

LA FASE FINAL DE LAS NEGOCIACIONES PARA LA ADHESIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. LA PESC, ÚNICA ASIGNATURA PENDIENTE

THE FINAL PHASE OF THE NEGOTIATIONS FOR THE ACCESSION OF THE EUROPEAN UNION TO THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS. CFSP, THE ONLY UNFINISHED BUSINESS

Nicolás Aldea Martínez*

RESUMEN: Este trabajo analiza la evolución de las negociaciones del grupo de trabajo creado para la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos tras el dictamen 2/13 emitido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Las negociaciones han llegado a una fase final. Se trata especialmente la cuestión relativa a la PESC, la única cuestión que queda por resolver.

PALABRAS CLAVE: Unión Europea; Convenio Europeo de Derechos Humanos; Tribunal de Justicia de la Unión Europea; Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

ABSTRACT: This work focuses on the evolution of the negotiations of the working group that was set up for the European Union's accession to the European Convention on Human Rights, following the Opinion 2/13 issued by the Court of Justice of the European Union. The negotiations have reached a final stage. This work deals in particular with the CFSP issue, the only question that is yet to be resolved.

* Nicolás Aldea Martínez. Profesor de Derecho Público en CUNEF Universidad. Correo-e: nicolas.aldea@cunef.edu. ORCID ID: 0009-0005-6688-291X.

El presente trabajo no ha contado con ninguna financiación directa o indirecta procedente de entidad alguna, pública o privada, con o sin ánimo de lucro.

KEYWORDS: European Union; European Convention on Human Rights; Court of Justice of the European Union; European Court of Human Rights.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—1. LA POSIBILIDAD DE ESTABLECER ESTÁNDARES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SUPERIORES A LA CDFUE.—2. LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA MUTUA POR LOS PROCEDIMIENTOS ENTRE LOS ESTADOS MIEMBROS ANTE EL TEDH.—3. EL SOLAPAMIENTO DE LA SOLICITUD DE OPINIÓN CONSULTIVA CON LA CUESTIÓN PREJUDICIAL.—4. EL PRONUNCIAMIENTO DEL TEDH SOBRE LAS CUESTIONES DE DERECHO COMUNITARIO.—5. LAS DECISIONES DEL TEDH SOBRE EL SISTEMA DE REPARTO DE COMPETENCIAS Y RESPONSABILIDADES DE LA UNIÓN EUROPEA EN RELACIÓN CON EL MECANISMO DEL CODEMANDADO: 5.1. El proceso de designación del codemandado; 5.2. La limitación de las reservas formuladas por los Estados miembros al CEDH por la declaración de responsabilidad conjunta del TEDH; 5.3. El reparto de responsabilidad entre codemandados; 5.4. La puesta a disposición de la Unión y de los Estados miembros de la información de todos los asuntos por los que se puedan ver afectados.—6. LA DECISIÓN DEL TEDH SOBRE LA EXISTENCIA DE JURISPRUDENCIA DEL TJUE PARA INICIAR EL PROCEDIMIENTO DE INTERVENCIÓN PREVIA: 6.1. La aplicación del procedimiento de intervención previa para la interpretación del derecho derivado; 6.2. La decisión sobre la existencia de jurisprudencia del TJUE para iniciar el procedimiento de intervención previa.—7. EL CONTROL JURISDICCIONAL SOBRE LA PESC: ÚNICA ASIGNATURA PENDIENTE—8. OTRAS MODIFICACIONES DE LOS PROYECTOS DE INSTRUMENTOS DE ADHESIÓN.—CONCLUSIÓN.—BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

Todavía no se ha producido la anhelada adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Pero quizás esté cerca. Los agüeros son favorables. No me propongo en este trabajo, en cualquier caso, esperaranzar ni ilusionar a aquellos lectores convencidos de las virtudes de la integración del constitucionalismo europeo para la protección de los derechos fundamentales. Mi objetivo, más modesto, es dar parte del estado de las negociaciones del grupo de trabajo creado para consumir la adhesión que, adelante, han llegado a su fase final.

Acaso no sea necesario recordar que la constitucionalización de los derechos fundamentales en España y, en general, en los Estados miembros de la Unión Europea, ha adoptado un carácter trifásico. Coexisten tres regímenes, puede que complementarios, pero desde luego distintos y en constante evolución. Estos tres regímenes se ubican en la Constitución, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Y archiconocido es que su convivencia ha sido posible hasta el momento gracias al diálogo establecido entre el Tribunal Constitucional, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Lo que sí es necesario recordar —posiblemente nunca dejará de serlo— es la importancia de avanzar en la convivencia de los tres niveles de protección de los derechos fundamentales existentes en Europa desde una perspectiva holística e integradora; de progresar hacia un sistema de protección de los derechos fundamentales más consolidado y uniforme.

El primer paso razonable para esa integración es la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Una adhesión que, desde el primer momento, acarrea complejidades políticas y jurídicas. Se trata de la negociación de un acuerdo para la incorporación de una organización supranacional (con un ordenamiento y una jurisdicción propios) formada por 27 Estados a una organización internacional en materia de derechos humanos, formada por esos 27 Estados y 19 Estados más, con una jurisdicción diseñada para resolver conflictos entre Estados. No se podía vaticinar un camino fácil¹.

En 1996 se produjo el primer intento formal de adhesión y veintisiete años después no se ha logrado todavía. La referida adhesión se ha sometido a dictamen del Tribunal de Justicia en dos ocasiones, y en las dos ha dictaminado en contra. En efecto, el primer intento fue detenido por el dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996. El segundo por el dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014.

No explicaré de nuevo el contenido de los dictámenes, tan trillado. Pero sí debo detenerme eventualmente en el segundo dictamen emitido por el TJUE porque los avances en el proceso de adhesión son reformas sobre el borrador de acuerdo que fue sometido al dictamen 2/13. Aquel borrador de acuerdo de proyecto de adhesión que, cuando en el año 2013 concluyeron las negociaciones entre la Comisión y el Comité de Ministros del Consejo de Europa, se presentó al TJUE ex artículo 218.11 TFUE como un borrador de cinco instrumentos jurídicos necesarios: 1) un Proyecto de Acuerdo de adhesión, 2) un Proyecto de Declaración de la UE, 3) un Proyecto de Regla 18 a añadir a las Reglas del Comité de Ministros para la supervisión de la ejecución de las sentencias y de los acuerdos amistosos en los asuntos en que la UE sea parte, 4) un Proyecto de Memorando de entendimiento entre la UE y los Estados parte no miembros de la UE y 5) un Proyecto de Informe explicativo del Acuerdo de adhesión.

El TJUE concluyó de manera tajante que los Proyectos de instrumentos de adhesión vulneraban el derecho de la Unión Europea. Así las cosas, aunque el tribunal fue duramente criticado tanto por la doctrina como desde la esfera política, la anhelada adhesión no se produjo². La situación en el año 2014 era

¹ Martín y Pérez de Nanclares ya advirtió en el año 2012 de las dificultades jurídicas y políticas inherentes al proceso de adhesión. Martín y Pérez de Nanclares, José, “La adhesión de la Unión Europea al CEDH: algo más que una cuestión meramente jurídica”, en *WP IDEIR Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, nº 14, 2012, p. 14.

² La crítica doctrinal ha insistido en que tras las razones aducidas por el Tribunal de Justicia subyacía su desconfianza hacia la posible articulación de un control

desalentadora y conducía a cuestionar si la adhesión era un propósito en el que perseverar o del que desistir. A la vista de la rígida obstrucción del TJUE quizás seguir insistiendo en la integración de la Unión en el sistema del Convenio era ya perder el tiempo.

Pues bien. A pesar de la posición del Tribunal de Justicia en sus dictámenes, desde la esfera política, consciente de que no se puede permanecer eternamente en el inmovilismo, se continuó insistiendo en la pretendida adhesión. Si el problema de la oposición del Tribunal de Justicia a la esperada adhesión, en última instancia, residía más en motivos de oportunidad, debían buscarse soluciones para evitar que su oposición provocara una situación de bloqueo que impidiese el desarrollo y el progreso del sistema constitucional de protección de los derechos fundamentales.

Las alternativas eran dos: que el Tribunal de Justicia cambiase de parecer y, a través de una interpretación más flexible y constructiva (que la abogada general, la Sra. J. Kokott, demostró posible) adoptara una posición más transigente, o que se modificasen los Proyectos de instrumentos de adhesión de acuerdo con el dictamen del Tribunal de Justicia. Ambas soluciones presentaban serios obstáculos. La primera suponía reformar todos los puntos específicos de los tratados de la Unión que fueran un obstáculo para la adhesión. Algunos puntos quizás fueran más sencillos de reformar, verbigracia, la atribución de competencia al TJUE sobre todos los aspectos de la PESC en el artículo 24 TUE. Otros, en cambio, presentan notables complejidades, como la autonomía del ordenamiento jurídico de la UE y de sus instituciones. La segunda alternativa implicaba un nuevo acuerdo de los Estados miembros para que el Consejo decidiera de nuevo la negociación, con la posible retractación de algunos Estados miembros no demasiado convencidos con el acuerdo ya con carácter previo a la emisión del dictamen —las reticencias de Francia al control de la PESC por el TEDH, por ejemplo— y de algunos Estados parte no miembros de la UE descontentos con el contenido del dictamen. Además, el TJUE volvería a pronunciarse sobre el nuevo proyecto de adhesión³.

externo por el Consejo de Europa sobre el derecho de la Unión. Un supuesto temor del TJUE a que, si dicha adhesión se producía, de una u otra manera pudiera quedar sometido, subordinado, al TEDH en materia de derechos fundamentales. La crítica ha sido tan refractaria que es difícil encontrar alguna excepción. Halberstam es uno de los pocos autores que ha defendido la posición del TJUE: Halberstam, Daniel, “«It’s the Autonomy, Stupid!» A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward”, en *German Law Journal*, vol. 16, n.º 1, 2015.

³ Besselink, Claes y Reestman propusieron que la UE recurriera a un *notwithstanding protocol* en virtud del artículo 48 TUE que declarase que la Unión se adheriría al Convenio sobre la base del acuerdo de adhesión a pesar del dictamen 2/13 del TJUE. Una solución, a mi juicio, radical contra la autoridad del TJUE que, además, no evitaría y, por lo tanto, sólo pospondría, las inevitables reformas, en un sentido u otro, para la pacífica integración de la Unión en el Convenio. Cfr. VVAA, “A Constitutional moment: Acceding to the ECHR (or not)”, en *European Constitutional Law Review*, vol. 11, n.º. 1, 2015, pp. 6-12.

Se optó por la segunda alternativa. En septiembre de 2020 se reactivaron las negociaciones entre la Comisión Europea y el Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la base de los Proyectos de instrumentos de adhesión sometidos en 2014 al dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia.

Se creó un grupo de trabajo para las negociaciones que ha examinado durante estos años las cuestiones planteadas por el dictamen 2/13. Y dichas negociaciones han llegado a la fase final, parece que con bastante éxito: se ha resuelto la mayoría de las cuestiones señaladas por el TJUE. Sólo queda pendiente por resolver la cuestión atinente a la Política Exterior y de Seguridad Común de la Unión Europea. Cuestión que la Unión Europea pretende resolver internamente, según ha comunicado al grupo de trabajo en la 18ª reunión celebrada los días 14 a 17 de marzo de 2023.

El Parlamento Europeo también ha dado cuenta de que las negociaciones del grupo de trabajo, formado por representantes de la Comisión Europea y el Comité de Ministros del Consejo de Europa, han llegado a su fase final. El 9 de marzo de 2023 publicó un informe sobre las relaciones institucionales entre la Unión y el Consejo de Europa en el que muestra su apoyo a la adhesión de la Unión al CEDH, señala los beneficios que tendría e insta a la Unión para que se apresure a resolver las cuestiones pendientes —pues en aquella fecha, además de la cuestión relativa a la PESC, también quedaban por resolver algunas cuestiones relacionadas con la participación de la UE en las votaciones del Comité de Ministros⁴—. Concretamente, el Parlamento Europeo urgió la resolución de las cuestiones pendientes antes de la Cuarta Cumbre del Consejo de Europa, que tuvo lugar los días 16 y 17 de mayo de 2023 en Islandia. Mas no fue posible.

En las siguientes líneas me propongo estudiar las reformas de los Proyectos de instrumentos de adhesión. Comparar las versiones sometidas al dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia y las versiones actuales, resultado de la negociación llevada a cabo por el grupo de trabajo durante los últimos años. Se ha optado por modificar los Proyectos de instrumentos de adhesión para que se adapten a las exigencias del TJUE y creo que estos cambios, que persiguen soluciones para evitar una situación de bloqueo que impida el progreso del sistema constitucional de protección de los derechos fundamentales, deben ser analizados. También me propongo hacer algunas reflexiones sobre cómo afrontar la cuestión todavía pendiente, referida al control jurisdiccional de la Política Exterior y de Seguridad Común.

⁴ Parlamento Europeo, *Informe sobre las relaciones institucionales entre la Unión y el Consejo de Europa (2022/2137(INI))*, Comisión de Asuntos Constitucionales, Ponente: Loránt Vincze, 9 de marzo de 2023.

1. LA POSIBILIDAD DE ESTABLECER ESTÁNDARES D E PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SUPERIORES A LA CDFUE

El artículo 53 CEDH permite que los Estados miembros puedan establecer otros estándares de protección de los derechos fundamentales superiores y el TJUE ha interpretado el artículo 53 CDFUE en el sentido de que los estándares de protección nacionales no deben afectar a la protección de los derechos fundamentales prevista en la Carta ni a la primacía, la unidad y la efectividad del derecho de la Unión (sentencia *Melloni*). De esta manera, los Estados miembros podrían establecer estándares superiores al Convenio pero no a la Carta. Para el TJUE el Proyecto de Acuerdo que le fue presentado en 2013 no incluía ninguna previsión que asegurara que la facultad otorgada por el CEDH a los Estados miembros para establecer estándares de protección superiores no afectaría a los derechos fundamentales reconocidos en la Carta ni a la primacía, unidad y efectividad del derecho de la Unión. El TEDH podría cuestionar su interpretación del derecho de la Unión Europea, incluida la Carta, por lo que para el TJUE el Proyecto de Acuerdo era contrario al derecho originario de la Unión.

Esta cuestión ni siquiera fue planteada por la abogada general, la Sra. Kokott, en sus conclusiones generales. No fue planteada porque la contradicción expuesta por el TJUE en su dictamen 2/13 no era cierta: lo que recoge el Convenio es una facultad, no una obligación, para los Estados miembros de establecer estándares superiores. Si el derecho de la Unión lo limita o lo prohíbe, como los Estados miembros tienen una facultad, es suficiente con que se abstengan hacerlo. La contradicción tendría lugar si el CEDH estableciera una obligación⁵. A pesar de ello, en la versión actual del Proyecto de Acuerdo de adhesión se ha añadido un apartado 9 al artículo 1 que incide en que los Estados miembros pueden aplicar conjuntamente un nivel común jurídicamente vinculante de protección de los derechos humanos siempre que sea superior al del Convenio. Se matiza así que siempre que se respete el estándar mínimo del CEDH, los Estados miembros pueden adoptar conjuntamente el estándar de la CDFUE, que establece como límite a la concesión del artículo 53 CEDH para los Estados miembros el respeto de la primacía, la unidad y la efectividad del derecho de la Unión.

Otro cambio apreciable, aunque meramente posicional, en el actual Proyecto de Acuerdo de adhesión es el traspaso del contenido del antiguo artículo 6, referido a la interpretación de los artículos 35.2 b) y 55 del Convenio —de modo que los procedimientos ante el TJUE no se consideran incluidos en ninguno de los dos supuestos—, a un nuevo apartado 8 en el artículo 1. In-

⁵ En el mismo sentido: Alonso García, Ricardo, “Análisis crítico del veto judicial de la UE al CEDH en el Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014” en *WP IDEIR Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, n.º 26, 2015, pp. 8 y 9.

interpretación que también se matizaba en el Proyecto de Informe explicativo del Acuerdo (puntos 36 y 37), y que se ha mantenido sin cambios.

2. LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA MUTUA POR LOS PROCEDIMIENTOS ENTRE LOS ESTADOS MIEMBROS ANTE EL TEDH

El Tribunal de Justicia señaló en su dictamen 2/13 que, en la medida en que el Convenio consideraba que la Unión Europea y los Estados miembros eran partes contratantes —como el resto de Estados parte— también en sus relaciones recíprocas cuando se rigieran por el derecho de la UE, los Estados miembros podrían verificar el respeto de los derechos fundamentales por el resto de Estados miembros y exigirles un nivel de protección superior. Esto, según el TJUE, suponía una vulneración del principio de confianza mutua entre los Estados miembros, que impide a éstos cuestionar sus respectivos regímenes de protección de los derechos fundamentales.

La vulneración del principio de confianza mutua que temía el Tribunal de Justicia que pudiera producirse con objeto de la adhesión, puede producirse de igual modo en la situación actual, sin adhesión. Actualmente los Estados miembros también pueden cuestionar sus respectivos regímenes de protección de los derechos fundamentales ante el CEDH, en la medida en que son Estados parte. El principio de confianza mutua obliga a los Estados miembros de la UE por lo que éstos, con adhesión o sin ella, deben abstenerse de cuestionar la protección de los derechos fundamentales del resto de Estados miembros. Dado que el Convenio no obliga a los Estados miembros a verificar o supervisar los sistemas de protección de los derechos fundamentales del resto de Estados, bastaría con que los Estados miembros de la Unión se abstuvieran de hacerlo entre ellos. Desde este punto de vista no sería necesario, por lo tanto, modificar los Proyectos de instrumentos de adhesión.

Ahora bien, existe jurisprudencia del TEDH sobre la doctrina de la protección equivalente que establece su presunción salvo prueba en contrario en el caso *concreto*⁶. Esta doctrina puede contradecir el principio comunitario de confianza mutua en función de cómo la interprete el TEDH en su jurisprudencia⁷. Es importante la sentencia *Avotins c. Letonia*, n.º 17502/07, Gran

⁶ Esta doctrina fue asentada a través de la sentencia *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlanda*, n.º 45036/98, Gran Sala, de 30 de junio de 2005 y desarrollada por las sentencias *M.S.S c. Bélgica y Grecia*, n.º 30696/09, Gran Sala, de 21 de enero de 2011; y *Michaud c. Francia*, n.º 12323/11, Antigua Sección Quinta, de 6 de diciembre de 2012.

⁷ Conviene recordar que el principio de confianza mutua no se recoge expresamente en los tratados de la UE. Se trata de una construcción jurisprudencial del TJUE que tiene su origen y su basamento en el principio de reconocimiento mutuo previsto en los artículos 67 TFUE (Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia), 81 TFUE (cooperación judicial en materia civil) y 82 TFUE (cooperación judicial en materia penal).

Sala, de 23 de mayo de 2016, posterior al dictamen 2/13, que estableció que el principio de confianza mutua está amparado por la doctrina de la protección equivalente siempre que no actúe en detrimento de los derechos fundamentales⁸. Esto es: la presunción en la que se basa la doctrina de la protección equivalente se aplica al principio de confianza mutua salvo prueba en contrario de que dicho principio resulta *manifiestamente deficiente* para la protección de los derechos fundamentales. En la medida en que el TEDH incide en la valoración que los jueces nacionales hacen de esa prueba en contrario lo hace en detrimento del principio de confianza mutua. Esto da lugar a una cierta inseguridad jurídica, cuya evolución —una vez se produzca la adhesión— se desconoce. Tanto es así que algunos autores han interpretado la sentencia *Avotins* como una reacción del TEDH a la rigidez y falta de empatía del TJUE en 2014 (una huida de la presunción) y otros como un artificio para aplicar la doctrina de la protección equivalente (una defensa de la presunción)⁹. Y tampoco debe olvidarse la jurisprudencia de algunos tribunales nacionales que se opone al principio de confianza mutua e, incluso, en el caso del Tribunal Constitucional Federal alemán —abusando de la teoría del acto claro— lo

Para mayor abundamiento sobre la relación entre ambos principios: Imamović, Šejla, “The Relationship between the Court of Justice of the EU and the European Court of Human Rights after Opinion 2/13”, en VVAA, *The EU Fundamental Rights Landscape After Opinion 2/13* (eds. Šejla Imamović, Monica Claes y Bruno De Witte), Maastricht Faculty of Law, Working Paper n.º 3, 2016, pp. 61 y ss.

⁸ Antes del dictamen 2/13, el TEDH ya había dictado la sentencia *Tarakhel c. Suiza*, n.º 29217/12, Gran Sala, de 4 de noviembre de 2014, defendiendo un examen individualizado de la situación de cada asunto antes de presumir el respeto de los derechos fundamentales por los Estados miembros. Posición con la que el TJUE no se ha mostrado de acuerdo en algunas sentencias (STJUE de 21 de diciembre de 2011 (asuntos acumulados C-424/10 y C-425/10), pero sí en otras (STJUE de 5 de abril de 2016, Pál Aranyosi c. Hungría y Robert Căldăraru c. Rumanía (asuntos acumulados C-404/15 y C-659/15 PPU)). La sentencia *Tarakhel* cambió la posición que el TEDH había mantenido hasta ese momento, según la cual, con base en la sentencia M.S.S. c. Bélgica y Grecia, n.º 30696/09, Gran Sala, de 21 de enero de 2011, el principio de confianza mutua sólo cedía en caso de deficiencias o infracciones sistémicas de los derechos fundamentales. De hecho, algunos autores han manifestado que la sentencia *Tarakhel c. Suiza* pudo ser una de las causas del rechazo del TJUE a la adhesión en relación con el principio de confianza mutua. Cfr. Peers, Steve, “The EU’s Accession to the ECHR: The Dream Becomes a Nightmare”, en *German Law Journal*, vol. 16, n.º 1, 2015, p. 220; Bossuyt, Marc, “The Principle of ‘Mutual Trust’ in Opinion 2/13”, en VVAA, *The EU Fundamental Rights Landscape After Opinion 2/13* (eds. Šejla Imamović, Monica Claes y Bruno De Witte), Maastricht Faculty of Law, Working Paper n.º 3, 2016, pp. 16 y 17.

⁹ Por ejemplo, Alonso García considera que la sentencia perjudica al principio de confianza mutua, y Requejo Isidro y Cortés Marín que lo defiende. Cfr. Alonso García, Ricardo, “La doctrina de Estrasburgo sobre la protección equivalente tras el veto de Luxemburgo a la adhesión de la UE al CEDH (a propósito de *Avotins v. Letonia*)”, en *WP IDEIR Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, n.º 32, 2017, pp. 11-15; Cortés Marín, José Manuel, *Avatares del proceso de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Reus, Madrid, 2018, pp. 94 y 180.

considera una mera presunción *iuris tantum* que él mismo puede apreciar a través del recurso de amparo¹⁰.

La suposición que subyace al principio de confianza mutua de que todos los Estados miembros de la UE garantizan el respeto y la observancia de los derechos humanos no es realista. Esto parece asumirlo tanto el TEDH como el TJUE. El objeto de controversia no reside ahí, por lo tanto, sino en que la referida presunción objeto del principio de confianza mutua deba ser o no refutable caso por caso (y no sólo en circunstancias excepcionales de violaciones sistémicas de los derechos humanos). En otras palabras: si la naturaleza de los derechos fundamentales demanda un análisis de su posible violación caso por caso, sin que quepa presunción alguna¹¹.

Algunos autores han afirmado que, de producirse la adhesión, la presunción *Bosphorus* está condenada a desaparecer. Señalan que las dos razones que la justifican desaparecerían: el TEDH sería competente para conocer *rationae personae* las demandas presentadas contra las instituciones de la UE y el TEDH podría pronunciarse en última instancia sobre la adecuación del derecho de la UE al Convenio¹². Sin embargo, olvidan una tercera razón que justifica el mantenimiento de la presunción *Bosphorus*: el principio de confianza mutua. Este principio se garantiza con la citada presunción que, de desaparecer, supondría que el TEDH pudiera exigir a los Estados miembros examinar la protección de los derechos fundamentales caso por caso¹³. Aquí reside el temor del TJUE.

¹⁰ Me refiero a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 15 de diciembre de 2015 (2 BVR 2735/14) que ha analizado en detalle Arzoz Santisteban. Cfr. Arzoz Santisteban, Xabier, “Karlsruhe rechaza la Doctrina Melloni del Tribunal de Justicia y advierte con el control de la identidad constitucional (comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 15 de diciembre de 2015, 2 BVR 2735/14)”, en *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 58, 2016, pp. 134 y 135. Para mayor abundamiento: Arzoz Santisteban, Xabier, *Transformaciones judiciales: Karlsruhe y los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2022.

¹¹ En el mismo sentido: Imamović, Šejla, “The Relationship between the Court of Justice of the EU and the European Court of Human Rights after Opinion 2/13”, *op. cit.*, p. 63.

¹² Llopis Nadal, Patricia, “La necesidad procesal de la adhesión de la Unión Europea al CEDH: Un asunto que continúa pendiente tras el dictamen 2/13 del TJUE”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 29, 2015, pp. 36 y 37. La autora cita a su vez a Lock: Lock, Tobias, “EU Accession to the ECHR, Implications for Judicial Review in Strasbourg”, en *European Law Review*, n.º 35, 2010, pp. 797 y ss.; Lock, Tobias, “The ECJ and the ECtHR: The Future Relationship between the Two European Courts”, en *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, n.º 8, 2009, nota 33, p. 395.

¹³ La doctrina de la protección equivalente y el principio de confianza mutua nacen separados, desconectados. La primera nace como una cuestión jurisdiccional —la exclusión del control del TEDH sobre el cumplimiento de los Estados miembros del derecho de la UE— y el segundo como un principio de cooperación entre los Estados miembros —el reconocimiento mutuo dentro del Espacio de Libertad, Seguridad y

En mi opinión, era necesario aclarar en los Proyectos de instrumentos de adhesión la situación en la que quedaría el principio de confianza mutua una vez que la Unión se integre en el Convenio. Lo razonable, teniendo en cuenta el poco realismo que sostiene el principio de confianza mutua y el debilitamiento de la presunción *Bosphorus* en ausencia de las dos primeras razones mencionadas, sería primar el control caso por caso del TEDH sobre los derechos fundamentales en todos los Estados parte y en la Unión Europea por igual. Es cierto que la decisión iría en contra de la jurisprudencia del TJUE que reconoce el principio de confianza mutua pero no es menos cierto que ese principio ya se ve cuestionado por alguna jurisprudencia del TEDH.

Sin embargo, el grupo de trabajo ha introducido un nuevo artículo 6 en el Proyecto de Acuerdo de adhesión que niega expresamente que la adhesión de la Unión al Convenio pueda afectar a la aplicación del principio de confianza mutua entre los Estados miembros de la UE. Aparentemente puede dar la impresión —y creo que esa es la intención del grupo de trabajo— de que se refuerza el principio de confianza mutua frente a la reciente jurisprudencia del TEDH. No obstante, a mi parecer las modificaciones introducidas no aportan nada nuevo y, si algo aportan, es mayor confusión. La razón es que, a la vez que en el citado artículo se acentúa el principio de confianza mutua, se indica que en ese contexto se asegurará la protección de los derechos del Convenio y, además, en el Proyecto de Informe explicativo (puntos 87 y 88) se cita jurisprudencia del TEDH —incluida la sentencia *Avotins*— que incide en que el principio de confianza mutua no debe actuar en detrimento de los derechos fundamentales¹⁴.

Aunque pueda parecer que los cambios introducidos en los Proyectos de instrumentos de adhesión enfatizan el respeto por el Convenio del principio

Justicia—. Sin embargo, con el tiempo, la presunción de la protección equivalente y el principio de confianza mutua han terminado por cruzarse, precisamente en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea. Incluso puede decirse que actualmente ambos son la base del reconocimiento mutuo, pues la aplicación del principio de confianza mutua y de la presunción de la protección equivalente exigen la misma caución: que la protección de los derechos fundamentales no sea *manifiestamente deficiente*. Hasta ahora el derecho de la Unión Europea puede proteger el principio de confianza mutua, a través de normas que no permitan la discrecionalidad de los Estados miembros y que obliguen al TEDH a aplicar la presunción de la protección equivalente. La sentencia *Avotins* es un buen ejemplo. La presunción *Bosphorus* exige, por lo tanto, una reducción de la intensidad de la función supervisora del TEDH en interés de la cooperación internacional que, en numerosos casos, actúa como garantía del principio de confianza mutua; y si con la adhesión desaparece, la inflexión del principio de confianza mutua quedará en todo caso en manos del TEDH.

¹⁴ Una propuesta similar —no en la redacción pero sí en el contenido— planteada por el Comité Meijers, garantizaba la aplicación del principio de confianza mutua salvo que existieran razones fundadas para creer que dicha cooperación daría lugar a una violación grave de los derechos fundamentales del CEDH. Cfr. Meijers Committee, standing committee of experts on international immigration, refugee and criminal law, *Note on Mutual trust and Opinion 2/13 on accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, CM1604, 17 de marzo de 2016.

de confianza mutua, lo cierto es que mantienen la incertidumbre actual sobre la confrontación entre dicho principio y la obligación de los jueces nacionales de comprobar que no existe una protección manifiestamente deficiente¹⁵. Así las cosas, la compatibilidad entre una y otra obligación seguirá dependiendo del diálogo entre el TEDH y el TJUE de modo que la jurisprudencia de aquél respete el principio de confianza mutua y la de éste reconozca el control necesario del Convenio sobre la protección de los derechos fundamentales.

Adicionalmente a los cambios analizados en este apartado, hay otro aspecto que sí reforzaría el principio de confianza mutua y que analizo más adelante: la intervención en calidad de codemandado ante el TEDH. Cuando la Unión interviniera en calidad de codemandada en los procedimientos tramitados ante el TEDH podría defender el principio de confianza mutua; algo que actualmente no puede hacer. Por consiguiente, aunque los cambios introducidos en los Proyectos de instrumentos de adhesión siguen dejando al diálogo de los dos tribunales la aplicación de una u otra doctrina, parece que la posición de la Unión se vería beneficiada tras la adhesión¹⁶.

3. EL SOLAPAMIENTO DE LA SOLICITUD DE OPINIÓN CONSULTIVA CON LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

Como el Protocolo n.º 16 del CEDH fue firmado en octubre de 2013 no se incluyó previsión alguna en el Proyecto de Acuerdo de adhesión, pero el TJUE sí lo tuvo en cuenta en su dictamen 2/13. El Tribunal de Justicia señaló que este procedimiento, que permite a los órganos jurisdiccionales nacionales superiores presentar al TEDH solicitudes de opiniones consultivas sobre la aplicación e interpretación del CEDH, podría afectar a la autonomía y a la

¹⁵ Aunque se refuerza la aplicación del principio de confianza mutua, lo cierto es que los cambios introducidos en los Proyectos de instrumentos de adhesión no satisfacen las pretensiones de ninguna de las partes. No se garantiza el principio de confianza mutua sin excepciones como pretendía el TJUE y mucho menos se refuerza la protección de los derechos humanos por el Convenio, como defiende éste en algunas de sus sentencias y han propugnado numerosos autores, entre otros, Douglas-Scott y Bribosia. Cfr. Douglas-Scott, Sionaidh, “Opinion 2/13 and the ‘elephant in the room’: A response to Daniel Halberstam”, en el blog *Verfassungsblog on matters constitutional*, 13 de marzo de 2015; Bribosia, Emmanuelle, “Fundamental rights and mutual trust in the European Union – the story of a clash foretold?” en VVAA, *The EU Fundamental Rights Landscape After Opinion 2/13* (eds. Šejla Imamović, Monica Claes y Bruno De Witte), Maastricht Faculty of Law, Working Paper n.º 3, 2016, pp. 35 y 36.

¹⁶ Autores con posiciones tan distanciadas como Reitemeyer y Pirker —que han criticado con dureza la posición del TJUE— y Halberstam —que la ha defendido— han manifestado que la adhesión permitiría una mejor defensa del principio de confianza mutua por la Unión. Cfr. Reitemeyer, Stefan y Pirker, Benedikt, “Between Discursive and Exclusive Autonomy – Opinion 2/13, the Protection of Fundamental Rights and the Autonomy of EU Law”, en *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, diciembre de 2015, p. 8; Halberstam, Daniel, “«It’s the Autonomy, Stupid!» A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward”, op. cit. p. 137.

eficacia de la cuestión prejudicial regulada en el artículo 267 TFUE una vez se produjera la adhesión. Ambos procedimientos se podrían solapar cuando los Estados miembros tuvieran dudas sobre la aplicación o la interpretación de los derechos fundamentales. Tanto sobre los derechos garantizados al mismo tiempo por la Carta y por el Convenio, como sobre los derechos del Convenio, que con la adhesión pasaría a ser derecho comunitario. La preocupación del TJUE fue, en definitiva, que el TEDH pudiera interpretar antes que él los derechos fundamentales del Convenio prefijando la interpretación, de un lado, de aquellos derechos previstos también en la Carta y, de otro, del Convenio como derecho de la Unión¹⁷. Al igual que ocurre con la cuestión referida al principio de confianza mutua analizada en el apartado anterior, los Estados miembros de la UE no están obligados a plantear solicitudes de opinión consultiva y, si lo desean, ya pueden hacerlo sin que se haya producido la adhesión. Conviene insistir en que sólo se puede considerar que existe contradicción entre el CEDH y el TFUE en la medida en que aquél obligue a una cosa que éste prohíba.

Tampoco se sostiene el argumento del TJUE de que el procedimiento de intervención previa —que pudiera derivarse de una solicitud de opinión consultiva— se solapa con la cuestión prejudicial, por la sencilla razón de que aquel procedimiento sólo puede tener lugar en los procedimientos en que la Unión sea codemandada y el Protocolo n.º 16 no se aplicaría a estos procedimientos porque no ha sido ratificado por la UE.

Por lo tanto, creo que podía interpretarse que la prevalencia del TFUE era suficiente para no aplicar el Protocolo n.º 16 a los Estados miembros (como han señalado la Sra. Kokott y algunos autores¹⁸) o que era una cuestión que

¹⁷ Halberstam también ha defendido esta interpretación del TJUE, proponiendo una declaración expresa de los Estados miembros comprometiéndose a recurrir a la cuestión prejudicial. Johansen, por su parte, no sólo considera que el Proyecto de acuerdo sea contrario al derecho comunitario en este aspecto, sino que los Estados miembros de la Unión que han ratificado el Protocolo n.º 16 están incumpliendo el derecho de la Unión y, en consecuencia, deberían retirarse. Posición que me parece lógica con la interpretación que realiza el autor y con la interpretación del TJUE pero que, sin embargo, éste evitó en su dictamen 2/13. Cfr. Halberstam, Daniel, “«It’s the Autonomy, Stupid!» A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward”, op. cit., pp. 120-123; Johansen, Stian Oby, “Some thoughts on the ECJ hearing on the Draft EU-ECHR accession agreement”, en el blog *PluriCourts, The Faculty of Law, University of Oslo*, 28 de mayo de 2014.

¹⁸ Punto 141 de las conclusiones de la abogada general. También: Claes, Monica, “Accession or no accession? A national perspective” en VVAA, *The EU Fundamental Rights Landscape After Opinion 2/13* (eds. Šejla Imamović, Monica Claes y Bruno De Witte), Maastricht Faculty of Law, Working Paper n.º 3, 2016, pp. 86 y 87; Callewaert, Johan, “Protocol 16 and the Autonomy of EU law: who is threatening whom?” en el blog *European Law Blog*, 3 de octubre de 2014; Jacqué, Jean Paul, “L’AVIS 2/13 CJUE. Non à l’adhésion à la Convention européenne des droits de l’homme?” en el blog *European Area of Freedom Security & Security - FREE Group Members*, 26 de diciembre de 2014.

podía precisarse o aclararse a través de la normativa comunitaria (como han señalado otros autores¹⁹).

Para salvar la oposición del TJUE, el grupo de trabajo ha añadido un nuevo artículo 5 al Proyecto de Acuerdo de adhesión que establece que los órganos jurisdiccionales superiores de los Estados miembros de la UE —que hayan ratificado el Protocolo n.º 16— no se considerarán como tales —para ese procedimiento de opinión consultiva— si la cuestión entra en el ámbito de aplicación del derecho comunitario. De esta manera se excluye la posibilidad de que los Estados miembros planteen una solicitud de opinión consultiva cuando deben plantear una cuestión prejudicial. Ahora bien, el grupo de trabajo especifica en el Proyecto de Informe explicativo (punto 86) que la decisión que ponga fin al procedimiento en el marco del cual se eleve la cuestión prejudicial al TJUE seguirá siendo susceptible de solicitud de opinión consultiva ante el TEDH.

Adicionalmente, a través del artículo 1.2 del Proyecto de Acuerdo de adhesión, el grupo de trabajo ha añadido los artículos 7 a 11 del Protocolo n.º 16 del CEDH a la referencia genérica, de los artículos por los que se regirá la adhesión de la Unión —si ésta lo desea— a los protocolos, que se recoge en el artículo 59.2 a) del CEDH.

La solución elegida por el grupo de trabajo da preferencia a la cuestión prejudicial sobre la solicitud de opinión consultiva. En mi opinión, no era una modificación necesaria porque su contenido emergía de la prelación de ordenamientos. Y tal vez las consecuencias de la modificación no sean tan candorosas. Puede que la solución por la que ha optado el grupo de trabajo proteja la autonomía del ordenamiento comunitario en detrimento de la tutela judicial efectiva. De conformidad con los Proyectos de instrumentos de adhesión el tribunal nacional superior deberá, primero, elevar una cuestión prejudicial al TJUE. Éste resolverá la cuestión planteada y el tribunal nacional resolverá el procedimiento de conformidad con la resolución del TJUE. Después, el tribunal nacional podrá plantear una solicitud de opinión consultiva al TEDH. Es cierto que no será vinculante²⁰. Pero después sí cabrá un recurso individual directo ante el TEDH que deberá emitir una sentencia, lógicamente en el mismo sentido de su opinión consultiva.

Algunos autores han comparado la relación entre la cuestión de inconstitucionalidad y la cuestión prejudicial con la relación entre ésta y la soli-

¹⁹ Alonso García, Ricardo, “Análisis crítico del veto judicial de la UE al CEDH en el Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014” op. cit., pp. 11-14; Kuijer, Martin, “Is accession still possible? Is it still desirable?”, en VVAA, *The EU Fundamental Rights Landscape After Opinion 2/13* (eds. Šejla Imamović, Monica Claes y Bruno De Witte), Maastricht Faculty of Law, Working Paper n.º 3, 2016, p. 53.

²⁰ En efecto, en la teoría las opiniones consultivas del TEDH no son vinculantes. No obstante, en la práctica parece evidente que sus opiniones pueden adquirir un carácter general y una fuerza interpretativa similar a la prevista en el artículo 32.1 CEDH. En el mismo sentido: López Guerra, Luis, “La evolución del sistema europeo de protección de derechos humanos”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 42, 2018, p. 128.

cidad de opinión consultiva. Creo que la comparación no es acertada. Tras una cuestión de constitucionalidad el TJUE (*rectius*: el juez nacional) puede inaplicar una ley (si el TC ha determinado su validez) o resolver la duda interpretativa con escasos efectos (si el TC ha determinado su invalidez). Y tras una cuestión prejudicial el TC puede invalidar una ley (si el TJUE ha determinado su validez) o inadmitir la cuestión por no ser la ley *aplicable* (si el TJUE ha determinado su invalidez). Lo determinante es que cada tribunal puede resolver su consulta en el marco de su ordenamiento jurídico, de manera que los problemas se reducirían a los limitados supuestos en los que la Constitución se remite expresamente al derecho comunitario. Esto ha permitido incluso que algunos autores hayan planteado que la relación entre ambos instrumentos se articule en términos de simultaneidad en lugar de sucesión temporal para evitar dilaciones procesales²¹. Sin embargo, esto no es trasladable a la relación de la cuestión prejudicial con la solicitud de opinión consultiva. En este caso, los dos tribunales, el TJUE y el TEDH, se pronunciarían sobre la conformidad de una misma norma a un mismo ordenamiento jurídico, el comunitario, porque el Convenio se integraría en el derecho de la Unión. Así, siempre que uno de los dos tribunales se pronunciara primero cabría la posibilidad de que el otro emitiera una resolución contradictoria.

Era obligatorio elegir: posibilitar pronunciamientos contradictorios de los dos tribunales o dejar en manos del TEDH la interpretación del derecho comunitario. Acaso hubiera sido más práctico dar prioridad a la solicitud de opinión consultiva ante el TEDH, pero el TJUE hubiera quedado desplazado²². Por este motivo no me parece desacertada la decisión del grupo de trabajo. Se ha decidido que se establezca un primer control por el TJUE y un segundo control por el TEDH, que no excluye el pronunciamiento del TJUE sobre la validez e interpretación del derecho de la Unión y al mismo tiempo permite el control ulterior del TEDH en materia de derechos fundamentales. Al cabo, el funcionamiento del sistema seguirá dependiendo del diálogo entre los dos tribunales para evitar que sentencias contradictorias puedan afectar a la credibilidad del sistema europeo de protección de derechos humanos.

²¹ Cruz Villalón, Pedro y Requejo Pagés, Juan Luis, “La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 50, 2015, pp. 192-194.

²² Una síntesis de las razones para conceder prioridad a la solicitud de opinión consultiva frente a la cuestión prejudicial se puede encontrar en Tomás Mallén, Beatriz, “La efectividad del Protocolo n.º 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y su potencial impacto constitucional en España”, en *Estudios de Deusto*, vol. 70, n.º 1, 2022, pp. 408-411.

4. EL PRONUNCIAMIENTO DEL TEDH SOBRE LAS CUESTIONES DE DERECHO COMUNITARIO

El TJUE señaló en su dictamen que el artículo 33 CEDH vulneraba determinados artículos del TFUE: mientras que el primero permite que cualquier parte contratante pueda demandar el incumplimiento del Convenio de cualquier otra parte ante el TEDH, los artículos 344 TFUE (sometimiento de las controversias a los procedimientos previstos en los tratados de la UE), 3 del Protocolo n.º 8 UE (respeto del artículo 344 TFUE) y 4.3 TUE (principio de cooperación leal), sólo permiten el control por el TJUE de las cuestiones atinentes a derecho comunitario.

El Proyecto de Acuerdo de adhesión limitaba en su artículo 5 el alcance de la renuncia a otros medios de solución de controversias recogida en el artículo 55 CEDH (permitiendo así el pronunciamiento del TJUE), pero no excluía el pronunciamiento del TEDH sobre asuntos relacionados con el derecho comunitario, lo que, a su vez, permitía el artículo 33 CEDH. Tan sólo se incluía una mención general en el Proyecto de Informe explicativo a que el Acuerdo de adhesión no entraba a regular y dejaba en manos del derecho de la UE la decisión de si las demandas entre Estados miembros de la UE, o entre éstos y la UE, que implican cuestiones de derecho comunitario, podían ser sometidas al TEDH. La conclusión del Tribunal de Justicia fue que los Estados miembros no pueden demandar ante el TEDH una violación del CEDH por un Estado miembro o por la Unión Europea, si dicha violación está relacionada con el derecho de la Unión. Y que el Proyecto de Acuerdo de adhesión lo permitía, vulnerando los preceptos del derecho originario de la Unión ya citados.

Coincidió con la Sra. Kokott cuando en sus conclusiones generales señala que no existe ninguna vulneración. La razón es que la UE y los Estados miembros no están obligados a someter al TEDH los asuntos interestatales del artículo 33 CEDH. Si el artículo 344 TFUE ya establece la exclusividad del TJUE para resolver los asuntos de derecho comunitario que surjan entre los Estados miembros, o entre éstos y la Unión, no es necesario matizar que también se incluyen aquellos asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio²³. Además, conviene reconocer que el TEDH ya se pronuncia en exclusiva sobre el derecho de la Unión, aunque sea de manera indirecta, en aquellas ocasiones en las que un tribunal nacional abusando de la doctrina *CILFIT* decide no elevar cuestión prejudicial ante el TJUE y después se recurre ante el TEDH. La propia jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo permite presentar un recurso ante el TEDH sin haber planteado previamente cuestión prejudicial²⁴.

²³ Puntos 113 y 114 de las conclusiones de la abogada general.

²⁴ López Guerra, Luis, "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la UE y «le mouvement nécessaire des choses»", en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 39, 2017, pp. 173-176.

Para mayor escarnio, Alonso García ha apuntado que el artículo 282 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar permite expresamente que los Estados parte puedan convenir someterse al procedimiento previsto en la Convención en lugar de someterse al procedimiento comunitario; y Eeckhout ha advertido que si el derecho comunitario no permite los recursos directos entre Estados miembros ante el TEDH —en el marco del CEDH— tampoco los permite en el marco de otros acuerdos internacionales, como por ejemplo la Organización Mundial del Comercio²⁵.

A pesar de lo anterior, también me parece razonable la propuesta de la Sra. Kokott de añadir una cláusula al CEDH que reconociera expresamente la primacía del artículo 344 TFUE sobre el artículo 33 CEDH y que estableciera un procedimiento de pronunciamiento previo a la decisión del TEDH para que el TJUE pudiera pronunciarse sobre si el asunto en cuestión es o no de derecho comunitario²⁶. Aunque la abogada general erró rotundamente en su exposición. Para realizar esta propuesta, la Sra. Kokott sugirió la posibilidad de añadir a los Proyectos de instrumentos de adhesión una norma similar a la prevista en el artículo 282 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, sin reparar en que ésta permite que los Estados miembros elijan el procedimiento al que someter sus controversias.

Hasta este punto —salvando este último matiz— coincido con la argumentación de la abogada general. Sin embargo, la Sra. Kokott fue más allá y planteó que la Unión y los Estados miembros presentaran una declaración en el momento de la adhesión por la que se comprometieran a no recurrir entre ellos ante el TEDH aquellos procedimientos de derecho comunitario objeto del artículo 33 CEDH²⁷. Me parece que esta solución supondría trasladar al ámbito convencional una declaración que concierne al ámbito comunitario.

Finalmente, el grupo de trabajo ha adoptado una solución en la misma línea que la propuesta de la abogada general, a través de dos nuevos apartados del artículo 4 del Proyecto de Acuerdo de adhesión. En el apartado 3 se prevé directamente que la Unión y los Estados miembros, en sus relaciones mutuas, y los Estados miembros, entre ellos, cuando el litigio se refiera a la interpretación o aplicación del derecho comunitario, no podrán acogerse al artículo 33 CEDH. Si el asunto no requiere la interpretación o aplicación del derecho comunitario, no será aplicable el artículo 4.3 del Proyecto de Acuerdo de adhesión. ¿Y qué ocurre si el artículo 344 TFUE sólo resulta aplicable a una parte de la demanda y la otra parte puede considerarse un litigio independiente? Se trataría de una demanda mixta y, según explica el grupo de trabajo en el Proyecto de Informe explicativo (punto 83), a la parte que no

²⁵ Alonso García, Ricardo, “Análisis crítico del veto judicial de la UE al CEDH en el Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014” op. cit., pp. 14-17; Eeckhout, Piet, “Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky?” en *Fordham International Law Journal*, vol. 38, n.º 4, 2015, pp. 978 y 979.

²⁶ Puntos 115 y 116 de las conclusiones de la abogada general.

²⁷ Punto 120 de las conclusiones de la abogada general.

resulta aplicable el artículo 344 TFUE no se aplicaría tampoco el artículo 4.3 del Proyecto de Acuerdo de adhesión. Finalmente, en el apartado 4 se concede a la Unión Europea la facultad para determinar si el litigio entre partes se refiere o no a la interpretación o a la aplicación del derecho de la Unión Europea, y en el caso de demanda mixta para determinar en qué medida se refiere. Por último, una modificación final del Proyecto de Informe explicativo (punto 85) recuerda una obviedad: que los apartados 3 y 4 del artículo 4 no afectan a) a los asuntos entre Estados que no sean miembros de la UE y los Estados miembros de la UE o la UE, y b) a las demandas entre Estados miembros de la UE que no se refieran al derecho comunitario.

Creo que las modificaciones introducidas en los Proyectos de instrumentos de adhesión son acertadas. Se respeta el control del TJUE sobre la interpretación y aplicación del derecho de la UE y al mismo tiempo el control del TEDH sobre la protección de los derechos humanos de conformidad con el Convenio. Unas modificaciones que, sin embargo, bien podrían haber rechazado los representantes del Comité de Ministros del Consejo de Europa en el seno de las negociaciones a través de una interpretación sobre la autonomía del derecho comunitario que, en efecto, conviene evitar: que un compromiso entre la Unión y los Estados miembros para no recurrir entre ellos ante el TEDH supone una reserva general respecto del Convenio, prohibida por el apartado primero del artículo 57²⁸.

5. LAS DECISIONES DEL TEDH SOBRE EL SISTEMA DE REPARTO DE COMPETENCIAS Y RESPONSABILIDADES DE LA UNIÓN EUROPEA EN RELACIÓN CON EL MECANISMO DEL CODEMANDADO

El TJUE señaló en su dictamen 2/13 que el mecanismo del codemandado establecido en el Proyecto de Acuerdo era contrario al derecho comunitario por los motivos siguientes:

5.1. El proceso de designación del codemandado

La designación de codemandado podía producirse por invitación no vinculante del TEDH y por decisión del TEDH a petición de la propia parte. En este último caso, el TJUE señaló que el TEDH se vería obligado a interpre-

²⁸ González Vega ha expuesto que un compromiso entre la Unión y los Estados miembros para no recurrir entre ellos ante el TEDH como el que plantea la Sra. Kokott supondría una reserva general respecto del Convenio. Cfr. González Vega, Javier A., "La «teoría del big bang» o la creciente distancia entre Luxemburgo y Estrasburgo (Comentarios al Dictamen 2/2013, del Tribunal de Justicia, de 18 de diciembre de 2014 sobre la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos)", en *La Ley Unión Europea*, n.º 25, 2015, p. 12.

tar tanto las normas de reparto de competencias establecidas por el derecho comunitario como los criterios de imputación de los actos u omisiones que pudieran constituir una violación del Convenio.

La Sra. Kokott coincidió en la valoración de esta objeción con el análisis del Tribunal de Justicia. Para la abogada general, la sola posibilidad de decisión, por más limitada que estuviera, del TEDH sobre la admisión o no de la intervención de la UE o sus Estados miembros en calidad de codemandados ponía en riesgo el cumplimiento del artículo 1 b) del Protocolo n.º 8 UE. La decisión de si un asunto afecta o no al derecho comunitario corresponde en exclusiva a las instituciones de la Unión Europea. La Sra. Kokott manifestó que, para que se respetara la autonomía del derecho de la UE, era necesario privar al TEDH de la facultad de pronunciarse sobre la admisión de las solicitudes de codemandado²⁹.

Alonso García ha señalado que el control otorgado al TEDH era un control limitado a la verosimilitud de las alegaciones presentadas por la Unión o los Estados miembros y, por lo tanto, un umbral extremadamente bajo en términos de control por el TEDH, cuyo fin era precisamente salvaguardar la autonomía última del derecho de la Unión³⁰. Martín y Pérez de Nanclares ha considerado suficiente una reserva del TJUE para evitar un análisis de razonabilidad del TEDH³¹. Me parece que ninguna de las dos propuestas es suficiente para aportar una solución sólida al óbice expuesto por el TJUE. Sí me parece una buena solución, como defendieron la abogada general y los dos autores que acabo de citar, establecer una aceptación automática o cuasiautomática de la condición de codemandado³²; pero siempre que ese automatismo o cuasiautomatismo se exigiera en los Proyectos de instrumentos de adhesión. Sin embargo, esta no ha sido la solución adoptada por el grupo de trabajo.

En el nuevo Proyecto de Acuerdo se elimina la posibilidad de que el TEDH pueda decidir sobre la admisión de un codemandado sólo con la obtención de la opinión de todas las partes en el procedimiento y apreciando si se cumplen las condiciones de los apartados 2 y 3 del artículo 3 del Proyecto de Acuerdo. Estas condiciones son que las alegaciones de violación que dan lugar al procedimiento ante el TEDH pongan en tela de juicio la compatibilidad, de una disposición del derecho de la UE (en el caso de dirigirse contra los Estados miembros) o de una disposición de derecho originario de la UE (en el caso de

²⁹ Puntos 231 a 235 de las conclusiones de la abogada general.

³⁰ Alonso García, Ricardo, “Análisis crítico del veto judicial de la UE al CEDH en el Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014”, op. cit., pp. 17 y 18.

³¹ Martín y Pérez de Nanclares, José, “El TJUE pierde el rumbo en el Dictamen 2/13: ¿merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 52, 2015, p. 854.

³² Puntos 231 a 235 de las conclusiones de la abogada general. Alonso García, Ricardo, “Análisis crítico del veto judicial de la UE al CEDH en el Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014” op. cit., p. 18; Martín y Pérez de Nanclares, José, “El TJUE pierde el rumbo en el Dictamen 2/13: ¿merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?”, op. cit., p. 854.

dirigirse contra la Unión Europea), con los derechos recogidos por el CEDH y sus protocolos.

La solución se añade a través de un nuevo apartado 5 del artículo 3 que establece que, ya sea por invitación o por solicitud la participación en calidad de codemandado, es la Unión Europea la única que debe apreciar, motivadamente, si se dan o no las circunstancias mencionadas en los apartados 2 y 3 del artículo 3 del Proyecto de Acuerdo. De esta manera, primero se pronunciará la Unión a través de una evaluación motivada y después se dice que el TEDH comunicará su decisión a las partes.

En el Proyecto de Informe explicativo del Acuerdo (punto 61) se limita la capacidad de decisión del TEDH precisando que éste deberá admitir al codeemandado cuando la Unión concluya en su evaluación que se dan las condiciones materiales para ello. De forma tajante se expresa que la evaluación de la UE será determinante y autoritativa. Por lo tanto, la decisión del TEDH deja de referirse a las condiciones mencionadas en los apartados 2 y 3 del artículo 3 del Proyecto de Acuerdo y se limita al resto de aspectos del procedimiento, la mayoría formales.

También se añade en el Proyecto de Informe explicativo (punto 63) que la evaluación de la UE debe ser escrita y estar motivada, y una vez emitida el TEDH fijará un plazo breve para que las demás partes presenten, si lo desean, sus alegaciones y, en caso de hacerlo, el TEDH fijara un plazo breve para que la UE exprese si reconsidera su evaluación.

Lo mismo se reitera en un nuevo apartado 6 del artículo 3 en relación con la decisión, en cualquier fase del procedimiento, de que ya no se cumplen las condiciones de los apartados 2 y 3 del artículo 3 del Proyecto de Acuerdo, de manera que también será necesaria una evaluación motivada de la Unión Europea. Así se explica también en el Proyecto de Informe explicativo (puntos 66 y 67), que especifica, como añadido, que la terminación del mecanismo de corresponsabilidad sólo tendrá lugar cuando dejen de cumplirse las condiciones materiales para la aplicación del mecanismo.

En este punto me parece justificada la argumentación expuesta por el Tribunal de Justicia en su dictamen 2/13 y, por lo tanto, acertada la solución adoptada por el grupo de trabajo. Dado que el ordenamiento jurídico comunitario es un ordenamiento autónomo, deben ser las propias instituciones de la Unión las que determinen, de conformidad con las normas de atribución de competencias y de imputación de actos establecidas por el derecho comunitario, quién puede ser responsable ante presuntas violaciones de los derechos fundamentales del CEDH. Una solución más contundente y que puede evitar algunos conflictos que podrían haber surgido con la exigencia de un automatismo o cuasiautomatismo de la decisión del TEDH.

5.2. La limitación de las reservas formuladas por los Estados miembros al CEDH por la declaración de responsabilidad conjunta del TEDH

El TJUE puso de manifiesto que el artículo 3.7 del Proyecto de Acuerdo se contradecía con el artículo 2 del Protocolo n.º 8 UE. El primero establecía que demandado y codemandado eran responsables conjuntamente de la violación mientras que el segundo señala que el Proyecto de Acuerdo no puede afectar a la situación de los Estados miembros respecto del Convenio, incluidas las reservas que éstos hayan realizado. En el mismo sentido, la Sra. Kokott calificó la contradicción de *flagrante*. Según ésta, procedía aclarar en los Proyectos de instrumentos de adhesión que el principio de responsabilidad conjunta no afectaba a las reservas que los Estados parte hubieran formulado ex artículo 57 CEDH³³.

Algunos autores con los que coincido aseguraron, sin embargo, que en la práctica no era posible que se produjera esa contradicción porque un Estado que hubiera formulado reserva no llegaría a ser demandado ni codemandado (ni lo solicitaría ni sería invitado), y sin Estado demandado tampoco la UE podría ser codemandada³⁴. Asimismo, resulta poco verosímil que, siendo la UE la demandada en un procedimiento ante el TEDH, un Estado que ha formulado reserva solicite personarse como codemandado o que sea invitado —de forma no vinculante— por el Tribunal de Estrasburgo³⁵.

Ahora, el grupo de trabajo, siguiendo la propuesta de la abogada general, ha añadido un apartado 3 al artículo 2 del Proyecto de Acuerdo que precisa que «las reservas formuladas por las Altas Partes Contratantes de conformidad con el artículo 57 del Convenio conservarán sus efectos respecto de cualquiera de dichas Altas Partes Contratantes que sea codemandada en el procedimiento». Se aclara así que las reservas realizadas por un Estado respecto del CEDH se deben respetar incluso cuando en el marco de un procedimiento ante el TEDH se resolviera que ese Estado es responsable por vulnerar el Convenio en esa materia.

³³ Puntos 264 a 265 de las conclusiones de la abogada general.

³⁴ Alonso García, Ricardo, “Análisis crítico del veto judicial de la UE al CEDH en el Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014”, op. cit., p. 19; Reitemeyer, Stefan y Pirker, Benedikt, “Opinion 2/13 of the Court of Justice on Access of the EU to the ECHR - One step ahead and two steps back”, en *European Law Blog*, 31 de marzo de 2015. Cortés Marín, José Manuel, *Avatares del proceso de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, op. cit., p. 147.

³⁵ Uría Gavilán, Elisa, *La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Bosh, 2018, p. 242.

5.3. El reparto de responsabilidad entre codemandados

El TJUE señaló que el reparto de responsabilidad entre la Unión y sus Estados miembros no puede quedar sometido a la aprobación o convalidación del TEDH, aunque la solicitud de reparto de responsabilidad sea emitida conjuntamente entre demandado y codemandado o sea fruto de un acuerdo entre éstos, porque se estaría vulnerando la autonomía del derecho comunitario.

El Proyecto de Acuerdo de adhesión objeto del dictamen 2/13 establecía, en su artículo 3.7, la responsabilidad conjunta entre demandante y codemandado (sin determinar responsabilidades el TEDH) pero también la posibilidad de que el TEDH decidiera la responsabilidad exclusiva del demandado o del codemandado del incumplimiento del CEDH. Algo que tanto para el TJUE como para la abogada general implicaba el pronunciamiento del TEDH sobre el sistema de distribución de competencias y responsabilidades del derecho de la Unión y, en consecuencia, una violación del principio de autonomía del derecho comunitario que prescribe la competencia exclusiva para su interpretación al Tribunal de Justicia³⁶.

Algunos autores han criticado la oposición del Tribunal de Justicia en este aspecto, mostrándose convencidos de que responsabilidad y competencia son conceptos distintos y el TEDH es capaz de separar las normas competenciales del derecho comunitario a la hora de determinar la responsabilidad internacional de la Unión y de los Estados miembros³⁷. No puedo mostrarme, empero, inclinado por esta interpretación. Es indiscutible que responsabilidad y competencia son conceptos distintos y que el TEDH no tiene por qué basarse exclusivamente en el criterio competencial para determinar la responsabilidad, pero también lo es que para determinar la responsabilidad —y, por lo tanto, la imputabilidad de los actos— es inevitable valorar la competencia. Difícilmente podría el Tribunal de Estrasburgo determinar la responsabilidad separada de un Estado miembro y de la Unión sin prestar atención a la competencia, máxime en aquellos casos en que la infracción del Convenio reside en el cumplimiento por la Unión o un Estado miembro de una obligación impuesta por el derecho comunitario. Por lo tanto, en este punto creo que los riesgos alegados por el TJUE están fundados.

Ahora, el grupo de trabajo ha eliminado las referencias a la facultad del TEDH para decidir sobre el reparto de responsabilidad entre demandado y codemandado del artículo 3, apartados 7 y 8, del Proyecto de Acuerdo de adhesión, y en el nuevo Proyecto se establece la responsabilidad conjunta de ambos. Responsabilidad conjunta que es razonable, además, porque los actos

³⁶ Puntos 176 a 178 de las conclusiones de la abogada general.

³⁷ Gaja, Giorgio, "The 'Co-Respondent Mechanisms' According to the Draft Agreement for the Accession of the EU to the ECHR", en *ESIL Reflections*, vol. 2, n.º 1, 9 de enero de 2013; Cortés Marín, José Manuel, *Avatares del proceso de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, op. cit., pp. 144 y 145.

de derecho comunitario pueden ser ejecutados por los Estados miembros y las disposiciones del derecho originario por la Unión Europea.

También se ha eliminado del Proyecto de Informe explicativo (punto 71) la posibilidad de que el TEDH únicamente reconociera la responsabilidad a la parte demandada o a la codemandada, basándose en las razones que éstas expusieran. En el Proyecto de Informe sometido al dictamen del TJUE en el año 2014 se decía que, como se basaba en las razones expuestas por las partes, el TEDH no entraba a pronunciarse sobre el sistema de reparto de competencias de la UE. Justificación, a mi juicio, poco convincente porque la decisión final quedaba en manos del TEDH por más que tuviera en cuenta lo manifestado por las partes.

En los nuevos Proyectos de instrumentos de adhesión, el TEDH se limita a resolver si existe o no violación del Convenio. Si existen demandado y codeemandado el TEDH podrá resolver la responsabilidad conjunta de estos dos, pero sin especificar el grado de responsabilidad que debe asumir cada parte. Se protege así el papel del TJUE en el sistema de atribución de competencias y de responsabilidades de la Unión.

5.4. La puesta a disposición de la Unión y de los Estados miembros de la información de todos los asuntos por los que se puedan ver afectados

Aunque no fue una cuestión planteada por el TJUE en su dictamen 2/13, en las versiones actuales del Proyecto de Acuerdo de adhesión (apartados 2 y 3 del artículo 3) y del Proyecto de Informe explicativo (punto 68) se exige que el TEDH ponga a disposición de la Unión y de los Estados miembros la información relativa a todos los casos que les afecten, para que puedan estudiar si procede o no iniciar el mecanismo del codeemandado y, en el caso de que la UE se convierta en codeemandada, para que pueda decidir si procede iniciar el procedimiento de intervención previa. La inclusión de esta obligación para el TEDH sí fue defendida por la abogada general, indicando que la solicitud para ser codeemandado no podía depender de que la parte que pretendiera realizarla tuviera noticia de dicho procedimiento de manera indirecta, por ejemplo, a través de otras partes personadas. Para la Sra. Kokott la solución consistía en que el TEDH informara automáticamente a la Unión de los procedimientos notificados a los Estados miembros y viceversa; solución que finalmente se ha adoptado por el grupo de trabajo³⁸.

³⁸ Punto 227 de las conclusiones de la abogada general.

6. LA DECISIÓN DEL TEDH SOBRE LA EXISTENCIA DE JURISPRUDENCIA DEL TJUE PARA INICIAR EL PROCEDIMIENTO DE INTERVENCIÓN PREVIA

6.1. La aplicación del procedimiento de intervención previa para la interpretación del derecho derivado

Una situación problemática se planteaba cuando para acudir al TEDH el demandante debía agotar la vía judicial nacional, y la cuestión prejudicial no puede incluirse dentro de ella en la medida en que la decisión de plantearla reside en los órganos jurisdiccionales nacionales. Así las cosas, para evitar que el TEDH se pronunciase sobre la conformidad de un acto comunitario al CEDH sin que el TJUE hubiera tenido la oportunidad de hacerlo, se previó un procedimiento de intervención previa, para que el TJUE evaluase la validez del derecho derivado o la interpretación del derecho primario; es decir, la adecuación al CEDH de las disposiciones de derecho comunitario que dan lugar a la participación de la UE en el procedimiento en calidad de codemandada. Sin embargo, el Proyecto de Informe explicativo (punto 74) sometido al dictamen 2/13 sólo se refería a la validez del derecho derivado y no a su interpretación. Por lo tanto, no se establecía la aplicación de dicho procedimiento cuando se cuestionaba la interpretación del derecho derivado de la Unión Europea, dejando al TEDH que hiciera esa interpretación a la hora de examinar su conformidad con el Convenio.

La Sra. Kokott también consideró necesaria para garantizar la seguridad jurídica la inclusión de la interpretación del derecho derivado entre los supuestos de aplicación del procedimiento de intervención previa³⁹. Gragl apuntó que una interpretación más favorable permitía considerar que si se admitía evaluar la validez del derecho derivado también se permitía su interpretación, dado que la evaluación de aquélla puede tener consecuencias más severas (la anulación de la norma)⁴⁰. Alonso García argumentó que de la redacción de los Proyectos de instrumentos de adhesión no se podía entender excluida la interpretación del derecho derivado por el TJUE en el procedimiento de intervención previa, debido a que las especificaciones sobre la validez del derecho derivado (punto 66 del Proyecto de Informe explicativo) no tenían como fin la exclusión del control de la interpretación de éste sino la exclusión del control de validez del derecho originario⁴¹. A mi juicio ambos autores propusieron una interpretación excesivamente forzada para tratar de

³⁹ Punto 135 de las conclusiones de la abogada general.

⁴⁰ Gragl, Paul, "The Reasonableness of Jealousy: Opinion 2/13 and EU Accession to the ECHR", en VVAA, *European Yearbook on Human Rights* (eds. W. Benedek, F. Benoit-Rohmer, W. Karl, y M. Nowak), Neuer Wissenschaftlicher Verlag, Vienna, 2015, pp. 14 y 15.

⁴¹ Alonso García, Ricardo, "Análisis crítico del veto judicial de la UE al CEDH en el Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014", op. cit. pp. 25 y 26.

salvar la objeción del TJUE. En mi opinión, se trató de un error que en la versión actual del Proyecto de Informe explicativo (punto 74) ya se ha corregido.

6.2. La decisión sobre la existencia de jurisprudencia del TJUE para iniciar el procedimiento de intervención previa

Otro motivo de oposición del TJUE fue que ni en el artículo 3.6 del Proyecto de Acuerdo de adhesión ni en el Proyecto de Informe explicativo, se concretaba quién debía decidir si el TJUE había evaluado ya o no la compatibilidad del derecho comunitario con los derechos protegidos por el Convenio, para en este último caso iniciar el procedimiento de intervención previa. Esta laguna daba lugar a que el encargado de tomar la decisión de activar el pronunciamiento de intervención previa pudiera ser el TEDH, de modo que indirectamente se le estaría facultando para interpretar el derecho de la Unión Europea, contra lo establecido en el artículo 2 del protocolo n.º 8 UE que exige preservar las competencias de la Unión y las atribuciones de sus instituciones. En el mismo sentido, la Sra. Kokott defendió que el único que puede pronunciarse sobre si el TJUE ya ha analizado la compatibilidad de una disposición determinada de derecho comunitario con uno o más derechos fundamentales del Convenio es el propio Tribunal de Justicia. La abogada general consideró indispensable aclarar que el TEDH sólo puede prescindir del pronunciamiento previo del TJUE cuando sea evidente que éste ya ha abordado la cuestión jurídica planteada. Es decir: obligar al TEDH a aplicar la doctrina *CILFIT* del TJUE⁴².

En la versión actual, el artículo 3.7 del Proyecto de Acuerdo de adhesión establece que en los procedimientos en los que la UE es codemandada, el TJUE debe evaluar la compatibilidad de la disposición de derecho de la UE (artículo 3.2) antes de que el TEDH se pronuncie sobre la existencia de una violación del Convenio. Y en el Proyecto de Informe explicativo (punto 76), en el mismo sentido que el artículo 3.5 del Proyecto de Acuerdo (participación en calidad de codemandado), se establece que es la Unión Europea la que debe apreciar si es necesaria la intervención previa del TJUE y su decisión se considera determinante y autoritativa. Este procedimiento se utiliza cuando la UE se convierte en codemandada pues en el resto de supuestos se presume que la Unión ya tiene ocasión de pronunciarse al respecto, y se descarta la aplicación de este procedimiento de intervención previa cuando el procedimiento ante el TEDH se ha iniciado mediante solicitud de opinión consultiva de conformidad con el Protocolo n.º 16 del Convenio. Es lógico pues, como ya he explicado, el nuevo artículo 5 de l Proyecto de Acuerdo de adhesión impide que los Estados miembros soliciten una opinión consultiva cuando deben elevar una cuestión prejudicial.

⁴² Puntos 183 y 184 de las conclusiones de la abogada general.

Por último, en el Proyecto de Informe explicativo (punto 77) se insiste en que el TJUE se pronunciará exclusivamente sobre la base jurídica de la UE que justifica la acción u omisión objeto del procedimiento pero no entrará a valorar esa acción u omisión, y en que tras éste, el TEDH se pronunciará libremente sobre la posible violación del CEDH, de modo que el pronunciamiento previo del TJUE no afecta a las competencias del TEDH (punto 78 del Proyecto de Informe explicativo).

7. EL CONTROL JURISDICCIONAL SOBRE LA PESC: ÚNICA ASIGNATURA PENDIENTE

El TJUE terminó su dictamen 2/13 señalando que el Proyecto de Acuerdo de adhesión no tenía en cuenta las características específicas del derecho comunitario en la medida en que no abordaba la cuestión referida a la exclusión del control jurisdiccional del Tribunal de Justicia de algunos actos de la UE en el ámbito de la Política Exterior y de Seguridad Común. El TJUE indicó que la ausencia de control sobre esos actos implicaría su control —en relación con los derechos fundamentales reconocidos por el CEDH— en exclusiva por el TEDH, órgano externo a la UE, lo que no está permitido por el derecho comunitario. Para el TJUE esto suponía que el TEDH fuera el encargado de sentar jurisprudencia sobre la PESC en caso de que los Estados miembros defendieran interpretaciones distintas. Dicha incompatibilidad ya había sido declarada, según el Tribunal de Luxemburgo, en su dictamen 1/09 de 8 de marzo de 2011 sobre el proyecto de acuerdo sobre el tribunal europeo y comunitario de patentes.

Otro óbice planteado sobre esta materia fue que la insuficiente tutela judicial efectiva una vez se produjera la adhesión violaría los artículos 6 y 13 CEDH, porque la jurisdicción del TJUE está limitada a los supuestos del artículo 40 TUE (control del respeto de la cláusula de compatibilidad) y del párrafo cuarto del artículo 263 TFUE (recursos de anulación interpuestos por particulares contra medidas restrictivas adoptadas por el Consejo, con efectos jurídicos vinculantes).

El propio TJUE apuntó que la solución estaba en una revisión de sus competencias establecidas en los tratados por parte de la Unión Europea o, al menos, una previsión del alcance de las limitaciones de su competencia en dichas materias. Una cuestión que debía justificarse desde el derecho de la Unión.

La Comisión, por su parte, defendió una interpretación extensiva del párrafo segundo del artículo 275 TFUE, considerando medidas restrictivas, en general, todas aquellas referidas a la vulneración de derechos fundamentales. De esta forma, las medidas objeto de recurso ante el TEDH adoptadas por las instituciones de la Unión siempre serían restrictivas y por lo tanto objeto de recurso de anulación ex artículo 263 TFUE. Los actos de los Estados miembros basados en las decisiones que el Consejo tomase en virtud del capítulo

2 del título V del TUE podrían ser objeto de cuestión prejudicial, tomando como precedente los asuntos *Segi y otros c. Consejo y Gestoras Pro Amnistía y otros c. Consejo*⁴³. Y los actos de las instituciones de la UE que no produzcan efectos jurídicos vinculantes podrían ser objeto de reclamación por daños y perjuicios ex artículos 268 y 340 TFUE.

Así, el TJUE sería competente para conocer, no sólo de los recursos de anulación sino también, de las reclamaciones por daños y perjuicios y de las cuestiones prejudiciales de validez de los tribunales nacionales en materia de PESC⁴⁴.

Algunos autores también han defendido una interpretación en el mismo sentido que la Comisión. Cortés Martín, por ejemplo, ha señalado que el TJUE, tanto en su jurisprudencia —asunto *Pringle*— como en sus dictámenes, admite que un acuerdo internacional confiera nuevas competencias a las instituciones de la Unión siempre que no se desvirtúen sus funciones según son concebidas por los tratados de la UE. En consecuencia —opina Cortés Martín—, basta con considerar que de la obligación de adhesión se deduce la competencia del TJUE para resolver las cuestiones prejudiciales en materia de PESC⁴⁵. Se trata de una interpretación, como la de la Comisión, a mi juicio claramente extensiva dado que los artículos 6.2 TUE y 2 del protocolo n.º 8 UE prohíben expresamente que la adhesión modifique las competencias de las instituciones de la UE.

El TJUE, el Consejo de la UE, el Parlamento Europeo y varios Estados parte (al menos, España, Finlandia, Francia, los Países Bajos, Polonia, el Reino Unido y Suecia) consideraron, sin embargo, que no se podían obviar las reglas generales de los artículos 275 TFUE y 24.1 TUE. El TJUE tiene una

⁴³ Sentencias del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 27 de febrero de 2007, *Gestoras Pro Amnistía y otros c. Consejo* (asunto C-354/04 P) y de 27 de febrero de 2007, *Segi y otros c. Consejo* (asunto C-355/04 P). Según la Comisión, «el Tribunal de Justicia, pese a que el artículo 35, apartado 1, del Tratado UE, en su versión modificada por el Tratado de Niza, excluía las «posiciones comunes» de la competencia del Tribunal de Justicia para pronunciarse con carácter prejudicial, admitió la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales nacionales le planteasen una cuestión prejudicial relativa a una posición común que, por su contenido, al tener por sí misma efectos jurídicos frente a terceros, tenía un alcance que excedía el que atribuye el Tratado UE a este tipo de actos» (apartado 98 del dictamen 2/13).

⁴⁴ Una interpretación extensiva de la Comisión que Henri Labayle calificó de *vision angéliste*. Cfr. Labayle, Henri, “La guerre des juges n’aura pas lieu. Tant mieux? Libres propos sur l’avis 2/13 de la Cour de justice relatif à l’adhésion de l’Union à la CEDH”, en el blog *Réseau Universitaire Européen: Droit de l’Espace de Liberté, Sécurité & Justice*, 22 de diciembre de 2014.

⁴⁵ Cortés Marín, José Manuel, *Avatares del proceso de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, op. cit., pp. 189 y 190. También Witte, citado por Cortés Marín, defiende esta alternativa: Witte, Bruno de, “Beyond the accession agreement: five Items for the European Union’s human rights agenda”, en *VVAA, The EU accession to the ECHR* (V. Kosta, N. Skoutaris, y V. P. Tzevelekos (eds.), Hart Publishing. Modern Studies in European Law, 2014, pp. 349 y ss.

jurisdicción muy limitada sobre los actos de la PESC, con las excepciones del artículo 275 TFUE: el artículo 40 TUE y las decisiones del Consejo que impongan medidas restrictivas (*decisiones sancionadoras*) a las personas físicas o jurídicas. Y la jurisprudencia citada por la Comisión es previa al Tratado de Lisboa y no puede ser aplicada en este momento⁴⁶. Para todos ellos, la interpretación de la Comisión suponía una ampliación de competencias del TJUE contraria al artículo 6 TUE. No parece razonable que si los Estados miembros han decidido no atribuir competencias de control sobre la PESC al TJUE en los tratados, éste trate de atribuírselas aprovechando un dictamen sobre la conformidad precisamente con los tratados de la adhesión a un convenio internacional⁴⁷.

En el mismo sentido que el TJUE, la abogada general señaló que una cosa es que el TJUE, de acuerdo con su función de garantizar la interpretación y aplicación uniformes del derecho comunitario, debiera tener competencia para resolver cuestiones prejudiciales y recursos sobre los actos dictados en materia de PESC, y otra bien distinta que de conformidad con los tratados el TJUE tenga esa competencia. Para la Sra. Kokot, debe reconocerse que los tratados siguen —en términos generales— estructurando la PESC como una materia intergubernamental, pero esto no implica que la tutela judicial efectiva de los particulares exigida por el Convenio no se vea garantizada porque, junto con los tribunales de la Unión, también los tribunales nacionales cumplen esa función⁴⁸. Siempre que los particulares no pudieran recurrir un acto de la Unión ante el TJUE podrían hacerlo ante los tribunales nacionales⁴⁹. En el contexto de la PESC no resulta aplicable la jurisprudencia *Foto-Frost*, que reclama el monopolio del TJUE para pronunciarse sobre la legalidad de los actos de las instituciones de la UE, porque el TJUE no tiene competencia para ello. Para la abogada general la tutela judicial efectiva de los particulares sobre esta materia ya está garantizada y con su control por el TEDH se vería todavía más reforzada⁵⁰. La mayoría de la doctrina, con la que estoy de acuerdo, ha defendido esta posición⁵¹.

⁴⁶ Me refiero a las ya citadas Sentencias del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 27 de febrero de 2007, *Gestoras Pro Amnistía y otros c. Consejo* (asunto C-354/04 P) y de 27 de febrero de 2007, *Segi y otros c. Consejo* (asunto C-355/04 P).

⁴⁷ Martín y Pérez de Nanclares, José, “Cita con la ambición: el Tribunal de Justicia ante el desafío de la adhesión de la Unión al CEDH”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 48, 2014, p. 338.

⁴⁸ Puntos 101 a 103 de las conclusiones de la abogada general. Cortés Marín también considera adecuada esta interpretación de la abogada general. Cfr. Cortés Marín, José Manuel, *Avatares del proceso de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, op. cit., pp. 195-198.

⁴⁹ Punto 99 de las conclusiones de la abogada general.

⁵⁰ Punto 193 de las conclusiones de la abogada general.

⁵¹ Algunos autores también se han mostrado favorables a que las lagunas de control del TJUE en los ámbitos determinados de la PESC sean cubiertos por el TEDH en materia de derechos fundamentales: Łazowski, Adam y Wessel, Ramses A., “When Caveats Turn into Locks: Opinion 2/13 on Accession of the European Union to the

En cuanto al principio de autonomía del derecho comunitario, en opinión de la Sra. Kokott, no se vería vulnerado por el control exclusivo del TEDH de algunas materias de la PESC excluidas del control del TJUE. La abogada general señaló que la jurisprudencia reiterada del TJUE contraria a que tribunales internacionales puedan interpretar el derecho comunitario de manera vinculante para la Unión y para sus instituciones, lo que persigue es evitar contradicciones entre la jurisprudencia de aquellos y la del TJUE, pero precisamente en materia de PESC lo que los tratados prevén —es decir, lo que los Estados miembros desean— es que no intervenga el TJUE y, por lo tanto, que no haya jurisprudencia del TJUE. Si la Unión Europea hubiese querido garantizar la autonomía del derecho comunitario en el ámbito de la PESC no habría excluido el control del TJUE. Así pues, la abogada general concluyó que, de acuerdo con los artículos 19.1 TUE y 274 TFUE, el control jurisdiccional en exclusiva por el Tribunal de Estrasburgo, junto con los tribunales nacionales, sobre la PESC —salvo cuando el TJUE tenga competencias ex artículo 275 TFUE— es compatible con el derecho de la Unión⁵².

Otro argumento esgrimido por la abogada general que, sin embargo, no comparto es que la Unión Europea no apreció contradicción alguna cuando introdujo el apartado 2 en el artículo 6 TUE, por lo que reconoció tácitamente la jurisdicción del TEDH sobre la PESC⁵³. Es cierto que el precepto citado prevé la adhesión a la vez que prohíbe que de ella se deriven modificaciones de las competencias de la UE, y que el TJUE incrementara su control sobre la PESC equivaldría a modificar sus competencias. Mas creo que es un argumento débil en la medida en que, según el mismo, todos los óbices expuestos por el TJUE en su dictamen 2/13 deberían ser asumidos porque la UE, conociéndolos, aprobó el artículo 6.2 TUE. Conviene reconocer que el contenido de este artículo no es tanto un mandato como un objetivo a alcanzar.

El argumento decisivo es que si el óbice reside en un supuesto solapamiento de competencias, en materia de PESC no se da porque el TJUE carece de competencias. Alonso García se ha mostrado muy crítico con el TJUE, señalando que para respaldar su argumentación ha tergiversado su propia doctrina. En concreto, el autor se refiere a la equiparación que el TJUE hace entre esta cuestión y la que fue objeto del dictamen 1/09 de 8 de marzo de 2011. Mientras que la cuestión objeto del dictamen 1/09 consistía en la privación de la competencia del Tribunal de Justicia para responder a las cues-

ECHR” en *German Law Journal*, vol. 16, n.º 1, 2015, pp. 202 y 203; Eeckhout, Piet, “Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky?”, op. cit., pp. 987 y ss; Gragl, Paul, “The Reasonableness of Jealousy: Opinion 2/13 and EU Accession to the ECHR”, op. cit., p. 15; Hillion, Christophe, “Decentralised Integration? Fundamental Rights Protection in the EU Common Foreign and Security Policy”, en *European Papers*, vol. 1, n.º 1, 2016, pp. 63-66; Kuijper, Pieter Jan, “Reaction to Leonard Besselink’s ACELG Blog”, en el blog BlogActiv, UvA-DARE (Digital Academic Repository), University of Amsterdam, 6 de enero de 2015.

⁵² Puntos 191 a 195 de las conclusiones de la abogada general.

⁵³ Punto 194 de las conclusiones de la abogada general.

tiones prejudiciales planteadas en el ámbito de la patente comunitaria, la cuestión objeto del dictamen 2/13 no consistía en privar al TJUE de ninguna competencia. Lo que se atribuía al TEDH era precisamente una competencia que, no sólo no estaba atribuida sino, expresamente excluida de las competencias del TJUE⁵⁴.

El óbice tampoco puede residir en el control del derecho comunitario por un tribunal externo, porque esta situación ya es aceptada en el marco de otros acuerdos internacionales. Con buen criterio plantea Peers que, según el argumento del TJUE, cuando los Estados miembros recurren a la Corte Internacional de Justicia también estarían vulnerando el principio de autonomía del derecho comunitario, pues en ambos casos se produce un control del derecho comunitario por un tribunal externo a la UE⁵⁵.

En mi opinión, la adhesión de la Unión al Convenio en los términos del Proyecto de Acuerdo de adhesión sometido al dictamen 2/13 no supone un problema en términos de tutela judicial efectiva. Los tribunales de los Estados miembros son también tribunales de la Unión y, como tales, deben interpretar el derecho comunitario cuando conozcan asuntos en materia de PESC. Su interpretación debe responder a su compromiso con la Unión. Cuestión distinta, y más compleja, es la posibilidad de que el control exclusivo por el TEDH de aquellas materias de PESC excluidas del control del TJUE pueda afectar negativamente a la autonomía del derecho de la Unión.

De un lado, el TEDH sólo puede pronunciarse sobre cuestiones de PESC cuando la responsabilidad de la acción juzgada corresponde a un Estado miembro, pero no cuando la responsabilidad corresponde a la UE porque no es parte del CEDH. Aquí se advierte un déficit de protección de los derechos fundamentales que sin duda se debe eliminar. Y con la adhesión se eliminaría.

Como ha expuesto Jacqué, si el control de la PESC se excluye del acuerdo de adhesión, como el TJUE no ejerce control sobre estas materias, no se aplicaría la jurisprudencia *Bosphorus* y la responsabilidad recaería sobre los Estados miembros cuando se detectara una violación de los derechos fundamentales en el marco de las operaciones establecidas por la Unión. Los Estados miembros podrían ser considerados responsables de vulnerar el Convenio en virtud de un mandato y bajo el control de la Unión. Y ni siquiera la Unión podría ser codemandada e intervenir en los procedimientos tramitados ante el TEDH⁵⁶.

⁵⁴ Alonso García, Ricardo, “Análisis crítico del veto judicial de la UE al CEDH en el Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014”, op. cit., p. 27-29.

⁵⁵ Peers, Steve, “The CJEU and the EU’s accession to the ECHR: a clear and present danger to human rights protection”, en en el blog *EU Law Analysis: Expert insight into EU law developments*, 18 de diciembre de 2014; Peers, Steve, “The EU’s Accession to the ECHR: The Dream Becomes a Nightmare”, op. cit., p. 220.

⁵⁶ Jacqué, Jean Paul, “L’AVIS 2/13 CJUE. Non à l’adhésion à la Convention européenne des droits de l’homme?” en el blog *European Area of Freedom Security & Security - FREE Group Members*, 26 de diciembre de 2014.

De otro lado, si la Unión fuera parte del Convenio, el TEDH pasaría de controlar las acciones de los Estados miembros en materia de PESC a controlar también la legalidad de los actos de PESC conforme al derecho de la UE (el propio CEDH integrado). Ante la ausencia de pronunciamientos en materia de PESC por el TJUE, los tribunales nacionales se verían abocados a asumir la jurisprudencia armonizadora del TEDH como control de legalidad de los actos de PESC en materia de derechos fundamentales. El TEDH se convertiría entonces, como ha advertido Halberstam, en un auténtico tribunal constitucional de la Unión Europea⁵⁷. En consecuencia, a diferencia del resto de Estados parte del Convenio, la Unión Europea no contaría en materia de PESC con un tribunal constitucional propio que pudiera interpretar y controlar la legalidad de los actos sometidos a su derecho antes de su enjuiciamiento por el TEDH.

A lo anterior cabe añadir que si la Unión fuera parte en el CEDH en los términos expuestos, el TEDH podría declarar la responsabilidad de la Unión Europea en materia de PESC cuando un Estado miembro violase el Convenio en cumplimiento del derecho de la Unión, con el solo pronunciamiento sobre el derecho comunitario por el tribunal superior de ese Estado miembro; sin posibilidad de pronunciamiento del TJUE ni de los tribunales del resto de Estados miembros de la UE⁵⁸. Desde luego, buscar un remedio para esta situación resulta aún más problemático. Si se modificara el Proyecto de Acuerdo de adhesión o se asumiera una interpretación según la cual la Unión Europea no pudiera considerarse responsable por ningún acto en materia de PESC que escapase a la jurisdicción del TJUE, atribuyéndose a los Estados miembros en exclusividad, los Estados miembros se verían obligados a elegir entre no cumplir el derecho comunitario o no cumplir el CEDH. Una situación similar a la que se produciría si la PESC se excluyera del Proyecto de Adhesión, que precisamente tratan de evitar la política integradora de la Unión y del Convenio, el artículo 52.3 CDFUE y la jurisprudencia *Bosphorus* del TEDH⁵⁹. Esta última hipótesis, en línea con la interpretación defendida por Francia del apartado 4 del artículo 1 del Proyecto de Acuerdo de adhesión, no evitaría además el control jurisdiccional en exclusiva sobre el derecho comunitario en materia de PESC por el TEDH e, incluso, podría considerarse una reserva general de la Unión Europea (¿por qué justificaría la falta de control del TJUE sobre los actos de PESC la ausencia de responsabilidad de la Unión por dichos actos si, al igual que el resto de Estados miembros, es

⁵⁷ Halberstam, Daniel, “«It’s the Autonomy, Stupid!» A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward”, op. cit., p. 142.

⁵⁸ Reitemeyer, Stefan y Pirker, Benedikt, “Between Discursive and Exclusive Autonomy – Opinion 2/13, the Protection of Fundamental Rights and the Autonomy of EU Law”, op. cit., p. 17.

⁵⁹ Bachoué Pedrouzo, Géraldine, “Avis 2/13 de la CJUE: l’accord d’adhésion de l’UE à la CEDH méconnaît les caractéristiques spécifiques du droit de l’Union concernant le contrôle juridictionnel en matière de PESC. Et après?”, en el blog *Réseau Universitaire Européen: Droit de l’Espace de Liberté, Sécurité & Justice*, 31 de enero de 2015.

parte del CEDH?)⁶⁰. Actualmente el TEDH se muestra reacio a la admisión de demandas contra los Estados miembros cuando actúan bajo organizaciones internacionales pero tras la adhesión debería hacerlo para garantizar el control de todas las actuaciones de la Unión⁶¹.

Por lo tanto, creo que lo más adecuado sería que el TJUE pudiera pronunciarse primero sobre la compatibilidad con la Carta y con el Convenio de todos los actos de la Unión, incluidos aquellos dictados en materia de PESC, y que después fueran enjuiciados por el TEDH⁶².

Esta cuestión relativa al control exclusivo por el TEDH de determinadas materias de la PESC, sobre la que —insisto— la abogada general consideró que no existía ningún óbice, es la única cuestión pendiente.

En las versiones actuales del Proyecto de Acuerdo de adhesión y del Proyecto de Informe explicativo no se hace referencia al control jurisdiccional en materia de Política Exterior y de Seguridad Común. En la 18ª reunión del grupo de trabajo, celebrada los días 14 a 17 de marzo de 2023, la Unión Europea ha puesto de manifiesto su intención de resolver internamente la cuestión para que no tenga que ser abordada por el grupo de trabajo. Éste ha manifestado, no obstante, que es necesario que todas las partes de las negociaciones sean informadas y valoren la forma en que la Unión resuelva esta cuestión antes de adoptar un acuerdo final. Así pues, la Unión Europea se ha comprometido a ir informando al grupo de trabajo de los pasos que dé en este sentido.

No existen muchas alternativas. La primera es interpretar que no existe incompatibilidad con la redacción actual de los Proyectos de instrumentos de adhesión, como hizo la Sra. Kokott. Habría que asumir la creación de jurisprudencia por el TEDH en esas materias, un control directo del TEDH sin pronunciamiento previo del TJUE y la posibilidad de condena de la Unión por violación del Convenio sin participación del TJUE.

La segunda alternativa consiste en modificar los Proyectos de instrumentos de adhesión para excluir el control del TEDH de las referidas materias

⁶⁰ Interpretación que Johansen ha criticado argumentando que el artículo 1.4 del Proyecto de Acuerdo de adhesión no es una cláusula de atribución exclusiva y, por lo tanto, no excluye que la misma conducta pueda atribuirse también a la Unión (doble atribución) o que la Unión pueda ser considerada responsable de una conducta diferente pero relacionada (provocando la misma violación). Cfr. Johansen, Stian Oby, “Some thoughts on the ECJ hearing on the Draft EU-ECHR accession agreement”, op. cit.

⁶¹ Decisiones de inadmisibilidad del TEDH de 2 de mayo de 2007, Behrami y Bekir Behrami c. Francia (n.º 71412/01) y Ruzhdi Saramati c. Francia, Alemania y Noruega (n.º 78166/01).

⁶² Martínez Rompeltien también ha advertido de los riesgos de someterse a una fiscalización del TEDH sin existir un control interno previo. Cfr. Martínez Rompeltien, Salvador, “El TEDH: de instrumento facilitador del proceso integrador europeo a fiscalizador de la propia Unión Europea”, en *Revista de Estudios Europeos*, vol. 79, 2022, p. 237.

de la PESC. Se mantendría el actual déficit de protección de los derechos fundamentales de manera que el TEDH podría condenar a los Estados miembros por violar el CEDH pero no a la Unión Europea. Por otra parte, es una alternativa poco verosímil teniendo en cuenta que el CEDH prohíbe las reservas generales, que pondría a la Unión en una clara situación de preferencia respecto del resto de Estados parte, y que la modificación sería en detrimento de la protección de los derechos fundamentales por el Convenio⁶³.

La tercera alternativa es reformar los tratados de la Unión atribuyendo al TJUE el control sobre esas materias —o, menos probable, permitiendo expresamente el control exclusivo del TEDH—. Como ya he expuesto, esta alternativa me parece la más adecuada en la medida en que se aseguraría un primer pronunciamiento del TJUE y un segundo por el TEDH. Sin embargo, los problemas para adoptar esta solución pueden aparecer por la falta de consenso de los Estados miembros para acometer una reforma temprana de los tratados de la UE que atribuya competencia al TJUE sobre todas las cuestiones relativas a la PESC. Una reforma que, no obstante la falta de consenso, debería realizarse teniendo en cuenta la dinámica integradora de la Unión Europea.

Otra solución más moderada sería que el TJUE aceptase el control por los tribunales nacionales, como tribunales de la Unión, de aquellos ámbitos de la PESC excluidos del TJUE, previo diseño de un sistema de control unificado. Existe la posibilidad de que los tribunales nacionales lleven a cabo dicho control respecto de las normas nacionales de aplicación del derecho comunitario o directamente sobre los actos de la Unión, como bien ha señalado Hillion⁶⁴. Si el temor del Tribunal de Luxemburgo es que se pronuncien los tribunales nacionales y —sobre todo— el TEDH sin haberlo hecho él previamente, quizás una solución pueda ser recurrir a la cuestión prejudicial. Así, el control sobre las materias excluidas de control jurisdiccional del TJUE recaería sobre los tribunales nacionales que, en caso de duda, deberían plantear una cuestión prejudicial. Otra opción sería obligar al TEDH a someter los procedimientos en materia de PESC a una suerte de procedimiento de intervención previa ante el Tribunal de Justicia para que, de verse implicada la Unión Europea, el TJUE se pronunciara sobre la conformidad del derecho comunitario al Convenio antes que el TEDH. O, según propone Jacqué, se podría ampliar la jurisdicción del TJUE únicamente al control de la conformidad de los actos de PESC con los derechos fundamentales⁶⁵.

⁶³ En el mismo sentido: Odermatt, Jed, “A Giant Step Backwards? Opinion 2/13 on the EU’s Accession to the European Convention on Human Rights”, en *Leuven Centre for Global Governance Studies*, Working Paper n.º 150, 2015, pp. 10 y 11.

⁶⁴ Hillion, Christophe, “Decentralised Integration? Fundamental Rights Protection in the EU Common Foreign and Security Policy”, op. cit., pp. 65 y 66.

⁶⁵ Jacqué propone añadir la siguiente frase al apartado segundo del artículo 275 TFUE: *and to monitor the compliance of these actions with the fundamental rights*. Cfr. Jacqué, Jean-Paul, “What next after Opinion 2/13 of the Court of Justice on the accession of the EU to the ECHR?”, Study for the AFCO Committee, Policy Department for Citizens’ Rights and Constitutional Affairs, European Parliament, 2016, pp. 37 y 38.

Ninguna de las soluciones señaladas es sencilla porque suponen un control del TJUE sobre todas las materias de PESC, un control directo o indirecto, pero al cabo un control que actualmente los tratados de la UE no atribuyen al TJUE. Son los Estados miembros los que deben ceder en esta materia en beneficio de la integridad del ordenamiento comunitario y, si no lo hacen a través de una reforma de los tratados, quizás tampoco acepten una limitación indirecta del control jurisdiccional de sus tribunales nacionales en materia de PESC. Sin embargo, tal vez ahora que el grupo de trabajo ha resuelto el resto de los óbices señalados por el TJUE en su dictamen 2/13, la Unión Europea se sienta más presionada para solucionar con urgencia esta última cuestión, relativa a la PESC, y los Estados miembros se vean motivados a adoptar decisiones ante la responsabilidad que en el momento actual recae únicamente sobre ellos.

8. OTRAS MODIFICACIONES DE LOS PROYECTOS DE INSTRUMENTOS DE ADHESIÓN

Aparte de las modificaciones de los Proyectos de instrumentos de adhesión a las que he dedicado los apartados anteriores y que se han introducido para evitar las vulneraciones del derecho comunitario señaladas por el TJUE en su dictamen 2/13, en la versión actual de los Proyectos de instrumentos de adhesión se han introducido otros cambios que han resultado del proceso de negociación que el grupo de trabajo ha llevado a cabo en los últimos años y que, aunque no voy a detenerme, sí me parece necesario al menos dar cuenta de ellos:

1. En el artículo 1.5 del Proyecto de Acuerdo de adhesión se añade que por “convenio” se entiende el convenio tal y como lo interpreta el TEDH.

2. En el artículo 7 del Proyecto de Acuerdo de adhesión y en los puntos 89 y 90 del Proyecto de Informe explicativo se han modificado aspectos formales, atinentes a la redacción. Este precepto regula la participación de la Unión Europea en la elección de los jueces del TEDH, a través de una delegación del Parlamento Europeo en las sesiones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. Se indica que la forma en la que participará el Parlamento Europeo se definirá por la Asamblea Parlamentaria en cooperación con el Parlamento Europeo y que la elección de los candidatos propuestos a jueces por la UE se regulará por las normas comunitarias. La principal modificación que el grupo de trabajo ha introducido en la nueva versión del Proyecto de Informe explicativo es que estas normas comunitarias deben ser coherentes con la normativa aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa⁶⁶.

⁶⁶ Resolution CM/Res(2010)26 on the establishment of an Advisory Panel of Experts on Candidates for Election as Judge to the European Court of Human Rights; Guidelines CM(2012)40 on the selection of candidates for the post of judge at the European Court of Human Rights.

3. En el artículo 8 del Proyecto de Acuerdo de adhesión y en los puntos 92 y 108 del Proyecto de Informe explicativo se regula la participación de la Unión Europea en las reuniones del Comité de Ministros del Consejo de Europa. En la versión del Proyecto de Acuerdo de adhesión sometida al dictamen del TJUE en el año 2014 se establecían algunas condiciones especiales para la participación de la Unión y, en la versión actual, se ha añadido expresamente, a través de un nuevo apartado 5, que las mayorías previstas para la ejecución de sentencias —apartados 3 y 4 del artículo 46 del Convenio— y para la adopción de la mayoría de las resoluciones del Comité de Ministros —apartados b) y d) del artículo 20 del Estatuto del Consejo de Europa— no se aplicarán a la UE.

4. Entre los Proyectos de instrumentos de adhesión preparados por el grupo de trabajo, además del Proyecto de Acuerdo de adhesión y el Proyecto de Informe explicativo, se incluye como apéndice 3 una Regla 18 que se sume a las Reglas del Comité de Ministros para la supervisión de la ejecución de las sentencias y de los términos de los acuerdos amistosos (artículos 39 y 46 CEDH), y que impida que la participación de la Unión y de sus Estados miembros pueda condicionar las decisiones del Comité de Ministros sobre estas materias⁶⁷. La base legal de esta Regla 18 se encuentra, por lo tanto, en el citado artículo 8, apartados 4 a) y 5, del Proyecto de Acuerdo de adhesión, que permite la derogación de las disposiciones pertinentes del CEDH en los casos en los que la UE sea parte.

En la versión actual de los Proyectos de instrumentos de adhesión se ha añadido a las mayorías previstas en la versión de 2014 —cuatro quintos de los representantes que emitan un voto y dos tercios de los que tengan derecho a formar parte del Comité de Ministros— la mayoría simple de los votos emitidos por los representantes de las Altas Partes Contratantes que no sean la Unión Europea y sus Estados miembros (apartado 1). Se añade que determinadas decisiones —las referidas en la Regla 16 y aquellas distintas de las mencionadas en las reglas 10, 11 y 17— se podrán adoptar con una mayoría de dos novenas partes de los representantes con derecho a formar parte del Comité de Ministros (apartado 3). Se suprime la mayoría de una quinta parte de los representantes con derecho a formar parte del Comité de Ministros para las decisiones de mera solicitud de información (apartado 4). Y se prevé que para la aprobación de determinadas decisiones —Regla 16 y distintas de las reglas 10, 11 y 17— y, en general, para las decisiones procesales, deberá estar a favor un número de representantes de los Estados parte distintos de la Unión Europea y de sus Estados miembros igual al número de representantes con derecho a formar parte del Comité de Ministros (apartado 5). Finalmente se introduce una cláusula de revisión de la Regla 18 en un plazo máximo de diez años desde de la entrada en vigor del Acuerdo de adhesión.

⁶⁷ Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements (adopted by the Committee of Ministers on 10 May 2006 at the 964th meeting of the Ministers' Deputies and amended on 18 January 2017 at the 1275th meeting of the Ministers' Deputies).

En definitiva, como explica la versión actual del Proyecto de Informe explicativo (punto 97) la Regla 18 persigue evitar que los votos de la Unión Europea y de sus Estados miembros, por sí solos o con el apoyo de un número reducido de Estados parte, puedan determinar si se adopta o no una decisión por el Comité de Ministros. Todo ello, sin perjuicio de que la regla general para la toma de decisiones por el Comité de Ministros siga siendo el consenso y —como ahora matiza la versión actual (punto 98)— sin que constituya precedente alguno para futuros convenios del Consejo de Europa a los que se adhiera la Unión.

5. La última modificación introducida por el grupo de trabajo en la versión actual de los Proyectos de instrumentos de adhesión se refiere a la contribución anual de la Unión Europea a los gastos derivados del funcionamiento del Convenio. Anteriormente se establecía una contribución del 34 por ciento de la contribución más elevada aportada el año anterior por cualquier Estado parte al presupuesto ordinario del Consejo de Europa y ahora se incrementa ese porcentaje al 36 por ciento, debido a que, para el cálculo de los gastos relacionados con el sistema del Convenio, se dejan de tomar como base las cifras del periodo 2009-2013 y se toman las cifras del periodo 2018-2022. Se trata, por lo tanto, de una actualización.

CONCLUSIÓN

La Comisión Europea y el Consejo de Europa han optado por modificar los Proyectos de instrumentos de adhesión para que se adapten a las exigencias del TJUE. Se puede concluir que muchas de las soluciones propuestas coinciden con las planteadas por la abogada general, la Sra. Kokott, y por la mayoría de la doctrina. Ya se han solucionado todos los óbices alegados por el TJUE en su dictamen 2/13, salvo uno: el relativo al control jurisdiccional exclusivo por el TEDH de aquellas materias de PESC excluidas del control del TJUE.

La principal conclusión, a posteriori, quizás sea que las conclusiones del TJUE en el dictamen 2/13 no fueron para tanto y que la doctrina fue demasiado apocalíptica y dura con el tribunal.

Finalizadas las negociaciones y con un nuevo Proyecto de Acuerdo de adhesión prácticamente cerrado creo que el error del TJUE en su dictamen 2/13 no fue tanto el contenido de sus argumentos como el tono empleado. De hecho, la posición del TJUE no difería en gran medida de la posición de la abogada general, y ésta apenas fue criticada. El Tribunal de Justicia ha defendido las características específicas y la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión Europea en el marco de una negociación con el Consejo de Europa sobre la compleja adhesión de la Unión —organización supranacional— al CEDH —organización internacional—. Coincidió con la mayoría de la doctrina en que el TJUE no estuvo a la altura, en que debió haber emitido su dictamen con un tono más comunicativo del que se desprendieran desig-

nios de progreso hacia un sistema europeo de protección de los derechos fundamentales más consolidado y uniforme. Al contrario: el TJUE pareció demostrar desconfianza, rigidez, incluso cierto oportunismo. Sin embargo, insisto en que a posteriori quizás las consecuencias de aquella falible posición del TJUE no hayan sido tan desafortunadas. El TJUE ha conseguido que el grupo de trabajo llegue a un acuerdo sobre la adhesión preservando las características específicas y la autonomía del derecho comunitario. Los reproches realizados por la mayoría de la doctrina al TJUE tras el dictamen 2/13 residían principalmente en la predicción de un fracaso o bloqueo definitivo de las negociaciones que finalmente no se ha producido⁶⁸.

Tampoco creo que del dictamen 2/13 se desprendiera una preferencia del TJUE por la autonomía del derecho comunitario frente a la protección de los derechos fundamentales de los individuos. De ser así, también debería considerarse ésta una preferencia de los Estados miembros cuando ratificaron el Tratado de Lisboa⁶⁹. La protección de los derechos fundamentales debe ser conforme a derecho y precisamente por su carácter primordial debe responder a decisiones calmadas, pensadas y correctamente articuladas jurídicamente.

Lejos de los fatídicos auspicios sobre las relaciones entre la Unión Europea y otras organizaciones internacionales, y especialmente entre el Tribunal de Justicia y el TEDH, tras el dictamen 2/13, éste no ha sentado ningún precedente negativo. El dictamen 2/13 no ha supuesto un empeoramiento del diálogo judicial entre el TJUE y el TEDH. El Tribunal de Estrasburgo ha seguido otorgando importancia a la CDFUE y a la jurisprudencia del TJUE. Respecto a la doctrina de la protección equivalente, el TEDH ha mantenido la presunción *Bosphorus* y ha seguido reconociendo el principio de confianza mutua, incluso en sentencias próximas al dictamen como la sentencia *Avoitins*. Tampoco el dictamen 2/13 ha provocado en términos generales una reacción negativa de los tribunales nacionales, que han continuado respetando el principio de confianza mutua y no han intentado desplazar al TJUE. Y, por último, tampoco el TJUE ha cambiado en su jurisprudencia su posición respecto del CEDH a partir del dictamen⁷⁰. Al contrario, parece haber adoptado

⁶⁸ El tiempo ha demostrado que, como señaló Fernández Rozas en 2014, aunque se negase a admitirla, el TJUE no partía en su dictamen «de una imposibilidad metafísica de la adhesión propugnada». Cfr. Fernández Rozas, José Carlos, “La compleja adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos y las secuelas del Dictamen 2/2013 del Tribunal de Justicia”, en *Tribuna - La Ley Unión Europea*, n.º 23, 2014, p. 50.

⁶⁹ Reitemeyer y Pirker han planteado que la intención del Tratado de Lisboa podría ser no sólo mantener al TJUE fuera de los asuntos de la PESC, sino también a cualquier otro tribunal internacional. Cfr. Reitemeyer, Stefan y Pirker, Benedikt, “Between Discursive and Exclusive Autonomy – Opinion 2/13, the Protection of Fundamental Rights and the Autonomy of EU Law”, op. cit., p. 17.

⁷⁰ De hecho, según García Roca cada vez son más frecuentes las invocaciones del CEDH por el TJUE. Cfr. García Roca, Javier, *La transformación constitucional del*

una postura más flexible en algunas sentencias importantes como *Lanigan, Aranyosi, Bob Dogi o C.K.*⁷¹. Incluso Peers ha planteado que tras haber marcado territorio en el dictamen 2/13, el TJUE habría podido relajarse y adoptar, por voluntad propia, una posición más flexible sobre el principio de confianza mutua aplicado a la protección de los derechos fundamentales⁷². Se puede concluir que el dictamen 2/13 no ha afectado de forma negativa al diálogo establecido entre los tribunales constitucionales nacionales, el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Estrasburgo; y las negociaciones han llegado de nuevo a una fase final.

Por último, considero que las reformas introducidas en la versión actual de los Proyectos de instrumentos de adhesión, que resuelven las cuestiones contrapuestas por el TJUE en su dictamen 2/13, no perjudican a los objetivos originarios de la adhesión⁷³. Según los actuales Proyectos de instrumentos de adhesión se ven reforzadas tanto la autonomía del derecho de la Unión como la protección de los derechos fundamentales en la Unión, a través del mecanismo del codemandado y a través de la participación del Tribunal de Justicia —más allá de la cuestión prejudicial— en el procedimiento de intervención previa⁷⁴. El nuevo acuerdo al que ha llegado el grupo de trabajo permite,

Convenio Europeo de Derechos Humanos, Thomson Reuters - Civitas, Cizur Menor, 2019, p. 34. En la misma línea: López Guerra, Luis, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la UE y «le mouvement nécessaire des choses»”, op. cit., pp. 178 y ss.

⁷¹ Sentencias del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 16 de julio de 2015, *Minister for Justice and Equality c. Francis Lanigan* (asunto C-237/15 PPU); de 5 de abril de 2016, *Pál Aranyosi c. Hungría y Robert Căldăraru c. Rumanía* (asuntos acumulados C-404/15 y C-659/15 PPU); de 1 de junio de 2016, *Niculaie Aurel Bob-Dogi* (asunto C-241/15); y de 16 de febrero de 2017, *C.K. y otros c. República de Eslovenia* (asunto C-578/16 PPU).

⁷² Peers, Steve, “Human Rights and the European Arrest Warrant: Has the ECJ turned from poacher to gamekeeper?”, en el blog *EU Law Analysis: Expert insight into EU law developments*, 12 de noviembre de 2016.

⁷³ No creo que tras la adhesión la protección de los derechos fundamentales vaya a estar peor garantizada que a través de la actual relación tripartita como, por ejemplo, señala Lock, para quien el precio a pagar por la adhesión podría ser demasiado alto: el TEDH no podría controlar el respeto de los derechos fundamentales cuando se aplicara el principio de confianza mutua y los Estados miembros se dividirían en aquellos con exenciones de responsabilidad y aquellos sin ellas. Cfr. Lock, Tobias, “The future of EU human rights law: Is accession to the ECHR still desirable?”, en *Journal of International and Comparative Law*, 13 de junio de 2020.

⁷⁴ Coincido con Azpitarte Sánchez en el efecto positivo que la adhesión de la Unión al CEDH puede tener para la integridad del sistema comunitario. Azpitarte Sánchez, Miguel, “Autonomía del ordenamiento de la Unión y derechos fundamentales: ¿presupuestos contradictorios? La adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos como respuesta”, en *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 48, 2013, pp. 60 y ss.; Azpitarte Sánchez, Miguel, “Los derechos fundamentales de la Unión en busca de un nuevo equilibrio. Acerca del Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia, sobre la compatibilidad con los Tratados constitutivos del Proyecto de acuerdo internacional de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de

al mismo tiempo, garantizar la autonomía del ordenamiento comunitario y situar en el centro del sistema de protección al ciudadano, garantizando el estándar mínimo de protección del Convenio y el control en última instancia por el TEDH. Desde esta perspectiva debe abordarse también, con presteza, el control jurisdiccional sobre la PESC.

Lo que sí será necesario asumir es que tras la adhesión el sistema europeo de protección de los derechos fundamentales seguirá requiriendo un diálogo tripartito entre los tribunales constitucionales nacionales, el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Estrasburgo, en el que los primeros deberán respetar la función supervisora ulterior del TEDH que, inevitablemente, conllevará una cierta labor interpretativa relacionada con el derecho de la UE. El TJUE no debe ver en ello una amenaza sino una consecuencia lógica de la adhesión⁷⁵.

BIBLIOGRAFÍA

- Alonso García, Ricardo, “Análisis crítico del veto judicial de la UE al CEDH en el Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014” en *WP IDEIR Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, n.º 26, 2015.
- “La doctrina de Estrasburgo sobre la protección equivalente tras el veto de Luxemburgo a la adhesión de la UE al CEDH (a propósito de Avotins v. Letonia)”, en *WP IDEIR Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, n.º 32, 2017.
- Arzoz Santisteban, Xabier, “Karlsruhe rechaza la Doctrina Melloni del Tribunal de Justicia y advierte con el control de la identidad constitucional (comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 15 de diciembre de 2015, 2 BVR 2735/14)”, en *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 58, 2016.
- *Transformaciones judiciales: Karlsruhe y los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2022.
- Azpitarte Sánchez, Miguel, “Autonomía del ordenamiento de la Unión y derechos fundamentales: ¿presupuestos contradictorios? La adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos como respuesta”, en *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 48, 2013.
- “Los derechos fundamentales de la Unión en busca de un nuevo equilibrio. Acerca del Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia, sobre la compatibilidad con los Tratados constitutivos del Proyecto de acuerdo internacional de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 104, 2015.
- Bachoué Pedrouzo, Géraldine, “Avis 2/13 de la CJUE: l’accord d’adhésion de l’UE à la CEDH méconnaît les caractéristiques spécifiques du droit de l’Union concernant le

los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 104, 2015, pp. 265 y ss.

⁷⁵ De Witte también ha criticado el empeño del TJUE en evitar cualquier actividad interpretativa del derecho comunitario por el TEDH. Cfr. Witte, Bruno de, “The Court’s view on the autonomy and specific characteristics of EU law”, en *VVAA, The EU Fundamental Rights Landscape After Opinion 2/13* (eds. Šejla Imamović, Monica Claes y Bruno De Witte), Maastricht Faculty of Law, Working Paper n.º 3, 2016, p.14.

- contrôle juridictionnel en matière de PESC. Et après?”, en el blog *Réseau Universitaire Européen: Droit de l'Espace de Liberté, Sécurité & Justice*, 31 de enero de 2015.
- Bossuyt, Marc, “The Principle of ‘Mutual Trust’ in Opinion 2/13”, en VVAA, *The EU Fundamental Rights Landscape After Opinion 2/13* (eds. Šejla Imamović, Monica Claes y Bruno De Witte), Maastricht Faculty of Law, Working Paper n.º 3, 2016.
- Bribosia, Emmanuelle, “Fundamental rights and mutual trust in the European Union – the story of a clash foretold?” en VVAA, *The EU Fundamental Rights Landscape After Opinion 2/13* (eds. Šejla Imamović, Monica Claes y Bruno De Witte), Maastricht Faculty of Law, Working Paper n.º 3, 2016.
- Callewaert, Johan, “Protocol 16 and the Autonomy of EU law: who is threatening whom?” en el blog *European Law Blog*, 3 de octubre de 2014.
- Claes, Monica, “Accession or no accession? A national perspective” en VVAA, *The EU Fundamental Rights Landscape After Opinion 2/13* (eds. Šejla Imamović, Monica Claes y Bruno De Witte), Maastricht Faculty of Law, Working Paper n.º 3, 2016.
- Cortés Marín, José Manuel, *Avatares del proceso de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Reus, Madrid, 2018.
- Cruz Villalón, Pedro y Requejo Pagés, Juan Luis, “La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 50, 2015.
- Douglas-Scott, Sionaidh, “Opinion 2/13 and the ‘elephant in the room’: A response to Daniel Halberstam”, en el blog *Verfassungsblog on matters constitutional*, 13 de marzo de 2015.
- Eeckhout, Piet, “Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky?” en *Fordham International Law Journal*, vol. 38, n.º 4, 2015.
- Fernández Rozas, José Carlos, “La compleja adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos y las secuelas del Dictamen 2/2013 del Tribunal de Justicia”, en *Tribuna - La Ley Unión Europea*, n.º 23, 2014.
- Gaja, Giorgio, “The ‘Co-Respondent Mechanisms’ According to the Draft Agreement for the Accession of the EU to the ECHR”, en *ESIL Reflections*, vol. 2, n.º 1, 9 de enero de 2013.
- García Roca, Javier, *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Thomson Reuters - Civitas, Cizur Menor, 2019.
- González Vega, Javier A., “La «teoría del big bang» o la creciente distancia entre Luxemburgo y Estrasburgo (Comentarios al Dictamen 2/2013, del Tribunal de Justicia, de 18 de diciembre de 2014 sobre la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos)”, en *La Ley Unión Europea*, n.º 25, 2015.
- Gragl, Paul, “The Reasonableness of Jealousy: Opinion 2/13 and EU Accession to the ECHR”, en VVAA, *European Yearbook on Human Rights* (eds. W. Benedek, F. Benoit-Rohmer, W. Karl, y M. Nowak), Neuer Wissenschaftlicher Verlag, Vienna, 2015.
- Halberstam, Daniel, “‘It’s the Autonomy, Stupid!’ A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward”, en *German Law Journal*, vol. 16, n.º 1, 2015.
- Hillion, Christophe, “Decentralised Integration? Fundamental Rights Protection in the EU Common Foreign and Security Policy”, en *European Papers*, vol. 1, n.º 1, 2016.
- Imamović, Šejla, “The Relationship between the Court of Justice of the EU and the European Court of Human Rights after Opinion 2/13”, en VVAA, *The EU Fundamental Rights Landscape After Opinion 2/13* (eds. Šejla Imamović, Monica Claes y Bruno De Witte), Maastricht Faculty of Law, Working Paper n.º 3, 2016.
- Jacqué, Jean Paul, “L’AVIS 2/13 CJUE. Non à l’adhésion à la Convention européenne des droits de l’homme?” en el blog *European Area of Freedom Security & Security - FREE Group Members*, 26 de diciembre de 2014.

- “What next after Opinion 2/13 of the Court of Justice on the accession of the EU to the ECHR?”, Study for the AFCO Committee, Policy Department for Citizens’ Rights and Constitutional Affairs, European Parliament, 2016.
- Johansen, Stian Oby, “Some thoughts on the ECJ hearing on the Draft EU-ECHR accession agreement”, en el blog *PluriCourts*, The Faculty of Law, University of Oslo, 28 de mayo de 2014.
- Kuijjer, Martin, “Is accession still possible? Is it still desirable?”, en VVAA, *The EU Fundamental Rights Landscape After Opinion 2/13* (eds. Šejla Imamović, Monica Claes y Bruno De Witte), Maastricht Faculty of Law, Working Paper n.º 3, 2016.
- Kuijper, Pieter Jan, “Reaction to Leonard Besselink’s ACELG Blog”, en el blog *BlogActiv*, UvA-DARE (Digital Academic Repository), University of Amsterdam, 6 de enero de 2015.
- Labayle, Henri, “La guerre des juges n’aura pas lieu. Tant mieux? Libres propos sur l’avis 2/13 de la Cour de justice relatif à l’adhésion de l’Union à la CEDH”, en el blog *Réseau Universitaire Européen: Droit de l’Espace de Liberté, Sécurité & Justice*, 22 de diciembre de 2014.
- Łazowski, Adam y Wessel, Ramses A., “When Caveats Turn into Locks: Opinion 2/13 on Accession of the European Union to the ECHR” en *German Law Journal*, vol. 16, n.º 1, 2015.
- Llopis Nadal, Patricia, “La necesidad procesal de la adhesión de la Unión Europea al CEDH: Un asunto que continúa pendiente tras el dictamen 2/13 del TJUE”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 29, 2015.
- Lock, Tobias, “The ECJ and the ECtHR: The Future Relationship between the Two European Courts”, en *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, n.º 8, 2009.
- “EU Accession to the ECHR, Implications for Judicial Review in Strasbourg”, en *European Law Review*, n.º 35, 2010.
- “The future of EU human rights law: Is accession to the ECHR still desirable?”, en *Journal of International and Comparative Law*, 13 de junio de 2020.
- López Guerra, Luis, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la UE y «le mouvement nécessaire des choses»”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 39, 2017.
- “La evolución del sistema europeo de protección de derechos humanos”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 42, 2018.
- Martínez Rompeltien, Salvador, “El TEDH: de instrumento facilitador del proceso integrador europeo a fiscalizador de la propia Unión Europea”, en *Revista de Estudios Europeos*, vol. 79, 2022.
- Martín y Pérez de Nanclares, José, “La adhesión de la Unión Europea al CEDH: algo más que una cuestión meramente jurídica”, en *WP IDEIR Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, n.º 14, 2012.
- “Cita con la ambición: el Tribunal de Justicia ante el desafío de la adhesión de la Unión al CEDH”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 48, 2014.
- “El TJUE pierde el rumbo en el Dictamen 2/13: ¿merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 52, 2015.
- Meijers Committee, standing committee of experts on international immigration, refugee and criminal law, *Note on Mutual trust and Opinion 2/13 on accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, CM1604, 17 de marzo de 2016.
- Odermatt, Jed, “A Giant Step Backwards? Opinion 2/13 on the EU’s Accession to the European Convention on Human Rights”, en *Leuven Centre for Global Governance Studies*, Working Paper n.º 150, 2015.
- Parlamento Europeo, *Informe sobre las relaciones institucionales entre la Unión y el Consejo de Europa (2022/2137(INI))*, Comisión de Asuntos Constitucionales, Ponente: Loránt Vincze, 9 de marzo de 2023.

- Peers, Steve, “The CJEU and the EU’s accession to the ECHR: a clear and present danger to human rights protection”, en el blog *EU Law Analysis: Expert insight into EU law developments*, 18 de diciembre de 2014.
- “The EU’s Accession to the ECHR: The Dream Becomes a Nightmare”, en *German Law Journal*, vol. 16, n.º 1, 2015.
- “Human Rights and the European Arrest Warrant: Has the ECJ turned from poacher to gamekeeper?”, en el blog *EU Law Analysis: Expert insight into EU law developments*, 12 de noviembre de 2016.
- Reitemeyer, Stefan y Pirker, Benedikt, “Opinion 2/13 of the Court of Justice on Access of the EU to the ECHR - One step ahead and two steps back”, en *European Law Blog*, 31 de marzo de 2015.
- “Between Discursive and Exclusive Autonomy – Opinion 2/13, the Protection of Fundamental Rights and the Autonomy of EU Law”, en *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, diciembre de 2015.
- Tomás Mallén, Beatriz, “La efectividad del Protocolo n.º 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y su potencial impacto constitucional en España”, en *Estudios de Deusto*, vol. 70, n.º 1, 2022.
- Uría Gavilán, Elisa, *La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Bosh, 2018.
- VVAA, “A Constitutional moment: Acceding to the ECHR (or not)”, en *European Constitutional Law Review*, vol. 11, n.º 1, 2015.
- Witte, Bruno de, “Beyond the accession agreement: five Items for the European Union’s human rights agenda”, en VVAA, *The EU accession to the ECHR* (V. Kosta, N. Skoutaris, y V. P. Tzevelekos (eds.)), Hart Publishing. Modern Studies in European Law, 2014.
- “The Court’s view on the autonomy and specific characteristics of EU law”, en VVAA, *The EU Fundamental Rights Landscape After Opinion 2/13* (eds. Šejla Imamović, Monica Claes y Bruno De Witte), Maastricht Faculty of Law, Working Paper n.º 3, 2016.

