

SOBRE LA ADHESIÓN DE LA UE AL CEDH (O SOBRE CÓMO DEL DICHO AL HECHO, HAY UN GRAN TRECHO)

RICARDO ALONSO GARCÍA

Revista Española de Derecho Europeo
Enero - Marzo 2015
Págs. 11 - 16

El 18 de diciembre de 2014, el Pleno del Tribunal de Justicia, previa Opinión pública de la Abogado General Kokott, emitía su Dictamen acerca de la compatibilidad con el Derecho originario de la Unión del Proyecto de Acuerdo de adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos¹. La conclusión de dicho Dictamen, solicitado año y medio antes por la Comisión ex artículo 218.11 TFUE (que prevé el mecanismo de control judicial previo de los acuerdos internacionales), fue que “el acuerdo de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales no es compatible con el artículo 6 TUE, apartado 2, ni con el Protocolo (nº 8) sobre el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”. Y tal veredicto vincula a la Unión en los términos enunciados en el mencionado artículo 218.11, a saber: “En caso de dictamen negativo del Tribunal de Justicia, el acuerdo previsto no podrá entrar en vigor, salvo modificación de éste o revisión de los Tratados [de la Unión]”.

No es esta breve Tribuna el lugar apropiado para entrar en un análisis pormenorizado de los argumentos esgrimidos por el Tribunal de Justicia a lo largo de más de cien fundamentos (concretamente, del 153 al 257) para llegar a semejante conclusión, de importantísimas consecuencias jurídicas y políticas, y que a buen seguro

1. Aclaremos que no todos los Dictámenes los emite el Pleno del Tribunal (también los hay de Gran Sala); y aclaremos también que antes de la reforma del Reglamento de Procedimiento de 2012, el Tribunal oía a todos los Abogados Generales con carácter reservado.

dará lugar a un río de tinta de la mano de expertos en el Derecho de la Unión y el Convenio.

Sí, en cambio, para apuntar que no faltarán quienes atisben en el Dictamen sombras de cinismo y altanería, partiendo tal visión de la sobradamente conocida jurisprudencia del Tribunal de Justicia que, bajo la presión de los Tribunales Constitucionales alemán e italiano en la década de los setenta, acabaría consagrando la protección de los derechos fundamentales vía pretoriana, erigiendo al Convenio en su principal fuente de inspiración (junto con las “tradiciones constitucionales comunes” de los Estados miembros).

Esta simpatía hacia el sistema de protección diseñado en el seno del Consejo de Europa, que se traduciría con el paso de los años en un clima general favorable hacia la adhesión misma al Convenio², empezaría no obstante a debilitarse llegada la hora real de ésta, una vez entrada en vigor la reforma de Lisboa en diciembre de 2009 (la cual impuso a la Unión la *obligación* de adherirse al Convenio).

Así, el Tribunal de Justicia, de manera no precisamente habitual, decidió *motu proprio* elaborar un “Documento de Reflexión” en mayo de 2010 sobre ciertos aspectos de la adhesión, haciendo especial hincapié en la preocupación que le suscitaba el hecho de que “el Tribunal Europeo de Derechos Humanos llegue a 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 esa cuestión”; y consideró, en consecuencia, que “es preciso disponer de un mecanismo capaz de garantizar que el Tribunal de Justicia pueda conocer de forma efectiva sobre la cuestión de validez de un acto de la Unión antes de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronuncie sobre la conformidad de ese acto con el Convenio”.

-
2. Con alguna excepción, caso del Abogado General Léger (cfr. su intervención en el coloquio celebrado en La Sorbonne, 13-14 de marzo de 2003, cuyas actas fueron publicadas en G. COHEN-JONATHAN y J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, dir., *Constitution européenne, démocratie et droits de l'homme*, Nemesis/Bruylant, 2003, pp. 267-268). Cfr. al respecto el trabajo de L. Scheeck, “La diplomatie commune des cours européennes”, (en P. MBONGO y A. VAUCHEZ, dir., *Dans la fabrique du droit européen. Scènes, acteurs et publics de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, Bruylant, 2009, pp. 108 y ss.), en el que asimismo se destaca la muy favorable acogida que una futura adhesión habría tenido entre los miembros del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Bien expresiva resultaba la opinión del Luzius Wildhaber (a la sazón Presidente del Tribunal de Estrasburgo) y Johan Callewaert, conceptuando la cuestión de la adhesión como “auténtico eslabón perdido del espacio constitucional europeo”: cfr. “Espace constitutionnel européen et droits fondamentaux. Une vision globale pour un pluralité de droits et de juges”, en *Festschrift Für G. C., Rodríguez Iglesias*, Berliner Wissenschaft-Verlag, 2003, p. 84. Como “anomalía retrógrada del sistema europeo de derechos fundamentales”, en fin, sería definida la falta de adhesión por el Juez de Luxemburgo Allan Rosas (cfr. “Fundamental Rights in the Luxembourg and Strasbourg Courts”, en C. BAUDENBACHER; P. TRESSELT y T. ORLYGSSON, eds., *The EFTA Court. Ten Yers On*, Hart Publishing, 2005, p. 175).

Teniendo bien presente esa advertencia, reiterada por los Presidentes del Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en una Declaración Conjunta emitida en enero de 2011, los negociadores del acuerdo se pusieron manos a la obra, incluyendo finalmente en el mismo una garantía consistente en permitir la intervención previa del Tribunal de Justicia en aquellos supuestos en que, siendo la Unión codemandada, Luxemburgo no hubiera tenido la oportunidad de pronunciarse previamente acerca de la compatibilidad del Derecho de la Unión con el Convenio.

Pues bien, a pesar de que tanto el Documento de Reflexión como la Declaración Conjunta se referían expresa y específicamente a la necesidad de que el Tribunal de Justicia pudiera pronunciarse, con carácter previo, en términos de “control de validez³”, y pese a que no otra cosa hizo el acuerdo al incorporar en su seno el referido mecanismo de intervención previa, he aquí que el Tribunal de Justicia consideró en el Dictamen que el acuerdo “no permite preservar las características específicas de la Unión y de su Derecho”, al impedir al Tribunal de Justicia pronunciarse en términos interpretativos.

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

Carece de fundamentación, desde luego, en el contexto prejudicial de la Unión, donde es de sobra conocida, y desde luego muy utilizada en Luxemburgo, la técnica judicial de las *sentencias interpretativas* que permiten salvar la compatibilidad del Derecho derivado, en relación con el Derecho originario, en el contexto de *cuestiones de validez* suscitadas por los órganos jurisdiccionales nacionales.

Pero carece también de fundamentación en el contexto del propio acuerdo, que refiere el mecanismo de intervención previa al control de validez (de “compatibilidad” es la expresión exactamente utilizada) de disposiciones, sin distinción alguna de rango, “del Derecho de la Unión”.

Incluido así el Derecho originario en el “control de compatibilidad”, resultaba evidente que el mismo sólo podría producirse, habida cuenta de los límites jurisdiccionales del Tribunal de Justicia familiares a la justicia constitucional nacional, en términos de modulaciones interpretativas.

A ello, y no a otra cosa, respondía la aclaración del punto 66 del informe explicativo del acuerdo al que alude el FJ 242 del Dictamen, contextualizando en términos puramente interpretativos la intervención previa del Tribunal de Justicia en relación con el Derecho originario de la Unión, y marcando así las lógicas distancias con el Derecho derivado, susceptible de desembocar en pronunciamientos de pura

3. Expone la Declaración Conjunta: “If for whatever reason, a reference for a preliminary ruling were not made, the ECHR would be required to adjudicate on an application calling into question provisions of EU law without the CJEU having the opportunity to *review* the consistency of that law with the fundamental rights guaranteed by the Charter”.

validez/invalidéz. De ahí a llegar a entender, como hizo el Tribunal de Justicia, que de dicha aclaración se deduciría que a diferencia de lo que sucede con el Derecho originario, “el acuerdo previsto excluye la posibilidad de dirigirse al Tribunal de Justicia para que se pronuncie sobre una cuestión de interpretación del Derecho derivado mediante el procedimiento de intervención previa”, es mucho el camino recorrido...

Sirva este simple botón de muestra para advertir, como adelantaba, que no faltarán quienes atisben en él sombras de cinismo en la actitud del Tribunal de Justicia llegada la hora real de la adhesión, forzando una “interpretación disconforme” del acuerdo con los Tratados bajo la que subyacería la desconfianza⁴ hacia un sistema de protección cuya culminación reside en el control externo (*i.e.*, por el Tribunal de Estrasburgo) sobre la actividad de los simpatizantes verdaderamente comprometidos (*i.e.*, las Partes Contratantes)⁵; o lo que es igual, el recelo hacia lo que supondría el salto desde una utilización del Convenio como mera fuente hermenéutica, al pleno sometimiento del Derecho de la Unión (y del propio Tribunal de Justicia, habituado a su rol de juez último y supremo) al control, aun subsidiario, de Estrasburgo (como sucede con el Derecho de las demás Partes Contratantes y sus más altas jurisdicciones)⁶.

-
4. Rayana en algún pasaje del Dictamen con la simple imperfección técnica, como sucede con la poca feliz referencia al Protocolo nº 16 del CEDH, pendiente de ratificación. Ciertamente es que la opinión consultiva, que en su virtud podrían solicitar los altos tribunales nacionales a Estrasburgo, podría ser, en ámbitos cubiertos por el radio de acción de la Unión, un foco de circunvalación para eludir el planteamiento de la cuestión prejudicial a Luxemburgo. Pero al margen de que dicho problema no es ajeno al que puede producirse en relación con el planteamiento de cuestiones internas de inconstitucionalidad, lidiado en términos judiciales y no (como pretende el Tribunal de Justicia en relación con la opinión consultiva) normativos, carece desde luego de todo fundamento, en mi opinión, la afirmación según la cual “no puede excluirse, en particular que una solicitud de opinión consultiva formulada en virtud del Protocolo nº 16 por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que se haya adherido a dicho Protocolo pueda desencadenar el procedimiento de intervención previa del Tribunal de Justicia, creando así un riesgo de que se soslaye el procedimiento de remisión prejudicial establecido en el artículo 267 TFUE” (a expensas de que el Tribunal de Justicia consiga explicar cómo en el contexto de una opinión consultiva, donde no existe demandado ni por tanto codemandado ante Estrasburgo, que es la *conditio sine qua non* para activar el mecanismo de la intervención previa, se puede llegar a desencadenar éste...).
 5. Recordemos al respecto cómo ya en el lejano 1953, el Proyecto de Estatuto de la Comunidad Política Europea pretendió dar un paso más, previendo en su artículo 3 la incorporación misma al propio Estatuto, por remisión, del Convenio y del Protocolo Adicional de 1952. No obstante lo cual, el propio artículo 3 eludía la competencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al circunscribir dicha remisión al Título I del Convenio.
 6. Remito a los lectores a la aproximación extremadamente crítica al artículo 6 TUE, en versión post-Lisboa, del Juez de Luxemburgo (por entonces y también en el momento de emitirse el Dictamen...) Jean-Claude BONICHOT, en su contribución al Libro-Homenaje a Jean-Paul Costa (bajo el título, éste, de *La conscience des droits*, Dalloz, 2011; y aquella, de “Des rayons et des ombres: les paradoxes de l'article 6 du Traité sur l'Union Européenne”, pp. 49 y ss.

Tampoco faltarán quienes, como asimismo adelantaba, vislumbren sombras de altanería del Tribunal de Justicia en su esfuerzo por marcar las distancias con los ejemplos nacionales, sobre la base de “las características específicas y la autonomía del Derecho de la Unión” (pudiendo recordar al respecto las palabras que Diógenes Laercio puso en boca de Sócrates refiriéndose a Antístenes, tenido por precursor de la autosuficiencia propia del movimiento cínico griego y que llevaba siempre a la vista la parte más rasgada de su palio: “Veo por esas aberturas tu vanagloria”⁷).

No estarán desde luego completamente desnudos de razón quienes objeten que una cosa es respetar la última palabra del Tribunal de Justicia sobre “el ámbito de aplicación material del Derecho de la Unión, especialmente a efectos de determinar si un Estado miembro está obligado a respetar los derechos fundamentales de la Unión [i.e., la Carta]”, y otra bien distinta pretender, como propugna Luxemburgo (FJ 189), implantar normativamente la superioridad de los estándares de la Carta sobre los que derivan de las Constituciones nacionales.

Más de uno, incluido por cierto nuestro propio Tribunal Constitucional al hilo del concepto de “identidad nacional”⁸, ha evocado, en relación con las disputas entre Luxemburgo y los más altos tribunales nacionales, cómo concluyó el debate entre Humpty Dumpty y Alicia⁹ sobre el significado de las palabras (“la cuestión –zanjé Humpty– es saber quién es el que manda..., eso es todo”).

Pues bien, y en fin, tampoco han faltado quienes han recordado, precisamente en relación con el Dictamen del Tribunal sobre la adhesión al Convenio¹⁰, el triste final de Humpty Dumpty (que en versión de la clásica nana, como es sabido, reza así: “Humpty Dumpty sat on a wall/ Humpty Dumpty had a great fall/ All the king’s horses and all the king’s men/ Couldn’t put Humpty together again”).

Obvio es que no deseamos semejante final para el Tribunal de Justicia, ni en términos materiales (habida cuenta de la belleza de las torres que albergan al Tribunal desde 2008, obra del arquitecto francés Dominique Perrault), ni menos aún espirituales (dado el esencial rol que siempre ha desempeñado, desde sus orígenes, como impulsor de la integración europea).

-
7. Diógenes LAERCIO, *Vidas, opiniones y sentencias de los filósofos más ilustres*, LII, párrafo 14 (traducción de 1792 de José Ortiz y Sanz, publicada por la Editorial Porrúa; en la de Carlos García Gual, publicada por Alianza Editorial: “Volviendo hacia afuera Antístenes los rotos de su burdo manto, [Sócrates] le dijo: por los agujeros de tu manto veo tu vanidad” –LII, párrafo 36).
 8. Cfr. la ponencia, a cargo del Magistrado Martínez-Vares y del Letrado De la Quadra-Salcedo Janini, presentada bajo el título “La tutela multinivel de los derechos fundamentales” en la XVI Reunión de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España (Santiago de Compostela, octubre de 2014).
 9. En la obra de Lewis CARROLL *A través del espejo y lo que Alicia encontró allí*.
 10. Cfr. p. e., Aidan O’NEILL, *Opinion 2/13 in EU Accession to the ECHR: The CJEU as Humpty Dumpty*, en *eutopialaw.com*.

Si deseamos, en cambio, una pronta intervención política que aclare el devenir de una adhesión exigida, al fin y al cabo, por el artículo 6.2 del Tratado (a pesar del mucho acento, y bien rigorista, puesto por el Dictamen en el Protocolo nº 8), debiendo aclararse al respecto, por nuestra parte, que dicho devenir no pasa en todo caso por una renegociación del acuerdo, habida cuenta de que si tanto las Instituciones políticas de la Unión como la gran mayoría de los Estados miembros (24 de los 28 que intervinieron en el procedimiento ante el Tribunal¹¹) son consecuentes con sus postulados, no habría por qué descartar de raíz una reforma de los propios Tratados de la Unión, a los efectos de salvar las objeciones del Dictamen...

Y en espera de lo que sobre la adhesión nos depare el futuro, habrá que estar atentos al devenir de la deferencia que, sustentada en la doctrina de la protección equivalente, ha presidido hasta el momento, si bien de manera cada vez más matizada, el control indirecto de la Unión por el Tribunal de Estrasburgo, en el contexto del control directo por éste ejercitado sobre los Estados miembros cuando actúan dentro del radio de acción de la Unión...¹².

Muy significativas son, al pronto, las contundentes palabras de su Presidente, Dean SPIELMANN, en el Prólogo al Informe Anual del Tribunal correspondiente a 2014, aún en versión provisional en el momento de redactar estas líneas: “El Dictamen desfavorable del Tribunal de Justicia supone una enorme decepción. No olvidemos, en todo caso, que las principales víctimas serán los ciudadanos, a quienes este Dictamen 2/13 priva del derecho a someter los actos de la Unión Europea al mismo control externo, respecto de los derechos fundamentales, al que se somete la actividad de los Estados miembros. Más que nunca, por tanto, recaerá sobre Estrasburgo la responsabilidad de hacer lo que pueda, en los asuntos ante él pendientes, con el fin de proteger a los ciudadanos de los efectos negativos de esta situación”.

-
11. Sin que resulte por lo demás ocioso advertir que los ausentes fueron Croacia, Eslovenia, Luxemburgo y Malta...
 12. Ello al margen de las consideraciones, incluidas posibles comparaciones con el perro del hortelano (cfr. p.e., en versión futbolera, la opinión de Steve PEERS en *eulawanalysis.blogspot.com*: “In short, since the CJEU isn’t allowed to play, it’s taking the football away from anyone else”), que pudieran merecer las objeciones del Tribunal de Justicia respecto del sometimiento de la PESC al control por Estrasburgo; objeciones que, dicho sea de paso, probablemente realzarán las posibilidades actuales del mencionado control vía indirecta (i.e., a través del control sobre los Estados miembros), excluida hoy por hoy la PESC de la proyección natural de la protección equivalente.