

LA ADHESIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. UNA CRÓNICA INACABADA*

FERNANDO IRURZUN MONTORO

Doctor en Derecho. Abogado del Estado

Revista de Derecho Europeo 45
Enero – Marzo 2013
págs. 9 a 24

SUMARIO: I. EL MÉTODO Y LAS BASES DE LA NEGOCIACIÓN. *A. La apertura de negociaciones por parte de la Unión Europea. B. La encomienda por el Consejo de Europa de la negociación a su Comité de Derechos Humanos.* II. LOS ELEMENTOS FUNDAMENTALES DEL BORRADOR DE TRATADO DE ADHESIÓN PRESENTADO POR EL GRUPO DE NEGOCIACIÓN EN JUNIO DE 2011. *A. La nueva posición procesal de codemandado. B. La posible intervención del Tribunal de Justicia de la Unión una vez admitida la demanda ante el TEDH. C. Los aspectos institucionales. La participación de la Unión en el Comité de Ministros del Consejo de Europa.* III. EL PARÓN DE LA NEGOCIACIÓN: EL DESPERTAR BRITÁNICO, LA FALTA DE CONSENSO EN BRUSELAS Y LA REACCIÓN DE ESTRASBURGO. IV. EL NUEVO FORMATO DE NEGOCIACIÓN Y LOS PUNTOS DE LA DISCORDIA. *A. El control por el TEDH de la Política Exterior y Seguridad Común (PESC). B. La cuestión del voto de la Unión y sus Estados miembros en el Comité de Ministros. C. La Unión Europea como una Parte no estatal del Convenio. D. A vueltas con el mecanismo del codemandado. E. La representación procesal de la Unión Europea y la de sus Estados miembros cuando son codemandados.* V. A MODO DE REFLEXIÓN, QUE NO DE CONCLUSIÓN.

Aunque la historia de la adhesión de la Unión europea al Convenio Europeo para la salvaguarda de los derechos humanos y las libertades fundamentales (en adelante, CEDH) viene de lejos, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, con su específica previsión en el artículo 6 del Tratado de la Unión (en

* El presente trabajo recoge únicamente las opiniones personales del autor y sólo a él le comprometen.

Agradezco a Eva Chamizo las sugerencias realizadas tras la lectura del borrador de esta tribuna. Sin su ayuda esta Tribuna sería de peor calidad y menos comprensible.

adelante, TUE), todo parecía indicar que se haría pronto realidad. Parecía que, incluso, que sería antes de lo que pudiera haberse pensado por muchos, a la vista de la rápida aprobación de la Decisión de la Unión¹, por la que se autoriza la apertura de negociaciones de adhesión, y del tiempo empleado por los negociadores para presentar un texto articulado (junio de 2011). El caso es que, sin embargo, desde el mes de octubre de 2011 todo parece un poco más complicado y, en cierto modo, de más difícil comprensión.

Intentar desentrañar lo que ocurre en las negociaciones internacionales y en el seno de las organizaciones europeas no es fácil, entre otras cosas porque las posiciones formales de los Estados no siempre reflejan fielmente las razones en las que se sustentan ni los objetivos que se persiguen. Por ello en el improbable caso de que las líneas que siguen fueran leídas en algunas capitales europeas no es descartable que provocaran alguna sonrisa. Intentaré, pese a ese riesgo, describir la situación del proceso negociador y lo ocurrido durante el mismo.

De lo acontecido antes de la aprobación de Tratado de Lisboa bastará con recordar algunos hitos fundamentales: la referencia en el punto 11 de la declaración de la Cumbre de París de 9 y 10 de diciembre de 1974 al reconocimiento de los derechos de los ciudadanos de los estados miembros en su condición de miembros de la Comunidad; la resolución del Parlamento europeo, publicada en el Diario Oficial de las Comunidades de 12 de diciembre de 1977, sobre el reconocimiento de tales derechos y la incorporación a los tratados de los derechos reconocidos en el Convenio de Roma, como un primer paso para la constitución de la Unión europea; así como el Dictamen del Tribunal de Justicia de 28 de marzo de 1996 (Dictamen 2/94), que declara que en el estado del Derecho comunitario en ese momento la Comunidad carecía de competencias para adherirse al CEDH.

Pese a esta contundente declaración, los Tratados de Amsterdam y de Niza no incluyeron una base jurídica para tal adhesión, que no será aprobada hasta el fallido Tratado por el que se establece una Constitución para Europa y, finalmente, por el Tratado de Lisboa, con el artículo 6, párrafo 2 del TUE² y un Protocolo específico³.

Entretanto, el Consejo de Europa (en adelante, CoE) fue también aprobando los instrumentos jurídicos que hacían posible la adhesión de una organización internacional al Convenio de Roma, al adoptar el Protocolo n° 14, en Estrasburgo el 13 de mayo de 2004, cuya entrada en vigor no tuvo lugar hasta el 1 de junio de 2010.

1. Decisión del Consejo de 4 de junio de 2011 (Doc. 10817/10 RESTREINT UE, que el Consejo ha desclasificado y hecho público sólo parcialmente omitiendo, precisamente, las directrices o criterios de negociación).
2. «La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados».
3. Protocolo (n° 8) sobre el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea relativo a la adhesión de la Unión al Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Hasta aquí los antecedentes ya conocidos, pasemos sin más preámbulos al presente del proceso negociador.

I. EL MÉTODO Y LAS BASES DE LA NEGOCIACIÓN

A. LA APERTURA DE NEGOCIACIONES POR PARTE DE LA UNIÓN EUROPEA

Durante la presidencia española de la Unión, en el primer semestre de 2010, se aprobó como ya he señalado la Decisión que autoriza la apertura de las negociaciones y establece las directrices a que debe atenerse el negociador de la UE.

La aprobación de dicho texto, en un plazo breve, fue proclamada como una de las realizaciones de dicho semestre⁴, y así puede ser considerada en el plano político, aunque desde una perspectiva más general quedaron sin cerrar algunos elementos esenciales del debate. La fórmula del consenso, tan propia de Bruselas, consistió en incluir un compromiso de que la adhesión nunca se aprobaría sin que lo fueran simultáneamente las normas internas que habrán de regir las obligaciones y procedimientos de la Unión y los Estados miembros en relación con la defensa de aquélla ante el TEDH.

Conforme a las previsiones del artículo 218.4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) se encargó al Grupo de Trabajo de Derechos Fundamentales del Consejo de la UE (FREMP) el seguimiento de la negociación y la fijación de las posiciones de la Unión. Al mismo tiempo, con el objetivo de cumplir el compromiso gracias al cual se adoptó el mandato de negociación, durante estos meses comenzaron a discutirse, no las reglas internas antes referidas, sino los principios sobre los que la Comisión basaría su futura propuesta normativa.

B. LA ENCOMIENDA POR EL CONSEJO DE EUROPA DE LA NEGOCIACIÓN A SU COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS

Por su parte, el Comité de Ministros del Consejo de Europa acordó encargar de las negociaciones de adhesión a su comité especializado en derechos humanos, el Comité Director de Derechos Humanos (CDDH), en virtud de un mandato ocasional otorgado por el Comité de Ministros (en su formación de Embajadores) reunido el 26 de mayo de 2010. Un grupo formado mayoritariamente por los agentes de los Estados del CoE ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyo mandato fundamental se refiere a las bases jurídicas del sistema jurisdiccional del CEDH y al desarrollo de nuevos derechos.

El CDDH se reunió en junio de 2010 para establecer el método de negociación. Una reunión en la que no faltaron indicaciones claras a los delegados,

4. Véase el documento «Respuesta a la crisis económica, puesta en marcha de las nuevas instituciones y estrategia para el crecimiento y el empleo: balance de la Presidencia española de la UE. 30 de junio de 2010».

sobre la fecha marcada como objetivo para concluir las negociaciones (el 30 de junio de 2011), y también, por parte del Secretario General del CoE, sobre el carácter prioritario de esta adhesión y la obligación de los miembros del CDDH de cooperar a conseguir ese objetivo, orillando reparos técnicos.

Hay que decir que la reunión de junio de 2010 estuvo precedida de otra reunión informal del propio CDDH, celebrada el 4 de mayo, con ocasión de la cual España, en ese momento presidencia de turno de la Unión, en colaboración con la Comisión Europea, convocó la coordinación previa UE que es frecuente en otras instancias del Consejo de Europa y en general en las reuniones de las organizaciones internacionales. Lo cierto es que, al parecer, era la primera vez que tal coordinación comunitaria tenía lugar en el marco del CDDH⁵ y, hasta el momento al menos, la última que ha tenido lugar. Nada extraño si se tiene en cuenta la airada reacción de algunos Estados miembros, entre ellos el de la nacionalidad de la entonces presidenta del CDDH, que decidieron abandonar la reunión de coordinación UE, manifestando de este modo su oposición al uso de este instrumento en el ámbito de los derechos humanos.

a) Esto es

Volviendo a la reunión de junio de 2010, el CDDH se limitó a elegir a 14 miembros para del grupo llamado a redactar los instrumentos jurídicos de la adhesión en negociación con la Comisión, en calidad de representante de la Unión Europea (en adelante, el Grupo de Negociación). Desde el Secretariado y la presidencia del CDDH –entonces ejercida por la delegada alemana– se establecieron unos principios claros y otros velados sobre las condiciones idóneas de los elegidos: la composición paritaria entre delegados provenientes de estados UE y de estados no UE (7+7); la preferencia por los miembros más veteranos del CDDH; y un sistema de votación en el que todos los delegados votaban a todos, con independencia de su condición o no de miembros de la UE. Sin previa coordinación interna de los Estados UE, no hubo sorpresas en el resultado, en especial en lo que se refiere a la condición de miembros veteranos del CDDH, resultado elegidos, entre los Estados UE, los delegados de Alemania, Francia, Reino Unido, Holanda, Rumania y Letonia. La presidencia del Grupo recayó en una experta Noruega, conocedora de los métodos de Bruselas, pues allí había ejercido años antes como consejera para asuntos de Justicia e Interior en la Representación de Noruega ante la UE.

II. LOS ELEMENTOS FUNDAMENTALES DEL BORRADOR DE TRATADO DE ADHESIÓN PRESENTADO POR EL GRUPO DE NEGOCIACIÓN EN JUNIO DE 2011

En un tiempo relativamente breve, el Grupo de negociación presentó, tras ocho reuniones, un borrador de instrumento de adhesión, acompañado de un

5. La presidencia de turno española se limitó a informar de los puntos sin cerrar en el debate interno de la UE y pedir que las posiciones de los expertos no perjudicaran esas negociaciones, mientras que la Comisión únicamente recomendó que los agentes de los Estados miembros participaran en la delegación de su país en Bruselas.

informe explicativo, y un borrador de modificación del Reglamento del Comité de Ministros en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones de supervisión de la ejecución de las sentencias del Tribunal⁶.

Los principios fundamentales del proyecto de tratado de adhesión son la igualdad de todas las partes contratantes y la voluntad de alterar lo menos posible la arquitectura del sistema de salvaguardia de los derechos del Convenio.

Desde un punto de vista procesal, lo más característico del proyecto radica, por un lado, en la regulación de la figura del codemandado, para permitir la intervención como litisconsortes de la Unión Europea y uno o varios de sus Estados miembros; por otro, en prever un mecanismo para asegurar la intervención previa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Veamos de forma breve ambas previsiones.

A. LA NUEVA POSICIÓN PROCESAL DE CODEMANDADO

El actual sistema jurisdiccional del CEDH prevé la intervención como demandado del Estado o Estados parte a los que se imputa la vulneración y, en su caso, la intervención de terceros, en una suerte de coadyuvante. Conviene aclarar que los terceros intervinientes no son susceptibles de ser condenados, pues no tienen la condición de demandados. La actual regulación no impediría, en caso de una adhesión sin reglas específicas, que de forma simultánea se dirigiera la demanda contra uno o varios Estados y contra la Unión. Del mismo modo que unos y otra podrían comparecer como terceros intervinientes.

¿Qué interés pudiera, entonces, tener la introducción de una nueva posición procesal, como la del codemandado? En la fase inicial de la negociación, la idea de introducir la figura del codemandado pretendía hacer posible la intervención simultánea de la Unión y de sus Estados miembros cuando la violación denunciada del Convenio, aunque imputada a una concreta actuación de un Estado, pudiera estar vinculada a la aplicación de una disposición del Derecho de la Unión. El objetivo perseguido era hacer posible la condena conjunta del Estado y la Unión Europea, evitando que en tales casos el Tribunal de Estrasburgo hubiera de pronunciarse sobre el reparto de responsabilidades y, por tanto, de competencias entre la Unión y sus Estados miembros.

Lo que ocurre es que este planteamiento inicial se ha ido diluyendo durante el proceso de negociación, hasta quedar desvirtuado en gran medida. El texto presentado en junio de 2011, contempla dos previsiones diferentes. La primera, para los supuestos del Derecho primario, permite la intervención de los Estados miembros, junto al demandado natural que es la Unión. La segunda, referida al Derecho derivado, permite la participación en el proceso de la Unión, aunque la demanda se haya dirigido inicialmente contra un Estado, cuando

6. El conjunto de los documentos elaborados por el Grupo de negociación y por el CDDH pueden ser consultados en su página web: http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/default_en.asp

resulte que la violación alegada suscita un problema de compatibilidad de la disposición de la Unión con el CEDH, en especial cuando sólo pudiera haberla evitado el Estado incumpliendo sus obligaciones con el Derecho de la Unión.

El texto elevado al Comité de Ministros (texto presentado por el Grupo de Negociación en junio de 2011) no llegó a ser discutido por todos los Estados del CoE, pues como luego se explicará, en la reunión del CDDH de octubre de 2011 no hubo oportunidad de abrir una discusión sobre el texto. La paradoja es que la redacción propuesta, que luego se vería consolidada tácitamente, se centra en un aspecto aparentemente accesorio de la posición de codemandado: los codemandados han de actuar ante el TEDH de forma conjunta. Sin embargo, nada decía ese texto sobre el contenido de la sentencia del TEDH en los asuntos en los que existen codemandados: si debe especificar la responsabilidad respectiva de cada uno de ellos o si esta cuestión debe quedar al margen del pronunciamiento del Tribunal que condenaría a todas ellas. Esta especificidad sobre el contenido del fallo aparecía únicamente en el borrador de informe explicativo al Tratado de Adhesión.

En suma, aquel texto –el de junio de 2011– consagraba una nueva figura o posición procesal en el Convenio, pero sin alcanzar el objetivo con el que inicialmente se propuso y, eso sí, imponiendo la discutible obligación de que los demandados actúen bajo una sola representación.

B. LA POSIBLE INTERVENCIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN UNA VEZ ADMITIDA LA DEMANDA ANTE EL TEDH

La segunda previsión específica para la UE es una exigencia de la necesidad de respetar el papel del Tribunal de Luxemburgo en la depuración del ordenamiento jurídico de la Unión, también desde la perspectiva del Convenio. Una preocupación expresada por el Tribunal de Justicia en un documento de reflexión sobre determinados aspectos de la adhesión de la Unión Europea al CEDH hecho público el 5 de mayo de 2010. Y que fue posteriormente ratificada en una declaración conjunta de los presidentes de ambos Tribunales suscrita el 17 de enero de 2011.

Como se recordará, el mecanismo de demanda individual del TEDH exige el previo agotamiento de los recursos internos en la jurisdicción nacional (artículo 35 CEDH). La peculiaridad que suscita la adhesión de la UE es que, salvo que el procedimiento se dirija directamente y desde el inicio contra la Unión, el previo agotamiento de las vías jurisdiccionales contra el Estado miembro no garantiza que los tribunales de dicho Estado hayan dado al Tribunal de Justicia de la UE la oportunidad de pronunciarse, a través de una cuestión prejudicial, sobre la compatibilidad de la disposición de la Unión con el Convenio.

En tales casos, el proyecto de Tratado prevé la concesión de un plazo para que el TJUE pueda examinar la compatibilidad de la disposición del Derecho de la Unión con los derechos reconocidos en el CEDH, de la manera más rápida posible. Se trata, en todo caso, de un procedimiento sin plazos preestablecidos

en el texto convencional y con una amplia indefinición para garantizar su flexibilidad⁷.

Quede claro, por tanto, que esta posibilidad no se aplica en el caso de demandas directamente dirigidas contra una norma o acto de la Unión, previamente impugnadas ante el TJUE si ello hubiera sido posible. Ni tampoco si ya hubo cuestión prejudicial en el curso del procedimiento jurisdiccional del Estado miembro.

La fórmula despierta recelos en otros Estados parte del CEDH, en la doctrina⁸, e incluso en algún Servicio Jurídico de las Instituciones de la UE. Alguno de ellos ha considerado que dicha fórmula exigiría la reforma de los Tratados, para dar una nueva competencia al Tribunal de Justicia, teniendo en cuenta que a través de ella podría ponerse en entredicho el principio de cosa juzgada en relación con las resoluciones de los Tribunales supremos de los Estados miembros. Cuestión ciertamente opinable y compleja, pero cuyo análisis excede del propósito de esta tribuna.

C. LOS ASPECTOS INSTITUCIONALES. LA PARTICIPACIÓN DE LA UNIÓN EN EL COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA

Contra lo que hubiera podido aventurarse, los aspectos institucionales (elección del Juez en representación de la Unión) o financieros (contribución de la UE al sistema de protección del CEDH) no plantearon en general problemas durante esta fase de la negociación, con excepción de la cuestión del sistema de participación y voto en el Comité de Ministros del Consejo de Europa, cuando ejerce las funciones derivadas del Convenio.

En este punto las dificultades proceden tanto de la Unión como en los otros Estados del Consejo de Europa. Lo que es llamativo dado que, en la práctica, es excepcional el recurso al voto en el seno del Comité cuando ejerce las funciones de supervisión de la ejecución de sentencias, pues las decisiones en este tipo de procedimiento se adoptan generalmente por consenso. Esto pone de manifiesto que se trata más de una cuestión política o de sensibilidad diplomática que jurídica. Desde la perspectiva comunitaria se ha querido mantener la regla del voto adicional (27+1), cuando se trate de la ejecución de sentencias referidas a la Unión o a Estados que no son miembros de ella, mientras que no

7. El texto del borrador es del siguiente tenor: «*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.*».

8. Véanse las referencias contenidas en ALONSO GARCÍA, R., «Lisboa y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional* n° 1, 2010, pp. 28 ss.

se detendrá un voto adicional en el caso de la supervisión de sentencias referidas a los Estados miembros de la Unión. En otras palabras, el voto de la Unión se aplica a los asuntos en los que es parte y a las sentencias referidas a terceros, pero no a las de los Estados miembros de la UE.

Unas reglas que se acompañarían de una declaración cuya finalidad es tranquilizar a los otros Estados parte, y que, cuando menos, resulta jurídicamente discutible: los Estados miembros de la Unión no tienen obligación, según los tratados, de coordinar su posición en el Comité de Ministros al ejercer esta función de supervisión. ¿Cómo se conjuga esta declaración con el contenido del artículo 34.1 del TUE?

Del lado de los Estados que no son miembros de la UE se ha manifestado siempre un recelo a que este voto adicional suponga en la práctica la imposición de sus posiciones por la Unión, a través de los 28 votos que constituyen una mayoría de tres quintos de los 47 miembros del Consejo de Europa. Frente a este recelo, la propuesta de la Unión no ha pasado de una suerte de pacto o compromiso de caballeros de no hacer nunca uso de esa mayoría para imponer una determinada posición.

Lo que no resulta llamativo, pues ni los Estados miembros ni la Comisión están dispuestos a ceder ninguna parcela de poder actual o futura, es que en ningún momento de la negociación se haya puesto sobre la mesa la opción por algunos considerada como la más correcta desde la ortodoxia del Derecho de la Unión y que ha sido empleada en otros convenios internacionales: que cuando se trate de asuntos en los que la UE es competente, que conciernen a la Unión, ésta ostente tantos votos como los de sus Estados miembros pero ninguno más⁹.

Durante los meses en los que las negociaciones del Grupo de Negociación fueron seguidas en Bruselas (Grupo FREMP) y Estrasburgo (CDDH), sólo Italia, en la reunión del CDDH de marzo-abril de 2011 planteó, incluso por escrito, unas detalladas observaciones a la forma en que se estaba concibiendo el acuerdo de Adhesión, sin obtener eco en otras delegaciones y, todo hay que decirlo, sin que la presidencia del CDDH prestara mucha atención. Los textos preparados a finales de junio de 2011 se sometieron a su primera prueba de fuego en la reunión del CDDH de los días 12 y 14 de octubre, cuyo fracaso estaba anunciado días antes de su celebración como seguidamente se expone.

III. EL PARÓN DE LA NEGOCIACIÓN: EL DESPERTAR BRITÁNICO, LA FALTA DE CONSENSO EN BRUSELAS Y LA REACCIÓN DE ESTRASBURGO

Como decía, en junio de 2011 se dio por concluida la redacción de los borradores del acuerdo de adhesión y de su informe explicativo, encomendada

9. DE SCHUTTER O., «L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme: feuille de route de la négociation», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, año 21, n° 83 (Julio 2010), 2010, pp. 533-571.

al Grupo de Negociación. Los Estados parte del Convenio fueron emplazados a debatirlos y aprobarlos en una reunión extraordinaria del CDDH convocada para el mes de octubre. Se dio, de este modo, un plazo dirigido a que se realizaran las consultas internas por las Administraciones nacionales, con el fin de que ese debate de octubre sirviera verdaderamente para poner término, al menos desde una perspectiva técnica, a la negociación. El período de reflexión sirvió, sin embargo, para que afloraran las dificultades hasta entonces no puestas de manifiesto.

Desde la perspectiva de las Partes del Convenio que no son miembros de la UE, durante la negociación únicamente Rusia y Turquía, y Suiza, en menor medida, habían declarado expresamente su reserva política a una adhesión en la que la Unión pudiera resultar privilegiada como parte contratante. Ahora bien, su participación en el Grupo de Negociación hacía pensar que, desde el punto de vista técnico, no existían otras dificultades que las ya apuntadas en relación con el sistema de participación de la Unión en el Comité de Ministros.

Por su parte, en las reuniones del Grupo de Derechos Fundamentales del Consejo de la Unión la «sorpresa» saltó en septiembre al constatarse la falta de unanimidad en la UE para aceptar los textos propuestos. De una forma cuanto menos extraña en las formas, el Reino Unido se desvinculó expresamente de la posición mantenida por su representante en el Grupo de Negociación, para plantear importantes reservas técnicas al texto y una reserva política en cuanto a la participación de la Unión en el Comité de Ministros del CoE. Hay que recordar, además, que desde el principio de este proceso el Reino Unido había advertido que no aceptaría aisladamente el instrumento de adhesión sin antes haber concluido la elaboración de los instrumentos internos de la Unión para regular las consecuencias de dicha adhesión.

Por su parte, Francia volvía a su previa petición de mayores precisiones del texto en relación con las consecuencias de la adhesión respecto de la política exterior y de seguridad común (PESC). Una cuestión que ya fue objeto de una reserva francesa durante la discusión del mandato de negociación pero que Francia no se atrevió a utilizar como motivo de bloqueo a la aprobación de la Decisión de apertura de las negociaciones.

Esta desavenencia fue elevada al Comité de Representantes Permanentes de la UE, que no pudo sino constatar que no estaba en condiciones de aceptar los textos elaborados. La consecuencia de tan peculiar acuerdo fue que los representantes de los Estados miembros de la Unión en el CDDH no podrían sino limitarse a manifestar esa situación, sin especificar a los demás Estados del CoE las razones que impedían aceptar el texto.

Con estas directrices en su maleta, más de la mitad de los miembros del CDDH (los delegados de los Estados UE) acudieron a la reunión del CDDH del 14 de octubre de 2011. Reunión cuya cancelación fue sugerida por algunos Estados miembros. La reunión quedó reducida a una poco edificante representación de algunos de los males de la Unión y de las dificultades para compatibili-

zar su funcionamiento con el de una organización como el Consejo de Europa. El delegado del CDDH perteneciente a la entonces presidencia de turno de la Unión, ostentada por Polonia, seguido por Francia, España y el Reino Unido se atuvieron a lo acordado en Bruselas, manifestando la imposibilidad de pronunciarse por el momento sobre el acuerdo. No obstante, el Reino Unido fue más lejos apuntando algunas de las razones o artículos en los que se encontraban las dificultades. Otros delegados procedentes de la Unión dijeron ostentar una representación como expertos en la que no se sentían vinculados por lo acordado en Bruselas, en un intento por utilizar la reunión para seguir negociando el texto. Mientras, Turquía, Rusia o Suiza se sintieron claramente ofendidos por la actitud de la Unión y advirtieron de las consecuencias del rechazo a un texto aparentemente consensuado.

Por su parte, la Comisión Europea asistente al CDDH con su peculiar estatus, observador en el CDDH pero también negociador UE, apenas quiso dar explicación alguna, más allá de criticar a las delegaciones que se habían atenido a lo acordado en el COREPER en Bruselas, confundiendo con una total falta de sensibilidad posiciones tan dispares en lo sustantivo como las de Polonia y España, de una parte, y el Reino Unido, de otra.

El caso es que la reunión solo sirvió para constatar, al igual que había hecho el COREPER, que no existía de momento un acuerdo y remitió los textos elaborados al Comité de Ministros para que decidiera sobre el curso a seguir en estas negociaciones.

IV. EL NUEVO FORMATO DE NEGOCIACIÓN Y LOS PUNTOS DE LA DISCORDIA

Una vez endosado el expediente al Comité de Ministros del CoE, éste ha decidido que siga ocupándose de la negociación el CDDH pero en lugar de utilizar el formato de un Grupo de Negociación reducido que rinde cuentas al Pleno del CDDH se ha optado por que aquélla se desarrolle con la participación de todos los Estados. Es lo que se ha venido en denominar Grupo o formato 47+1. Se han celebrado ya hasta ahora (1 de marzo de 2013) cuatro reuniones bajo esta nueva estructura, con ligeros avances en la negociación, aunque prolongándola más allá de lo que habría cabido esperar inicialmente. La situación ha provocado que dieciséis Estados parte, no pertenecientes a la Unión Europea, han presentado con fecha 21 de enero de 2013 un documento común en el que expresan sus posiciones y preocupaciones sobre el proyecto de acuerdo de adhesión.

Para comprender dónde están los puntos de desencuentro o las dificultades de la negociación conviene, a mi juicio, contemplar la adhesión en su conjunto, sin limitarla a los aspectos propios de la negociación bilateral UE-CoE. Es necesaria una perspectiva más amplia porque algunos de los obstáculos existentes no tienen tanta relación con la posición de la UE en el marco del CoE y el Convenio, como con la posición de los Estados miembros de la Unión frente a la UE. Es evidente que antes de conseguir un acuerdo UE-CoE será imprescindible

ble el consenso entre los Estados de la Unión, no sólo sobre los aspectos del Tratado de Adhesión sino también respecto de las reglas que en el seno de la UE han de regir la aplicación del CEDH. Sin ánimo exhaustivo enumeraré los principales puntos de desencuentro.

A. EL CONTROL POR EL TEDH DE LA POLÍTICA EXTERIOR Y SEGURIDAD COMÚN (PESC)

Al referirme al proceso de adopción de la Decisión del Consejo de la UE por la que se autoriza el inicio de las negociaciones, aludí a las dudas de Francia sobre el modo de encajar la PESC en la adhesión al Convenio, aunque finalmente no bloqueara la aprobación de la Decisión. Como consecuencia del «parón de la negociación» de octubre de 2011, esta cuestión ha vuelto a aflorar, convirtiéndose en uno de los puntos de discordia.

Habrà que recordar que, conforme al artículo 24 TUE la competencia del Tribunal de Justicia de la Unión en el ámbito de la PESC se limita a «controlar el respeto del artículo 40 del Tratado de la Unión Europea y para pronunciarse sobre los recursos interpuestos en las condiciones contempladas en el párrafo cuarto del artículo 263 del presente Tratado y relativos al control de la legalidad de las decisiones adoptadas por el Consejo en virtud del capítulo 2 del título V del Tratado de la Unión Europea por las que se establezcan medidas restrictivas frente a personas físicas o jurídicas» (artículo 275 TUE).

Si así se prevé respecto del TJUE surge la controversia sobre el reconocimiento de potestad jurisdiccional al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, permitiéndole a éste controlar la compatibilidad con el CEDH de los actos y disposiciones de la UE adoptadas en el marco de la PESC. En realidad lo que subyace no es la pretensión de crear un espacio inmune al control del TEDH, sino la preocupación por una incorrecta delimitación de las competencias de los Estados y de la UE al hilo de la determinación de la condición de «responsable» de una violación del Convenio, en un ámbito en el que los Estados no quisieran atribuirle más competencias a la Unión. En otras palabras, la pretensión de los Estados de la Unión más bien consiste en que, de surgir alguna responsabilidad conforme al Convenio en estos ámbitos, debería imputarse como regla general a los Estados y no a la UE.

Lo cierto es que la sensación que puede darse es otra, que la Unión pretende una adhesión en la que haya espacios inmunes al control del TEDH, lo que resulta evidentemente inaceptable para el resto de Estados parte.

B. LA CUESTIÓN DEL VOTO DE LA UNIÓN Y SUS ESTADOS MIEMBROS EN EL COMITÉ DE MINISTROS

Desde una perspectiva política, no cabe duda que es la cuestión del voto en el Comité de Ministros la que suscita mayores reticencias. Si la Unión y sus miembros insisten en acumular 28 votos (uno por cada Estado y otro por la Unión) deberán desplegar todo un ejercicio de imaginación para idear un sis-

tema de votación en el que el resto de los miembros del CoE no se sientan condenados a acatar decisiones tomadas previamente en Bruselas -un sentimiento que, ciertamente, se ha podido acrecentar tras lo acaecido en la comentada reunión de octubre de 2011-.

C. LA UNIÓN EUROPEA COMO UNA PARTE NO ESTATAL DEL CONVENIO

En esta misma dimensión, hay que ser conscientes de que la necesaria ratificación de la adhesión por el Parlamento británico exigirá que el texto del tratado de adhesión incluya todas las debidas matizaciones en conceptos tales como «parte contratante», «territorio», con el fin de evitar que la Unión aparezca dotada de los rasgos propios de un Estado, hasta hora únicos sujetos de Derecho internacional que son parte del Convenio. Un ejercicio de redacción que en ocasiones puede dar lugar a otras complicaciones técnico jurídicas que desbordan este comentario, pero que, sobre todo, suscita recelos en las Partes contratantes no pertenecientes a la Unión que siempre han sostenido la necesidad de preservar el principio de igualdad entre todas las partes contratantes.

D. A VUELTAS CON EL MECANISMO DEL CODEMANDADO

Bajo un prisma más procesal, siguen abiertas algunas cuestiones relativas al mecanismo del codemandado: las consecuencias de su aplicación desde la perspectiva de la representación procesal ante el TEDH y desde el punto de vista del contenido o alcance de la sentencia; el carácter voluntario u optativo de su aplicación; la reserva de este instrumento procesal a la Unión y sus Estados o su posible utilización en relación con asuntos que conciernen a otros Estados parte.

Por lo que se refiere al primer aspecto -las consecuencias de la posición de codemandado- el texto surgido de la tercera reunión del Grupo 47+1, vuelve a centrarse en el contenido de las sentencias. Se retorna así al aspecto primigenio de concebir la figura del codemandado como fórmula para evitar que la sentencia de Estrasburgo tenga que pronunciarse sobre el reparto de la responsabilidad de la violación entre la UE y el Estado. Se incluye, sin embargo, una excepción a este principio de «solidaridad» en la condena, al permitir que no se aplique cuando así lo declaren las partes. Una vinculación del Tribunal a lo dispuesto por las partes que es realizada por los Estados no pertenecientes a la UE. Al tiempo desaparece del texto de la Adhesión la obligación que imponía a los codemandados actuar mediante una sola representación.

Ahora bien, esta cuestión continúa siendo caballo de batalla en el marco del debate de las normas internas de la Unión. Hasta el punto de que para eludir esta exigencia se camina hacia una nueva fórmula de desnaturalización de la figura del codemandado, al dejar en manos de la parte, en especial del Estado miembro de la UE concernido, la opción entre ser demandado o codeemandado. Una propuesta sugerida por el Reino Unido que guarda relación con el carácter voluntario del mecanismo, pero que también serviría para eludir la

no siempre cómoda obligación de que un Estado sea representado ante el TEDH por el agente nombrado por la Unión -con independencia de la procedencia institucional de dicho agente-.

Enlazo así con la tercera de las cuestiones que surgen al hilo del mecanismo del codemandado: su carácter voluntario o su aplicación por decisión del Tribunal de Estrasburgo. Un aspecto sobre el que no existe unanimidad entre los Estados miembros de la Unión, quién sabe si como posición de principio o meramente como estrategia para resolver el problema de la representación unitaria de los codemandados por un solo agente. Pero lo cierto es que también en cuanto a esta voluntariedad se suscita la oposición de los no miembros de la UE, que ven en dicho carácter un privilegio de la Unión frente a los poderes del TEDH.

El cuarto punto de debate en relación con la figura del codemandado es si su uso debe limitarse a la UE y sus Estados miembros, o cabe también ponerla a disposición de otros Estados. Hasta el momento la Comisión Europea se había mostrado contraria a esta posibilidad. Pero lo cierto es que es la propia Unión la que debería estar interesada en hacer posible su utilización en casos en los que el Derecho de la Unión puede ser sometido a enjuiciamiento como consecuencia de su aplicación por otras Partes contratantes que no forman parte de ella. Estoy pensando, por ejemplo, en las cuestiones del acervo Schengen y su aplicación por Suiza, Noruega o Islandia, pero no se agotan en éstas (cabría pensar en una hipotética aplicación en el ámbito del Espacio Económico Europeo o de otras formas de cooperación judicial no integradas en el acervo Schengen).

E. LA REPRESENTACIÓN PROCESAL DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA DE SUS ESTADOS MIEMBROS CUANDO SON CODEMANDADOS

Desde un plano absolutamente interno de la Unión, uno de los puntos donde las discrepancias han sido, más acentuadas es en el relativo a la representación de la Unión Europea ante el TEDH -quién es el agente y cómo se designa- y el de la representación de los Estados cuando hayan de actuar todos ellos como codemandados.

Por lo que se refiere a la representación procesal de la Unión, la Comisión, que es el negociador UE y, a su vez, ostenta el monopolio de la iniciativa legislativa en cuanto a las disposiciones internas que hayan de ser adoptadas en caso de adhesión al CEDH, viene sosteniendo que dicha representación procesal es una manifestación de la representación exterior de la UE y que le correspondería en exclusiva la función de agente de la Unión ante el TEDH. Ha entrado así en disputa con la Secretaría General del Consejo de Ministros, en concreto su Servicio Jurídico, que defiende que no puede considerarse una faceta de la representación exterior pero que, además, de serlo correspondería su titularidad al Servicio Exterior Europeo. Se han barajado otras fórmulas, entendiendo que la representación procesal ante el TEDH no es una cuestión de política exterior. Por ejemplo, el Servicio Jurídico del Consejo ha propuesto que sea la Institución

autora del acto o disposición del Derecho de la Unión quién asuma en cada caso la posición de agente de la UE en cada concreto asunto. Una solución que abriría otros interrogantes, como el de determinar la responsabilidad en los actos sujetos al procedimiento de codecisión Parlamento-Consejo.

En esta *batalla institucional* se ha prestado, sin embargo, menos atención a lo que es realmente importante. No importa tanto quién o quiénes¹⁰ son designados como agentes ante el TEDH, como la forma en que se fija la posición de la Unión en el procedimiento, con o sin intervención o control de los Estados. La cuestión no es baladí, ni es una mera disputa entre los Estados y las Instituciones europeas, sino que, en gran medida y según qué casos, puede estar en juego la determinación de una suerte de interpretación «auténtica» del Derecho de la Unión, a través de lo que el representante de la UE ante el Tribunal de Estrasburgo sostenga.

La batalla se ha trasladado también a la representación conjunta de los Estados miembros, en su calidad de codemandados. El proyecto de la Comisión de que actúen bajo una sola representación -un solo agente- obligaría, por cierto, a modificar el Reglamento del TEDH para permitir que los Estados sean representados no sólo por su agente, sino por el de otro Estado o el de una Institución de la UE.

V. A MODO DE REFLEXIÓN, QUE NO DE CONCLUSIÓN

Estando inacabada la negociación, no parece conveniente realizar una valoración en forma de conclusiones, sino meramente apuntar algunos rasgos del proceso y advertir de los inconvenientes que resultarían de un cierre en falso o prematuro de las negociaciones.

La negociación se inició a una gran velocidad. Los intereses políticos de la UE y el Consejo de Europa por atraer a aquélla a su seno coincidían. No sólo porque la adhesión pueda suponer una aportación política o de prestigio para el CoE sino, también y especialmente -aunque de pequeños nos dijeran que hablar de dinero es de mala educación-, por la aportación financiera que haría la Unión a un presupuesto cada día más escaso y sobre cuya insuficiencia, general y particularmente para el TEDH, se viene hablando reiteradamente en Estrasburgo.

Esa velocidad de cruceo inicial podría haber permitido, tal como había ocurrido con la Decisión UE autorizando la apertura de negociación en menos

10. Conviene recordar que ni el Convenio, ni el Reglamento del TEDH, imponen que cada Parte contratante tenga un solo agente. La práctica mayoritaria es que exista un agente por cada Estado; en algunos casos, auxiliados por varios co-agentes, pero también hay excepciones, como la de España en los últimos años acreditando a varios agentes. Hay que decir, además, que lo importante para el funcionamiento del sistema de representación es asegurar que existe una persona de contacto con el Tribunal, pues las notificaciones y la presentación de escritos han pasado a realizarse mediante medios electrónicos cuya utilización por varias personas simultáneamente es posible.

de tres meses, aprovechar la audacia del impulso político para soslayar los problemas técnicos, con un rápido cierre de las negociaciones. Como a veces se dice sin ambages en los círculos europeos, hay que evitar que los técnicos expertos en la materia tengan tiempo de profundizar en el dossier.

El caso es que esa estrategia ha fracasado, con el riesgo ahora de que unas negociaciones demasiado largas puedan poner de manifiesto otros problemas, al tiempo que se pierde el interés o impulso político de la adhesión. Incluso, cabe el riesgo de poner en cuestión la oportunidad de cumplir las previsiones que sobre la adhesión al Convenio se prevén en el artículo 6 TUE, ahora que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha alcanzado un respaldo normativo en los Tratados, y su invocación por el Tribunal de Justicia se ha normalizado y hecho frecuente.

Desde esta perspectiva política o diplomática, el error de partida ha sido el de minusvalorar, tanto en el seno de la UE como en el Consejo de Europa, el impacto de esta adhesión en los sistemas jurídicos nacionales y su repercusión para algunas opiniones públicas. Máxime cuando la adhesión ha de pasar por el filtro parlamentario de las ratificaciones parlamentarias. Procesos parlamentarios que en algunos casos, como el nuestro, apenas despiertan interés en los medios de comunicación y en la opinión pública, pero que provocan vivos debates en otros países, sobre todo, como es el caso del Reino Unido, cuando la cuestión europea se convierte en uno de los ejes de la acción gubernamental.

Para decirlo en términos muy directos: en la bancada de la UE nos hemos olvidado todos de que para algunos, como el Reino Unido, la adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos no puede servir para colocar a aquélla en pie de igualdad con los viejos Estados nación europeos que se *refugiaron* desde el punto de vista jurídico en el Consejo de Europa frente a la vieja idea de la Comunidad Europea como una simple vía de lograr la unidad económica. Desde la perspectiva del otro lado de la barrera parece que hubiéramos olvidado que los que aún se sientan sólo en Estrasburgo como miembros del CoE no podrían asumir un texto que otorgue un rol de superioridad o privilegio a la Unión, por mucho que sean conscientes de su relevancia.

Tampoco debe olvidarse que la negociación de la adhesión se produce, además, en un momento concreto, en el que el propio TEDH está sometido a un proceso de reforma, en el que algunos Estados defienden una mejor definición de su papel para que no choque con las diferentes culturas jurídicas nacionales. Un proceso ya muy avanzado cuyo contenido no es este el momento de glosar.

Es como si hubiéramos asumido todos una visión idílica de la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos, propia de algunas latitudes europeas, y nos hubiéramos olvidado de los múltiples aspectos políticos y jurídicos que están en el origen de la no siempre fácil convivencia entre el *sistema de integración de Bruselas* y el *sistema de cooperación de Estrasburgo*. Percibidos, por cierto, como una misma cosa por algunas opiniones públicas como la británica y no

sólo porque el Parlamento Europeo se reúna en ambas ciudades alternativamente.

Desde la perspectiva estrictamente jurídica, quizás haya llegado el momento de analizar otras alternativas. Puede que haya que dejar de seguir girando sobre la redacción de unos textos que no han alcanzado consenso, empleando dos técnicas muy recurrentes en ámbitos europeos con el propósito de «subir a todos al barco». Me refiero a la calculada ambigüedad del texto que queda abierto a su posterior interpretación y disputa; y el sucesivo incremento de la complejidad de la redacción de los preceptos, con las consecuencias que conlleva para la calidad jurídica de la norma y su posterior aplicación. Un solo ejemplo de lo que apunto. Si al final vamos a tener una figura del codemandado opcional para las partes y va a ser posible la condena conjunta de un demandado y un codemandado (como apunta el último texto en circulación), ¿no habrá llegado el momento de desechar la figura del codemandado y simplemente permitir que el Tribunal pueda condenar a varios demandados sin obligación de pronunciarse en sentencia sobre el reparto de responsabilidades, cuando se trata de demandados que comparten competencias en la materia?

En fin, el reto de la adhesión de la Unión Europea al CEDH adquiere cada día más enjundia, son mayores las aristas y los contratiempos. Una singladura que, desde luego, requiere algo más que experto conocimiento jurídico. Requiere, sobre todo, amplitud de miras jurídicas, tacto político, diplomático e institucional. Por contra, sobra cualquier mínima dosis de prepotencia. ¡Se busca negociador!