con el título VII de la CDF («Disposiciones generales que rigen la interpretación y aplicación de la Carta»).

A la luz de lo anterior hay que hacer varias consideraciones. En primer lugar, que la CDF no es comparable al CEDH porque su alcance no es general: por un lado, se dice que las disposiciones de la CDF «no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados»⁴⁶; pero por otro se afirma que la CDF tal y como «tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo (...) tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados»⁴⁷. La interpretación sistemática de estos preceptos revela que la CDF sólo se aplica a las políticas comunitarias. A diferencia de lo que ocurre con el CEDH, que establece derechos aplicables y esgrimibles con carácter general en cualquier contexto, la CDF establece derechos que sólo son invocables allí donde haya relaciones regidas por el Derecho comunitario y sólo en ellas.

En segundo lugar, y precisamente porque la CDF sólo se aplica a relaciones regidas por el Derecho Comunitario resulta discutible su redacción pues incluye

⁴⁶ Art. 6.1 del Tratado de la Unión Europea y, en un sentido similar, el art. 51.2 CDF: «La presente Carta no crea ninguna competencia ni ninguna misión nuevas para la Comunidad ni para la Unión y no modifica las competencias y misiones definidas por los Tratados».

⁴⁷ Art. 6.1.1. TUE.

derechos que parece muy difícil creer que puedan ser aplicados a ninguna situación prevista por el Derecho comunitario. Pensemos en el derecho a la vida y la prohibición de la pena de muerte (art. 2 CDF), la prohibición de la tortura (art. 4 CDF), de la esclavitud (art. 5 CDF), el derecho a contraer matrimonio (art. 9 CDF)... entre otros. Y eso por no hablar de los derechos de «solidaridad». Estos derechos, que de ninguna forma significan una «consolidación» de los «los derechos fundamentales *aplicables en el nivel comunitario*» no se ve la razón de por qué siguen existiendo en la CDF creando una falta expectativa.

Esto se pone especialmente de manifiesto cuando se examinan las «Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales» que precisa el Tratado de Lisboa⁴⁸. En estas «Explicaciones» se constata cómo la explicación de ciertos derechos de la Carta que no existen en el Derecho comunitario se hace exclusivamente sobre la base del CEDH y la jurisprudencia sobre el mismo del TEDH.

3.3. *Una alternativa viable*

Todo parece indicar que la CDF como «alternativa» al CEDH es inviable. Por ello, parece razonable lo previsto en el nuevo art. 6.2 TUE:

«La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados».

Ahora bien, no deja de resultar preocupante que el Protocolo n° 8 del Tratado de Lisboa insista en que en esa adhesión «se preserven las características específicas de la Unión y del Derecho de la Unión»⁴⁹ y en que «garantizará que la adhesión no afecte a las competencias de la Unión ni a las atribuciones de sus instituciones»⁵⁰. ¿Qué se quiere decir con «preservar» las «características específicas» del «Derecho de la Unión»? No estaba claro en el momento de la aprobación del Tratado de Lisboa... y lo parece aún menos después de la adopción del dictamen de 18 de diciembre de 2014. No obstante, todos estos elementos parecen indicar que el Tratado de Lisboa no ha acabado con el viejo celo de los órganos de la UE respecto al TEDH y el Consejo de Europa. Es di-

⁴⁸ «Las explicaciones elaboradas deben ser tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros» (art. 52.7 CDF).

⁴⁹ Art. 1 del Protocolo n.º 8 del Tratado de Lisboa.

⁵⁰ Art. 2 del Protocolo n.º 8 del Tratado de Lisboa.

fácil explicar objetivamente por qué el ceder competencias (ya fuera al Consejo de Europa o a la UE) que no ha sido traumático para ningún Estado europeo, puede resultar tan problemático para la UE. La «táctica» de elaborar una CDF como declaración propia de derechos que evita el sometimiento de la UE a un control externo a la misma creo que ha fracasado. Sería bueno que la UE terminara por asumirlo.

4. UNA CONVERGENCIA IMPROBABLE: LAS DIFICULTADES Y OBSTÁCULOS SURGIDOS DEL DICTAMEN DEL TRIBUNAL JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 18 DE DICIEMBRE DE 2014

La convergencia entre las dos vías de la unión política europea fundada sobre un status común de derechos fundamentales de los europeos se enfrenta a varias dificultades y obstáculos. Las dificultades nacen de parte de algunos (o algún) Estado(-s) miembro(-s) de la UE donde existen tendencias políticas más bien críticas hacia el TEDH. Existen también problemas ocasionados por las consecuencias para la UE de la interpretación hecha por el TEDH del texto de la CEDH. Y a todo ello se añade una dificultad interna de la propia UE tras el dictamen del TJUE 2/13 sobre la eventual adhesión de la UE al CEDH.

4.1. *Implicaciones para el Reino Unido*

La ratificación por la UE del CEDH habría tenido implicaciones en el debate interno en el Reino Unido, que es el Estado en el que se manifiesta más abiertamente la cuestión de retirarse del CEDH. En el sistema dualista británico de relación entre el Derecho interno y el Derecho Internacional, el Derecho Comunitario es parte del Derecho interno británico tras la adhesión del Reino Unido a las Comunidades en 1972, pero el CEDH no fue transformado en Derecho interno hasta 1998 con la aprobación de la Ley de Derechos Humanos (*Human Rights Act*). Pero existe hoy un intenso debate político en el Reino Unido sobre la posibilidad de derogar esta ley de derechos humanos⁵¹. Esta posibilidad podría sin embargo quedar impedida si la UE ratificara el CEDH, puesto que en esa eventualidad el CEDH por vía indirecta tendría validez in-

⁵¹ Un grupo de diputados británicos ha propuesto derogar la *Human Rights Act* y sustituirla por una *British Rights Act* acompañada de la retirada del Reino Unido del CEDH. *Vid.* «British Bill of Rights and Withdrawal from the European Convention on Human Rights Bill», primera lectura el 7 de julio de 2014; segunda lectura, el 20 de marzo de 2015.

terna en el Reino Unido. Dada la fuerza expansiva del Derecho comunitario, no sería aventurado apostar que en numerosos casos el CEDH sería aplicable en numerosos casos en el Derecho interno británico, que es lo que ciertas corrientes políticas británicas pretenden evitar. En consecuencia, existe una clara voluntad británica del Reino Unido de que la UE no ratifique el CEDH.

Pudiera pensarse que la salida del Reino Unido de la UE (el «Brexít») podría alterar esta situación. Pero, en primer lugar, convendría constatar si finalmente el Brexít se consuma y, luego, ver en qué términos se produce. Y ello por no hablar de que, tras el conflicto británico, el llamado «grupo de Visegrado» (Hungría, Polonia, Chequia y Eslovaquia) plantea serias fricciones con el núcleo dirigente de la UE.

4.2. *Un «amparo comunitario» imperfecto*

El tratado de Lisboa abre la posibilidad de una convergencia entre la UE y el CdE sobre las normas que definen de modo general los derechos fundamentales de los europeos mediante la adhesión de la UE al CEDH. En tal eventualidad este último texto se convertiría en el verdadero criterio de definición de los derechos fundamentales de la UE. Pero las previsiones del tratado de Lisboa contemplan igualmente la posibilidad de recurrir al TEDH para verificar a violaciones a dichos derechos cometidas por los actos comunitarios.

No obstante, el retraso y la reticencia de la UE a ratificar el CEDH plantean la cuestión de la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en la UE. Si utilizamos el término «amparo» en un sentido estricto, en tanto que protección jurisdiccional específica de derechos fundamentales⁵² es evidente que no hay «amparo» en Derecho comunitario. El proyecto de Constitución de la UE de 1994 atribuía al Tribunal de Justicia una competencia específica para juzgar las «violaciones de los derechos humanos». El citado artículo 38 de este proyecto de 1994 afirmaba que:

«El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse sobre todo recurso interpuesto por un particular para que se declare la violación, por parte de la Unión, de cualquier derecho humano garantizado por la Constitución.

Una ley constitucional determinará las condiciones de imposición de dichos recursos y las sanciones que podrá acordar el Tribunal de Justicia».

⁵² RUIZ MIGUEL, C., «Concept, génèse et évolution de l' «amparo»: le modèle espagnol», en *Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux*, n.º 15, 2017, pp. 133 ss. (p. 134).

Se trataba de incluir un «amparo comunitario europeo». Sin embargo, como antes se ha recordado, este proyecto de Constitución fue dejado de lado y varias de sus innovaciones, como ésta, no fueron tomadas en cuenta más adelante. Después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa se puede decir que existe un «amparo» imperfecto en el seno de la UE, pero únicamente si se usa el término «amparo» en un sentido amplio, relativo simplemente a la posibilidad de defender los derechos fundamentales ante una jurisdicción, pero sin seguir un procedimiento específico. En efecto, el artículo 263.4 del Tratado sobre Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) en la redacción que le ha dado el Tratado de Lisboa (firmado en 2007, pero en vigor desde 2009), prevé que «Toda persona física o jurídica podrá interponer recurso, en las condiciones previstas en los párrafos primero y segundo, contra los actos de los que sea destinataria o que la afecten directa e individualmente y contra los actos reglamentarios que la afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución».

El TJ tuvo ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión para interpretar el precepto que interpreta el precepto del que trae causa el actual art. 263.4 TFUE⁵³. En uno de los casos más relevantes en los que trató sobre esta cuestión, el TJ dejó claro que:

«los particulares deben poder disfrutar de una tutela judicial efectiva de los derechos que les confiere el ordenamiento jurídico comunitario, ya que el derecho a dicha tutela forma parte de los principios generales del Derecho que resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. Este derecho también ha sido consagrado en los artículos 6 y 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales»⁵⁴.

Ahora bien, esa tutela opera sólo frente a normas que sean materialmente singulares, aunque revistan la forma de normas generales:

«No obstante, en determinadas circunstancias un acto de alcance general como el reglamento puede afectar individualmente a determinadas personas físicas o jurídicas y, por tanto, revestir frente a éstas el carácter de una decisión»⁵⁵.

⁵³ Artículo 173.2 (posteriormente reenumerado como art. 230.4) del Tratado de la Comunidad Económica Europea que dice: «Toda persona física o jurídica podrá interponer, en las mismas condiciones, recurso contra las decisiones de las que sea destinataria y contra las decisiones que, aunque revistan la forma de un reglamento o de una decisión dirigida o otra persona, le afecten directa e individualmente.»

⁵⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 25 de julio de 2002, caso *Unión de Pequeños Agricultores v. Consejo de la Unión Europea* (C.-50/00 P), párrafo 39.

⁵⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 25 de julio de 2002, caso *Unión de Pequeños Agricultores v. Consejo de la Unión Europea*, párrafo 36.

Aquí reside precisamente una de las diferencias entre la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en el marco de la UE y en el marco del CEDH del Consejo de Europa. No se trata únicamente de que el CEDH prevea un procedimiento *específico* para la tutela de los derechos fundamentales frente a lo previsto en los tratados relativos a la Unión Europea. La diferencia quizá más importante es que mientras que el TEDH ha admitido (ciertamente que violentando el tenor literal del CEDH) demandas de individuos contra normas formal y materialmente generales⁵⁶, el TJ no admite las demandas de individuos contra normas materialmente generales. Esta diferencia entre los criterios del TEDH y el TJ a la hora de determinar la posibilidad de que puedan ser impugnadas normas materialmente generales sobre derechos fundamentales puede ser el obstáculo fundamental que impide que esa vía abierta en el Tratado de Lisboa para la convergencia entre la Unión Europea y el Consejo de Europa siga sin ser franqueada.

4.3. *La pertinente demanda de una opinión consultiva*

El Protocolo n° 14 del CEDH introdujo un nuevo artículo 59.2 («La Unión Europea podrá adherirse al presente Convenio») entró en vigor el 1 de junio de 2010, algunos meses después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en diciembre de 2009.

Con ocasión de su reunión 1085^a (el 26 de mayo de 2010) los delegados de los Estados miembros del CdE adoptaron un mandato encargando al Comité director para los derechos humanos que elaborara, lo más tarde el 30 de junio de 2011 (en cooperación con los representantes de la UE), un instrumento jurídico para establecer las modalidades de adhesión de la UE al CEDH. Al finalizar las negociaciones, las dos partes consiguieron un acuerdo sobre un conjunto de instrumentos jurídicos para facilitar la adhesión de la UE al CEDH. Estos instrumentos consistían en: 1) un proyecto de acuerdo sobre la adhesión de la UE al CEDH; 2) un proyecto de declaración de la UE; 3) un proyecto de reglas adicionales a las reglas del Comité de Ministros para la supervisión de la ejecución de las sentencias y de los términos de los arreglos amistosos en los que sea parte la UE; 4) un proyecto de modelo de memorándum de acuerdo;

⁵⁶ Sobre este punto, cfr. RUIZ MIGUEL, C., *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Un estudio sobre la relación entre el Derecho nacional y el internacional*, Madrid, Tecnos, 1997.

y 5) un proyecto de informe explicativo del acuerdo de adhesión⁵⁷. Algunas semanas después de la presentación de este acuerdo, la Comisión Europea introdujo una demanda de dictamen ante el TJUE, el 4 de julio de 2013, planteando la siguiente cuestión:

«¿Es compatible con los Tratados el Proyecto de Acuerdo de adhesión de la Unión Europea al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales?»

La prueba más clara del interés y de la pertinencia de la solicitud de dictamen presentada por la Comisión se halla en el número de partes que presentaron observaciones al Tribunal, por escrito u oralmente con ocasión de la audiencia: los gobiernos de Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chequia, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Polonia, Portugal, Reino Unido, Rumanía, Suecia, así como el Parlamento y el Consejo de la Unión. Debe hacerse notar que incluso si sus apreciaciones se distinguen en varios puntos de las formuladas por la Comisión, el conjunto de los Estados miembros y de las instituciones citadas concluyen, en sustancia, que ese proyecto de acuerdo era compatible con los tratados.

4.4. *Las conclusiones del dictamen de 18 de diciembre de 2014*

El TJUE emitió su dictamen el 18 de diciembre de 2014⁵⁸ con esta conclusión:

«El acuerdo de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales no es compatible con el artículo 6 TUE, apartado 2, ni con el Protocolo (nº 8) sobre el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales».

⁵⁷ Los textos del acuerdo se encuentran en el documento *Cinquième réunion de négociation entre le groupe de négociation ad hoc du CDDH et la Commission Européenne sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme. Rapport final au CDDH*, 10 de junio de 2013, 47+1(2013)008rev2, <http://www.echr.coe.int/Documents/UE_Report_CDDH_FRA.pdf>.

⁵⁸ TJUE (Pleno), dictamen 2/13, <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dd058e8acfab4f4122bc67aa7473c766ae.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyNaNb0?text=&docid=160882&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&id=168427>>.

Puede resultar asombroso que el TJUE llegue a esta conclusión cuando todas las observaciones de los órganos comunitarios (Comisión, Consejo y Parlamento) y de 24 Estados miembros de la UE se habían todos ellos inclinados por la opinión contraria. El análisis muestra que parecen débiles los cinco argumentos del TJUE para resolver que no es compatible con los tratados comunitarios el proyecto de acuerdo de adhesión al CEDH.

a) El proyecto de acuerdo

«[...] puede afectar a las características específicas y a la autonomía del Derecho de la Unión, en la medida en que no garantiza la coordinación entre el artículo 53 del CEDH y el artículo 53 de la Carta, no previene el riesgo de que se vulnere el principio de confianza mutua entre los Estados miembros en el Derecho de la Unión» [...]»⁵⁹.

Este argumento plantea una de las cuestiones clave de la adhesión de la UE al CEDH. El elemento central de este argumento es muy simple: ¿es que tener un Derecho Europeo es más importante que proporcionar una amplia protección de los derechos fundamentales? La respuesta del artículo 53 del CEDH es «no», pero la respuesta del TJUE es «sí». La respuesta del TJUE en el caso *Melloni* fue clara: la preservación de la primacía de un Derecho comunitario unificado es más importante que la posibilidad de proporcionar una protección de los derechos fundamentales más amplia que la ofrecida por el Derecho comunitario⁶⁰. Esto significa sencillamente que para el TJUE la posibilidad de verse desautorizado por el TEDH es insostenible si ésta ofrece una interpretación de los derechos fundamentales más amplia que la dada por el TJUE.

⁵⁹ TJUE, dictamen 2/13, n.º 258 (ver también n.º 179-200).

⁶⁰ Sentencia del TJUE (Gran Sala), de 26 de febrero de 2013 (demanda de decisión prejudicial del Tribunal Constitucional español), *Stefano Melloni c. Ministerio Fiscal*, C-399/11, n.º 58, 59 y 64: «58. En efecto, dicha interpretación del artículo 53 de la Carta menoscabaría el principio de primacía del Derecho de la Unión, ya que permitiría que un Estado miembro pusiera obstáculos a la aplicación de actos del Derecho de la Unión plenamente conformes con la Carta, si no respetaran los derechos fundamentales garantizados por la Constitución de ese Estado.

59. En efecto, según jurisprudencia asentada, en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, que es una característica esencial del ordenamiento jurídico de la Unión (...), la invocación por un Estado miembro de las disposiciones del Derecho nacional, aun si son de rango constitucional, no puede afectar a la eficacia del Derecho de la Unión en el territorio de ese Estado (...).

64. Por las anteriores consideraciones se ha de responder a la tercera cuestión que el artículo 53 de la Carta debe interpretarse en el sentido de que no permite que un Estado miembro subordine la entrega de una persona condenada en rebeldía a la condición de que la condena pueda ser revisada en el Estado miembro emisor, para evitar una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y de los derechos de la defensa protegidos por su Constitución.»

b) El proyecto de acuerdo

«[...] puede afectar al artículo 344 TFUE, en la medida en que no excluye la posibilidad de que se planteen ante el TEDH litigios entre Estados miembros o entre éstos y la Unión, relativos a la aplicación del CEDH en el ámbito de aplicación material del Derecho de la Unión»⁶¹.

Se trata de un argumento falaz. Cuando el TJUE dice que el proyecto de acuerdo puede afectar al artículo 344 TFUE («Los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos»), olvida que el mismo art. 6.1 TUE introduce una excepción al artículo 344 TFUE cuando se trata de la interpretación de los derechos fundamentales reconocidos en el CEDH.

c) El proyecto de acuerdo

«[...] no prevé modos de funcionamiento del mecanismo del codemandado (...) que permitan preservar las características específicas de la Unión y de su Derecho»⁶².

La misma posición que en el supuesto anterior se adopta respecto a la figura del mecanismo del codemandado. El TJUE rechaza la posibilidad de que el TJUE pueda determinar que sólo uno, entre el demandado y el codemandado, pueda ser considerado responsable de una violación del CEDH porque tal decisión podría lesionar el reparto de competencias entre la Unión y sus Estados miembros. Ahora bien, desde el momento en que el propio TUE introduce la posibilidad de adherirse al CEDH, el TUE también introduce de forma innegable una excepción a la regla del reparto de competencias entre la UE y los Estados miembros contenidas en otros artículos de los tratados.

d) El proyecto de acuerdo

«[...] no prevé modos de funcionamiento del mecanismo (...) del procedimiento de intervención previa del Tribunal de Justicia que permitan preservar las características específicas de la Unión y de su Derecho»⁶³.

⁶¹ TJUE, dictamen 2/13, n.º 258 (ver también n.º 201-214).

⁶² TJUE, dictamen 2/13, n.º 258 (ver también n.º 215-235).

⁶³ TJUE, dictamen 2/13, n.º 258 (ver también n.º 236-257).

En el marco de sus encuentros regulares las delegaciones del Consejo de Europa y de la Unión Europea abordaron la cuestión de la eventual implicación previa del TJUE en los asuntos en que la UE sea codemandada. El «Proyecto de informe explicativo del acuerdo de adhesión de la Unión Europea al Convenio para la salvaguarda de los derechos humanos y las libertades fundamentales» (Anexo V del proyecto de acuerdo) precisa que

«Los asuntos en los que la UE pueda ser codemandada tienen su origen en demandas individuales relativas a actos u omisiones de los Estados miembros de la UE. El demandante deberá en primer lugar agotar las vías de recurso internas disponibles en las jurisdicciones nacionales del Estado miembro demandado. Estas jurisdicciones nacionales pueden, y en ciertos casos deben, plantear al TJUE una cuestión prejudicial sobre la interpretación y/o la validez de una disposición litigiosa del Derecho de la UE (art. 267 del TFUE). Puesto que las partes en el caso sólo pueden, ante las jurisdicciones nacionales, sugerir la presentación de tal cuestión, este procedimiento no puede ser considerado como una vía de recurso que deba ser agotada por el demandante antes de presentar su demanda ante el Tribunal (TEDH). Ahora bien, de no haberse presentado una cuestión prejudicial, el Tribunal deberá pronunciarse sobre la conformidad de un acto de la UE con los derechos humanos sin que el TJUE tenga la ocasión de hacerlo, decidiendo, según los casos, sobre la validez de una disposición de Derecho derivado o sobre la interpretación de una disposición de Derecho primario»⁶⁴.

En sus observaciones a la solicitud de dictamen, la Comisión había sugerido que el procedimiento de implicación previa del Tribunal (TJUE) no debería figurar en un acuerdo internacional, sino que debería ser resuelto, de manera autónoma, en el nivel de la Unión pues tiene por vocación regir

⁶⁴ «Les affaires dans lesquelles l'UE peut être codéfendeur ont leur origine dans des requêtes individuelles concernant des actes ou omissions des Etats membres de l'UE. Le requérant devra en premier lieu épuiser les voies de recours internes disponibles dans les juridictions nationales de l'Etat membre défendeur. Ces juridictions nationales peuvent, et dans certains cas doivent, saisir la CJUE d'un renvoi préjudiciel portant sur l'interprétation et/ou la validité d'une disposition litigieuse du droit de l'UE (article 267 du TFUE). Puisque les parties à l'affaire ne peuvent, devant les juridictions nationales, que suggérer un tel renvoi, cette procédure ne peut pas être considérée comme une voie de recours à épuiser par le requérant avant de saisir la Cour. Or, s'il n'était pas procédé à un tel renvoi préjudiciel, la Cour serait appelée à se prononcer sur la conformité d'un acte de l'UE avec les droits de l'homme, sans que la CJUE ait eu l'occasion de le faire, en statuant, selon les cas, sur la validité d'une disposition du droit dérivé ou sur l'interprétation d'une disposition du droit primaire».

un procedimiento interno de ésta. Por lo demás, no sería necesario ni apropiado incluir este procedimiento de implicación previa en los tratados. La Comisión estimó que era más apropiado que las disposiciones que establecían el principio de un procedimiento de implicación previa del TJUE y que definían las entidades competentes para adoptarlo así como los criterios en virtud de los cuales debería hacerse el examen de compatibilidad, resultaban materia de la decisión del Consejo de concluir el acuerdo de adhesión. En lo que respecta al contenido de las disposiciones internas que regularan el procedimiento de implicación previa del TJUE, y primordialmente el poder de iniciar este procedimiento por causa de una demanda presentada al TEDH, debería corresponder a la Comisión Europea y al Estado miembro contra el que se dirige la demanda ante el TEDH. Por otro lado, el TJUE debería poder pronunciarse antes de que la Comisión y el Estado miembro demandado tomaran posición ante el TEDH. Además, dado que este procedimiento de «implicación previa» presentaría ciertas similitudes estructurales con el procedimiento de la cuestión prejudicial, las reglas relativas al derecho de participar en la «implicación previa» deberían ser análogas a las que figuran en el artículo 23 bis del Estatuto del TJUE⁶⁵, por lo que este artículo podría ser aplicado para satisfacer las exigencias de celeridad del procedimiento de «implicación previa».

Estos problemas procesales son una de las consecuencias de la ausencia de un procedimiento de «amparo» comunitario tal y como se previó en el artículo 38 del «proyecto de Constitución de la Unión Europea» de 1994⁶⁶. En todo caso, está claro que se trata de una cuestión interna del Derecho comunitario que no puede justificar una pretendida incompatibilidad del proyecto de acuerdo de adhesión al CEDH con los tratados comunitarios.

⁶⁵ «El Reglamento de Procedimiento podrá establecer un procedimiento acelerado y, para las peticiones de decisión prejudicial relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia, un procedimiento de urgencia. En dichos procedimientos podrá fijarse un plazo para la presentación de las alegaciones u observaciones escritas más breve que el fijado en el artículo 23 y, no obstante lo dispuesto en el párrafo cuarto del artículo 20, podrá prescindirse de las conclusiones del abogado general. En el procedimiento de urgencia, además, la autorización para presentar alegaciones u observaciones escritas otorgada a las partes y a los demás interesados mencionados en el artículo 23 podrá ser restringida y, en casos de extrema urgencia, la fase escrita del procedimiento podrá omitirse».

⁶⁶ «El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse sobre todo recurso interpuesto por un particular para que se declare la violación, por parte de la Unión, de cualquier derecho humano garantizado por la Constitución. Una ley constitucional determinará las condiciones de interposición de dichos recursos y las sanciones que podrá acordar el Tribunal de Justicia».

e) El proyecto de acuerdo

«[...] 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, en la medida en que encomienda el control jurisdiccional de algunos de esos actos, acciones u omisiones en exclusiva a un órgano externo a la Unión»⁶⁷.

He aquí un argumento bastante cínico. El TJUE reconoce que de acuerdo con los tratados comunitarios ciertos actos adoptados en el marco de la PESC quedan fuera del control jurisdiccional del TJUE. Para justificar su posición, el TJUE cita otro dictamen según el cual el Tribunal de la Unión Europea debería pronunciarse sobre la compatibilidad con los tratados de una jurisdicción internacional (la jurisdicción de la patente europea) encargada de interpretar y *de aplicar* el Derecho de la UE en materia de patentes. Ahora bien, aquí hay una diferencia fundamental porque el TEDH interpreta, pero no aplica el CEDH (aspecto sobre el que más tarde volveremos)⁶⁸.

En el presente asunto, el TJUE, citando su dictamen 1/09, precisa que

«el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de declarar que la competencia para efectuar un control jurisdiccional de actos, acciones u omisiones de la Unión, incluso desde el punto de vista de los derechos fundamentales, no puede atribuirse en exclusiva a un órgano jurisdiccional internacional que se encuentre fuera del marco institucional y jurisdiccional de la Unión (véase, en este sentido, el dictamen 1/09, EU:C:2011:123, apartados 78, 80 y 89)»⁶⁹.

Es asombroso que el TJUE pueda desconocer las competencias del TEDH. El Tribunal de Estrasburgo sólo *interpreta*, pero no *aplica* ni *controla* el CEDH. Si se comprende técnicamente la noción de «control» como el «juicio» al que se añade una «sanción» que bloquea o impide una medida objeto de un juicio negativo⁷⁰, se puede decir claramente que la jurisdicción del TEDH no aplica ni controla el Convenio porque su competencia es sólo declarato-

⁶⁷ TJUE, dictamen 2/13, n.º 258 (ver también n.º 249-257).

⁶⁸ TJUE, Dictamen 1/09, de 8 de marzo de 2011, n.º 78 y 89.

⁶⁹ TJUE, dictamen 2/13, n.º 256.

⁷⁰ GALEOTTI, S., «Controlli costituzionali», en F. CALASSO (dir.), *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Varese, 1962, t. X, p. 319 ss. (especialmente p. 321).

ria⁷¹. En conclusión, el problema no es que el proyecto de acuerdo «no tenga en cuenta las características específicas del Derecho de la Unión», sino que el TJUE desconozca las características específicas del Derecho del CEDH.

4.5. *Las verdaderas razones del rechazo*

Si las razones precedentemente analizadas no son en absoluto convincentes, debe considerarse cuales pudieran ser las verdaderas razones del rechazo del TJUE a la adhesión al CEDH. Dos explicaciones pueden avanzarse: una relacionada con el TEDH y la otra con el TJUE.

La primera razón es que, contrariamente a las previsiones textuales del CEDH y a una jurisprudencia consolidada, el TEDH se ha caracterizado en los últimos años por una deriva en algunas de sus sentencias a fin de intentar ampliar, *ultra vires*, el alcance de sus sentencias para darlas fuerza ejecutiva. El caso emblemático a este respecto es el de *Del Río Prada contra España*. En ese asunto la Sala, primero, y la Gran Sala del TEDH, después, dictaron sentencias en las que dijeron que «correspondía al Estado demandado asegurar la puesta en libertad de la demandante en el más breve plazo (*possible*)»⁷². La discusión sobre la fuerza ejecutiva de esta sentencia que desencadenó un fuerte debate en la opinión pública y jurídica española (en el que tomé una posición muy crítica contra la idea de «ejecutividad» de las sentencias del TEDH) provocó, indudablemente, reticencias fuera de España, como era previsible.

Ello explica por qué el TJUE subrayó en relación a las sentencias del TEDH es «esta sentencia es declarativa y no afecta a la validez de los actos

⁷¹ Cfr. RUIZ MIGUEL, C., «La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», cit., pp. 62-71 y, más recientemente, «La STEDH sobre la doctrina Parot y el problema de la ejecución de las sentencias del TEDH», en M. PÉREZ MANZANO y J.A. LASCURAÍN SÁNCHEZ (dir.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, Madrid, Marcial Pons, 2016, p. 377-408 [hay traducción inglesa actualizada, «The ‘Del Río Prada’ Judgements and the Problem of the Enforcement of ECtHR Decisions», en M. PÉREZ MANZANO, J.A. LASCURAÍN SÁNCHEZ y M. MÍNGUEZ ROSIQUE (eds.), *Multilevel Protection of the Principle of Legality in Criminal Law*, Springer, Berlín, 2017, pp. 213-234].

⁷² STEDH Del Río Prada (Sala), de 10 de julio de 2012 y STEDH Del Río Prada (Gran Sala), de 21 de octubre de 2013. La versión francesa omitía la palabra «posible» («il incombe à l'État défendeur d'assurer la remise en liberté de la requérante dans les plus brefs délais») que sí aparecía en la versión inglesa («the respondent State is to ensure that the applicant is released at the earliest *possible* date»), el subrayado es mío, importantísima divergencia que he analizado en el trabajo antes citado, Cfr. RUIZ MIGUEL, C., «The ‘Del Río Prada’ Judgements and the Problem of the Enforcement of ECtHR Decisions», cit., p. 216.

impugnados de la Parte Contratante»⁷³. Es más, si recordamos el debate sobre la retirada del Reino Unido del CEDH (al que aludimos anteriormente) nadie podría extrañarse de ver cómo el Reino Unido en el procedimiento de este dictamen insistió también en el carácter «declarativo» de las sentencias del TEDH⁷⁴. Ahora bien, una mutación en la naturaleza de las sentencias del TEDH provocada por este mismo tribunal pondría en riesgo toda esta construcción. A mi juicio, el TJUE es muy consciente del riesgo de que ante un hipotético cambio en las circunstancias que pueda abrir el camino a una eventual adhesión de la UE al CEDH (muy especialmente una retirada del Reino Unido del propio CEDH o de la UE) el activismo del TEDH lleve a este último a emprender la vía de la mutación convencional para cambiar la naturaleza declarativa de sus sentencias.

La segunda razón explicativa puede ser más prosaica y puede tener relación con el eventual celo del TJUE de que el TEDH se convierta en la última instancia interpretativa. Este motivo podría estar subyaciendo no sólo al dictamen 2/13, sino también al 1/94. Es bien conocida la fuerza de atracción de las normas de derechos fundamentales sobre numerosos ámbitos. En el caso en que la UE se adhiriese al CEDH, esta fuerza de atracción podría provocar la absorción de numerosos y diversos litigios en la esfera de los derechos fundamentales. La posibilidad de someter estos casos al TEDH sería así una invitación a hacer de este último la verdadera última instancia del Derecho Europeo. Una tentación excesivamente fuerte que no puede de dejar de provocar fuertes resistencias.

⁷³ TJUE, dictamen 2/13, n.º 20.

⁷⁴ TJUE, dictamen 2/13, n.º 136.

