

# AUTONOMÍA DEL ORDENAMIENTO DE LA UNIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES: ¿PRESUPUESTOS CONTRADICTORIOS? LA ADHESIÓN AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS COMO RESPUESTA\*

MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ

Profesor Titular de Derecho Constitucional  
Universidad de Granada

Revista Española de Derecho Europeo 48  
Octubre – Diciembre 2013  
Págs. 37 - 74

SUMARIO: I. AUTONOMÍA DEL ORDENAMIENTO DE LA UNIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES. A. *El significado de la autonomía del ordenamiento de la Unión en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.* B. *Autonomía del ordenamiento de la Unión y derechos fundamentales.* II. AUTONOMÍA DEL ORDENAMIENTO DE LA UNIÓN Y CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. A. *La función político-constitucional de la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos.* B. *La incidencia práctica del TEDH sobre la autonomía del ordenamiento de la Unión.* III. AUTONOMÍA DEL ORDENAMIENTO DE LA UNIÓN Y ADHESIÓN AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. LAS PROPUESTAS DE SOLUCIÓN. A. *La expresión del problema en los Tratados. Artículo 6.2 del Tratado de la Unión, artículo 218 del Tratado de Funcionamiento y Protocolo núm. 8.* B. *La institución del co-respondent y la autonomía del ordenamiento.* C. *La intervención previa del Tribunal de Justicia.*

**RESUMEN:** Este trabajo analiza las dificultades que la autonomía del ordenamiento de la Unión presenta frente a la adhesión de ésta al CEDH. Para ello, en el epígrafe I se revisa la doctrina del Tribunal de Justicia sobre la autonomía y

**ABSTRACT:** This paper analyzes the complex relation between the autonomy of the European legal order and the accession of the European Union to the ECHR. The first part revisits the European Court of Justice jurisprudence related to

\* Una primera versión de los argumentos contenidos en este trabajo, la expuse en el Seminario de Juristas Españoles en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, celebrado el 10 de diciembre de 2012. Aprovecho la ocasión para agradecer al Abogado General Pedro Cruz Villalón su invitación.

plantea los problemas de esta jurisprudencia a la luz de la creciente relevancia que han tomado los derechos fundamentales en los Tratados constitutivos. En el epígrafe II se argumenta que la adhesión estaría justificada por una razón político-constitucional, además de por las dificultades prácticas derivadas de la doctrina *Bosphorus*. Finalmente, en el epígrafe III, se estudian los instrumentos del co-respondent y de la intervención previa, mecanismos con los que se quiere alcanzar un punto de equilibrio entre la autonomía y la adhesión.

**PALABRAS CLAVE:** Autonomía del ordenamiento, Unión, CEDH, Tribunal de Justicia, TEDH, derechos fundamentales.

Fecha recepción original: 8 septiembre 2013

Fecha aceptación: 28 octubre 2013

El Tratado de Lisboa ha certificado el singular estatus de los derechos fundamentales en la Unión. Es sin duda extraño a la teoría constitucional, que los mismos derechos sean reconocidos de tres formas distintas dentro de un único ordenamiento. Históricamente, el surgimiento de los documentos constitucionales que estipulaban los derechos fundamentales eliminó, o al menos amortiguó, el debate sobre su fuente de garantía. Así, de la lucha política por los derechos, se pasó al debate sobre su normatividad y, más tarde, vencidas ya todas las resistencias, a la estricta tarea interpretativa de desentrañar su contenido a partir de la disposición jurídica que los enuncia. Solo en los Estados federales queda un rescoldo de la vieja discusión, en la medida que los derechos suelen estar presentes en dos textos, si bien éstos se sitúan en planos diversos. Por tanto, nada es comparable a la situación de la Unión, donde encontramos un reconocimiento separado de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en la Carta y, próximamente, en el CEDH; todo ello sin olvidar la eficacia subsidiaria de los previstos en las Constituciones estatales.

Cada una de las formas de reconocimiento –la doctrina del Tribunal de Justicia, la Carta y el CEDH– merece un tratamiento dogmático propio que, sin embargo, debe conservar una mirada de conjunto orientada a aclarar el porqué de una situación tan especial. En este ensayo he elegido volver sobre la cuestión de la adhesión al CEDH, ahora bajo el renovado ímpetu que ha tomado el presupuesto de la autonomía del ordenamiento de la Unión, presentado a menudo como el obstáculo esencial frente a la citada adhesión.

A partir de este propósito, en el epígrafe I comienzo reconstruyendo brevemente la idea de la autonomía en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Me interesa subrayar que el Tribunal ha tratado del mismo modo dos problemas distintos –las relaciones con el derecho del Estado y la eficacia de las normas producidas en organizaciones internacionales–; y en ambos casos la respuesta ha conectado inexorablemente la autonomía con la posición del propio Tribunal (A). Esta doctrina, construida sobre el fundamento teleológico del proceso de integración, dio a los derechos

the autonomy and puts forward the problems of this doctrine to cope with the increasing relevance of fundamental rights in the Treaties. In the second part, the paper argues that the accession would be justified due to constitutional reasons and because of the practical fragility of the *Bosphorus* decision. Finally, the third part studies the co-respondent and the preliminary review of the European Court of Justice, instruments that should equilibrate autonomy and accession.

**KEYWORDS:** Autonomy of the European legal order, Union, ECHR, European Court of Justice, ECHR, fundamental rights.

fundamentales un lugar secundario. Sin embargo, el tiempo ha ido erosionado esta perspectiva y, a día de hoy, el peso que han ganado en los propios Tratados fundacionales ha provocado la puesta en cuestión de ese aparente vínculo inescindible entre autonomía y la condición del Tribunal de Justicia como exclusivo responsable de la «garantía del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados» (B).

El trabajo sitúa en este contexto la adhesión al CEDH. Por ello, en el epígrafe II se analizan las razones que justificarían hoy el ingreso de la Unión en ese sistema de protección. Creo que existe, principalmente, un argumento político-constitucional, puesto que la adhesión concedería a la Unión un fundamento material de legitimidad, que la entroncaría con la historia constitucional europea y daría a los derechos fundamentales una singular rigidez, proyectada incluso frente al poder de reforma o el Tribunal de Justicia (A). Pero, además, entiendo que la reciente jurisprudencia del TEDH ha abierto grietas en el estatus quo generado a partir de la doctrina *Bosphorus*. Los esfuerzos por preservar la autonomía del ordenamiento de la Unión a través de una distinción de espacios de control e imputación de responsabilidades, se están mostrando artificiales hasta el punto de permitir que el TEDH imponga la interpretación necesaria de ciertas normas de derecho de la Unión o contribuya incluso a asegurar la autonomía del ordenamiento de esta última (B).

Finalmente, en el epígrafe III estudio los términos concretos en los que se espera solventar el dilema entre autonomía y Convenio. Comienzo repasando el sentido de las disposiciones de los Tratados constitutivos (A), para a continuación reflexionar sobre los dos instrumentos escogidos en los trabajos preparatorios a la adhesión. De un lado, la institución del *co-respondent*, que permite a la Unión sumarse al procedimiento cuando la vulneración del Convenio trae causa en una de sus medidas (B). De otro, la intervención previa del Tribunal de Justicia en esos supuestos en los que la Unión toma la posición de *co-respondent* y antes de que decida el TEDH, intentando preservar así el monopolio de interpretación y el control de validez (C).

## I. AUTONOMÍA DEL ORDENAMIENTO DE LA UNIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

### A. EL SIGNIFICADO DE LA AUTONOMÍA DEL ORDENAMIENTO DE LA UNIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

Es un lugar común situar *Van Gend & Loos* y el Dictamen 1/91 en el frontispicio del sistema jurídico de la Unión. La primera decisión, considerada un hito fundacional<sup>1</sup>, abrió camino al concluir que «la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de derecho internacional»<sup>2</sup>. La segunda, a

1. Véase, por ejemplo, su comparación con *Marbury*, HALBERSTAM, D., «Constitutionalism and Pluralism in *Marbury* and *Van Gend*», *Public Law and Legal Theory Working Paper Series –University of Michigan Law School–*, 2008; es llamativo que esta decisión sea tomada para explicar el concepto de «revolución judicial», SCHILLING, T., «Justizrevolutionen», *Der Staat*, Vol. 51, n° 4, 2012, pp. 525-558, en p. 545.
2. STJ, de 5.2.1963, as. *Van Gend & Loos* (C-26/62), pp. 340.

modo de colofón, estilizó ese presupuesto cuando declaró que «el Tratado CEE, aunque haya sido celebrado en forma de Convenio internacional, no por ello deja de ser la carta constitucional de una Comunidad de Derecho. Conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, lo Tratados han creado un nuevo ordenamiento jurídico [...]»<sup>3</sup>.

El hilo común entre ambas es obvio. Pese a estar separadas por casi treinta años, utilizan la conexión entre estructura normativa y *telos* a la hora de fundamentar la novedad del ordenamiento. El Tribunal de Justicia, en *Van Gend & Loos*, subraya el objetivo de «establecer un mercado interior»<sup>4</sup> como una de las razones que caracterizan el derecho de la Unión<sup>5</sup>. Y, en el mismo sentido, el Dictamen 1/91 distingue «los objetivos» propios de la Comunidad, en concreto el mercado interior y la unión monetaria, al destacar su diferencia respecto al Acuerdo entre los países de la Asociación Europea de Libre Comercio y la Comunidad Económica Europea<sup>6</sup>. Este segundo permanece en los márgenes del derecho internacional, mientras que el tratado fundacional ha creado «[...] un nuevo ordenamiento jurídico a favor del cual los Estados han limitado, en ámbitos cada vez más amplios, sus derechos de soberanía y cuyos sujetos no son únicamente los Estados miembros, sino también sus nacionales»<sup>7</sup>.

*Van Gend & Loos* y el Dictamen 1/91 aun hoy contribuyen de forma esencial a definir el concepto de autonomía del ordenamiento de la Unión. Ciertamente, ninguna de ellas da una categoría depurada; más bien trabajan con pre-comprensiones que ayudan a construir los principios ordenadores de las relaciones entre las normas propias y las de los Estados o entes internacionales. Y precisamente a la luz de esos principios se deduce que el Tribunal de Justicia opera con la convicción de que el derecho de la Unión establece un sistema que articula de manera completa la producción de normas, su selección e interpretación.

Las similitudes llegan hasta aquí. Aunque las dos decisiones se levantan sobre un presupuesto teórico común, es indiscutible que abordan problemas distintos. *Van Gend & Loos* marca el paso de lo que es una cuestión clásica, la elección de una norma aplicable entre dos disposiciones válidas, la del Estado

3. Dict. 1/91, de 14.12.1991, as. *Acuerdo AELC*, apartado 21. Respecto a la importancia del concepto de Carta Constitucional, véase FERNÁNDEZ ESTEBAN, M. L., «La noción de Constitución europea en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 40, 1994, pp. 241-289.

4. STJ, de 5.2.1963, as. *Van Gend & Loos* (C-26/62), pp. 339.

5. La STJ, de 15.7.1964, as. *Costa* (C-6/64) muestra que inicialmente no había una sola razón, sino diversas que se yuxtaponían: la tesis de la soberanía, la del contractualismo y su necesaria reciprocidad, la igualdad y el argumento textual. Pero creo que por encima de todas espiga la de naturaleza factio-funcional, que se limita a señalar que sin la primacía y la eficacia las obligaciones del Tratado serían eventuales.

6. Dict. 1/91, de 14.12.1991, as. *Acuerdo AELC*, apartados 16-18.

7. Dict. 1/91, de 14.12.1991, as. *Acuerdo AELC*, apartado 21. Existe cita expresa de *Van Gend & Loos*. Sin embargo, debe subrayarse que en el Dictamen ya no se afirma la creación de un nuevo ordenamiento «de derecho internacional», sino, simplemente, la de un «nuevo ordenamiento».

o la de la Unión. La respuesta la conocemos de sobra. La primacía, la eficacia directa, la interpretación conforme y la responsabilidad por incumplimiento son los criterios generales que van a permitir al juez ordinario seleccionar la regla del caso o, en su defecto, garantizar una restitución por equivalente. Tarea para la que cuenta con el apoyo necesario del Tribunal de Justicia, que, a través de una cuestión prejudicial concebida como un derecho-deber objetivado, monopoliza el control de validez del derecho de la Unión y fija su interpretación definitiva.

El Dictamen 1/91, sin embargo, define un problema sustancialmente distinto. No consiste en resolver la selección aplicativa de una norma del Estado o de la Unión, sino de establecer en términos generales los límites a la apertura del ordenamiento en el tráfico internacional. La cuestión radica, por tanto, en estipular las condiciones para reconocer eficacia dentro del sistema jurídico de la Unión a un derecho producido enteramente según reglas previstas en otro ordenamiento. Normas que, por añadidura, no proceden del Estado, esto es, de uno de los entes políticos fundadores y parte clave del proceso de integración, sino de una organización internacional creada *ex novo* y limitada en sus objetivos. Así las cosas, siendo el problema distinto, la solución ha de hallarse al margen de los principios generales de primacía, eficacia directa, interpretación conforme y responsabilidad por incumplimiento<sup>8</sup>.

La respuesta requiere en primer lugar que la Unión disponga de base jurídica para entablar relaciones internacionales<sup>9</sup>. Dado este título, puede celebrar acuerdos que tengan como consecuencia la eficacia dentro de su ordenamiento de normas producidas fuera de él. Este criterio, reconocido jurisprudencialmente en el Dictamen 1/91, ha adoptado una singular formulación en el artículo 217 del Tratado de Funcionamiento. Su nomenclatura, además, sirve para mostrar con nitidez de qué manera la cooperación de la Unión se sostiene sobre

- 
8. Existe una tendencia a simplificar el problema de las relaciones entre ordenamientos, reduciéndolo a la cuestión atinente al modo de ajustar el conflicto entre normas. Pero, en mi opinión, la relación entre ordenamientos abarca al menos otros dos asuntos. Uno, el que ahora afrontamos, relativo a la apertura internacional. Otro, que aborda la ejecución del derecho de la Unión, y en especial la ejecución presupuestaria. En estos dos supuestos los conocidos principios de primacía, eficacia directa, interpretación conforme y responsabilidad por incumplimiento poseen una operatividad menor. Respecto a las técnicas que ordenan la ejecución del derecho de la Unión véase SCHÜTZE, R., «From Rome to Lisbon: «Executive Federalism» in the (New) European Union», *Common Market Law Review*, Vol. 47, pp. 1385-1427, 2010, concretamente pp. 1398 y ss.; STELKENS, U., «Art. 291 AEUV, das Unionsverwaltungsrecht und die Verwaltungsautonomie der Mitgliedstaaten – zugleich zur Abgrenzung der Anwendungsbereiche von Art. 290 und Art. 291 AEUV–», *Europarecht*, n° 5, 2011, pp. 511-545, en especial p. 538. SCHMIDT-ABMANN, E., «Verwaltungskooperation und Verwaltungskooperationsrecht in der EG», en el libro del mismo autor *Aufgaben und Perspektiven verwaltungsrechtlicher Forschung*, Mohr Siebeck, 2006, pp. 411-442, respecto a las formas de este derecho cooperativo, en especial p. 431. También, DANWITZ, T. v., *Europäisches Verwaltungsrecht*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2008, pp. 609 y ss.
9. Dict. 2/94, de 28.3.1996, *Adhesión de la CE al Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, apartado 18.

fundamentos distintos a los del Estado. En este segundo supuesto, la explicación común señala que las insuficiencias de los Estados para garantizar por sí mismos su existencia, empuja a la apertura supranacional<sup>10</sup>. Así, puede atribuir lo que le es propio –potestades–, pero en ámbitos limitados –competencias–, y generar un ordenamiento autónomo cuyo principio de validez está en la propia Constitución estatal. Es obvio que la Unión no responde a estos paradigmas. Es en sí misma un instrumento de integración, por lo que su apertura busca tan solo ganar eficacia en el logro de sus objetivos, que son limitados, a diferencia de los del Estado. En definitiva, la posibilidad de cooperación de la Unión, su integración en relaciones internacionales de mayor intensidad capaces de originar nuevos ordenamientos, es consecuencia natural de uno u otro fin concreto, por lo que no se han de esperar formas de amplia extensión y lo normal es que se ciñan a un ámbito delimitado.

Aparentemente, el único riesgo de este tipo de cooperación radica en su utilización espuria para que la Unión alargue su ámbito de actuación y altere así el equilibrio vertical de poderes fijado en los Tratados. Esto explica que el Tribunal de Justicia haya hecho hincapié en frenar esta inclinación (Dictamen 2/94) y también que el Tratado de Funcionamiento haya previsto una cautela político-procedimental, como es la exigencia de unanimidad del Consejo en la celebración de tratados de asociación y en las de adhesión al Convenio, añadiéndose en este último supuesto una remisión a las normas constitucionales para su entrada en vigor (art. 218.8). Salvado ese escollo, parecería innecesario imaginar límites adicionales centrados en la existencia mínima de la Unión, el respeto a su estructura fundamental o la autonomía del ordenamiento, barreras que quizá sí tengan algo más de sentido para el Estado y su voluntad soberana<sup>11</sup>. Pero si la Unión coopera de forma minimalista, para el mejor provecho de ciertos fines, ¿qué sentido tiene elevar fronteras estructurales, entre ellas la propia autonomía del ordenamiento de la Unión?

En mi opinión, la razón radica en la particularidad del primer supuesto que originó la doctrina del Tribunal de Justicia sobre los límites a la apertura de la Unión. Recordemos que al enjuiciarse el acuerdo de la Comunidad con los países de la Asociación Europea de Libre Comercio, el gran problema lo constituyó la identidad de las disposiciones del Acuerdo con partes sustanciales de los Tratados fundacionales. Esta coincidencia absoluta en la literalidad, cernía el riesgo de conducir a normas distintas desde el momento en que sus aplicadores eran diferentes. Y la hipotética disonancia se salvó asegurando la posición del Tribunal de Justicia como intérprete supremo mediante el carácter vinculante de su jurisprudencia, anclada con la jurisdicción ordinaria a través de la cuestión prejudicial.

10. Este fin compartido recogería los fines particulares que impulsaron a cada uno de los Estados miembros, véase al respecto HUBER, P. M., «Estatalidad abierta: un análisis comparado», en VON BOGDANY, A., CRUZ VILLALÓN, P., HUBER, P. M., *El derecho constitucional en el espacio jurídico europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pp. 72 y ss.
11. Sobre la irrelevancia práctica de estos límites en el derecho constitucional estatal véase la referencia bibliográfica anterior, p. 116 y ss.

La apelación a la defensa de la autonomía y con ella al cuerpo doctrinal elaborado desde *Van Gend & Loos* cumplió así una función elemental, pues, pese a que el problema en origen era distinto, en ambos casos se defendía la posición del Tribunal de Justicia como institución judicial máxima. Fuese en la selección de la norma aplicable cuando entraban en contradicción una estatal y otra de la Unión, o en el reconocimiento de eficacia a resoluciones que aplicarían disposiciones idénticas a las de la Unión, el Tribunal de Justicia consideró que la reivindicación de la autonomía era fundamento necesario y suficiente para ubicar al Tribunal de Justicia como garante final<sup>12</sup>.

La fuerza de esta construcción que ligaba autonomía del ordenamiento y función jurisdiccional ha alcanzado su máxima expresión en el Dictamen 1/09. Aquí no deja de ser llamativo que la identidad de disposiciones aparezca de forma casi accesoria<sup>13</sup>. Esto no es obstáculo, sin embargo, para que al juzgar la posibilidad de crear una jurisdicción especial de patentes compartida por los Estados miembros con los Estados que participan en el marco de la patente europea, el Tribunal de Justicia concluya de forma rotunda declarando que: «[...] las funciones atribuidas respectivamente a los órganos jurisdiccionales nacionales y al Tribunal de Justicia son esenciales para la preservación de la naturaleza misma del Derecho establecido por los Tratados»<sup>14</sup>.

Se asciende así un escalón cualitativo<sup>15</sup>. Ya no basta para definir la auto-

12. El problema de la identidad de disposiciones de dos ordenamientos paralelos con órganos judiciales de aplicación distintos condujo al Tribunal de Justicia en el Dictamen 1/91 a introducir su posición institucional dentro de los rasgos necesarios de la autonomía. Pero, a su vez, la modificación del acuerdo con la Asociación Europea de Libre Comercio, que suprimió cualquier entidad judicial reforzando la supremacía del Tribunal de Justicia, convirtió a éste, no solo en intérprete supremo del derecho de la Unión, sino también en aplicador exclusivo de nuevos ordenamientos. Sin embargo, en esta nueva situación, para la construcción de límites no se apeló a la autonomía del ordenamiento, sino a la preservación de la función del Tribunal de Justicia, concretamente al carácter vinculante de sus resoluciones (Dic. 1/92, de 10.4.1992, as. *Acuerdo AELC bis*, apartados 32 y 33).

Esta circunstancia, actualmente, se ha revelado como profundamente perturbadora de la naturaleza de la Unión, y por ende de su ordenamiento, en la medida que permite el surgimiento de ordenamientos paralelos, fundados exclusivamente por los Estados que comparten el euro, que se valen de las instituciones de la Unión, pero al margen de sus principios políticos, como refleja, por ejemplo, la introducción del principio de propiedad para determinar la ponderación de voto. Véase artículo 4.7 del Tratado MEDE.

13. Dic. 1/09, de 8.3.2011, as. *Sistema Unificado de Resolución de Litigios en Materia de Patentes*, apartado 73 y 78.

14. Dic. 1/09, de 8.3.2011, as. *Sistema Unificado de Resolución de Litigios en Materia de Patentes*, apartado 85.

15. Esta es una conclusión generalmente compartida por la doctrina. Sin ánimo de exhaustividad, pues la bibliografía ya es bien amplia, creo que merecen la pena para un acercamiento CIENFUEGOS MATEO, M., «La trascendencia de la función como jueces ordinarios del derecho de la Unión Europea de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. A propósito del Dictamen 1/09, de 8 de marzo de 2011, del Tribunal de Justicia», *Revista General del Derecho Europeo*, nº 26, 2012, pp. 1-25; GONZÁLEZ ALONSO, L. N., «¿Fundamentalismo constitucional en Luxemburgo? El Tribunal de Justicia y los limi-

mía con garantizar la supremacía interpretativa del Tribunal de Justicia, sino que ahora se precisa además que ésta tome una determinada forma. La condición de los jueces nacionales como tribunales naturales, se convierte en una pieza necesaria para garantizar el lugar del Tribunal de Justicia y con él la autonomía del ordenamiento de la Unión. La cooperación vigilada a través de la responsabilidad por incumplimiento del juez o de su Estado, se eleva a categoría fundamental en la conformación del sistema jurídico de la Unión.

Hay en el Dictamen 1/09 otro dato esencial. Recordemos que la construcción dogmática de la autonomía había ligado de manera aparentemente inexorable estructura y *telos* del ordenamiento. Sin embargo, en esta última resolución la conexión se desvanece y la estructura parece sostenerse por sí misma. Esa elusión, que ya se había hecho presente en otras sentencias cualificadas<sup>16</sup>, puede llevar a pensar que refleja la general aceptación de la naturaleza de la Unión. Se podrá también considerar que es posible una construcción puramente formal del ordenamiento de la Unión, lo que en el fondo denota que su autonomía se ha ido desprendiendo de adherencias internacionalistas, hasta el punto de que la desustancialización es símbolo claro de su originalidad política. Pero yo creo que la ausencia de la apelación del Tribunal de Justicia al proyecto finalista que fundó desde los inicios sus construcciones dogmáticas es, en verdad, síntoma de las dudas que arrecian sobre los diques de la autonomía. Y en ese oleaje, los derechos fundamentales juegan un papel clave.

## B. AUTONOMÍA DEL ORDENAMIENTO DE LA UNIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

El discurso de la autonomía ofrece siempre elementos relativos a la justificación del poder. No en vano, la unidad del ordenamiento determina la capacidad exclusiva de ciertos hechos para crear normas; fuera de ellos encontraremos poder desnudo, ajurídico, que amenaza la existencia del ordenamiento. Por tanto, en los presupuestos de todo sistema jurídico hemos de hallar necesariamente algunas claves referidas a las tres cuestiones centrales de la legitimidad política: ¿quién decide?, ¿con qué límites?, y ¿para qué fines?

La autonomía del ordenamiento de la Unión se ha construido históricamente marcando el acento sobre el tercer interrogante, esto es, la finalidad del

---

tes a la autonomía del sistema jurídico de la Unión a la luz del Dictamen 1/09», *Revista Española de Derecho Europeo*, n° 43, 2012, pp. 251-274; ALBERTI, J., «Il parere della Corte di giustizia sul Tribunale dei brevetti europeo e comunitario», *Il Diritto dell'Unione Europea*, n° 2, 2012, pp. 367-396; BARATTA, R., «National Courts as Guardians and Ordinary Courts of EU Law: Opinion 1/09 of the ECJ», *Legal Issues of Economic Integration* 38, n° 4, 2011, pp. 297-320.

16. La idea de la autonomía, expresada en la referencia a la existencia de un «nuevo ordenamiento» ya no se invoca, por ejemplo, para justificar el principio de interpretación conforme, STJ, de 13.11.1991, as. *Marleasing*, (C-106/89). Y muy ilustrativo es el reconocimiento del principio de responsabilidad por incumplimiento, pues resulta interesante comparar cómo el argumento de la autonomía es utilizado de forma expresa en la STJ, 19.11.1991, as. *Francovich*, (C-6/90 y 9/90), apartado 31; y, sin embargo, ya no aparece en la STJ, 5.3.1996, as. *Brasserie du Pecher y Factortame*, (C-46/93 y 48/93).

proceso de integración. Éste arranca a partir de una clara división funcional, que va a caracterizar su naturaleza político-constitucional a lo largo de su historia y hasta nuestros días. Tal división separa las tareas del Estado y de la Unión, de manera que al primero le corresponde la construcción del ámbito de lo político, mientras que la segunda se limita a racionalizar la economía. La integración europea cobra así una función compensatoria<sup>17</sup> que conserva los elementos salientes del Estado, pero a la vez matiza sus secuelas, en especial la discriminación por motivos de nacionalidad y concretamente el proteccionismo<sup>18</sup>.

La división funcional originaria tendrá consecuencias de largo recorrido sobre los otros dos presupuestos fundamentales en la construcción jurídica del poder. Por un lado, si las instituciones de integración se limitan a racionalizar la economía, dejando al Estado los temas propios de lo político, es posible concebir a priori la toma de decisiones en el ámbito europeo como un fenómeno eminentemente ejecutivo<sup>19</sup> o, al menos, sustancialmente distinto a la dicotomía mayoría/oposición que explica la lógica estatal<sup>20</sup>.

17. Sobre la función compensatoria, JOERGES, C. y RÖDL, F. «Informal politics, Formalised Law and the «Social Deficit» of European Integration: Reflections after the Judgments of the ECJ in *Viking and Laval*», *European Law Journal*, Vol. 15, nº 1, 2009, pp. 1-19, en especial p. 8. SCHMIDT, V. A., «Re-Envisioning the European Union: Identity, Democracy, Economy», *Journal of Common Market Studies*, nº 47, 2009, 17-42, en especial p. 21. No falta, sin embargo, quien actualmente extiende esa función compensatoria a todo el derecho internacional y la dota de elementos genuinamente constitucionales, PETERS, A., «Constitucionalismo compensatorio: las funciones y el potencial de las normas y estructuras internacionales», en *La constitucionalización de la comunidad internacional*, PETERS, A., AZNAR, M. e GUTIÉRREZ, I., (ed.), Tirant, Valencia, 2010.
18. Respecto al proceso de integración como esfuerzo político destinado a modular los excesos del Estado nación, por todos, WEILER, J. H. H., *The Constitution of Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, en especial p. 341. La traslación de este principio en técnicas jurídicas lo presenta con claridad SOMEK, A. «The Argument from Transnational Effects I: Representing Outsiders through Freedom of Movement», *European Law Journal*, Vol. 16, nº 3, 2010, pp. 315-344, en especial p. 30.
19. Véase al respecto los trabajos fundacionales de IPSEN, H. P., *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1972, p. 194 y ss.; MAJONE, G., «The Regulatory State and its legitimacy problems», *West European Politics*, Vol. 22, nº 1, 1999, p. 3 y ss.; DEHOUSSE, R., «European Institutional architecture after Amsterdam: Parliamentary system or Regulatory structure», *Common Market Law Review*, Vol. 35, pp. 595-627, 1998, p. 596 (nota 4).
20. Y este es quizá el punto en común de las distintas perspectivas que afrontan el análisis del sistema de gobierno de la Unión, sea desde una mirada intergubernamental, MORAVCSIK, A., «In Defense of the 'Democratic Deficit': Reassessing Legitimacy in the European Union», *Journal of Common Market Studies*, Vol. 40, nº 4, 2002, pp. 603-624. Desde un estudio funcionalista, al respecto basta como ejemplo el monográfico presentado por ROSAMOND, B., «The uniting of Europe and the foundation studies: Revisiting the neo-functionalism of Ernst Haas», *Journal of European Public Policy*, Vol. 12, núm.2, 2005, pp. 237-254. Con la vista puesta en los problemas de gobernanza SORE, C., «European Governance or Governability? The European Commission and the Future of Democratic Government», *European Law Journal*, Vol. 17, nº 3, May 2011, pp. 287-303; SABEL, C. F. y ZEITLIN, J. Z., «New Architecture of Experimentalism Governance in the European Union», *European Law Journal*, Vol. 14, nº 3, 2008, pp. 271-327; BLOM-HANSEN, J., «Interests, Instruments and Institutional Preferences in the EU Comitology System: the

Por otro lado, la división funcional hace que el interrogante sobre los límites materiales al ejercicio del poder, que tras la segunda guerra mundial había girado en torno a los derechos fundamentales, quede esencialmente enclausurado en el ámbito estatal. Sin duda, los derechos fundamentales, su garantía judicial, pero además la dimensión política de reconocimiento y el fomento legislativo e institucional, se convierten en un elemento esencial del *demos*. Ahora bien, si la integración europea es un esfuerzo de racionalización económica, es lógico que en un inicio los derechos fundamentales se consideren una pieza innecesaria. E incluso más adelante, cuando el Tribunal de Justicia los protege como principios generales, este movimiento es en verdad una reacción frente a la amenaza de la autonomía que supone el potencial control de los Tribunales constitucionales.

En la configuración de la autonomía de la Unión, defender los objetivos que justifican su existencia es un valor temporal y lógico anterior a los derechos fundamentales<sup>21</sup>. Sin embargo, la solidez de este discurso se va erosionando. La teoría constitucional es reacia a aceptar la legitimidad de cualquier unidad política sobre la base exclusiva de sus fines. Indiscutiblemente, las categorías del Estado social o de la función de dirección política han dado el lugar que merece a un problema que parecía irrelevante. No obstante, la naturaleza finalista se entendió siempre como un valor adicional que se yuxtaponía y no sustituía a la legitimidad de origen del momento constituyente y a la legitimidad material que daban los derechos fundamentales. Por otro lado, el Tratado constitucional, pese a su fracaso, dio fuerza a la idea de que los problemas de legitimidad de la Unión requerían una respuesta constitucional que trasladara al proceso de integración la visión clásica de una norma suprema fruto de un momento especialmente democrático y con elementos constitucionalmente reconocibles. Y, finalmente, la dialéctica mercado versus *demos* traspasó desde hace tiempo el espacio de lo teórico para colarse en uno de los dilemas prácticos capitales, el

---

2006 Comitology Reform», *European Law Journal*, vol. 17, n° 3, 2011, pp. 344-365. E incluso cuando se centra la atención en el equilibrio institucional y la división de poderes, CONWAY, G., «Recovering Separation of Powers in the European Union», *European Law Journal*, Vol. 17, n° 3, 2011, pp. 304-322; PORRAS RAMÍREZ, J. M., «La arquitectura institucional de la Unión Europea: consideraciones críticas tras su reforma en el Tratado de Lisboa», *Revista de Estudios Políticos*, n° 56, 2012, pp. 139-173; y BAST, J. «New categories of acts after the Lisbon reform: dynamics of parliamentarization in EU law», *Common Market Law Review*, n° 49, 2012, pp. 885-928.

21. Y esto explica que, en cierta medida, la proyección de los derechos fundamentales haya tenido un mayor interés en su dimensión vertical, véase EECKHOUT, P., «The EU Charter of fundamental rights and the federal question», *Common Market Law Review*, vol. 39, 2002, pp. 945-994, en especial p. 952 y ss.; y KNOOK, A., «The Court, the Charter and the Vertical Division of Powers in the European Union», *Common Market Law Review*, Vol. 42, 2005, pp. 367-398, 2005, que en comparación con el modelo de los Estados Unidos plantea el problema de la eficacia de los derechos fundamentales más allá de la distribución competencial, p. 379 y ss. También tomando el ejemplo de los Estados Unidos, BIGLINO CAMPOS, P., «Derechos fundamentales y competencias de la Unión: el argumento de Hamilton», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 14, pp. 45-68, 2003, en especial p. 64 y ss.

de la protección de las libertades que dan forma al mercado interior y la justificación de su restricción en virtud del ejercicio de los derechos fundamentales.

En la actualidad, los Tratados han superado con creces un entendimiento puramente instrumental de los derechos fundamentales. Bastaría con traer a colación la Carta. Pero no tiene menor importancia, al menos simbólica, el artículo 2 del Tratado de la Unión, que acompaña los objetivos del artículo 3 con valores entre los que destacan cualificadamente los derechos humanos. Sin olvidar la función de garantía que desempeñan para controlar la entrada en la Unión (art. 49 TUE) y el estatus de Estado miembro (art. 7 TUE). Es verdad que la nueva dimensión político-constitucional de los derechos fundamentales en la Unión está por definir y abre inmensas incógnitas. Pero ya en este momento es posible percibir algunas consecuencias claras sobre el concepto de autonomía tradicionalmente defendido por el Tribunal de Justicia.

En primer lugar, los derechos fundamentales, en cuanto que pretendido fundamento del ordenamiento de la Unión, están causando una extensión aplicativa más allá de los márgenes que fija una lectura estricta del principio de atribución competencial. Me refiero, evidentemente, a la jurisprudencia en torno al concepto de ciudadanía, en la que se declara que «el estatuto de ciudadano tiene la vocación de ser el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros», principio que permite oponerse «a las medidas [estatales] que priven del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por este estatuto»<sup>22</sup>. Es bien cierto que esta doctrina ha tenido hasta ahora consecuencias prácticas circunscritas básicamente al ciudadano menor de edad<sup>23</sup>. Aunque es evidente asimismo que expresa una transformación profunda cuando modula la importancia que en la aplicación del derecho de la Unión habían tenido las «posiciones puramente internas»<sup>24</sup>. Como bien expresa la Abogada General Sharpston en Ruiz Zambrano, aquí radica la diferencia entre una entidad organizada para lograr un mercado interior y otra que se construye con los derechos fundamentales como presupuesto<sup>25</sup>. En aquélla es tolerable la llamada discriminación inversa, pues afecta a un actor económico que ha elegido limitar

22. Por todas, STJ, de 8.3.2011, as. *Ruiz Zambrano*, (C-34/09), apartado 42.

23. Véase, KOCHENOV, D., «The Right to Have What Rights? EU Citizenship in Need of Clarification», *European Law Journal*, Vol. 19, 2013, pp. 502-516.

24. Sobre la importancia del movimiento supra estatal y sus problemas véase, SHUIBHNE, N. N., «Free Movement of Persons and the Wholly Internal Rule: Time to move on?», *Common Market Law Review*, Vol. 39, pp. 731-771, 2002; LENAERTS, K., «Civis europeus sum: from the cross-border link to the status of citizen of the Unión», *Online Journal on free movement of workers within the European Union*, nº 3, 2011, pp. 6-29.

25. «Sería (cuando menos) paradójico que un ciudadano de la Unión pudiera basarse en los derechos fundamentales con arreglo al Derecho de la UE al ejercer un derecho económico a la libre circulación como trabajador, o cuando el Derecho nacional está incluido en el ámbito de aplicación del Tratado (por ejemplo, las disposiciones sobre igual salario), o al invocar normativa secundaria de la Unión (como la Directiva de servicios), pero no pudiera hacerlo cuando solamente "reside" en dicho Estado.», Conclusiones de la Abogada General E. SHARPSTON, as. *Ruiz Zambrano* (C-34/09), presentadas el 30.9.2010, apartado 84.

su actividad a las fronteras estatales. En cambio, en una Unión fundada en derechos fundamentales, resulta difícilmente admisible negar la titularidad de éstos por el mero hecho de no haber circulado. El movimiento pierde valor como elemento delimitador y la eficacia de los derechos fundamentales salta la estricta división de funciones entre el Estado y la Unión, para colarse en los ordenamientos nacionales, al menos en un sentido mínimo que traza una barrera última de garantía<sup>26</sup>.

La segunda consecuencia tiene que ver con la identidad de disposiciones jurídicas. Recordemos que esta circunstancia se consideró desde el Dictamen 1/91 una amenaza a la autonomía del ordenamiento de la Unión. Asimismo, ya vimos cómo el riesgo de que textos iguales dieran lugar a normas divergentes a raíz de un contexto funcional y una estructura normativa diversa, se ha resuelto siempre de modo expeditivo, esto es, eliminando la existencia del tribunal llamado a concurrir con el Tribunal de Justicia. Sin embargo, con la Carta de Derechos Fundamentales la homogeneidad de preceptos deja de ser una sombra sobre la autonomía del ordenamiento, para convertirse, de forma radicalmente opuesta, en un elemento distintivo de la naturaleza de ese ordenamiento. Desde el Tratado de Lisboa, la capacidad creadora del Tribunal de Justicia en el reconocimiento de derechos y la delimitación de su contenido debe estar ordenada por la concurrencia de textos que anima el mandato de adhesión al Convenio y la exigencia de «interpretación igual» que impone el apartado 3 del artículo 52 de la Carta.

La tercera consecuencia resulta de modo natural a partir de la anterior. La resistencia a aceptar disposiciones idénticas garantizadas por jurisdicciones extrañas, ligaba de manera evidente la autonomía del ordenamiento y la condición del Tribunal de Justicia como intérprete supremo. En este sentido, el Dictamen 1/09 fijó una conexión existencial entre la naturaleza del ordenamiento y las funciones del sistema jurisdiccional. Ahora bien, el mandato de adhesión al Convenio, la apelación a la interpretación igual en relación con los derechos reconocidos en ese instrumento y la llamada de las tradiciones constitucionales han de modular la posición institucional del Tribunal de Justicia.

Esta situación obliga a una relectura del artículo 19 del Tratado de la Unión. La comprensión de este precepto ya no se resume en una simple atribución a este órgano de la función de garantía de la autonomía del ordenamiento. Sin duda, la interpretación y aplicación de los Tratados continúa siendo una labor que corresponde en exclusiva al Tribunal de Justicia. Sin embargo, es necesario volver a situar el significado de la expresión «garantía del respeto del Derecho». Durante mucho tiempo, la doctrina mayoritaria consideró que este

---

26. Esta sería una de las lecturas posibles de *Ruiz Zambrano*, véase STJ, de 8.3.2011 (C-34/09). Concretamente, ha sido tomada por la doctrina como el punto de partida para construir una teoría sobre la eficacia de la Carta frente al derecho de los Estados miembros, véase BOGDANDY, A. von, KOTTMANN, M., ANTPÖHLER, C., DICKSCHEN, J., HENTREI, S. y SMRKOLJ, M. «Reverse Solange –Protecting the essence of fundamental rights against EU Member States», *Common Market Law Review*, Vol. 49, 2012, pp. 489-520.

imperativo habilitaba al Tribunal de Justicia para dotar de sistemática a los Tratados<sup>27</sup>. Era, en definitiva, una llamada a la creatividad a partir de la cual el Tribunal fue construyendo el concepto de autonomía ya visto. Sin embargo, una vez que el Tratado sitúa a los derechos fundamentales como presupuesto del ordenamiento y su reconocimiento y sentido se vinculan al Convenio y a las tradiciones constitucionales, esta responsabilidad de sistematicidad, que en esencia sigue perteneciendo al Tribunal, ha de ser modulada y completada por el TEDH y los Tribunales constitucionales y supremos de los Estados miembros. En definitiva, la irrupción de los derechos fundamentales como presupuesto de la autonomía del ordenamiento de la Unión, casi en un giro paradójico, hace de esa autonomía un atributo necesitado de impulsos externos para ganar plenitud.

Esto, qué duda cabe, no es en sentido estricto ninguna novedad. La expresiva retórica del Tribunal de Justicia en la definición de la autonomía, iba acompañada en el ámbito de los derechos fundamentales, como es bien sabido, de una atenta mirada a la jurisprudencia del TEDH y de los Tribunales constitucionales. Existe ya, por tanto, un sustrato relacional en la definición de los derechos fundamentales y su lugar en el frontispicio del ordenamiento de la Unión. Además, junto a este criterio material de aproximación de contenidos, la articulación con los derechos fundamentales estatales va cobrando también formas institucionales. De un lado, por la creciente cooperación de los Tribunales constitucionales a través de la cuestión prejudicial, que ayuda al Tribunal de Justicia a distinguir con nitidez los problemas<sup>28</sup>. De otro, por la división de espacios

27. Por todos, PERNICE, I., «Artikel 164 EVG», en *Kommentar zur Europäischen Union*, Parte I, dir. Grabitz/Hilf, C.H. Beck, München, 1995, p. 17.

28. Son las cuestiones prejudiciales planteadas por los Tribunales Constitucionales las que, en mi opinión, con mayor nitidez plantean la contradicción entre derecho derivado y los derechos fundamentales, véase STJ, de 26.2.2013, as. *Melloni*, (C-399/11), apartados 55 y ss.; o, esta sí estimatoria de la vulneración, la STJ, de 1.3.2011, as. *Test-Atachts ASBL*, (C-236/09). Además, de alguna manera el Tribunal de Justicia ha contribuido a perfilar el equilibrio entre control de constitucionalidad y la autonomía del ordenamiento de la Unión, como refleja la STJ, de 22.6.2010, as. *Melki y Abdeli*, (C-188/10 y C-189/10), donde, como es sabido, el Tribunal de Justicia declara que se opone al derecho de la Unión una legislación que dé prioridad al planteamiento de la cuestión de constitucionalidad frente a la cuestión prejudicial, al respecto de esta decisión, GUNDEL, J., «Die «question prioritaire de constitutionnalité» vor dem EuGH: Unionsrechtliche Vorgaben für die Koordination nationaler Vorlagepflichten mit Art. 267 AEUV und dem Vorrangspruch des EU-Rechts», *Europarecht*, nº 2, 2012, pp. 213-229, que señala la solución pragmática del Tribunal de Justicia que salva la primacía del derecho de la Unión sin excluir que una transposición tenga vicios exclusivos de constitucionalidad, p. 224. En el mismo sentido, hablando de «notable equilibrio institucional», SARMIENTO, D., «Cuestión prejudicial y control previo de constitucionalidad. Comentario a la sentencia Melki del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 37, 2011, pp. 97-11, p. 109. De una limitación de la doctrina de la primacía se habla en la editorial «The Dance of Justice», *European Constitutional Law Review*, nº 2013, pp. 1-6, p. 2. Y sobre las consecuencias efectivas de las decisiones véase BOSSUYT, M. y VERRIJDT, W. «The Full Effect of EU Law and of Constitutional Review in Belgium and France after the Melki Judgment», *European Constitutional Law Review*, nº 7, 2011, pp. 355-391.

constitucionales trazada en la sentencia *Melloni*, promotora de una interpretación del artículo 53 de la Carta que desactiva la importancia de los regímenes constitucionales estatales<sup>29</sup>.

El mandato de adhesión al Convenio, sin embargo, abre un horizonte radicalmente nuevo. Ya no se trata de moderar en términos relacionales la lectura que el Tribunal de Justicia realiza de la autonomía del ordenamiento y de su propia posición institucional. Más bien, todo apunta a la necesidad de abordar sin ambages la posibilidad de que los derechos fundamentales del Convenio impongan su sentido sobre los de la Carta. Circunstancia que al mismo tiempo conlleva aceptar que el Tribunal de Justicia habrá de situarse respecto al TEDH más allá del diálogo: directamente en una situación de subordinación.

## II. AUTONOMÍA DEL ORDENAMIENTO DE LA UNIÓN Y CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

### A. LA FUNCIÓN POLÍTICO-CONSTITUCIONAL DE LA ADHESIÓN AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

La importancia indiscutida de los derechos fundamentales<sup>30</sup> y el valor histórico que el CEDH ha acrisolado desplazan a un lado la pregunta sobre las razones político-constitucionales que justificarían la adhesión. E incluso podría pensarse que es un interrogante superfluo, una vez que se ha previsto como mandato en el artículo 6.2 de Tratado de la Unión. Sin embargo, volver sobre esta cuestión contextualiza adecuadamente el lugar de los derechos fundamentales en la autonomía del ordenamiento, así como las soluciones en curso que buscan articular la relación entre el Tribunal de Justicia y el TEDH.

Históricamente, la adhesión al CEDH ha querido cubrir el vacío de derechos que aquejó al proceso de integración<sup>31</sup>. El reconocimiento de aquellos por

29. Creo que esta es la conclusión principal que puede extraerse de la STJ, de 26.2.2013, as. *Melloni*, (C-399/11), apartados 55 y ss., que de algún modo desactiva el sentido de una protección de «mayor estándar» que pudiese haberse dado al artículo 53, para imponer una interpretación única de los derechos fundamentales cuando se aplica derecho de la Unión. En este sentido la doctrina considera que «[...] las tradiciones constitucionales de los Estados miembros han quedado relegadas, si es que son siquiera mencionadas, a anaqueles de piedra [...]», p. 35, MARTÍN RODRÍGUEZ, P., «Crónica de una muerte anunciada: comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 26 de febrero de 2013, Stefano MELLONI, C-399/11», *Revista General de Derecho Europeo*, nº 30, 2013, pp. 1-45.

30. Sin olvidar aquellas posiciones teóricas que se cuestionan el valor de las declaraciones formales de derechos, WALDRON, J., «A Right-Based Critique of Constitutional Rights», *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 13, nº 1, 1993, pp. 18-51.

31. Idea que tiene un reconocimiento institucional claro desde el principio. Para evaluar la dimensión política de la adhesión véase *Commission Communication on Community accession to the European Convention for the Protection of Human Rights and Some of its Protocols*, Doc. SEC (90) 2087 final (19 Nov 1990). Y para los problemas técnicos *Study of Technical and Legal Issues Of A Possible Ec/Eu Accession to the European Convention on Human Rights*, Report adopted by the Steering Committee for Human Rights (CDDH) at its 53 rd meeting (25-28 June 2002) –CDDH(2002)010 Addendum 2–.

la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la forma de principios palió esta situación y la acercó al estadio dominante en el espacio jurídico continental, garantizando a los individuos una esfera de autonomía incluso frente al legislador, en este caso, el productor de normas europeo<sup>32</sup>.

No obstante, la protección meramente jurisprudencial de los derechos fundamentales hizo evidente desde el inicio sus limitaciones. Se trataba de un reconocimiento incierto, en el que los titulares, hasta la intervención del Tribunal de Justicia, desconocían tanto los derechos que le asistían como el sentido y extensión de su contenido. Por mucho que se haya celebrado la labor pretoriana del Tribunal de Justicia, en verdad, eran los propios individuos quienes identificaban las hipotéticas facultades protegidas y argumentaban su necesidad de garantía, quedando al albur de la correspondiente decisión judicial, que certificaba o negaba la pretensión reivindicada. Esto no podía ser de otro modo, porque se carecía de un esbozo sistemático de los derechos, de manera que iban apareciendo fragmentadamente, componiendo islotes en los que las particularidades de la controversia eran determinantes y su valor como regla quedaba en el aire hasta una posterior decisión. Además, es bien conocido que este primitivo aseguramiento de los derechos fundamentales concedió al Tribunal de Justicia una posición parcialmente constituyente<sup>33</sup>. Y aunque siempre ha recibido parabienes, no es menos cierto que daba a los derechos fundamentales un grado de inconsistencia –¿continuará el Tribunal de Justicia garantizando una u otra facultad?– bien alejado de los derroteros tomados en la mayoría de los Estados, donde la rigidez constitucional era un rasgo innegable que operaba también como límite frente a la jurisdicción.

En estas circunstancias, el proyecto de adhesión al CEDH ofrecía las virtudes clásicas de un documento jurídico. El texto escrito no exime de titubeos en su aplicación, pero es obvio que asienta terreno seguro sobre las piezas inamovibles de la literalidad. Asimismo, la imagen completa de un catálogo sistematiza los ámbitos protegidos y las intervenciones justificadas o, lo que es igual, presenta los mimbres que han de facilitar la interrelación entre derechos o entre éstos y otros bienes constitucionales. Además, frente a la hipotética reversibilidad de la garantía jurisdiccional, el apuntalamiento en un texto neutraliza<sup>34</sup>

- 
32. Doy por asumido el presupuesto que identifica el concepto de derecho fundamental a partir de dos variables: su configuración como derecho subjetivo y su capacidad para vincular a todos los poderes públicos, incluido al legislador, al respecto ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Baden-Baden, 1994, en especial p. 159; JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, en especial pp. 17-29.
  33. BALAGUER CALLEJÓN, F., «Niveles y técnicas internacionales de realización de los derechos en Europa. Una perspectiva constitucional», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 1, 2004, en especial el epígrafe 5, versión electrónica, donde señala que esa posición constitucional radica en la potestad del Tribunal de Justicia para reconocer los derechos fundamentales.
  34. Me refiero al término *Entlastungsfunktion* usado por GRIMM, G., « Die Zukunft der Verfassung », en su recopilación *Die Zukunft der Verfassung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1994, p. 429 y ss.

definitivamente algunas disputas, que salen del área político-constitucional para situarse exclusivamente en el debate de la mejor o peor aplicación.

Una razón adicional a favor de la adhesión al CEDH consistía en que, automáticamente, el ordenamiento pasaba a nutrirse de un abundante cuerpo jurisprudencial referido expresamente a la protección de los derechos fundamentales<sup>35</sup>. Éstos, en las decisiones del Tribunal de Justicia han sido habitualmente un asunto adyacente, destinado a limitar la aplicación del derecho de la Unión. Huelga subrayar que esa singular operatividad de los derechos se debe en gran medida a la función instrumental que cumplían respecto a la autonomía del ordenamiento de la Unión. Por ello, la adhesión ofrecía la larga tradición de un debate expresamente constitucional, en el que los ciudadanos encuentran el espacio de contraste del que emerge una concepción jurídica de la libertad tomada en sí misma y no como un elemento adicional de la disputa jurídica<sup>36</sup>.

Finalmente, la adhesión habría de dar a la Unión una cierta homologación político-constitucional. Desde sus orígenes, el Convenio, más allá de los casos concretos llamados a ser resueltos, ha generado con su aplicación un mínimo compartido, que al tiempo ha consolidado un parámetro muy útil para aquellos Estados que ponían en marcha nuevos sistemas institucionales bajo un vacío de cultura constitucional. Una situación similar era o es la de la Unión y qué duda cabe de que el Convenio le ofrece un proyecto constitucional nítido cargado de pasado y con un presente vigoroso. Así, la adhesión dotaría al proceso de integración de una expresa historia constitucional en la que se ha definido la posición del individuo frente al fenómeno del poder. Y puesto que toda historia jurídico-cultural necesita ser permanentemente actualizada, la jurisprudencia del TEDH, centrada exclusivamente en la protección de los derechos fundamentales, trazaría para la Unión un necesario debate contemporáneo sobre la extensión y límites de esos derechos.

Ahora bien, en el mismo momento en que los Tratados fundacionales han dispuesto un mandato de adhesión al Convenio, su oportunidad perdería fuerza por la función paralela que desempeña la Carta. ¿En qué medida conservan interés las razones antes expuestas? ¿Tiene algún sentido reivindicar el sostén de un documento externo si la Unión se ha dotado del suyo? ¿No basta valerse de la jurisprudencia del TEDH e interpretar la Carta de acuerdo con la doctrina de este tribunal, tal y como ha venido realizándose y se prevé en el artículo 52.3? ¿Es precisa la adhesión para que la Unión encuentre el cobijo homóloga-

---

35. En este sentido, HARPAZ, G., «The European Court of Justice and its relation with the European Court of Human Rights: the quest for enhanced reliance, coherence and legitimacy», *Common Market Law Review*, Vol. 46, 2009, pp. 105-141, en concreto pp. 116 y 121.

36. Todavía está por ver la repercusión del «perjuicio importante» como condición para la admisión de una demanda. Sobre una primera evaluación, destacando la tensión entre protección subjetiva y objetiva, PALOMAR CANO, G. «La existencia de un perjuicio importante como nueva condición de admisibilidad tras la entrada en vigor del Protocolo nº 14 al CEDH», *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 42, 2012, pp. 49-73, en especial pp. 52-53.

dor que ofrece el Convenio o esa función ya se cumple autovinculándose a su jurisprudencia?

Podría pensarse, por lo tanto, que la eficacia jurídica de la Carta debilita la utilidad que hasta ahora se había atribuido a la adhesión. Pero, en mi opinión, existen al menos dos nuevas razones para continuar en este camino. La primera, que se detallará en el epígrafe siguiente, tiene que ver con el funcionamiento práctico del Convenio y el control que el TEDH ha ejercido sobre la aplicación que los Estados miembros hacen del derecho de la Unión. Esta circunstancia sitúa a los Estados en una contradicción de difícil solución, puesto que el cumplimiento debido del derecho de la Unión le conduce a la vulneración, nada más y nada menos, que de los derechos reconocidos en el Convenio. Lo excepcional de este hecho invita a buscar vías de normalización, que pasan inevitablemente por la adhesión al Convenio.

Considero, con todo, que tras ganar la Carta la eficacia jurídica del derecho supremo de la Unión, todavía existe una profunda razón político-constitucional que explicaría la necesidad de adhesión al Convenio. Recordemos que la Carta era una pieza dentro del proyecto de largo recorrido que significó el Tratado constitucional. La función esencial de la Carta no era asegurar la tarea primera de los derechos fundamentales, garantizando un espacio de autonomía individual frente a todos los poderes públicos. Esta labor ya se realizaba con la yuxtaposición de las Constituciones estatales y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Realmente, la Carta formaba parte de la decisión de dotar a la Unión de una legitimidad política similar a la que dio pie al Estado constitucional de postguerra. Éste había sido caracterizado por una legitimidad originaria a partir de un momento constituyente de naturaleza singularmente democrática y unos textos constitucionales dotados de contenidos materiales, entre ellos, de forma cualificada los derechos, que darían continuidad a esa legitimidad. Lo que importa ahora es que el fracaso de aquel proyecto constitucional dejó a la Carta fuera de contexto: no tiene un momento constituyente que la sostenga y tampoco un *demos* que la reciba.

Estas debilidades dificultan la clarificación de algunos aspectos de máxima relevancia. No faltan los ejemplos. Pensemos en la escasa densidad del control sobre el respeto de los derechos fundamentales por las normas derivadas de la Unión, cuestión que se escamotea las más de las veces imputando la vulneración a la transposición estatal<sup>37</sup>. Recordemos la titubeante relación entre libertades

37. No deja de ser llamativo que la intensidad del control sobre el derecho derivado, en términos prácticos, ha sido muy menor. Creo que las razones para este resultado son dos. De un lado, el Tribunal de Justicia fuerza a las instituciones de los Estados miembros a una interpretación y aplicación adecuada del derecho de la Unión, que salvaría así la hipotética vulneración de los derechos fundamentales por un acto de derecho derivado, véase como ejemplo paradigmático la STJ, de 18.10.2011, as. *Brüstle*, (C-34/10). De otro lado, también se minimiza el control por la deferencia que el Tribunal de Justicia declara respecto al legislador de la Unión, véase las Conclusiones del Abogado General N. WAHL, presentadas el 29.5. 2013, as. *Schaible*, (C-101/12), apartados 38-41; o, parcialmente estimatoria, mostrando los límites de esta deferencia, STJ, de 9.11. 2010, as. *Volker y Eifert*, (C-92/09 y 93/09).

y derechos fundamentales, donde los segundos no logran dejar de ser un mero elemento del juicio de proporcionalidad<sup>38</sup>. Igualmente, tengamos en cuenta la necesaria dilucidación de la eficacia de la Carta respecto al derecho del Estado. Permanecen las incógnitas sobre qué disposiciones son principios y cuáles derechos<sup>39</sup>. Y no deja de sorprender que el Tribunal de Justicia, pese a la existencia de un documento escrito, siga arrogándose la potestad de reconocer derechos vía principios<sup>40</sup>. En definitiva, la falta de un presupuesto constitucional claro, mina de dificultades la elaboración de una dogmática adecuada<sup>41</sup>.

En estas circunstancias, la adhesión al Convenio vendría a suplir la descontextualización de la Carta y generaría renovados presupuestos de legitimidad constitucional. Como es bien sabido, el pensamiento clásico sintetiza en la rigidez de la norma suprema las virtudes del gobierno constitucional, dado que esa especial resistencia traza límites infranqueables a los poderes constituidos. El momento constituyente, con su especial legitimidad democrática, que abre las puertas a un marco de posibilidades a la vez que materializa la unidad de la comunidad política, es el expediente tradicionalmente seguido para justificar y

38. Dentro del Tribunal de Justicia se ha reflexionado sobre el modo de ordenar la relación entre libertades fundamentales y derechos fundamentales; la supuesta «mayor jerarquía» de las primeras sobre los segundos, se ha convertido en cuestión central dentro del propio Tribunal, véanse las Conclusiones de la Abogada General V. TRSTENJAK, de 14.4.2010, as. *Comisión c. República Federal de Alemania*, (C-271/08), en especial apartados. 183 y ss. Una vez más, el principio de proporcionalidad se invoca como solución TRSTENJAK, V. y BEYSEN, E., «Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit in der Unionsrechtsordnung», *Europarecht*, n° 3, 2012, pp. 265-284, concretamente p. 277. Problema adicional es saber si los derechos fundamentales permitirían una lectura más amplia de las razones imperiosas que justifican la limitación de las libertades, confrontar las Conclusiones del Abogado General P. CRUZ VILLALÓN, de 5.5.2010, as. *Santos Palhota*, C-515/08, apartados 48 y ss.
39. Un ejemplo lo vemos en las Conclusiones de la Abogada General V. TRSTENJAK, as. *Maribel Domínguez*, (C-282/10), presentadas el 8.11.2011, apartados 76-80.
40. Tras la plena eficacia jurídica de la Carta, la pregunta inmediata es saber si, al menos en el reconocimiento de los derechos fundamentales, el Tribunal de Justicia ha perdido a favor del texto esa capacidad constituyente. No parece que sea el caso, véase, por ejemplo, la STJ, de 24.1.2012, as. *Maribel Domínguez*, (C-282/10), apartados. 15 y ss., y las Conclusiones al mismo asunto de la Abogada General V. TRSTENJAK, presentadas el 8.11.2011, apartados 99-101. En el mismo sentido, KOKOTT, J. y SOBOTTA, C., «The charter of fundamental rights of the European Union after Lisbon», *EUI Working Paper-Academy of European Law*, n° 6, 2010, pp. 2 y ss.; igualmente, valorando las dificultades, pero, creo que dándole un valor positivo a la dualidad, IGLESIAS SÁNCHEZ, S., «The Court and the Charter: the impact of the entry into force of the Lisbon Treaty on the ECJ's approach to fundamental rights», *Common Market Law Review*, Vol. 49, 2012, pp. 1565-1612, concretamente p. 1599.
41. ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, 1994, en especial p. 21 y ss.; JARASS, H. D., «Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik», *Archiv des öffentlichen Rechts*, n° 120,1995, pp. 345-381, concretamente p. 346 y ss. Esto no desacredita, evidentemente, que se continúe intentado dar respuestas dogmáticas exclusivamente desde la Carta. Para un ejemplo excelente véase SARMIENTO RAMÍREZ, D., «Who's afraid of the Charter? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe», *Common Market Law Review*, Vol. 50, 2013, pp. 1267-1304, en especial pp. 1287 y ss.

explicar la supremacía del documento que origina. Pues bien, fracasado este camino en el ámbito del derecho de la Unión, considero que la adhesión al Convenio daría forma y sentido a la idea constitucional de rigidez, al menos en el ámbito de los derechos fundamentales. Sumada la Unión al Convenio, es indiscutible que éste vincularía a los poderes ordinarios, destacadamente al legislador de la Unión.

Pero, además, en la medida que la labor anterior debería ser cumplida sobradamente por la Carta, la rigidez del Convenio ganaría un matiz adicional, en cuanto que dirigida también frente a los poderes que en virtud de su posición institucional son capaces de modificar el Tratado o concretar su sentido. Así, el poder de reforma de los Tratados estaría sujeto a los términos del Convenio. Un ejemplo nítido de esta idea la ofrece la restringida eficacia de la Carta respecto al Reino Unido y Polonia, que, siendo jurídicamente factible puesto que se realiza en los tratados constitutivos, no impediría el sometimiento de estos dos Estados a los derechos fundamentales, vía Convenio, en supuestos de aplicación del derecho de la Unión<sup>42</sup>. Una situación similar se daría en la participación de las instituciones de la Unión bajo entramados institucionales fuera o paralelos a ella. Lo muestra claramente el MEDE y el debate relativo al sometimiento de las instituciones a los derechos de la Carta<sup>43</sup>. E incluso creo que proporcionaría medios para superar la limitación de jurisdicción del artículo 275 del Tratado de Funcionamiento, que impide el control del Tribunal de Justicia de los actos y medidas adoptados en política exterior y de seguridad común<sup>44</sup>. Sin negar esta restricción, el Convenio sería una barrera mínima en un ámbito donde, se quiera o no, da la impresión de primar la vieja razón de estado.

En tanto que el Tribunal de Justicia ha venido desempeñando una función

---

42. Esto no supondría, creo, alterar «la situación particular de los Estados miembros respecto del Convenio Europeo», tal y como dispone el artículo 2 del Protocolo.

43. Véase las Conclusiones de la Abogada General J. KOKOTT, as. *Pringle*, (C-370/12), presentadas el 26.10.2012; también, PEERS, S., «Towards a New Form of EU Law?: The Use of EU Institutions outside the EU Legal Framework», *European Constitutional Law Review*, Vol. 9, 2013, pp. 37-73, en concreto p. 53.

44. Sigo la posición de JACQUÉ, J. P., «The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms», *Common Market Law Review*, Vol. 48, 2011, pp. 995-1023, en especial p. 1065. Creo además, que de este modo se lograría un cierto paralelismo con los presupuestos que han sostenido el control por parte del Tribunal de Justicia del derecho internacional, tomando como parámetro irrenunciable los derechos fundamentales, STJ, de 3.9.2008, as. *Kadi* y *Al Barakaat* (C-402/05P y 415/05P).

En este sentido, existiría la posibilidad de trasladar la doctrina del TEDH en la que ha se ha negado la responsabilidad de los Estados que actúan en misiones exteriores bajo mandato de Naciones Unidas. Así, en un supuesto similar, ahora bajo el auspicio de la Unión, podría argumentarse que la vulneración del Convenio sería imputable a la Unión, véase LOCK, T., «End of an Epic? The Draft Agreement on the EU's Accession to the ECHR», *Yearbook of European Law*, Vol. 31, 2012, pp. 162-197, en concreto p. 189. Y del mismo autor, en una visión más amplia «Beyond *Bosphorus*: The European Court of Human Rights' Case Law on the Responsibility of Member States of International Organisations under the European Convention on Human Rights», *Human Rights Law Review*, Vol. 10, 2010, pp. 529-545.

parcialmente constituyente en el reconocimiento de los derechos fundamentales, el Convenio aquí también aportaría rigidez<sup>45</sup>. No estoy pensando únicamente en la garantía mínima frente a una menor protección resultante de la interpretación de la Carta por parte del Tribunal de Justicia. Sin duda, en estos supuestos la subordinación al Convenio se hace patente a todas luces, pero no dejan de ser fenómenos excepcionales, que, además, deberían quedar solventados con una recta lectura de apartado tercero del artículo 52. Verdaderamente, la rigidez del Convenio sería el soporte ideal para avanzar en las dificultades dogmáticas más espinosas y que en parte ya han sido señaladas. En este sentido, creo que arrojaría luz sobre el artículo 51.2 de la Carta hasta fundamentar una interpretación extensiva de su eficacia frente al derecho del Estado. Sostendría esos derechos que según el Tribunal de Justicia han de componer el reducto insoslayable de la ciudadanía. Y daría un punto de partida (y quizá de llegada), en la definición de los términos materiales que deben ordenar las relaciones entre los tribunales estatales y el Tribunal de Justicia, especialmente en aquellos supuestos que afectan a la libertad física, tales como la orden europea de entrega o el asilo.

Ha de reseñarse, por último, que la singular rigidez del Convenio, proyectada esencialmente frente al poder de reforma y el Tribunal de Justicia, quedando los poderes ordinarios bajo la tutela primera de la Carta y solo subsidiaria del Convenio, se fundaría sobre el viejo argumento de la razón pública, que pese a haber perdido lustre en la teoría constitucional, de forma silente ha seguido operando<sup>46</sup>. Así, el Convenio, al igual que ha ocurrido con los Estados constitucionales contemporáneos, es una razón pública superior que vincula a la Unión.

La naturaleza de esta razón pública se explica mediante rasgos bien distintos del tradicional momento constituyente. No es un instante conformador, sino que surge paulatinamente a través de la evolución que se decanta en la resolución de disputas constitucionales relativas al concepto de libertad. El documento de derechos reformula permanentemente la comunidad de intérpretes constitucionales, no delimita, por tanto, la unidad de un cuerpo político. Es así mucho más sensible al cambio en la concepción de los derechos, hasta el punto de que la objetividad del Convenio da resultados necesariamente contingentes, reflejo de su ya larga vigencia y de la amplia comunidad de destinatarios. En definitiva, el Convenio y su Tribunal ofrecen una razón pública<sup>47</sup> que nace de

45. La reducción de la capacidad creativa del Tribunal de Justicia en el ámbito de los derechos fundamentales es una consecuencia que se puede extraer de una lectura conjunta del artículo 6 del Tratado de la Unión, tal y como señala MURRAY, J. L., «The Influence of the European Convention on Fundamental Rights on Community Law», *Fordham International Law Journal*, Vol. 33, 2010, pp. 1388-1422, p. 1402.

46. Baste como punto de partida RAWLS, J., «The Idea of Public Reason Revisited», *University of Chicago Law Review*, Vol. 64, 1997, pp. 765-807.

47. Razón pública que es también estándar mínimo. Respecto a este concepto véase QUERALT JIMÉNEZ, A., *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, CEPACO, Madrid, 2008, p. 88 y ss.

las demandas de protección que formulan los ciudadanos. Si en el momento constituyente el individuo participa ratificando el proyecto colectivo o eligiendo los representantes que lo definen, todo ello mediante un lenguaje eminentemente político, en la construcción de la razón pública que compone el Convenio, el individuo participa actualizando y precisando los contornos de ese proyecto mediante pretensiones formuladas a través del discurso jurídico<sup>48</sup>.

## B. LA INCIDENCIA PRÁCTICA DEL TEDH SOBRE LA AUTONOMÍA DEL ORDENAMIENTO DE LA UNIÓN<sup>49</sup>

La dimensión político-constitucional del Convenio debería llevarnos a concluir que en el espacio jurídico europeo la adhesión es condición sin la cual no es posible levantar un ordenamiento autónomo, ni siquiera cuando éste contiene una protección propia de los derechos fundamentales. Esto ha sido obvio en los países que a lo largo de la mitad del siglo XX se han ido incorporando al modelo constitucional europeo. España es una buena muestra, pues la ratificación del Convenio en paralelo a la aprobación de la Constitución marcó ya un terreno de juego claro, que incluso penetró en la Constitución a través del más que conocido artículo 10.2. En fin, imaginar un abandono del Convenio es el ejemplo más claro de involución constitucional que se puede imaginar. De ahí, esa especial vinculación es concebible también hoy en los pioneros del Consejo de Europa, e igualmente a ellos se les extendería la idea de que la denuncia del Convenio solo es un camino fuera de los márgenes del constitucionalismo<sup>50</sup>. Por ello, resulta muy difícil de entender que los Estados integrados, justamente en ese proceso dejen a un lado uno de los rasgos que ha distinguido

48. Existe, ya se sabe, toda una teoría constitucional en torno a la posición del particular en la reivindicación de los derechos subjetivos, véase, ELY, J. H., *Democracy and Distrust. A theory of constitutional review*, Harvard University Press, Oxford, 1981; y HÁBERLE, P., *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2ª edición, Duncker & Humblot, 1998, en especial el epígrafe «Verfassung(sinterpretation) als öffentlicher Prozeß –ein Pluralismus-konzept», cuyas ideas principales fueron publicadas en 1969, véase en el texto citado la nota 236. No extraña, por tanto, que el Parlamento europeo haya cifrado en la demanda individual el valor añadido de la adhesión, véase CORTÉS MARTÍN, J. M., «Adhesión al CEDH y autonomía del derecho de la Unión: legitimación pasiva de la Unión y sus miembros y compatibilidad material», *Revista General de Derecho Europeo*, 22, 2010, pp. 1-54, en especial p. 21.

49. En paralelo a mi exposición, puede leerse una visión distinta sobre la función del TEDH, centrada en su capacidad para suplir los déficit de protección de los derechos fundamentales en la Unión, tal y como la expone BERGHE, F. vd., «The EU and Issues of Human Rights Protection: Same Solutions to More Acute Problems», *European Law Review*, Vol. 16, 2010, pp. 112-157. Aunque su ensayo es anterior a la reforma de Lisboa y por ello parte de sus argumentos deberían ser revisados, señala cinco «gaps» en la garantía de los derechos fundamentales dentro de la Unión: la falta de jurisdicción del TJ sobre los Tratados de la Unión, los límites en la legitimación activa en el primer pilar, la falta de jurisdicción en el segundo pilar, la jurisdicción limitada en el tercer pilar, la falta de jurisdicción respecto a terceros no ciudadanos.

50. Es especialmente llamativo en este sentido el caso británico, donde precisamente el Convenio pretende ser la vía para modular ya definitivamente su principio de la soberanía parlamentaria.

el constitucionalismo de postguerra. Así las cosas, la falta de adhesión echa sobre la Unión una sombra de incoherencia, pues reclamar la autonomía fuera del Convenio es una senda muy estrecha.

La paradoja se ahonda en la mirada del ciudadano. Éste sabe que el ordenamiento estatal le ofrece una protección sustancial y formal de los derechos fundamentales sometida subsidiariamente a la revisión del TEDH. Con él, gana el individuo un poder adicional sobre la definición del contenido de los derechos; las facultades hipotéticamente reconocidas no se agotan en la regulación del ejercicio que haga el legislador o en la interpretación última que le dé el tribunal estatal correspondiente. Existe la posibilidad de que el ciudadano, en su auto-comprensión de los derechos fundamentales, mantenga una última discrepancia, que, de ser atendida por el TEDH, pasa a ser la interpretación adecuada de la Constitución, sujetando tanto a ley como a los tribunales. La falta de adhesión al Convenio causa un cortocircuito lógico en esta perspectiva, dado que el individuo, de mediar la intervención de la Unión, verá cómo esa garantía última se esfuma, cuando además, el propio derecho de la Unión da al individuo solo una protección indirecta a través del juez estatal<sup>51</sup>. Así, apoyado en el mismo derecho y ante la misma jurisdicción estatal, el particular se encontrará que en determinadas ocasiones la protección se reduce, careciendo del posible control del TEDH, simple y llanamente porque está en juego el derecho de la Unión, cuyo ordenamiento dice tener como frontispicio unos derechos fundamentales, que, sin embargo, garantiza con mecanismos que no sitúan al ciudadano en el centro.

La paradoja se ha ido filtrando paulatinamente en la práctica, tal y como refleja la jurisprudencia del TEDH. Recordemos que la doctrina *Bosphorus*<sup>52</sup> extremó los esfuerzos del TEDH encaminados a salvar la relación entre el Convenio y la Unión mediante un expediente técnico que trazaba tres espacios aplicativos. Así, en el supuesto de que la vulneración de derechos fundamentales proceda del derecho supremo de la Unión, se imputará a los Estados miembros correspondientes, a la postre autores de los Tratados constitutivos<sup>53</sup>. Si la infracción del Convenio surge de la aplicación de derecho derivado, entonces habrá que distinguir el margen de los Estados. Cuando se trata de una ejecución automática, operará la «presunción de equivalencia», en el bien entendido de que la Unión ofrece una protección de los derechos fundamentales suficiente. En cambio, cuando el Estado dispone de discrecionalidad, la lesión se le imputa a él. Con estas distinciones formales, se pensaba haber alcanzado una solución que salvaguardaba al unísono la protección de los derechos fundamentales y la autonomía del ordenamiento de la Unión. O al menos se consideró que el pro-

51. Esta situación ha sido calificada como una «regresión» por el propio *Legal Secretary* del Tribunal de Justicia, RITLENG, D., «The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms», *Uppsala Faculty of Law, Working Paper*, n° 1, 2012, pp. 1-19, p. 7.

52. STEDH, as. *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve ticaret anonim şirketi vs. Ireland*, de 30.6.2005.

53. STEDH, as. *Matthews v. The United Kingdom*, de 18.2.1999.

blema quedaba despejado temporalmente, hasta la adhesión al Convenio. Diez años después, sin embargo, cuando ésta es todavía un anhelo, la solución articulada por *Bosphorus* se va resquebrajando, al mismo tiempo que socava la autonomía del ordenamiento de la Unión y muestra algunas de sus debilidades en la protección de los derechos fundamentales.

En primer lugar, la tesis del margen de discrecionalidad ha mostrado recientemente cómo afecta a la aplicación del derecho de la Unión, sin que el Tribunal de Justicia participe realmente en el debate sobre sus interpretaciones posibles. Me refiero a la ejecución del Reglamento (CE) núm. 343/2003<sup>54</sup> y en especial a la competencia de los Estados para conocer o rechazar con envío a otro Estado miembro una solicitud de asilo. En términos estrictos, se trata efectivamente de una cuestión donde el Estado miembro goza de un margen de apreciación y, por tanto, está sujeto al control pleno del TEDH. Pero sería ingenuo pensar que una vez que desde el Convenio se han fijado límites a la aplicación del derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia estará en condiciones de alterar o siquiera modular esos márgenes. La sentencia del Tribunal de Justicia que resolvió el asunto NS<sup>55</sup> es buen ejemplo de cómo el intérprete supremo no tiene más remedio que seguir la pauta marcada por el TEDH<sup>56</sup>. Pero, además, lo importante es subrayar que en la aplicación del derecho de la Unión se impone una interpretación necesaria, en la que el Tribunal de Justicia participa de modo subalterno.

En segundo lugar, la solución coyuntural de los espacios de protección ha terminado por constatar la debilidad que conlleva la reducida legitimación activa que la Unión reconoce a los particulares en la garantía de los derechos fundamentales. La doctrina del Tribunal de Justicia es bien conocida: los Tratados ofrecen un sistema completo de salvaguarda y allí donde la acción directa ante los órganos jurisdiccionales de la Unión no llega, se abre la vía de la jurisdicción ordinaria, que en conexión con la cuestión prejudicial ofrece un modelo cooperativo suficiente para tutelar pretensiones subjetivas. En la sentencia *Bosphorus*, el TEDH ya mostró los recelos que le provocaba un ordenamiento que decía proteger los derechos fundamentales, pero que, sin embargo, no ofrecía ningún instrumento que permitiese al particular formular por sí mismo una acción destinada expresamente a proteger esos derechos. Seguramente este temor hizo de la doctrina de la equivalencia una «presunción» susceptible de ser revertida en casos concretos.

En este contexto, recientemente, el TEDH ha dado muestras de su intervención sobre la autonomía del ordenamiento de la Unión. De un lado, poniendo de manifiesto las consecuencias de la ausencia de una vía procesal que

54. Reglamento del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país.

55. STJ, de 21.12.2011, as. *N.S. y otros* (asuntos acumulados C-411/10 y C-493/10).

56. STEDH, as. *M.S.S. vs. Belgium and Greece*, de 21.1.2011.

permita conocer plenamente la protección de los derechos fundamentales. Me refiero al asunto *Michaud vs. France*<sup>57</sup>, donde el TEDH levanta la presunción de equivalencia señalando la debilidad de la cuestión prejudicial como garantía de los derechos fundamentales. Precisamente porque el Consejo de Estado francés no elevó la cuestión, pues ya existía una sentencia del Tribunal de Justicia sobre un caso similar, éste careció de la posibilidad de conocer todos los perfiles que se alegaban en referencia a los derechos fundamentales. Estamos así ante un ejemplo claro de cómo el fundamento material de la autonomía del derecho de la Unión se construye sin que el Tribunal de Justicia pueda participar en el debate. Pero, además, de otro lado, la fragilidad de la cuestión prejudicial como expediente procesal para la protección de los derechos fundamentales ha dado al TEDH la posibilidad de intervenir apuntalando la autonomía del ordenamiento de la Unión. No en vano, en la reciente sentencia *Ullens*, el TEDH ha reconocido la vulneración del artículo 6 del Convenio, allí donde los tribunales nacionales rechazan sin fundamento el planteamiento de la cuestión prejudicial<sup>58</sup>.

### III. AUTONOMÍA DEL ORDENAMIENTO DE LA UNIÓN Y ADHESIÓN AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. LAS PROPUESTAS DE SOLUCIÓN<sup>59</sup>

#### A. LA EXPRESIÓN DEL PROBLEMA EN LOS TRATADOS. ARTÍCULO 6.2 DEL TRATADO DE LA UNIÓN, ARTÍCULO 218 DEL TRATADO DE FUNCIONAMIENTO Y PROTOCOLO NÚM. 8

¿Es factible hablar de autonomía sin estar vinculado al Convenio? ¿Es posible adherirse al CEDH preservando la autonomía del ordenamiento de la Unión? Estos son los interrogantes que han atravesado las páginas anteriores y encuentran un principio de solución en los Tratados constitutivos, cuando estipulan el mandato de adhesión al Convenio (art. 6.2 TUE), que necesita un determinado procedimiento de autorización (art. 218 TFU) y está acompañado de un Protocolo que especifica ciertas condiciones.

Una lectura inicial advierte en el mandato de adhesión la evidente intención de salvar las objeciones competenciales fijadas por el Dictamen 2/94. El

57. STEDH, as. *Michaud vs. France*, de 6.12.2012.

58. STEDH, as. *Ullens de Schooten et Rezabek c. Belgique*, de 20.9.2011, apartados 54 y ss.

59. Las reflexiones aportadas en estas páginas se construyen sobre la documentación elaborada por el CDDH *Informal Working Group on the Accession of the European Union to the European Convention of Human Rights (CDDH-UE) with the European Commission* (desde ahora Grupo de Trabajo). Este Grupo de Trabajo celebró ocho reuniones de julio de 2010 a julio de 2011. Asimismo se utiliza la información aportada por el CDDH *ad hoc Negotiation Group and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention of Human Rights* (desde ahora Grupo de Negociación). El Grupo de Negociación se reunió cinco veces desde junio de 2012 a abril de 2012.

Un análisis de primera mano lo encontramos en IRURZUN MONTORO, F., «La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos una crónica inacabada», *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 45, 2013, pp. 10-24.

artículo 6.2 habilita expresamente una actuación en el campo internacional sin que exista un paralelismo competencial en el orden interno. Se comprende por ello la cautela del artículo 2 del Protocolo cuando dispone que «El acuerdo a que se refiere el artículo 1 garantizará que la adhesión no afecte a las competencias de la Unión [...]», en una clara voluntad de evitar una suerte de doctrina inversa de los poderes implícitos, que acabe desvirtuando la separación general entre derechos fundamentales y competencias prevista en el artículo 51.1 de la Carta.

El mandato admite además una mirada de más largo recorrido, que enlazaría con la función político-constitucional descrita en las páginas anteriores<sup>60</sup>. Creo que es expresión, al menos parcial, de un fundamento político-constitucional que, más allá de los fines de la Unión, subraya un presupuesto y límite ontológico, los derechos fundamentales, cristalizado normativamente en un Tratado internacional que entronca con la propia historia constitucional europea. El voltaje político de este mandato se manifiesta también en el tipo de procedimiento requerido para su celebración, puesto que la decisión del Consejo exige unanimidad; y su definitiva entrada en vigor, la aprobación por los Estados miembros conforme a sus normas constitucionales. Como es sabido, la yuxtaposición de actos aprobatorios está reservada para aquellas decisiones de especial intensidad, que sin estar cerradas en los Tratados, prevén las vías de resolución<sup>61</sup>. Por todo ello, el mandato de adhesión es un imperativo cuya condicionalidad debería resultar solo de la necesaria conformidad de la contraparte. Las instituciones de la Unión tienen la responsabilidad de llevar el acuerdo a término y, además, de intentar maximizar la eficacia del Convenio. Y, en el mismo sentido, el control jurídico del texto definitivo habría de restringirse a las condiciones previstas expresamente en el Protocolo y ejercerse con una intensidad moderada.

La adhesión, sin embargo, no es un mandato libre. El artículo 1 del Protocolo ordena que se «preserven las características específicas de la Unión y del Derecho de la Unión», para realizar luego en ese mismo precepto una selección particular de las condiciones que se han de tener en cuenta. La referencia genérica incluye a la autonomía, característica primordial del ordenamiento de la Unión. Autonomía que, como hemos visto en páginas anteriores, hace del Tribunal de Justicia intérprete supremo. Es en este contexto donde hay que situar la exigencia del artículo 3 del Protocolo cuando prohíbe la afectación del artículo 344 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, precepto que recoge

60. Otros aspectos derivados de su configuración como mandato en CORTÉS MARTÍN, J. M., «Adhesión al CEDH y autonomía del derecho de la Unión: legitimación pasiva de la Unión y sus miembros y compatibilidad material», *Revista General de Derecho Europeo*, nº 22, 2010, pp. 1-54, en especial p. 10.

61. Este tipo de fuente, que no consiste en una reforma de la norma suprema, pero sí en un desarrollo cualificado, es común en el constitucionalismo continental, véase CRUZ VILLALÓN, P. «Rasgos básicos del Derecho Constitucional de los Estados en perspectiva comparada», en VON BOGDANY, A., CRUZ VILLALÓN, P., HUBER, P. M., *El derecho constitucional en el espacio jurídico europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, p. 35 y ss.

el compromiso de los Estados miembros «[...] 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», lo que es una expresión institucional de la condición del Tribunal de Justicia como intérprete supremo. Obviamente, nadie debe imaginar que esta reserva de jurisdicción implica una adhesión que limita o modula los efectos previstos en los artículos 41 y 46 del CEDH. Como es bien sabido, estos preceptos estipulan una responsabilidad internacional de la parte contratante que en nada alteraría los procedimientos de resolución de controversias previstos en los Tratados constitutivos. Pero, sin duda, obliga a una reflexión cuidadosa cuando nos planteamos los hipotéticos efectos que una sentencia del TEDH pudiese tener sobre la resolución del Tribunal de Justicia revisada. Resulta plausible aceptar que el artículo 3 del Protocolo impide un efecto automático de nulidad sobre la decisión judicial a la que se imputa vulneración del Convenio. Sin embargo, entiendo que la reserva del artículo 344 quedaría incólume si el propio ordenamiento de la Unión, como parte del acuerdo o en las reglas procesales del Tribunal de Justicia, dispusiese ya en cada procedimiento los mecanismos procesales necesarios para trasladar a la controversia concreta los efectos de la sentencia del TEDH<sup>62</sup>. Recordemos, además, que, como se ha señalado antes, la aplicación del Convenio no estaría destinada en sentido estricto a corregir la aplicación e interpretación de los Tratados, sino a garantizar en esa tarea «el respeto del Derecho», fenómeno, de acuerdo con el artículo 19 TUE, cualitativamente distinto y que no está expresamente reservado al Tribunal de Justicia en el artículo 344.

Finalmente, en lo referente a las previsiones específicas del artículo 1, es preciso subrayar la dispuesta en el apartado b), que indica la importancia de fijar con precisión el demandando ante el TEDH. Este debate técnico ha concentrado la esperanza de hallar el vértice que logre equilibrar la autonomía del ordenamiento de la Unión y la adhesión al Convenio. Es el momento de estudiar la forma que ha tomado.

## B. LA INSTITUCIÓN DEL CO-RESPONDENT<sup>63</sup> Y LA AUTONOMÍA DEL ORDENAMIENTO

La figura procesal del *co-respondent* se diseña para solventar aquellos supuestos en los que la hipotética vulneración del Convenio se deduce de un

62. Se ha sostenido que la eficacia de las decisiones del TEDH encontrarían ya fundamento en el Dictamen 1/91, LOCK, T., «Walking on a tightrope: the draft ECHR Accession Agreement and the autonomy of the Eu legal Order», *Common Market Law Review*, Vol. 48, 2011, pp. 1025-1054, p. 1037.

63. He preferido mantener la expresión original. De las distintas figuras procesales que ofrece nuestro ordenamiento, pienso que la que más se acerca es la «intervención voluntaria» prevista en el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Comparte con el instituto del *co-respondent* el carácter voluntario para quien no fue llamado por la demanda, pero tiene interés directo y legítimo en el litigio; además, en ambos casos, de ser aceptada su solicitud por el tribunal, quien pide la incorporación estará vinculado como una parte más por los efectos de la sentencia. Creo que el carácter voluntario de la figura del *co-respondent* impide su traducción por litisconsorte, coadyuvante o codemandado. En este sentido, usando indistintamente los términos IRURZUN MONTORO, E., «La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos una

acto donde la intervención del Estado miembro y de la Unión se imbrican con intensidad tal<sup>64</sup>, que resulta oportuno incorporar al proceso a uno de esos dos entes, que inicialmente no fue llamado por el demandante. Concretamente, la Unión puede tomar la posición de *co-respondent*, si la demanda fue dirigida contra un Estado miembro, pero pone en cuestión la conformidad con el Convenio de una disposición de la Unión, en la medida que el respeto de aquél solo se hubiese logrado con el incumplimiento de ésta<sup>65</sup>. Y, por otro lado, un Estado miembro estaría en condiciones de sumarse al procedimiento con la condición de *co-respondent*, cuando la demanda se entabla contra la Unión y el objeto de control es una norma de los Tratados constitutivos, cuyo cumplimiento solo se salva vulnerando el Convenio<sup>66</sup>. Puesto que mi intención es analizar la cuestión de la autonomía, en estas páginas me centrare principalmente en las ocasiones donde la Unión ocupa el lugar del *co-respondent*.

Sin duda, la tutela judicial anima este peculiar instituto<sup>67</sup>, pues únicamente la correcta intervención de todos los responsables garantizará una reparación

---

crónica inacabada», *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 45, 2013, pp. 10-24, p. 13 y 20.

64. «With the accession of the EU, there arises thus the unique situation in the Convention system in which the High Contracting Party enacting a legal act and the High Contracting Party implementing that act may differ from each other.», *Explanatory report to the draft agreement on the accession of the EU to the Convention –CDDH-UE (2011) 05*, de 25 de febrero, apartado 36.

65. Artículo 3.2. *Draft Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedom –CDDH-UE (2011) 16*, de 19 de julio.

Where an application is directed against one or more member States of the European Union, the European Union may become a co-respondent to the proceedings in respect of an alleged violation notified by the Court if it appears that such allegation calls into question the compatibility with the Convention rights at issue of a provision of European Union law, notably where that violation could have been avoided only by disregarding an obligation under European Union law.

66. Art. 3.3. *Draft Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedom –CDDH-UE (2011) 16*, de 19 de julio.

Where an application is directed against the European Union, the European Union member States may become co-respondents to the proceedings in respect of an alleged violation notified by the Court if it appears that such allegation calls into question the compatibility with the Convention rights at issue of a provision of the Treaty on European Union, the Treaty on the Functioning of the European Union or any other provision having the same legal value pursuant to those instruments, notably where that violation could have been avoided only by disregarding an obligation under those instruments.

67. Una sintética descripción de las finalidades del *co-respondent* la encontramos en *Explanatory report to the Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms –CDDH-UE (2011)16*, de 19 de julio, apartados 32 y ss. Concretamente, respecto a la protección de la tutela como fin primordial véase el apartado 37 del *Explanatory report to the draft agreement on the accession of the EU to the Convention –CDDH-UE (2011) 05*, de 25 de febrero.

Inicialmente se plantearon alternativas al *co-respondent*: redirigir la demanda en una fase temprana, crear la presunción de que toda demanda contra un Estado miembro lo

adecuada. Pero la particularidad de su objeto –afrontar una supuesta vulneración que procede simultáneamente de los Estados y de la Unión– obliga a emitir un juicio sobre la distribución de competencias entre estos dos sujetos. Por ello se considera que la necesaria intervención del TEDH en esa tarea arroja riesgos sobre la autonomía del ordenamiento de la Unión<sup>68</sup>. Y la manera de salvar este peligro consiste en hacer de la posición de *co-respondent* un acto procesal potestativo de la Unión<sup>69</sup>, para que sea ésta y no el Tribunal la que asuma el peso de fijar la relación entre el derecho de la Unión y el del Estado<sup>70</sup>.

es también contra la Unión, que el TEDH pudiese unilateralmente transformar la posición de tercero interesado a codemandado o un compromiso vinculante de la Unión para corregir dentro de sus competencias las condenas frente a los Estados miembros, véase *Draft elements prepared by the Secretariat on Procedures before the European Court of Human Rights (Chapter C of the draft list of issues) –CDDH-UE (2010)12–*, de 12 de octubre, p. 5.

68. En sentido estricto, la condición de *co-respondent* la concede el TEDH, que, por tanto, podrá negar la solicitud que realice la Unión. Al mismo tiempo, la posición de *co-respondent* nunca se articulará en contra de quien recibe ese estatus, véanse el apartado 5 del artículo 3 del *Draft Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms-CDDH-UE (2011)16*, de 19 de julio. Asimismo, los apartados 45 y ss. del *Explanatory report to the Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms –CDDH-UE (2011)16*, de 19 de julio.

Inicialmente, sin embargo, se barajaron otras posibilidades: comunicar a la Unión toda demanda contra un EM, correspondiendo a aquella la decisión de personarse como *co-respondent*; que el TEDH preseleccionase los asuntos en los que la Unión debe constituirse como *co-respondent*; que el demandante comunicase a la Unión los asuntos en los que su personación es relevante; y, finalmente, se pensó la posibilidad de que el Estado demandado originalmente comunicase a la Unión la demanda, que entonces podría decidir personarse. Véase *Draft elements prepared by the Secretariat on Procedures before the European Court of Human Rights (Chapter C of the draft list of issues) –CDDH-UE (2010)12–*, de 12 de octubre, pp. 7 y 8.

Paulatinamente las posibilidades se fueron destilando hasta distinguirse dos. Por un lado, aquella en la que la condición de *co-respondent* se adquiría tras invitación del TEDH. Por otro, la que finalmente se ha impuesto, y en la que el Estado miembro o la Unión solicitan ser *co-respondent*. No obstante, en ambos casos el consentimiento del futuro *co-respondent* es imprescindible. Para una clara estructuración de ambas modalidades véase *Draft revised elements prepared by the Secretariat on the Introduction of a co-respondent mechanism*, –CDDH-UE(2010)16, 24 de noviembre, cuarta reunión de trabajo–.

69. Sin alterar este carácter potestativo, en el proceso negociador se rescató la idea de que el *co-respondent*, además de constituirse por decisión autónoma, pudiese hacerlo tras invitación del TEDH. Véase la modificación introducida en el apartado 5 del artículo 3, a raíz de la Segunda reunión negociadora, *Meeting Report –47+1(2012)R02–*, de 19 de septiembre, p. 18.

Se ha señalado que el carácter potestativo debilita la función adicional de tutela judicial, pues el demandante carece de la facultad para llamar a la Unión o a un Estado como *co-respondent*, al respecto LOCK, T., «End of an Epic? The Draft Agreement on the EU's Accession to the ECHR», *Yearbook of European Law*, Vol. 31, 2012, pp. 162-197, en concreto p. 173. Sin embargo, se olvida que nada impide al demandante señalar a dos codemandados bajo el marco ordinario del Convenio.

70. Es además esa naturaleza potestativa la que traza la distinción entre la figura del *co-respondent* y el *multi-respondent*, pues el segundo se constituye por voluntad del deman-

A nadie se le escapa que la cuestión clave de esta institución, y con ella la intervención previa del Tribunal de Justicia que se tratará en el siguiente epígrafe, va a ser determinar cuándo se produce la interrelación entre el derecho de los Estados Miembros y el de la Unión, de modo que la vulneración del Convenio sea imputable a la segunda. Interrogante que a su vez requiere solventar otro anterior, que nos remite a un problema esencial: ¿cuál es el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales de la Unión en relación con el derecho del Estado, que la obligaría a asumir su protección? La jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en especial las conclusiones de los Abogados Generales, ofrece al menos cuatro respuestas.

La primera ciñe el sentido del artículo 51.1, de manera que los derechos fundamentales serían parámetro de control del derecho de la Unión y del derecho del Estado cuando éste desarrolla una directiva o ejecuta un reglamento o decisión<sup>71</sup>. Cabrían aquí a su vez dos hipótesis. Que el desarrollo o ejecución admitiese más de una posibilidad, por lo que la eficacia de los derechos fundamentales forzaría a que el Estado optase solo por aquellas que permitiesen cumplir con la obligación concreta y además respetar los derechos fundamentales<sup>72</sup>. O, por otro lado, que el desarrollo o ejecución dejase un único camino y que éste fuese lesivo de los derechos fundamentales. Entonces, la infracción del Estado sería derivada de la vulneración originaria atribuible a la Unión.

Un segundo modelo, que amplía el concepto de aplicación, es el recogido por la Abogada General Sharpston en *Ruiz Zambrano*<sup>73</sup>. Ubica la responsabilidad de proteger los derechos fundamentales allí donde la Unión posee competencia

---

dante. No obstante, en el *Draft Treaty* se prevé el paso de la posición *respondent* a *co-respondent* cuando se dan las condiciones ya vistas a las que la segunda figura quiere atender. Esta transformación procesal tiene que ver principalmente con los efectos de la sentencia. Mientras que en los supuestos de *multi-respondent*, el TEDH ha de distribuir las responsabilidades, como veremos más adelante, en la de *co-respondent* esta tarea corresponde a la Unión y los Estados miembros.

Por otro lado, la diferencia entre la posición de *co-respondant* y la de *third party* radica en que en esta segunda se reconoce la facultad para realizar alegaciones, pero a diferencia de la primera no se es destinatario del fallo, véase *Explanatory report to the draft agreement on the accession of the EU to the Convention*, CDDH-UE(2011)05, de 25 de febrero, apartado 40.

71. Este es el principio clásico establecido en STJ, de 13.7.1989 as. *Wachauf* (C-5/88), apartados 19 y ss.; y STJ, de 24.3.1994, as. *Bostock* (C-2/92), apartados 11 y ss.
72. A nadie se le escapa que incluso en esta lectura restrictiva del 51.1, se introduciría a los Tribunales Constitucionales en la definición de la autonomía del ordenamiento de la Unión. La euroorden es un caso ejemplar que ha suscitado un control de la norma de desarrollo en diversos países, véase una visión general en POLLICINO, O., «European Arrest Warrant and Constitutional Principles of the Member States: a Case Law-Based Outline in the Attempt to Strike the Right Balance between Interacting Legal Systems», *German Law Journal*, Vol. 9, nº 10, 2008, pp. 1314-1355; y IGLESIAS SÁNCHEZ, S., «La jurisprudencia constitucional comparada sobre la orden europea de detención y entrega, y la naturaleza jurídica de los actos del tercer pilar», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 35, 2010, pp. 169-192.
73. Conclusiones de la Abogada General E. SHARPSTON, as. *Ruiz Zambrano* (C-34/09), presentadas el 30.9.2010, apartado 163.

exclusiva o compartida, incluso si no se ha ejercido. Una variante muy similar es la defendida por el Abogado General Bot en *Scattolon*, que, para el supuesto concreto de las directivas, considera que el ámbito de aplicación no se limita a la transposición, sino que debe extenderse «a todas las situaciones en las que la normativa nacional abarca o afecta a una materia regida por una directiva cuyo plazo de transposición ya ha vencido»<sup>74</sup>.

Finalmente, el cuarto modelo anida en la doctrina de la ciudadanía, que reconoce un estatuto fundamental de los nacionales de los Estados Miembros, oponiéndose a medidas que priven «del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos con ese estatuto», incluso si no hay movimiento<sup>75</sup>. Tesis que ya fue anticipada por el Abogado General Maduro cuando en *Centros Europa*<sup>76</sup> exigió un grado de equivalencia en la protección, nivel que se quiebra cuando se produce en el Estado Miembro un incumplimiento grave y constante<sup>77</sup>.

A la luz de esta jurisprudencia, la incorporación de la Unión como *co-respondent* cuando inicialmente se ha demandado solo al Estado, plantea hasta qué punto quiere llegar aquella en la defensa de los derechos fundamentales. Es muy importante, por ello, precisar el supuesto de hecho que determina la condición de *co-respondent*. Las primeras versiones del proyecto de Tratado de Adhesión usaron el término «*substantial link*» para ligar la vulneración del Convenio y las medidas de la Unión. No hay duda de que este requisito se activaría en la concepción más estricta de transposición o ejecución. Pero también operaría cuando la lesión se produjese directamente por el derecho del Estado en ámbitos que son competencia de la Unión o han sido regulados por una directiva. E incluso abarcaría las infracciones del estatuto fundamental del ciudadano. Dicho de otro modo, el «*substantial link*» habría dado cabida fácilmente a una interpretación amplia del ámbito de aplicación de los derechos fundamentales de la Unión.

Sin embargo, la versión final del proyecto de Tratado<sup>78</sup> ha tasado el presu-

74. Conclusiones del Abogado General Y. BOT, as. *Scattolon*, (C-108/10), presentadas el 5.4.2011, apartado 120.

75. STJ, de 8.3.2011, as. *Ruiz Zambrano*, (C-34/09), apartados 41 y ss.

76. Conclusiones del Abogado General M. MADURO, as. *Centro Europa 7 Srl*, (C-380/05), presentadas el 12 de septiembre de 2007, apartado 20.

77. No es esta, sin embargo, una cuestión cerrada, como exponen las Conclusiones del Abogado General P. CRUZ VILLALÓN, as. *Fransson*, (C-617/10), presentadas el 12.6.2012. En ellas reivindica «un esfuerzo complementario de racionalización» (apartado 39) y él mismo sugiere soluciones que atiendan a la «presencia» de derecho de la Unión (apartado 33) que se manifiesta en un interés específico (apartado 40) más allá de la «pura occasio» (apartado 61). La idea del interés específico que determina a quién corresponde la protección de los derechos fundamentales, la encontramos también en la interpretación del artículo 53 que realiza LENAERTS, K. «Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights», *European Constitutional Law Review*, Vol. 8, n° 3, 2012, pp. 375-403, p. 400.

78. El cambio se produce en la sexta reunión del grupo de trabajo, véase *Meeting Report, CDDH-UE(2011)06*, de 18 de marzo, Anexo III, p. 11, donde el «*substantial link*» se concreta en la necesidad e incumplir el derecho de la Unión para poder respetar el

puesto que posibilita la constitución del *co-respondent*, que se dará únicamente cuando la vulneración alegada «[...] *calls into question the compatibility with the Convention rights at issue of a provision of European Union law, notably where that violation could have been avoided only by disregarding an obligation under European Union law*». Entiendo que con esta nueva redacción, la lesión, en un análisis preliminar, debe imputarse estrictamente al derecho la Unión. Idea que es reforzada con la ilustración de un supuesto concreto, aquel en el que la infracción solo se evita si a la vez se incumple la obligación de la Unión. Es decir, de las cuatro hipótesis antes vistas, la figura del *co-respondent* y la intervención previa del Tribunal de Justicia entrarían en juego cuando la norma de la Unión admite un único tipo de desarrollo o ejecución, que conduce necesariamente a la lesión de un derecho fundamental<sup>79</sup>.

---

Convenio –«4. Where an application is notified to the European Union or to a member state of the European Union, or to both of them, and it appears that an act or omission underlying an alleged violation notified could only have been avoided by disregarding an obligation under European Union law, [a High Contracting Party]/ [either of the High Contracting Parties] may become a co-respondent to the proceedings by decision of the Court.».

No obstante, en la séptima reunión de trabajo parece abandonarse esta redacción –» Article 4.2. Where an application is directed against one or more member States of the European Union, the European Union may become a co-respondent to the proceedings in respect of an alleged violation notified by the Court if it appears that such allegation calls into question the compatibility with the Convention rights at issue of a provision of European Union law.»– *Meeting Report*, CDDH-UE(2011)10, de 16 de mayo, Apéndice 3.

Los términos finales recogen una suerte de fusión entre estas dos reacciones, pues en la octava reunión de trabajo algunos participantes tacharon la versión de excesivamente flexible, véase *Meeting Report*, CDDH-UE(2011)15, apartado 8.

79. Esto no impide que en el resto de situaciones en las que tenga un interés, la Unión puede incorporarse al procedimiento como tercero. El *Explanatory report to the Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms –CDDH-UE (2011)16*, de 19 de julio, en su apartado 40, señala expresamente esta posibilidad para los asuntos en los que la demanda se dirige «[...] against a State associated to parts of the EU legal order through separate international agreements (for example, the «Schengen» and «Dublin» agreements and the agreement on the European Economic Area) concerning obligations arising from such agreements».

En el proceso negociador se volvió a incidir en esta cuestión, discutiéndose la necesidad de que en estos supuestos la Unión pueda ocupar el lugar de *co-respondent* y no de mero *third party*. Véase la enmienda presentada en la segunda reunión negociadora, *Meeting Report –47+1(2012)R02–*, de 19 de septiembre, p. 17, nota 2. También en la tercera reunión negociadora, *Meeting Report –47+1(2012)R03–*, de 9 de noviembre, apartado 10. Y quinta reunión negociadora, *Meeting Report –47+1(2012)R05–*, de 5 de abril, apartado 6. Con todo, no ha dejado de sorprender que la Unión, tras las reuniones del Grupo de Trabajo, vuelva a reabrir aspectos ya cerrados. Esta circunstancia refleja un cierto grado de tensión en la formulación de una posición negociadora única, véase IRURZUN MONTORO, F., «La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos una crónica inacabada», *Revista Española de Derecho Europeo*, n° 45, 2013, pp. 10-24, p. 18. En incluso se ha llegado a señalar la falta de un consenso suficiente entre los países de la Unión, véase CORTÉS MARTÍN, J. M., «Adhesión al CEDH y autonomía del derecho de la Unión: legitimación pasiva de la Unión y sus miembros

¿En qué consiste entonces la responsabilidad del Estado Miembro? Todo apunta a que se trataría de una suerte de omisión por no haber instado en su momento el control de legalidad o, sobre todo, por no haber planteado el juez nacional la debida cuestión prejudicial. Hay aquí, sin embargo, un grado de penumbra que se proyecta sobre los posibles efectos de la sentencia del TEDH que estime la vulneración del Convenio. Ya en una primera fase de reflexión se mostraron tres posibilidades que oscilaban entre el deber del Tribunal de fijar el reparto de responsabilidad entre la Unión y el Estado Miembro, imputar la responsabilidad a ambos, o bien, dejar que el Tribunal decida entre una u otra opción según los casos. La segunda técnica, esto es, la que imputa indistintamente el incumplimiento es quizás la más respetuosa con la autonomía del ordenamiento de la Unión, pues deja a éste la definición de los modos de distribución de los efectos de condena. Y esta es la solución asumida primero por el *Draft Treaty*, tal y como se expone de manera expresa en el punto 54 de las explicaciones, alertando del riesgo que supondría la interpretación del TEDH sobre la distribución de competencias entre Estado y Unión<sup>80</sup>. Y luego, durante el proceso negociador, trasladándose expresamente al texto del Tratado<sup>81</sup>, si bien deja la puerta abierta a que *respondent* y *co-respondent* pueden solicitar al Tribunal que atribuya la responsabilidad a uno de ellos<sup>82</sup>. En definitiva, son los Estados miembros y la Unión, pero no el Tribunal, los llamados a repartir la responsabilidad ya sea en el procedimiento o tras la condena.

Hay todavía una duda respecto a la versión definitiva del futuro artículo 3.2 del Tratado de Adhesión. El adverbio «*notably*» cumple la función de señalar un supuesto en el que habrá de constituirse la figura del *co-respondent* (cuando el respeto del Convenio habría de producir un incumplimiento de las obligaciones del derecho de la Unión), pero también sirve para dejar abiertas otras posibilidades. ¿Cuáles pueden ser? Pienso que este flanco cobrará sentido a medida que el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales de la Unión, esto es, la eficacia del artículo 51.1 vaya consolidándose. Pues, en todo caso, la institución del *co-respondent* debe necesariamente evolucionar con la misma dimensión que tome la garantía de los derechos fundamentales de la Unión frente a los Estados Miembros.

### C. LA INTERVENCIÓN PREVIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

El segundo mecanismo que pretende cohonestar la garantía de la autonomía del ordenamiento de la Unión y el respeto del CEDH es la intervención

---

y compatibilidad material», *Revista General de Derecho Europeo*, nº 22, 2010, pp. 1-54, en especial p. 24.

80. *Explanatory report to the Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms –CDDH-UE (2011)16*, de 19 de julio.

81. Véase la redacción dada al apartado 7 del artículo 3 en la Tercera reunión negociadora, *Meeting Report –47+1(2012)R03–*, de 9 de noviembre.

82. Respecto a lo excepcional de la atribución de responsabilidad solidaria en el derecho internacional, CORTÉS MARTÍN, J. M., «Adhesión al CEDH y autonomía del derecho de la Unión: legitimación pasiva de la Unión y sus miembros y compatibilidad material», *Revista General de Derecho Europeo*, nº 22, 2010, pp. 1-54, en especial p. 29.

previa del Tribunal de Justicia cuando la Unión ha ocupado la posición de *co-respondent*<sup>83</sup>. Aseguraría la posición del Tribunal de Justicia como intérprete supremo del derecho de la Unión<sup>84</sup> en aquellos supuestos en los que no ha tenido ocasión de pronunciarse dado que el juez nacional rechazó plantear la cuestión prejudicial<sup>85</sup>; por tanto, también salvaría una de las fallas más significativas del sistema jurisdiccional de la Unión<sup>86</sup>. El procedimiento que articulará

83. Art. 3.6. *Draft Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedom –CDDH-UE (2011) 16*, de 19 de julio.

In proceedings to which the European Union is co-respondent, if the Court of Justice of the European Union has not yet assessed the compatibility with the Convention rights at issue of the provision of European Union law as under paragraph 2 of this Article, then sufficient time shall be afforded for the Court of Justice of the European Union to make such an assessment and thereafter for the parties to make observations to the Court. The European Union shall ensure that such assessment is made quickly so that the proceedings before the Court are not unduly delayed. The provisions of this paragraph shall not affect the powers of the Court.

Fuera del proceso negociador se han propuesto diversas alternativas: cuestiones prejudiciales del TEDH al TJ o viceversa, y una acción de la Comisión para iniciar un procedimiento ante el TJ que, a su vez, tendría efectos suspensivos sobre el procedimiento ante el TEDH, véase LOCK, T., «Walking on a tightrope: the draft ECHR Accession Agreement and the autonomy of the Eu legal Order», *Common Market Law Review*, Vol. 48, 2011, pp. 1025-1054, p. 1047.

84. Desde otro punto de vista, se ha sostenido que este instrumento no es necesario para salvaguardar la autonomía del ordenamiento de la Unión en la medida que los efectos de las decisiones del TEDH no serían automáticos, lo que exigiría una ulterior intervención de la Unión. Ese acto de recepción dejaría incólume la autonomía, LOCK, T., «Walking on a tightrope: the draft ECHR Accession Agreement and the autonomy of the Eu legal Order», *Common Market Law Review*, Vol. 48, 2011, pp. 1025-1054, p. 1048.

85. No se trata en sentido estricto de un mecanismo de subsidiariedad, pues el particular puede sugerir pero no exigir el planteamiento de la cuestión prejudicial. No obstante, se reconoce que está «inspirado» en el principio de subsidiariedad, véase ya en la *Joint communication from Presidents Costa and Skouris*, Apéndice III del *Meeting Report*, CDDH-UE(2011)03, de 2 de febrero, p. 11. En todo caso no habría lugar a la intervención previa si la demanda se dirige directamente contra un acto de la Unión. Aquí la Unión actúa como demanda y no como *co-respondent*. En alguna ocasión se ha sostenido que la intervención no tendría lugar cuando el TJ ya ha conocido la cuestión o el juez estatal no ha considerado preciso plantear la cuestión prejudicial, O'MEARA, N., «A More Secure Europe of Rights? The European Court of Human Rights, the Court of Justice of the European Union and EU Accession to the ECHR», *German Law Journal*, Vol. 12, n° 10, 2011, pp. 1813-1832, concretamente p. 1823. Para el primer supuesto es de la misma opinión IRURZUN MONTORO, F., «La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos una crónica inacabada», *Revista Española de Derecho Europeo*, n° 45, 2013, pp. 10-24, p. 15. Personalmente tengo dudas de que sea una postura correcta, puesto que el proyecto de Tratado vincula sin excepción la intervención previa con la constitución del *co-respondent*. Más aún, en la decisión STEDH, as. *Michaud vs. France*, de 6.12.2012, se reconoce la vulneración del Convenio incluso en un supuesto en el que el Tribunal de Justicia ya había conocido de una cuestión para un asunto similar, pues entiende que en el planteamiento no se pusieron de manifiesto todos los perfiles relativos a los derechos fundamentales.

86. Lleva razón JACQUÉ, cuando afirma que el modo más sólido de garantizar la autonomía del ordenamiento de la Unión sería, en verdad, dar al Tribunal de Justicia un control

esta vía se reenvía al derecho de la Unión<sup>87</sup>; el Convenio o el Tratado de adhesión requieren únicamente que la intervención sea previa, sumaria y dé a las partes la posibilidad de realizar alegaciones tanto en el incidente ante el Tribunal de Justicia como en el procedimiento que se resuelve ante el TEDH respecto a esa intervención previa del Tribunal de Justicia<sup>88</sup>. Merece por ello la pena reflexionar sobre los elementos esenciales de ese futuro mecanismo.

En primer lugar, hemos de detenernos en la iniciación automática del incidente una vez que se ha constituido la posición de *co-respondent*. ¿Qué acto procesal fija los términos del debate? Recordemos que no hay demanda y difícilmente podrá tomarse como tal la presentada ante el TEDH, pues no habría señalado a la Unión como hipotética responsable, dado que en ese caso hubiera asumido la posición de codemandado. En este contexto es factible imaginar dos soluciones, que, como no puede ser de otro modo, están íntimamente vinculadas al objeto que quiera darse a este procedimiento. Si lo que se pretende es tutelar la reivindicación subjetiva de un derecho fundamental, resulta inevitable que los términos del proceso, su objeto, queden fijados por las pretensiones de quien planteó la demanda ante el TEDH. Entonces, antes de las alegaciones de las restantes partes, habría que dar un plazo razonable para que la demandante ante el TEDH reformulase sus pretensiones a la luz del derecho europeo<sup>89</sup>. En cambio, si lo que se busca principalmente es garantizar la autonomía del ordenamiento de la Unión desde una correcta interpretación de los derechos fundamentales, cabría la alternativa de organizar un proceso *ex novo* que se iniciaría con el acto del TEDH que otorga a la Unión la posición de *co-respondent*<sup>90</sup>.

En cualquier caso, el objeto del procedimiento es la pieza central que condiciona el resto de elementos. Y en este sentido es necesario preguntarse si

---

específico sobre la oportunidad del planteamiento de la cuestión prejudicial, JACQUÉ, J. P., «The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms», *Common Market Law Review*, Vol. 48, 2011, pp. 995-1023, en especial p. 1019.

87. Ahora bien, la adhesión por parte de la Unión se ha hecho depender del paralelo acuerdo previo respecto a sus normas internas, véase IRURZUN MONTORO, F., «La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos una crónica inacabada», *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 45, 2013, pp. 10-24, p. 11.
88. *Explanatory report to the Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms –CDDH-UE (2011)16*, de 19 de julio, apartados 58 y 61.
89. Las dificultades técnicas serían dos. De una parte, asegurar que el demandante acomoda la petición sostenida ante el TEDH, sin salir de los lindes de una reivindicación fundada en derecho fundamental. De otro, qué hacer si el demandante ante el TEDH por la razón que sea, no comparece ante el Tribunal de Justicia.
90. Sea como fuere, en ambos casos, cabría preguntarse qué lugar dar al tribunal estatal de última instancia que no planteó la cuestión prejudicial. ¿Debe darse notificación para que realice alegaciones o éstas deben ser asumidas, en su caso, por el Estado miembro en el que se integra? Personalmente me inclino por la primera solución, con la finalidad de conocer cuáles fueron los motivos que llevaron a no plantear la cuestión prejudicial, circunstancia que puede ser relevante en la ulterior deducción de responsabilidades.

tutelará derechos fundamentales o controlará la conformidad de las normas de la Unión con los derechos fundamentales. La forma en la que se ha fijado la activación de la figura del *co-respondent* encamina a pensar que el pleito debe versar exclusivamente sobre la compatibilidad del derecho de la Unión, quedando la tutela subjetiva en manos del TEDH. Ahora bien, de ser estimatoria la decisión del Tribunal de Justicia, reconociendo que una determinada medida de la Unión vulnera los derechos fundamentales, la terminación del procedimiento ante el TEDH exigirá una reparación efectiva de la lesión. Esto conduce inevitablemente a plantearse los efectos de la resolución, pero al mismo tiempo recomienda no trazar una barrera demasiado rígida respecto al objeto, de modo que le sea atribuible la doble dimensión de valorar la compatibilidad del derecho de la Unión con los derechos fundamentales y, en su caso, reconocer y amparar determinadas situaciones subjetivas.

Todavía en el objeto surgen dudas adicionales. Sabemos que la instauración de la figura del *co-respondent* requiere una valoración preliminar sobre la conexión entre el derecho de la Unión y la vulneración alegada, y que, solo una vez que se ha fijado tal vínculo, se activa la intervención previa del Tribunal de Justicia. ¿Puede el Tribunal como cuestión preliminar entrar a conocer sobre la falta de conexión corrigiendo así la estimación realizada por el TEDH? Entiendo que si alguna de las partes lo pide, el Tribunal de Justicia podría valorar esta cuestión, que es central en la construcción de la autonomía. Sin embargo, parece difícil admitir que una decisión en contra tuviese efectos sobre el procedimiento que se está ventilando en sede del TEDH. Se originaría así una grave contradicción entre la decisión adoptada por el TEDH determinando la existencia de vínculo y la resolución del Tribunal de Justicia negandola –más grave aún si la condición de *co-respondent* se entabla a petición de la Unión<sup>91</sup>–. Quizá por ello sería oportuno situar la intervención previa del Tribunal de Justicia antes de que la Unión solicite su incorporación como *co-respondent* o cuando el TEDH le invita a tomar esa posición. Ciertamente los plazos serían brevísimos, pero tendría la ventaja de fijar los términos de la defensa de la Unión.

El objeto de la litis se complicará sobremanera si la activación de la figura del *co-respondent* evoluciona extensivamente en paralelo a la eficacia de la Carta de los Derechos Fundamentales. Entonces, ya no estaremos hablando estrictamente de contrastar una disposición de la Unión y su desarrollo por el Estado frente a un derecho fundamental, sino que se entrará a discutir si el Estado, en el marco de las competencias de la Unión, respeta los derechos fundamentales. De tomar este camino, el objeto del proceso debería reconducirse definitivamente hacia la forma propia de un recurso destinado primordialmente a la tutela de derechos fundamentales y que tendría como consecuencia el apartamiento para ese caso de las normas y actos (de la Unión o del Estado) que provocan la vulneración.

91. Aquí subyace un problema todavía no resuelto, sobre la institución que ha de representar a la Unión ante el TEDH –¿Comisión o Consejo?, véase IRURZUN MONTORO, F., «La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos una crónica inacabada», *Revista Española de Derecho Europeo*, n° 45, 2013, pp. 10-24, p. 22.

El parámetro de control también requiere algunas reflexiones. ¿Debe ceñirse el Tribunal de Justicia a comprobar la conformidad del derecho de la Unión respecto al Convenio o puede ampliar su objeto a los derechos fundamentales de la Carta e incluso a otros motivos de ilegalidad que no tengan relación con los derechos fundamentales? La respuesta estará condicionada en gran medida por el acto procesal que fije la litis. Si ésta queda determinada por quien demandó ante el TEDH, el debate habrá de concentrarse en los derechos fundamentales, entendidos en sentido amplio, abarcando no solo los del Convenio, sino también la Carta y los principios generales. Por el contrario, si el procedimiento busca la depuración del derecho de la Unión, podría aceptarse la ampliación de los motivos de incumplimiento, siempre que el resultado final conduzca a la reparación de la persona que presentó la demanda.

Finalmente, conviene detenerse en los efectos que conllevaría la resolución del Tribunal de Justicia en este procedimiento de intervención previa. De ser desestimatoria, rechazándose la vulneración de los derechos fundamentales, la representación de la Unión ante el TEDH habría de tomar la decisión jurisprudencial como punto de partida vinculante en la formulación de las alegaciones de defensa<sup>92</sup>. Más compleja será la decisión estimatoria. Respecto a la norma controlada se pueden imaginar varios supuestos. Si se enjuicia la conformidad de una disposición de derecho derivado, la sentencia debe decretar la nulidad en términos similares a los del artículo 264 TFU. En cambio, si el control se proyecta sobre el Tratado o sobre la interpretación que el Tribunal de Justicia ha realizado del Tratado, una declaración de nulidad es imposible<sup>93</sup>. No obstante, será viable que la resolución judicial declare la incompatibilidad con el Convenio e inste en el caso del Tratado a su reforma en un tiempo determinado o bien ordene la interpretación acorde al Convenio (lo que en el fondo supone decretar la modificación de su doctrina). Y en última instancia, tomando un concepto amplio de vínculo, es preciso pensar los efectos que la resolución tendría sobre el derecho del Estado, que en mi opinión habrían de acercarse a la declaración de incumplimiento prevista en el artículo 260 TFU.

Los efectos, sin embargo, no pueden acabar ahí, pues es precisa una restitución de la situación jurídica de la persona que ha padecido la vulneración, si se quiere poner fin al procedimiento abierto ante el TEDH. La solución más expedita sería aquella en la que el Tribunal de Justicia ordena la revisión del acto<sup>94</sup> y manda la iniciación de los trámites necesarios para terminar el proceso

92. Estaríamos así ante una suerte de «efectos indirectos» tal y como se ha señalado en el *Explanatory report to the draft agreement on the accession of the EU to the Convention*, CDDH-UE(2011)05, de 25 de febrero, en su apartado 65.

93. No extraña que en un primer estadio se discutiera sobre la oportunidad de admitir el control del derecho primario, respecto al debate, LOCK, T., «Walking on a tightrope: the draft ECHR Accession Agreement and the autonomy of the Eu legal Order», *Common Market Law Review*, Vol. 48, 2011, pp. 1025-1054, p. 1038.

94. En este sentido podría trasladarse la doctrina *Kühne&Heitz*, que impone la revisión de los actos administrativos firmes contrarios a derecho europeo, véase STJ, 13.1. 2004, as. *Kühne&Heitz NV*, (C-453/00).

ante el TEDH, incluyendo el pago de la justa satisfacción patrimonial<sup>95</sup>. Una pregunta ulterior consistiría en saber si la Unión puede repercutir toda o una parte de la restitución al Estado miembro, al considerar que no haber planteado la cuestión prejudicial ha agravado el daño causado o que la aprobación de los Tratados que vulneran el Convenio es responsabilidad exclusiva de los Estados. En mi opinión, esta solución teóricamente perfecta puede ser muy problemática para el lesionado, que seguramente tendrá que iniciar un procedimiento administrativo en el Estado de origen<sup>96</sup>. Pero es una reflexión necesaria si el objeto de control se extiende más allá de la estricta aplicación del derecho de la Unión. Entonces sería factible que la vulneración naciese íntegramente del derecho del Estado y que, por tanto, la reparación tuviese que acometerse en este espacio. De ser así, la sentencia del Tribunal de Justicia ayudaría a fijar tanto la existencia de responsabilidad por incumplimiento como el *quantum* que ha de ser satisfecho.

Vistos los elementos esenciales, es obvio que nos encontramos ante una nueva vía judicial, que posee un objeto que no es cubierto por ninguno de los procesos existentes: control de actuaciones de la Unión (o del Estado) conforme a los derechos fundamentales en un proceso activado de manera automática y que debe conducir a la reparación de la vulneración. No me puedo imaginar un estiramiento de la cuestión prejudicial (¿dónde está la intervención del juez estatal?), del dictamen de control de Tratados (¿qué acuerdo internacional se está valorando?), del control de cumplimiento (¿no es precisamente el cumplimiento del derecho de la Unión el que ha conducido a esta situación?) o del control de legalidad (¿un procedimiento sin iniciación de parte y sin plazo?). Y aunque es de esperar que las reglas de este procedimiento se incorporen en el Tratado a través de una modificación del Protocolo núm. 3 referido al Estatuto del Tribunal de Justicia, su indudable origen internacional y la posible previsión de que acompañe como un solo paquete al Tratado de adhesión, obliga a preguntarnos si estaríamos entonces ante un supuesto de ampliación de atribuciones del Tribunal de Justicia que pudiese chocar con los límites dispuestos por el Dictamen 1/92. Creo que no. Recordemos que el citado dictamen impide que el incremento de tareas no desvirtúe la función del Tribunal. Pues bien, es este un supuesto en el que resulta evidente que no se distrae la posición del Tribunal de Justicia, sino que se refuerza en un doble sentido. Primero, potenciando su condición de garante de los derechos fundamentales en la aplicación de las normas de la Unión. Y, segundo, favoreciendo el cumplimiento de los acuerdos internacionales suscritos por la Unión. Pero además, el Dictamen 1/

95. El *Explanatory report to the draft agreement on the accession of the EU to the Convention*, CDDH-UE(2011)05, de 25 de febrero, en su apartado 66 subraya la posibilidad de que la declaración unilateral del Tribunal de Justicia reconociendo la vulneración puede conllevar el fin del procedimiento ante el TEDH incluso en aquellos supuestos donde los Estados miembros no prevén la reapertura de sus procedimientos judiciales.

96. Y esta es una solución de dudosa conformidad con el Convenio a la luz de la reciente decisión STEDH, as. *García Mateos c. España*, de 19.2.2013, apartado 48, que exige una restitución íntegra para no hacer baldía la protección.

92 debe leerse ahora a la luz del artículo 6.2 del TUE y del Protocolo octavo, contexto normativo que excluirá considerar las modificaciones citadas como una devaluación del Tribunal de Justicia y, más bien, empujaría a considerarlo un cumplimiento del mandato.