

CRÓNICA DE UNA ADHESIÓN ANUNCIADA: ALGUNAS NOTAS SOBRE LA NEGOCIACIÓN DE LA ADHESIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

SUSANA SANZ CABALLERO*

- I. INTRODUCCIÓN: HACIA UN SOCIO N.º 48 DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS MUY ESPECIAL.
- II. LOS GRANDES INTERROGANTES EN TORNO A LA ADHESIÓN.
 1. EL PROCEDIMIENTO FORMAL DE ADHESIÓN.
 2. EL RESPETO DEL REPARTO DE COMPETENCIAS UNIÓN EUROPEA-ESTADOS MIEMBROS Y DE LA AUTONOMÍA DEL ORDENAMIENTO DE LA UE.
 3. LA PARTICIPACIÓN DE LA UE EN LOS ÓRGANOS DE CONTROL DEL CEDH.
 4. SALVAR EL REQUISITO DEL AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS.
- III. GESTIONES REALIZADAS, POSICIONES DEFENDIDAS Y OBSTÁCULOS ENCONTRADOS.
 1. PROPUESTAS PARA LA NEGOCIACIÓN.
 2. LA POSICIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO.
 3. EL MANDATO DE NEGOCIACIÓN DE LA UE.
 4. ALGUNOS OBSTÁCULOS EN EL CAMINO.
- IV. COMENTARIOS FINALES.

* Catedrática de Derecho Internacional Público, Departamento de Derecho Público. Cátedra *Jean Monnet* de Derecho Comunitario. Universidad CEU-Cardenal Herrera, Valencia, España.

El presente trabajo se encuadra dentro del Proyecto de investigación DER2009-13752-C03-02 «Normas de DIH y DIDH aplicables a organizaciones internacionales: especial referencia a grupos vulnerables» financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, del que la autora es IP. El trabajo también es tributario de una estancia de investigación realizada en 2010 en el Instituto Universitario Europeo de Florencia que fue financiada por la Conselleria de Educación de la Generalitat Valenciana y por el proyecto PREUCH 42/2010.

I. INTRODUCCIÓN: HACIA UN SOCIO N.º 48 DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS MUY ESPECIAL

En la inauguración de la Conferencia de alto nivel sobre el futuro del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), la vicepresidenta de la Comisión Europea, V. Reding, declaró «Accession is not only an option, it is the destination»¹. Hace ya más de treinta años desde que la Comisión Europea propuso por primera vez la adhesión formal de la entonces CEE o, en su caso de las CC.EE., al Convenio Europeo para la Salvaguarda de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales o CEDH² (si bien es cierto que unos años antes la propia Comisión Europea había rechazado esta posibilidad³). Con esta propuesta de adherirse al tratado europeo más emblemático en materia de protección de derechos fundamentales del continente europeo se intentaba paliar el vicio que se achacaba desde sus orígenes a las CC.EE., y que no era otro que la ausencia en los Tratados constitutivos de un catálogo de derechos fundamentales que vinculara en el ordenamiento comunitario⁴.

¹ REDING, V., «Towards a European Area of Fundamental Rights: the EU's Charter of Fundamental Rights and accession to the European Convention of Human Rights», en: Directorate General of Human Rights and Legal Affairs, Council of Europe: *Proceedings High Level Conference on the future of the ECHR*, 18 y 19 de febrero de 2010, Interlaken (Suiza), H/INF(2010)5.

² COMISIÓN EUROPEA, *Memorandum de 4 de abril de 1979 relativo a la adhesión de las Comunidades Europeas al CEDH (BOCE, supl. 2/79)*. Dicha propuesta fue renovada en la Comunicación de la Comisión de 19 de febrero de 1990 relativa a la adhesión de la Comunidad al CEDH, Doc. SEC(90) 2087 final. En su documento de trabajo *La adhesión de la Comunidad al CEDH y el ordenamiento jurídico comunitario*, de 26 de octubre de 1993, esta institución analiza la base jurídica para la adhesión así como el monopolio jurisdiccional del TJCE.

³ En su informe de 4 de febrero de 1976 titulado *La protección de los derechos fundamentales en la creación y desarrollo del Derecho comunitario (BOCE, supl. 5/76)*, que fue transmitido al Parlamento Europeo y al Consejo, la Comisión excluye la necesidad de que la CE se adhiera como tal al CEDH.

⁴ Son muchos los estudios doctrinales que se han dedicado a la materia. Entre ellos: CASADO RAIGÓN, R., «La actualidad de los Derechos humanos en la Comunidad Europea y la pendiente adhesión al Convenio Europeo de 1950», en *Cuestiones actuales de Derecho Comunitario Europeo*, PELÁEZ MARÓN, J. M. (coord.), Córdoba, 1992, pp. 73-100; CASADO RAIGÓN, R., «Unión Europea, Derechos Humanos y Convenio de 1950», en *Cuestiones actuales de Derecho Comunitario Europeo II*, PELÁEZ MARÓN, J. M. (coord.), Córdoba, 1993, pp. 79-86; FERNÁNDEZ TOMÁS, A., «La adhesión de las Comunidades Europeas al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos: un intento de solución al

Durante esos treinta años se fueron proponiendo otras soluciones, algunas de las cuales incluso fueron llevadas a efecto. Entre las posibles alternativas el Tribunal de Justicia asumió la labor de crear, sentencia a sentencia, un catálogo jurisprudencial de derechos fundamentales. También se exploró la vía de redactar una declaración de derechos propia, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE), que fue proclamada solemnemente en 2000 por la Comisión, el Consejo y el Parlamento Europeo (PE). El Tratado de Lisboa rescata la CDFUE y establece expresamente que ésta tiene el mismo valor que el derecho originario. Otra opción que se exploró pero que no corrió igual suerte fue redactar una constitución europea que incluyera una carta de derechos.

No obstante todas las vías alternativas mencionadas, la idea de que las CC.EE./U.E. se adhirieran al CEDH se ha mantenido más o menos intacta a lo largo de todos estos años⁵. Uno de los momentos más duros y críticos en este camino hacia la adhesión se produjo en 1996, cuando el TJ indicó en su Dictamen 2/94 que las CCEE/UE carecían de base jurídica para que se pudiera llevar a cabo⁶. Sin embargo, no hay mal que cien años dure, y el Tratado de Lisboa resuelve este *impasse* indicando en el artículo 6 TUE que la adhesión tendrá lugar. En el artículo 218 TFUE se establece cuál será el procedimiento que se deberá seguir para la adhesión.

Por su parte, el Protocolo 8 al Tratado de Lisboa sobre el artículo 6.2 TUE relativo a la adhesión de la UE al CEDH estipula en su artículo 1

problema de la protección de los Derechos fundamentales en el ámbito comunitario», en *Revista de Instituciones Europeas (RDCE)*, 1985, n.º 3, pp. 701-721; CARRILLO SALCEDO, J. A., «Una cuestión pendiente: La adhesión de las CCEE al CEDH», en *Anuario de Derecho Europeo*, 2002, pp. 109-116; JIMÉNEZ DE PARGA, M., «La adhesión de la UE al CEDH», en *Une communauté de droit - Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias, BWV Berliner Wissenschafts*, COLNERIC, N. y otros (eds.), Berlín, 2003, pp. 127-136; PASTOR RIDRUEJO, J. A., «Sobre la adhesión de la Unión Europea a la Convención de Roma», en *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2010, n.º 43, pp. 43-51; PUENTE EGIDO, J., «¿Adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos?: cuestión disputada», en *Soberanía del Estado y Derecho internacional: Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M. y SALINAS DE FRÍAS, A. (coords.), Univ. Sevilla, Sevilla, 2005, pp. 1119-1144; CORTÉS MARTÍN, J. M., «Adhesión al CEDH y autonomía del Derecho de la Unión. Legitimación pasiva de la Unión y sus miembros y compatibilidad material», en *RGDE*, 2010, n. 22.

⁵ Puede consultarse ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «Comunidad Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: ¿El fin de una vieja polémica? (Comentario al Dictamen 2/94 del TJCE, de 28 de marzo de 1996)», *Revista de Instituciones Europeas (RDCE)*, 1996, n. 23, pp. 817-838.

⁶ Dictamen del TJCE 2/94 de 28 de marzo de 1996, *Rec.* 1996, pp. I-01759 ss.

que el acuerdo de adhesión debe preservar las características de la UE y del Derecho de la UE, en particular en dos aspectos: por un lado, las modalidades de posible participación de la UE en las instancias de control del CEDH y, por otro lado, los mecanismos que se establezcan para garantizar que los recursos interpuestos por terceros Estados y por individuos se presenten correctamente contra los Estados miembros, contra la UE o contra ambos, según los casos.

Ciertamente, la urgencia que en otro tiempo podría haber habido para optar por la adhesión ya no es tal en estos momentos, una vez que se ha otorgado fuerza jurídica obligatoria en el ordenamiento de la UE a la CDFUE. Pero precisamente por eso quizá sea tan pertinente la adhesión ahora, sin las prisas y sin la presión de quien se sabía en una situación deficitaria y en precario que ya no existe⁷. Ahora que la adhesión al CEDH ya no hace estrictamente falta —puesto que la UE ya cuenta con un catálogo de derechos propio y vinculante— esta opción se antoja como la mejor muestra de un genuino y verdadero compromiso de la UE por los derechos fundamentales. En realidad, la complementariedad que se producirá para la UE por la vinculatoriedad de ambos documentos (con la incorporación de la CDFUE a los Tratados y con la adhesión de la UE al CEDH) es comparable a la complementariedad que se produce para los propios Estados miembros de la UE entre su propia Constitución interna, que incluye una declaración de derechos, y la adhesión de dichos Estados al CEDH. Del mismo modo que el hecho de que un Estado tenga su propia declaración nacional de derechos obligatoria no obsta para que ese mismo Estado ratifique el CEDH u otros tratados internacionales de derechos humanos, tampoco el hecho de que la UE tenga su propia declaración de derechos vinculante supone un obstáculo, un impedimento o una excusa para que la UE se pueda adherir a tratados internacionales de derechos humanos como el CEDH, al que en un futuro quizá se podría añadir la adhesión de la UE a otros convenios de derechos humanos. Es más, en la UE, la obligatoriedad de la CDFUE y la vinculatoriedad del CEDH a través de la adhesión, son

⁷ La Comisión hoy —igual que hizo en 1979 en su Memorándum— establece en su Programa de Trabajo que una de sus prioridades es la adhesión al CEDH (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *Programa de Trabajo de la Comisión para 2010. El momento de actuar*, Bruselas, 31 de marzo de 2010, COM(2010) 135 final, p. 8). También el *Programa de Estocolmo en favor de una Europa abierta y segura al servicio de los ciudadanos*, adoptado por el Consejo Europeo en su cumbre de 2009, establece la adhesión como una prioridad (punto 2.1 del Programa).

dos medidas que se retroalimentan porque, del mismo modo que para un Estado es más fácil cumplir las obligaciones que tiene en virtud del CEDH cuando su propio orden constitucional interno asegura la protección efectiva de los derechos fundamentales, también en la UE la protección de los derechos fundamentales queda reforzada por la obligación de la UE de cumplir la CDFUE.

La adhesión de la UE al CEDH transmitirá un mensaje de coherencia entre la UE y el régimen paneuropeo de protección de los derechos fundamentales del Consejo de Europa, eliminando la incongruencia de la dualidad normativa existente en estos momentos en la materia en el marco de la UE. Igualmente, reforzará la credibilidad de la UE frente a países terceros a los que la UE, en sus relaciones bilaterales, insta constantemente a que respeten los derechos fundamentales. Además, la adhesión brindará a los ciudadanos una protección frente a actos de la UE análoga a la que ya disfrutaban frente a los Estados miembros, máxime teniendo en cuenta que los Estados miembros han transferido a la UE importantes ámbitos competenciales. Con todo, la adhesión de la UE al CEDH es todo menos fácil. Afortunadamente, existe una voluntad política firme para llevarla a efecto, tanto de la UE (manifestada en el artículo 6.2 TUE) como del Consejo de Europa (manifestada, a su vez, en el artículo 59 CEDH tras la reforma del Protocolo n.º 14 CEDH, en vigor desde junio de 2010)⁸. Sin ese compromiso político tan claro, consignado convencionalmente en esos dos tratados europeos, posiblemente estaríamos asistiendo a un nuevo intento fallido de

⁸ La voz del Consejo de Europa en favor de la adhesión ha sido la tónica general a lo largo de los últimos años. No se ha dejado de poner facilidades y allanar el camino para que la UE tomase la decisión sabiéndose respaldada desde el Consejo de Europa. Se han efectuado estudios técnicos para despejar las dudas y los obstáculos a la UE, se han hecho declaraciones políticas y se han girado visitas protocolarias a Bruselas. Entre los documentos más significativos, destaca el Memorandum emitido por el Secretario General del Consejo de Europa con ocasión del debate de la Convención sobre el Futuro de Europa bajo el título *Freedom, security and justice of the whole of Europe* (Doc. SG/Inf (2002) 42), el informe redactado por el CDDH *Study of technical and legal issues of a posible EC/EU accession to the ECHR*, de 28 de junio de 2002 (CCDH (2002) 010 Addendum 2), el documento de la Secretaría General *The Council of Europe's contribution to the enlargement to the acquis of the European Union*, de 1 de marzo de 2006 (DIR/JUR (2006)1) o el informe emitido por Jean-Claude Juncker en nombre de la Asamblea Parlamentaria para los Jefes de Estado y de Gobierno del Consejo de Europa titulado *Council of Europe - European Union: A sole ambition for the European continent*, de 11 de abril de 2006 (Doc. 10897). Últimamente, destaca el Informe del Comité de Asuntos Políticos de la Asamblea Parlamentaria tras su *fact-finding visit* a Bruselas (9-10 junio de 2010) titulado *The impact of the Lisbon Treaty on the Council of Europe*, publicado el 28 de junio de 2010 (Doc. AS/pol (2010) 27 rev.).

adhesión, puesto que los problemas técnicos y jurídicos que plantea la misma no son desdeñables.

II. LOS GRANDES INTERROGANTES EN TORNO A LA ADHESIÓN

Entre los interrogantes jurídico-políticos que deberán ser resueltos durante las negociaciones figuran los siguientes⁹:

1. EL PROCEDIMIENTO FORMAL DE ADHESIÓN

Del Protocolo n.º 8 sobre el apartado 2 del artículo 6 del TUE relativo a la adhesión de la Unión al CEDH resulta que la adhesión no va a ser una adhesión sin más, esto es, no va a ser una manifestación de consentimiento pura y simple, sino que debe incluirse en un Tratado o Acuerdo que debe preservar las características y el Derecho de la UE y no afectar a sus competencias¹⁰.

Tras meses de discusión, la UE y el Consejo de Europa aprobaron sus respectivos mandatos de negociación para dicho acuerdo. El primero fue el Consejo de Europa, cuyo Comité de Ministros aprobó a finales de mayo el mandato de negociación designando como negociador al Comité Director de Derechos Humanos (CDDH), decisión que fue posteriormente confirmada en la sesión plenaria del Comité de 17 de junio. La UE hizo lo propio el 4 de junio de 2010 en el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior (JAI).

Por parte de la UE, el complicado procedimiento de adhesión está explicado paso a paso y sin dejar ningún resquicio a la improvisación en el artículo 218 TFUE. Se trata de un procedimiento de alto contenido intergubernamental, en el que el Consejo autoriza la apertura de las negociaciones, designa al negociador, puede dictar directrices al mismo y puede designar —como de hecho ha ocurrido— un comité especial de consultas durante la negociación (en concreto, el Grupo de Trabajo sobre derechos fundamentales, derechos de ciudadanía y libre circulación de personas, conocido por las siglas FREMP).

⁹ Estos interrogantes quedan reflejados en el documento que la Presidencia del Consejo emitió el 17 de febrero de 2010 sobre la adhesión de la UE al CEDH (Doc. 6582/10).

¹⁰ Trata el tema PASTOR RIDRUEJO, J. A., «La adhesión de la UE a la CEDH», en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Coord.), *El Tratado de Lisboa: la salida a la crisis constitucional*, Ed. Iustel, Madrid, 2007, pp. 152-157, p. 153.

Una vez terminen las negociaciones, el artículo 218 TFUE establece igualmente un complejo procedimiento que requiere unanimidad de los Estados miembros de la UE representados en el Consejo (artículo 218.8), previa aprobación del Parlamento Europeo (artículo 218.6.a.II), posible dictamen del TJ (artículo 218.11) y, finalmente, la ratificación de todos los Estados (art. 218.8).

Por parte del Consejo de Europa, el acuerdo de adhesión deberá ser aprobado por el Comité de Ministros. A ello habrá que añadir que las enmiendas que se produzcan en el propio CEDH tendrán que ser ratificadas por los 47 Estados partes aunque, obviamente, como 27 de esos 47 Estados son los miembros de la UE, éstos podrían ratificar ambos textos a la vez. Por otro lado, hay que tener en cuenta que la previsión es que la adhesión no sólo sea al CEDH sino también a los protocolos adicionales que hayan sido ratificados por todos los Estados de la UE, esto es, los Protocolos 1 y 6, y siempre respetando las competencias de atribución de la Organización.

Así pues, respecto a la UE, siguiendo el íter establecido en el artículo 218 TFUE, el 17 de marzo la Comisión Europea recomendó al Consejo la apertura de negociaciones y en el Consejo JAI de 4 de junio se aprobó el mandato de negociación. El negociador en nombre de la UE es la Comisión Europea. El mandato de negociación de la UE es con los 47 Estados partes del CEDH (27 de los cuales son miembros de la UE). Del lado del Consejo de Europa se ha creado un grupo de negociación compuesto por catorce Estados, de los cuales la mitad son miembros de la UE (Alemania, Finlandia, Francia, Letonia, Países Bajos, Reino Unido y Rumanía) y la otra mitad, no (Albania, Armenia, Croacia, Noruega —que ejerce la presidencia de grupo—, Rusia, Suiza y Turquía). Esta decisión del Consejo de Europa no resulta cómoda para la Comisión Europea, acostumbrada a que en las negociaciones de tratados internacionales no haya representación de los Estados miembros de la UE sino a actuar ella sola en representación de todos. Pero, obviamente, la situación en este caso es diferente, anormal y, hasta cierto punto, curiosa, puesto que esos siete Estados de la UE forman parte del equipo negociador de la contraparte (el Consejo de Europa) y han sido designados por ella para negociar la adhesión, no por la UE (por parte de la UE el negociador es la Comisión y no sus Estados miembros). Obviamente, el Consejo de Europa tiene plena autonomía y libertad para tomar esta decisión.

La apertura oficial de las negociaciones tuvo lugar el 7 de julio de 2010 en Estrasburgo, en una reunión en la que se fijó el procedimiento y

el calendario de reuniones. Pero el procedimiento de adhesión tardará años en ser completado. Del lado de la UE, la unanimidad que se requiere en el Consejo y la posterior ratificación de todos los Estados miembros es de por sí algo altamente complicado. En diferentes foros organizados por la Presidencia española del Consejo durante el primer semestre de 2010 se pudo comprobar las reticencias de algunos Estados —algunos de los cuales incluso han pactado un régimen de exenciones respecto a la aplicación de la CDFUE en su territorio (la República Checa, Reino Unido y Polonia). Si a ese problema añadimos las dificultades que pueden surgir del lado del Consejo de Europa, sobre todo de algunos Estados partes del CEDH que no son miembros de la UE pero que, obviamente, también deben ratificar tanto el acuerdo como las enmiendas al CEDH y a sus protocolos —como es el caso de Turquía, que se está mostrando muy reticente durante las negociaciones—, la duda sobre cuándo podrá producirse realmente la adhesión está servida.

La exigencia de un consenso total entre los Estados miembros de la UE (primero en el seno del Consejo y después a la hora de ratificar el acuerdo de adhesión) indica según O. de Schutter que nos encontramos ante un asunto de carácter «constitucional», que va mucho más allá de la exigencia habitual de mayoría cualificada y que puede dilatar mucho en el tiempo la entrada en vigor de dicho acuerdo, contradiciendo de alguna forma lo dicho tan taxativamente en el artículo 6.2 TUE («La Unión se adherirá al CEDH»)¹¹. En efecto, en el artículo 6.2 la adhesión se consigna como una obligación de resultado para la UE, pero una obligación de resultado que puede verse muy dificultada por los Estados miembros de la misma, a los que se requerirá por dos veces su aceptación de forma unánime: una, en el seno de la UE —en el marco de la votación que tenga lugar en el seno del Consejo—, y otra a nivel nacional —en el marco de los procedimientos constitucionales internos vigentes en cada Estado para manifestar su consentimiento en obligarse por tratados internacionales. La UE tiene la obligación de adherirse al CEDH, pero los Estados miembros (o algunos de ellos) podrían llegar a imposibilitar este resultado.

¹¹ DE SCHUTTER, O., «Accession of the EU to the ECHR», *hearing* ante el Comité de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (Doc. 11533 de 18 de mayo de 2008). Parcialmente, el contenido de esta audiencia fue publicado en DE SCHUTTER, O., «L'adhésion de l'UE à la CEDH: feuille de route de la négociation», en *RTDH*, 2010, vol. 35, n.º 3, pp. 535-572.

2. EL RESPETO DEL REPARTO DE COMPETENCIAS UNIÓN EUROPEA- ESTADOS MIEMBROS Y DE LA AUTONOMÍA DEL ORDENAMIENTO DE LA UE

Será necesario modificar el CEDH y sus Protocolos (en la actualidad abiertos a la adhesión de los Estados miembros del Consejo de Europa) pues la UE no prevé adherirse al Consejo de Europa. La adhesión de la UE al CEDH debe quedar desvinculada, a la luz del artículo 6 TUE y de los artículos 17 y 18 del Protocolo n.º 14 CEDH, del hecho de que la UE sea miembro del Consejo de Europa. La adhesión no debería cambiar ni la naturaleza y ni la filosofía primigenia del sistema del CEDH, es decir, que pese a que supone la participación, por primera vez, de una parte no estatal en un instrumento jurídico previsto para Estados, debería llevarse a cabo sin alterar las características básicas del CEDH. Las modificaciones del sistema judicial del CEDH deberían ser mínimas. Por eso, el futuro estatus de la UE en el sistema del CEDH no debería separarse excesivamente del del resto de partes en el CEDH con el fin de que el resultado final respete tanto el principio de igualdad entre las partes del CEDH como el principio de igualdad de armas, tan querido por el TEDH. En opinión del Secretario General del Consejo de Europa, en la medida de lo posible, las reglas que se apliquen a la UE y el tipo de escrutinio al que sean sometidos sus actos deben ser los mismos que se aplican a las democracias europeas¹².

Sin embargo, la UE no es un Estado y de esa realidad se derivarán algunas diferencias y especificidades en el papel que le toque desempeñar a esta persona jurídica internacional en el sistema del CEDH, entre ellas, las derivadas del hecho de que la UE no tiene competencias en cualquier tema y que muchas de las que tiene son compartidas con los Estados. De esta realidad se derivarán consecuencias en cuanto al status procesal de la UE en el sistema del CEDH, consecuencias que, en todo caso, deben evitar en la medida de lo posible otorgar a la UE un rol privilegiado o preferencial respecto del resto de partes en el CEDH. Una de esas consecuencias procesales que ha surgido en relación al problema planteado parece que será canalizado a través del establecimiento del mecanismo del *co-respondent*¹³

¹² JAGLAND, T., *European Commission and Council of Europe kick off joint talks on EU's accession to the Contention on Human Rights*, press release 545(2010) de 7 de julio de 2010.

¹³ Consejo de Justicia y Asuntos de Interior (JAI) de 23 de abril de 2010, Doc. 8920/10.

o *co-defendant*, en virtud del cual tanto la UE como un Estado miembro de la UE podrían figurar como partes en un caso ante el TEDH y éste podría dictar sentencia en relación a ambos a la vez. Ésta ha sido una de las exigencias de la UE para proseguir las negociaciones. Este empeño se comprueba en la lectura de la primera parte del Dictamen 2/94, donde se expone la solicitud de dictamen, y en cuyo párrafo 6 el TJCE daba cuenta ya en 1996 de la exigencia formulada por el Consejo de la UE en el sentido de que si el TJCE declaraba finalmente la compatibilidad entre el ordenamiento de la UE y el CEDH en todo caso «[d]ebería preverse un mecanismo que permitiera a la Comunidad y a sus Estados miembros clarificar la cuestión del reparto de competencias ante los órganos del Convenio»¹⁴.

Y es que uno de los principales beneficios de la adhesión será la posibilidad de que un particular sometido a la jurisdicción de la UE pueda presentar demanda ante el TEDH contra actos de la UE que supuestamente violen alguno de los derechos del CEDH. Habrá que arbitrar mecanismos para que las demandas vayan dirigidas contra quien realmente corresponda. En este sentido, el PE argumenta que una demanda contra un acto de la UE debería ser dirigida contra la UE como responsable del acto. Y que una demanda contra un acto de aplicación del Derecho de la UE ejecutado por un Estado, debería ser dirigida contra dicho Estado exclusivamente¹⁵. Sin embargo, son muchas las competencias compartidas entre la UE y sus Estados miembros y muchos también los campos en los que puede existir duda sobre hasta dónde puede llegar el reparto de responsabilidades entre UE y Estado miembro; en esos casos se debe prever que en el procedimiento ante el TEDH contra la UE puedan unirse como partes los Estados miembros de la UE. Y, viceversa, en el procedimiento contra un Estado miembro, la UE también debería poder adquirir el status de parte. Esta necesidad se deriva de que a la UE se le han ido atribuyendo competencias que previamente estaban en manos de los Estados y que, por tanto, entraban dentro del ámbito de jurisdicción del TEDH¹⁶. Así, en los asuntos que

¹⁴ Cita del Dictamen 2/94 en su primera parte, donde se expone el contenido de la solicitud de dictamen, *Rec.* 1996, p. I-01761.

¹⁵ PE, Resolución de 19 de mayo de 2010 sobre los aspectos institucionales de la adhesión de la UE al CEDH (2009/2241/(INI)), publicada en *DOUE* C161 E/72 de 31 de mayo de 2011. Lo cierto es que no tendría lógica demandar únicamente a la UE respecto de un acto de aplicación del TFUE porque la Organización no podría ella sola ejecutar un posible fallo condenatorio, sino que necesitaría de la colaboración de los Estados miembros.

¹⁶ EUROPEAN COMMISSION DEMOCRACY THROUGH LAW, CONSEJO DE EUROPA, *Comments on the accession of the EU/EC to ECHR*, Estrasburgo, 12 de octubre de 2007, Doc. CDL(2007)096, pág. 8.

se diriman ante el TEDH contra un Estado miembro pero susceptibles de engendrar cuestiones relativas al Derecho de la Unión, se hará necesario que ésta también pueda intervenir como parte. Y, en los asuntos dirimidos en las mismas condiciones contra la UE, cualquier Estado miembro también debería poder intervenir como co-demandado. Sin embargo, para que todo esto sea posible será necesario que todos estos extremos queden clarificados y recogidos en el acuerdo de adhesión.

Una cuestión que suscita inquietud consiste en cómo asegurar que tanto las negociaciones como el posterior acuerdo respeten el principio de autonomía del ordenamiento de la UE. No otra cosa es lo que exige el Protocolo 8 al Tratado de Lisboa sobre el artículo 6.2 TUE relativo a la adhesión de la UE al CEDH cuando establece que el acuerdo relativo a la adhesión debe estipular que se deben preservar las características específicas de la UE y del Derecho de la UE. Pero esto es más fácil de decir que de hacer. En sí, el Derecho de la UE no se opone a la integración de la UE en un sistema judicial de carácter convencional. Pero en el acuerdo de adhesión debe quedar a salvo el carácter del TJUE como juez supremo y único en todo lo relativo al Derecho de la UE y sus actos —para así preservar el monopolio del TJUE en la interpretación del Derecho de la Unión¹⁷. El TEDH únicamente será considerado como una instancia que ejerce un control externo sobre el respeto a las obligaciones de Derecho Internacional de la UE derivadas de su adhesión al CEDH. En este sentido, la relación entre ambos tribunales ni está previsto que sea de tipo jerárquico ni debería serlo. Por el contrario debería estar basada en la especialización. La posición del TJUE debería ser similar a la que ejercen los tribunales supremos y/o constitucionales de los Estados miembros respecto al TEDH. La UE, entidad *sui generis* con un derecho supranacional, se someterá a través de la adhesión al CEDH a un Tribunal que también goza de ciertas características supranacionales en el ámbito de los derechos humanos. Dicho Tribunal, de alguna manera y siguiendo a Papisca, se convertirá de este modo en una entidad super-supranacional; no será jerárquicamente superior al TJUE pero sí un Tribunal especializado que será quien tenga la última palabra en Europa en materia de derechos fundamentales, aunque siempre respetando la interpretación del Derecho de la UE que dé,

¹⁷ Sobre el tema puede verse PALACIO GONZÁLEZ, J., «La protección de Los Derechos Fundamentales por el Tribunal de Justicia de la UE: alcance y consecuencias de la futura adhesión de la UE al Convenio Europeo», en *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2009, n. 40, pp. 161-179.

por su parte, el TJUE¹⁸. El TJUE conservará, dentro de sus competencias, la posibilidad de comprobar si los actos de Derecho de la UE cumplen con los derechos fundamentales en el orden de la UE (como lo ha venido haciendo hasta ahora), aunque ese acto pueda ser susceptible de ser llevado posteriormente ante el TEDH. Por su parte, el TEDH sólo ejercerá un control externo y siempre aplicando el principio de subsidiariedad¹⁹. El Presidente del TEDH lo indica con otras palabras: el TEDH tiene la ambición de ser un Tribunal Constitucional de ámbito europeo pero exclusivamente en materia de derechos humanos²⁰.

Habrá que estar también en guardia contra la presentación simultánea de un mismo caso ante el TEDH y el TJUE cuando ambos tribunales sean competentes. Un mismo asunto nunca debería estar *sub iudice* ante ambos tribunales europeos al mismo tiempo. Pero de lo que sí se debe ser consciente es que el TEDH podrá detectar una violación del CEDH en un asunto que ya haya sido resuelto previamente por el TJ, sin que en ningún caso el TEDH tenga por ello una superioridad jerárquica respecto al Tribunal de la UE. Y es que el TEDH podrá revisar no sólo actos de las instituciones, órganos y agencias de la UE, sino también sentencias del TJUE²¹.

Pese a todas esas salvaguardas, en realidad en la UE existe cierto temor a que la adhesión al CEDH pueda poner en peligro el principio de autonomía del ordenamiento de la UE. Así, desde la UE se ve con suspicacia la aplicación amplia y generosa que hace el TEDH de la doctrina de las obligaciones positivas, en virtud de la cual muchas veces entiende que un Estado ha violado el CEDH no por un acto sino por su abstención, es decir, por no haber puesto todos los medios (legislando, adoptando un acto o una práctica, investigando una violación o castigando a unos culpables...) para evitar que se produjera la infracción, y todo ello aunque el Estado no haya sido quien haya cometido la infracción. La doctrina de las obligaciones

¹⁸ PAPISCA, A., «Plenitudo iuris, plenitudo civitatis: l'adhésion de l'UE à la CEDH», conference contribution en *Global Jean Monnet ECSA-World Conference 2010: The European Union after the Treaty of Lisbon*, Bruselas 25 y 26 de mayo de 2010.

¹⁹ STOFFEL VALLOTTON, N., «La adhesión de la UE al CEDH: evolución de la cuestión, previsiones y posibles consecuencias», en *Tratado de Lisboa: la salida de la crisis constitucional*, cit., pp. 179-198, p. 195.

²⁰ COSTA, J. P., «La Convention Européenne des droits de l'homme, la Charte des droits fondamentaux de l'UE et la problématique de l'adhésion de l'UE à la Convention», en *EUI Working Paper Law*, n. 2004/5, p. 4.

²¹ COMISIÓN EUROPEA, *European Commission acts to bolster the EU's system of protecting fundamental rights*, Doc. IP/10/201 de 17 de marzo de 2010.

positivas tiene su base jurídica en el artículo 1 CEDH, el cual establece en su versión inglesa que los Estados partes «asegurarán» el cumplimiento de los derechos que a continuación se detallan («reconocerán», en la versión francesa y castellana). El TEDH ha interpretado esta disposición entendiendo que las partes son responsables por todos los actos y omisiones de sus órganos, porque el Tribunal parte de la base de que el Estado cuenta con los medios para prevenir las violaciones del CEDH.

Pues bien, desde la UE existen dudas sobre si un pronunciamiento del TEDH indicando que la UE ha faltado a sus obligaciones positivas podría afectar a la neutralidad de la adhesión al CEDH en cuanto al reparto de competencias entre la UE y los Estados miembros. En otras palabras: el TEDH tiene la última palabra en materia de derechos fundamentales pero no tiene porqué decidir cambios en la división de competencias entre la UE y sus miembros. Y parece que podría llegar a entrometerse en este campo si emitiera una resolución contra la UE indicándole que tiene que tomar medidas en tal o cual materia (tema para el que, teóricamente, es en el marco de la UE y de su TJUE donde tienen el monopolio de la decisión, no en el TEDH). Lo cierto es que el CEDH no crea nuevas competencias para la UE, y por tanto tampoco puede afectar a la distribución de competencias existente entre la UE y sus Estados miembros. Por ello el Tribunal de Estrasburgo no debería dictar resoluciones en las que, arguyendo la aplicación de la doctrina de las obligaciones positivas, fuerce a la UE a legislar o ejecutar una norma en una materia sin tener en cuenta que quizá en ese ámbito sean los Estados miembros de la UE y no la UE quienes tengan esa prerrogativa²². Uno de los mecanismos ideados para preservar la autonomía del ordenamiento de la UE y evitar la intromisión del TEDH en el reparto de competencias dentro de la UE consiste precisamente es el sistema del *co-respondent* o co-demandado. Dicho mecanismo ahuyentará estos temores porque permitirá que en cualquier caso que se dirija contra la UE o contra un Estado miembro de la UE, el otro pueda figurar como co-demandado ante el TEDH y que, así, ambos aparezcan como eventuales responsables. Luego ya serán la propia UE y el Estado miembro los que determinarán cuál de los dos es el responsable según los procedimientos internos del ordenamiento de la UE (bajo la supervisión última, en todo caso, del TJUE). El mecanismo del *co-respondent* evitará también que la aplicación a la UE de la doctrina de las obligaciones positivas pue-

²² Sobre las obligaciones positivas como fuente de eventual conflicto y sobre la posible resolución de esta situación, puede consultarse el artículo de CORTÉS MARTÍN, *loc. cit.*

da resultar en una ampliación de competencias de la UE más allá de las que a ésta le hayan sido otorgadas en aplicación del principio de atribución. Según el CDDH del Consejo de Europa este mecanismo facilitará mucho las cosas puesto que aliviará la labor del demandante, evitará que el TEDH intervenga en el reparto de competencias entre la UE y sus Estados miembros y asegurará la ejecución de las sentencias²³.

3. LA PARTICIPACIÓN DE LA UE EN LOS ÓRGANOS DE CONTROL DEL CEDH

Aunque la adhesión no convierte a la UE en miembro del Consejo de Europa, hará falta cierta participación de la UE en los órganos que cumplen alguna función de control respecto al CEDH. No resultaría lógico ni adecuado que la UE pudiera ser demandada ante el TEDH sin que gozase de algún derecho en el sistema del CEDH. Este escenario será sin duda mejor que el actual, en el que el TEDH *de facto* puede revisar la compatibilidad de los actos de la UE con el CEDH (por la vía indirecta que supone la responsabilidad internacional de los Estados miembros de la UE, que son partes del CEDH), pero sin que la UE esté representada de ningún modo en los órganos y mecanismos de control del CEDH²⁴.

Por lo que respecta a la participación de la UE en los órganos que desempeñan alguna función en relación al CEDH, cabe referirse por un

²³ CCDH: *First meeting of the CDDH informal working group on the accession of the ECHR to the ECHR (CDDH-UE) with the European Commission. Summary of the discussions, Strasbourg, 22 June 2010* (Doc. CDDH-UE(2010)01 de 22 de junio de 2010).

²⁴ Entre esos casos, *Etienne Tête c. Francia*, n.º 11123/84, decisión de la Comisión de 9 de diciembre de 1987, DR 54; *M. and Co. c. RFA*, n.º 13258/87, sentencia del TEDH de 9 de febrero de 1990, DR 64; *Cantoni c. Francia*, n.º 17862/91, sentencia del TEDH de 15 de noviembre de 1996, CEDH 1996-V; *Matthews c. Reino Unido*, n.º 24833/94, sentencia del TEDH de 18 de febrero de 1999, DR. 12; *Bosphorus c. Irlanda*, n.º 45036/98, sentencia del TEDH de 30 de junio de 2005, CEDH 2005-VI; y *M. S. S. c. Bélgica y Grecia*, n.º 30696 /09, sentencia del TEDH de 21 de enero de 2011. Entre los casos pendientes ante el TEDH, destacan: el caso n.º 3989/07 *Ullens de Schooten and Rezabek c. Bélgica*, el n.º 35524/06 *Michalis Artemi and Panos Gregory c. Chipre y otros 21 Estados miembros de la UE* y el n.º 14929/08 *Pietro Pianese c. Italia y Holanda*. Algunos de ellos fueron objeto de análisis en SANZ CABALLERO, S., «El control de los actos comunitarios por el TEDH», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2001, n.º 10, pp. 473-513 y SANZ CABALLERO, S.m «Interferencias entre el Derecho Comunitario y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Luxemburgo versus Estrasburgo: ¿Quién es la última instancia de los derechos fundamentales en Europa?)», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2004, n.º 17, pp. 117-160.

lado al TEDH y, por otro lado, al Comité de Ministros y la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. En relación al primer órgano, teóricamente caben varias posibilidades: inexistencia de juez de la UE, designación de un juez permanente con un estatuto idéntico al de los demás jueces o designación de un juez con estatuto especial, cuyo derecho de voto esté limitado a los asuntos que guarden relación con el Derecho de la UE. El mandato de adhesión opta por la designación de un juez permanente por parte de la UE que esté presente en la resolución de los casos en las mismas condiciones que el resto de jueces, sin circunscribirlo a asuntos que afecten al Derecho de la UE. De esta manera el juez elegido a título de la UE conocerá la jurisprudencia del TEDH de la misma manera que el resto de sus colegas. Huelga decir que dicho juez no podrá ser al mismo tiempo juez del TJUE por obvia incompatibilidad material de los cargos y también por incompatibilidad formal, puesto que el artículo. 21.3 CEDH establece que los jueces del TEDH lo son en exclusiva, sin que puedan desempeñar ninguna otra función que afecte a su independencia o disponibilidad (por su parte, el Protocolo n.º 3 al Tratado de Lisboa sobre el estatuto del TJUE establece deberes e incompatibilidades similares para sus jueces).

Dado que la selección de los jueces del TEDH la lleva a cabo la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de entre una terna de nombres que le es presentada por los Estados miembros, parece coherente que la UE tenga derecho a presentar una lista de tres candidatos para el juez que se elegirá a título de la UE. De igual manera, parece también coherente que la UE tenga participación en la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa al menos cuando el juez sea elegido —posiblemente a través de una delegación del Parlamento Europeo—²⁵.

Respecto a la participación de la UE en el Comité de Ministros del Consejo de Europa, que es el órgano que vela por la correcta ejecución de las sentencias del TEDH, ha habido un cambio de parecer en la propia UE desde los años noventa hasta ahora. Cuando el Consejo de la UE solicitó al TJ la emisión de un dictamen en el que se pronunciase sobre la compatibilidad entre el ordenamiento comunitario y la adhesión al CEDH, esta institución dejó claro que «no se contempla la posibilidad de que la Comunidad participe en el Comité de Ministros...»²⁶, mientras que ahora,

²⁵ PE, Opinión de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior para la Comisión de Asuntos Constitucionales sobre los aspectos institucionales de la adhesión de la UE al CEDH, 27 de abril de 2010, punto 9.

²⁶ Dictamen 2/94, *cit.*, p. 5, p. I-01761.

el Parlamento Europeo aboga por que la UE participe, a través de la Comisión —posiblemente del comisario que dirija el porfolio sobre derechos fundamentales, justicia y ciudadanía—, y con derecho de voto, en las reuniones del Comité de Ministros cuando éste ejerce sus funciones de órgano de control de la ejecución de resoluciones del TEDH, o cuando resuelve sobre la oportunidad de solicitar un dictamen al TEDH. Incluso se defiende ahora el derecho de la UE a estar representada en el CDDH, órgano que depende del Comité de Ministros²⁷.

En todo caso, estas modalidades de participación de la UE en los órganos de control del CEDH requerirían de una modificación del Estatuto del Consejo de Europa o al menos de una resolución de su Comité de Ministros que consigne la aceptación de unos cambios derivados de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

4. SALVAR EL REQUISITO DEL AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS

Otro de los problemas que plantea la adhesión —y que el acuerdo entre la UE y el Consejo de Europa deberá resolver— consiste en la aplicación del requisito de admisibilidad del artículo 35 CEDH a las demandas por violación del CEDH presentadas contra la UE o contra un Estado miembro de la UE por su acto de aplicación del Derecho de la UE. Dicho artículo establece la necesidad del previo agotamiento de los recursos internos antes de elevar una demanda ante el TEDH. Cabe plantearse cómo se salvará el previo agotamiento de los recursos en el marco de la UE, si el requisito hará referencia sólo a los recursos directos disponibles ante el TJ o también a la remisión prejudicial que únicamente puede plantear un juez nacional. En la UE se maneja la idea de que el TEDH no pueda conocer de ningún caso sin que éste haya pasado primero por el TJUE. Este Tribunal ha sido muy claro al respecto en su *Documento de Reflexión sobre determinados aspectos de la adhesión de la UE al CEDH*²⁸. Habrá que clarificar qué tipo de recursos internos son los que se consideran adecuados a los efectos de dar por agotados los recursos internos del ámbito de

²⁷ PE, Comisión de Asuntos Constitucionales: *Informe sobre los aspectos institucionales de la adhesión de la Unión Europea al CEDH* (ponente: Ramón Jáuregui Atondo), 6 de mayo de 2010, Doc. A7-0144/2010, p. 6.

²⁸ TJUE: *Documento de Reflexión sobre determinados aspectos de la adhesión de la UE al CEDH*, 5 de mayo de 2010, párr. 6.

la UE. El principal problema posiblemente se encuentre en la cuestión prejudicial, que a día de hoy no es un recurso obligatorio salvo para tribunales internos de última instancia, cuando una cuestión sobre la validez o la interpretación de un acto de la UE se presente ante ellos (artículo 267 TFUE), estando en los demás casos en manos del juez interno el decidir si plantea la cuestión ante el TJ o no. El Parlamento Europeo propone salvar este embrollo entendiendo que se cumpliría esta condición cuando, habiéndolo solicitado el demandante, el juez nacional no estime oportuno plantear la cuestión prejudicial²⁹.

Pero una duda generalizada planea sobre el sistema de recursos judiciales de la UE y que no es otra que saber si el sistema de recursos *per se* satisface el requisito del artículo 13 CEDH, que establece que la persona afectada debe gozar de un recurso nacional efectivo (requisito que el artículo 47 CDFUE refuerza al establecer el derecho a un recurso efectivo y a un juicio justo). Pese a las mejoras que ha experimentado el sistema de recursos de la UE en el Tratado de Lisboa (sobre todo en cuanto a una relativa ampliación del catálogo de personas que pueden ser consideradas legitimadas activas en el recurso de anulación) el acceso de los particulares ante el TJUE por violaciones de derechos fundamentales sigue estando excesivamente limitado. Cabe plantearse si el *locus standi* del particular es suficiente a la luz del artículo 13 CEDH, sobre todo teniendo en cuenta que las personas siguen teniendo vetado el acceso al recurso por incumplimiento del artículo 258 y 259 TFUE y que su acceso a los recursos de los artículos 263 (anulación) y 265 (omisión o carencia) es restringido y, consecuentemente, también al artículo 277. Tampoco tienen la posibilidad de presentar una acción contra otro particular ante el TJ, sólo ante los tribunales internos alegando el Derecho de la UE. Esta carencia ha sido reconocida desde la propia UE ya que, durante los trabajos de la Convención Europea que redactó el fallido Tratado que establece una Constitución para Europa, el Grupo de Trabajo II (que se ocupó de la incorporación de la CDFUE al CEDH) llegó a hacer públicos sus temores de que el sistema judicial de la UE no estuviera a la altura del estándar que exige el artículo 13 CEDH³⁰. Entendemos que éste será uno de los temas que tratarán UE y

²⁹ Informe del Parlamento Europeo, *cit.*, p. 7.

³⁰ «Attention has been directed to Art 13 of the ECHR which obliges parties to the convention to provide everyone —whose rights and freedoms as set forth in the Convention have been violated— with an effective remedy before a national authority. This is an area which requires attention. There may be a need for improvements in judicial protection within

Consejo de Europa durante las negociaciones, a fin de asegurar que el sistema judicial de la UE quede fuera de todo reproche. Hasta el momento el TEDH ha considerado que el grado de protección de los derechos fundamentales en la UE es «equivalente» al que se alcanza en Estrasburgo³¹. Ciertamente en las discusiones a favor del sistema judicial de la UE pesará el hecho de que, además de por los recursos previstos por el TFUE, el sistema jurisdiccional de la UE también esté formado por los tribunales internos de los Estados miembros. En este sentido, en la clarificadora Comunicación conjunta publicada por los Presidentes del TEDH y del TJUE en relación con el proceso de adhesión, se distingue entre futuras acciones directas (demandas individuales dirigidas contra medidas adoptadas por las propias instituciones de la UE) y acciones indirectas (demandas contra actos adoptados por autoridades de Estados miembros de la UE en aplicación de Derecho de la UE). En el primer caso, el previo agotamiento de los recursos internos exigirá que se acuda al TJUE antes que al TEDH, en aplicación del propio artículo 35.1 CEDH. En cambio, en el segundo caso la situación es más complicada y el demandante individual primero deberá referir el asunto a los tribunales internos del Estado afectado. Éstos últimos podrían elevar una cuestión prejudicial ante el TJUE antes de dictar sentencia. Pero como indican los dos Presidentes, podría ocurrir que el juez interno no eleve cuestión prejudicial ante el TJUE y que, en ese caso, el TEDH sea requerido para dictar sentencia en un asunto que ponga en cuestión alguna norma o provisión del Derecho de la UE sin que el TJUE haya tenido la oportunidad de revisar previamente la consistencia de esa norma con los derechos fundamentales garantizados por la CDFUE³².

III. GESTIONES REALIZADAS, POSICIONES DEFENDIDAS Y OBSTÁCULOS ENCONTRADOS

A continuación se detallan algunas de las gestiones, de los avances y de los obstáculos que se han producido hasta el momento en relación con la negociación del acuerdo, así como la postura manifestada por algunos de los actores de este proceso:

the EU» (European Convention, Working Group II: «Proposals for accession of the EU to the ECHR», Bruselas 12 de septiembre de 2002 (WGII – WD 015).

³¹ Sentencia del TEDH *Bosphorus*, *cit supra*.

³² Declaración conjunta de los Presidentes del TEDH y del TJUE, accesible en la página web de ambos tribunales.

1. PROPUESTAS PARA LA NEGOCIACIÓN

El 2 de junio, dos días antes de la aprobación del mandato de negociación en el seno del Consejo, se presentó a las Delegaciones nacionales una nota sobre el acuerdo de adhesión referido al mecanismo del *co-respondent*³³. En ella se señalan como objetivos: 1) Permitir a la entidad o entidades autoras de un acto del marco de la UE cuya compatibilidad con el CEDH esté bajo sospecha que pueda adquirir el status de parte en el procedimiento a fin de que pueda defender su punto de vista. 2) Asegurar que la entidad o entidades autoras de un acto de la UE que sea contrario al CEDH quede obligada por la sentencia del TEDH. C) Evitar un cambio en las reglas de admisibilidad de demandas ante el TEDH. D) Garantizar que cuando el acto que es objeto de demanda ante el TEDH haya sido adoptado por un Estado miembro de la UE y al menos una de las supuestas alegaciones de violación del CEDH afecte al derecho derivado, la UE pueda unirse al procedimiento como *co-respondent*. E) Cuando una de las violaciones alegadas afecte al derecho originario, los Estados miembros deberían poder unirse al procedimiento como *co-respondents*.

El documento, originado en la Comisión —como institución que presenta la propuesta de mandato— y transmitido por la Presidencia española del Consejo a las Delegaciones, indica que, en todo caso, la aplicación del principio de interpretación autónoma impide que el TEDH pueda interpretar normas relativas al contenido o al alcance de las obligaciones que tienen los Estados miembros de la UE según el Derecho de la UE. Por tanto, el TEDH no podrá interpretar ni decidir si los Estados miembros de la UE han cumplido o no el derecho originario o derivado de la UE. El documento da una alternativa para la activación del mecanismo: una de las posibilidades es que el TEDH alerte a los Estados miembros y a la UE sobre cualquier demanda que pueda afectarles. La otra es que el Estado miembro demandado alerte a la UE. En cualquiera de los casos, ante la solicitud de la UE o sus Estados miembros al TEDH en la que pidan personarse en el caso como *co-respondents*, el TEDH debería acceder a la misma. En caso de que la UE se una a una demanda como *co-respondent* y el TEDH declare la existencia de una violación del CEDH en el derecho derivado, la UE debería considerar la revisión o anulación de esa norma o acto.

³³ Nota transmitida por la Presidencia del Consejo a las Delegaciones de 2 de junio de 2010 (Doc. 10569/10) sobre el mecanismo del *co-respondent*.

Las normas internas que se dicten en el seno del Consejo deberían aclarar quién (UE o Estados miembros) debería dar la satisfacción equitativa del artículo 41 CEDH, cuando proceda ésta, con el fin de evitar potenciales divergencias entre los Estados y la UE a este respecto.

En esa misma fecha, esto es, el 2 de junio de 2010, la Presidencia de turno del Consejo transmitió a las Delegaciones nacionales otra nota originada en la Comisión sobre la implicación del TJUE en la determinación de la compatibilidad de los actos legales de la UE con los derechos fundamentales³⁴. En ella se recuerda que, según los artículos 263 y 264 TFUE, el TJ tiene competencia para revisar la legalidad de los actos legislativos y otros actos de las instituciones de la UE y puede anularlos. Esto incluye también la competencia del TJ para revisar la compatibilidad de los actos de las instituciones de la UE con los derechos fundamentales. Dado que el artículo 35.1 CEDH exige que las demandas se presenten ante el TEDH tras el agotamiento de los recursos internos, cabe plantearse cómo se aplicará este requisito al ordenamiento de la UE. Las opciones que están siendo discutidas son tres:

1. No crear ningún mecanismo específico: los argumentos en favor de mantener el *status quo* irían en el sentido de entender que no haría falta hacer nada, que simplemente si el particular justifica que agotó los recursos internos y que solicitó formal o informalmente al juez interno la presentación de una cuestión prejudicial por una posible incompatibilidad de un acto de la UE con los derechos fundamentales, el caso ya podría llegar al TEDH aunque el juez interno hubiera desestimado esa opción.

2. Crear un mecanismo específico: si por el contrario, se considera que las disposiciones actuales no aseguran apropiadamente la participación del TJUE, se podría crear un mecanismo especial que permitiera al TJUE juzgar la compatibilidad de un acto de la UE con los derechos fundamentales antes de que el TEDH se pronuncie. La opción sería crear una especie de cuestión prejudicial por la cual, cuando un caso llegue al TEDH y sea admitido, se interrumpa el procedimiento y se lleve al TJUE para que éste juzgue la compatibilidad del acto de la UE con los derechos fundamentales. El principal riesgo de esta solución sería las dilaciones del procedimiento, puesto que la resolución del caso se retrasaría irremediablemente.

³⁴ Nota transmitida por la Presidencia del Consejo a las Delegaciones de 2 de junio de 2010 (Doc. 10568/10) «Involvement of ECJ regarding the compatibility of legal acts of the Union with fundamental rights (paragraph 11 of the Negotiating Directives)».

3. Opción intermedia: consistiría en adoptar medidas de *soft law* que promuevan que los tribunales nacionales, y sobre todo los de última instancia, usen de una manera más rigurosa su obligación de elevar los casos por vía prejudicial al UE cuando duden sobre la validez o interpretación de una norma o acto de la UE que afecte a derechos fundamentales.

2. LA POSICIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO

La aprobación del mandato de negociación vino precedida por la aprobación en el Parlamento Europeo de una resolución sobre los aspectos institucionales de la adhesión. En su Resolución sobre los aspectos institucionales de la adhesión de la UE al CEDH de 19 de mayo de 2010³⁵, el Parlamento Europeo da su opinión sobre algunos de los aspectos que estaban siendo estudiados para el mandato de negociación³⁶. Así, esta institución considera que no sería sensato formalizar las relaciones entre el TJUE y el TEDH introduciendo un procedimiento prejudicial o creando un organismo llamado a resolver cuando uno de los dos tribunales prevea adoptar una interpretación del CEDH diferente a la del otro. Según el Parlamento Europeo, este tipo de incidentes se debe resolver a través del diálogo regular entre ambas instituciones judiciales al que se refiere la Declaración n.º 2 relativa al artículo 6.2 TUE.

Asimismo, el Parlamento Europeo considera que, a efectos del cumplimiento de la condición del agotamiento de los recursos internos que exige el CEDH en su artículo 35, bastaría con que el demandante hubiera agotado los recursos nacionales del Estado de que se trate así como la vía prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo, entendiéndose el Parlamento Europeo que se cumple esta condición cuando, habiéndolo solicitado el demandante, el juez nacional no estime oportuno plantear la referida cuestión. En cambio, el Parlamento Europeo no se pronuncia sobre si se debe haber intentado presentar un recurso directo ante el TJ, caso de ser esto posible o viable, con lo cual parece que descarta la necesidad de plantear este tipo de recursos para dar cumplimiento al requisito del artículo 35 CEDH (pár. 10). Sin embargo, insta a la Comisión a que indique cuáles son, en su opinión,

³⁵ Doc. 2009/2241 (INI).

³⁶ Analiza la resolución del Parlamento Europeo: ABRISKETA URIARTE, J., «La adhesión de la UE al CEDH de 1950», en *El desarrollo del Tratado de Lisboa: un balance de la Presidencia española*, Madrid, Colección Escuela Diplomática, 2011, n.º 17, pp. 221-233.

los recursos internos de la UE a efectos de dar cumplimiento a este requisito (pár. 23).

Contrariamente a lo que finalmente establece el mandato de negociación, el Parlamento Europeo abogó por la ratificación por parte de la UE de todos los protocolos al CEDH que contengan derechos que coincidan con los de la CDFUE, con independencia de su ratificación por parte de los Estados miembros de la UE (pár. 4), lo cual es una propuesta tremendamente problemática. Baste imaginar cómo sería la aplicación del mecanismo del co-demandado en casos en los que el Estado co-demandado no fuera parte de un Protocolo al CEDH en el que la UE, co-demandada en el caso, sí fuera parte. Sobre este extremo de la negociación, la Comisión, por su parte, considera que no es posible adherirse a los protocolos que no hayan sido ratificados por todos los Estados miembros por falta de mandato pero que podría preverse la obligación de la UE de respetarlos y de las contrapartes de no enmendar esos protocolos sin previa consulta a la UE³⁷.

El Parlamento Europeo exige en esta resolución el derecho de la UE a presentar una terna de candidatos para juez a título de la UE, así como el derecho a participar en las reuniones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en las que se elija a jueces para el TEDH, y no sólo al juez a título de la UE³⁸.

³⁷ FREMP, Consejo de la UE: *Documento sobre el proceso de negociación del acuerdo de adhesión de la UE al CEDH*, 13 de octubre de 2010, Doc. 14516/10.

³⁸ La aprobación de esta resolución estuvo precedida por los estudios y debates que se realizaron en el seno de varios comités del Parlamento Europeo. Destacan las opiniones que emitieron el Comité de Asuntos Constitucionales y el Comité de Libertades Cíviles, Justicia y Asuntos de Interior. El Comité de Asuntos Exteriores del Parlamento Europeo ha manifestado su firme oposición a cualquier mecanismo tendente a evitar divergencias entre la jurisprudencia del TEDH y la del TJUE que pudiera traducirse, para los justiciables, en un alargamiento de los plazos procesales (PE, Opinión del Comité de Asuntos Exteriores para la Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo sobre los aspectos institucionales de la adhesión de la UE al CEDH, 17 de marzo de 2010, punto 10). Por su parte, el Comité de Libertades Cíviles, Justicia y Asuntos de Interior pedía la participación del Parlamento Europeo en la elección del juez a título de la UE, pero no en la de todos los demás jueces (PE, Opinión del Comité sobre Libertades Cíviles, Justicia y Asuntos de Interior para el Comité de Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo sobre los aspectos institucionales de la adhesión de la UE al CEDH, 8 de marzo de 2010, punto 10).

3. EL MANDATO DE NEGOCIACIÓN DE LA UE

En su reunión de 4 de junio de 2010, el Consejo JAI autorizó a la Comisión a través de una Decisión a negociar el acuerdo de adhesión de la UE al CEDH³⁹. En esa reunión se aprobó el mandato de negociación, que quedó recogido en una versión provisional de la Decisión. El texto adoptado el 4 de junio establece en su Anexo I que la Comisión es la negociadora en nombre de la UE, que la Comisión deberá negociar consultando al FREMP de acuerdo con lo establecido en el artículo 218.4 TFUE, que la Comisión informará regularmente a este comité especial sobre los progresos de la negociación y le hará llegar los documentos con diligencia, que las negociaciones se llevarán a cabo de acuerdo con las directrices establecidas en el Anexo II, que en vista de la situación especial que resulta del hecho de que todos los Estados miembros de la UE son a su vez partes del CEDH, los Estados miembros presentes en las negociaciones (por cuenta del Consejo de Europa, obviamente, puesto que por parte de la UE la negociadora es la Comisión) deberán apoyar al negociador en su labor y que esta Decisión, que se dirige a la Comisión, entrará en vigor en el momento de su adopción.

Por su parte, en el Anexo II aparecen las directrices para la negociación, divididas en varios apartados: principios generales, alcance de la adhesión, participación de la UE en los órganos del CEDH, asuntos financieros y asuntos relacionados con el procedimiento ante el TEDH, a lo que se añade una cláusula final (en total, son 13 directrices)⁴⁰.

³⁹ Decisión del Consejo de 4 de junio de 2010 autorizando a la Comisión para que negocie un acuerdo de adhesión al CEDH (Doc. 10817/10, EXT 2 (27.09.2010)). La recomendación para una Decisión del Consejo autorizando a la Comisión a negociar la adhesión al CEDH es de 17 de marzo de 2010 (SEC(2010) 305 final/2).

⁴⁰ 1. Se negociará un acuerdo de adhesión con los Estados partes del CEDH en el que, en relación con el derecho originario, la adhesión estará gobernada por los siguientes principios: A) Principio de neutralidad en relación con las competencias de la UE: la adhesión no debe afectar a las competencias de la UE ni a las competencias de sus instituciones, órganos, organismos o agencias. Se deberá tener en cuenta el reparto de competencias entre la UE y sus Estados miembros y la competencia del TJUE, así como la preservación y respeto del Derecho de la UE como un sistema legal diferente. B) Principio de respeto al sistema del CEDH: las características procesales y sustantivas del sistema del CEDH deberían ser preservadas lo más posible. Cuando sea necesario adaptar o establecer alguna regla especial para la UE, se intentará que no altere la naturaleza y la esencia del sistema del CEDH. C) Principio de neutralidad respecto a las obligaciones de los Estados miembros: la adhesión no

4. ALGUNOS OBSTÁCULOS EN EL CAMINO

Cuando no acabamos más que de empezar la negociación sobre la adhesión de la UE al CEDH, ya han surgido las primeras críticas en torno al

debe afectar a las obligaciones que tienen los Estados miembros respecto del CEDH y los protocolos, ni a las reservas o derogaciones hechas por éstos. D) Principio de interpretación autónoma del Derecho de la UE: ni el TEDH ni el Comité de Ministros deben interpretar, ni siquiera implícitamente, el Derecho de la UE y, en particular, las normas sobre las competencias de las instituciones y órganos de la UE. Tampoco deben interpretar las normas sobre el contenido y alcance de las obligaciones de los Estados miembros en relación con el Derecho de la UE. Este principio no impide ni prejuzga la competencia del TEDH para evaluar la conformidad del Derecho de la UE con las disposiciones del CEDH. E) Principio de igualdad de condiciones: la UE debería participar en el TEDH y en otros órganos del Consejo de Europa (en tanto en cuanto sus actividades estén ligadas al TEDH) en igualdad de condiciones que las demás partes en el CEDH. Antes de que concluyan las negociaciones, la UE deberá decidir si ve necesario acompañar la adhesión de reservas o declaraciones de la UE.

2. Las negociaciones deben asegurar que la UE sea responsable por violaciones del CEDH por omisión, pero sólo en tanto en cuanto y hasta donde el sistema de competencias le permita a la UE adoptar un acto o medida.

3. Las negociaciones deberán asegurar que el acuerdo de adhesión cree obligaciones con respecto al CEDH y, si es el caso, también respecto a los Protocolos a los cuales la UE podría adherirse pero sólo en relación a actos y medidas adoptadas por las instituciones, órganos, organismos o agencias de la UE. Las negociaciones asegurarán que la adhesión se haga sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 263.4, 275 y 276 del TFUE y el art. 10.1 del Protocolo 36 sobre disposiciones transitorias.

4. Las negociaciones deberán garantizar que los términos usados en el CEDH que no se puedan aplicar literalmente a la UE como parte del CEDH sean interpretados como aplicables, *mutatis mutandi*, a la UE como parte contratante.

5. Las negociaciones deben asegurar que la UE pueda adherirse a cualquier futuro protocolo y que el acuerdo de adhesión se aplique también a ellos si la UE se adhiere a los mismos. En un primer momento, la UE se adherirá solo a los protocolos en los que todos los Estados miembros de la UE sean partes.

6. La UE tiene derecho a un juez, con idéntico status que los demás jueces, y que será elegido de una terna de candidatos presentada por la UE.

7. Un número (aún no determinado) de miembros del Parlamento Europeo deberá participar en las sesiones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en las que este órgano ejerza funciones relacionadas con la aplicación del TEDH, especialmente la selección de todos los jueces *ex art. 22 CEDH* (y no sólo del juez elegido a título de la UE), y todo ello (añade el documento) aunque haga falta adaptar para ello los reglamentos internos de los órganos del Consejo de Europa.

8. La UE debe tener derecho de voto en las reuniones del Comité de Ministros en las que éste ejerza funciones en relación con el CEDH.

proceso. La primera de ellas es el secretismo que se está imprimiendo a las conversaciones —lo cual parece reñido con el carácter y la significa-

9. La contribución financiera que haga la UE derivada de la adhesión deberá ser una cantidad fija pre-establecida y proporcional a la participación de la UE en los órganos del CEDH.

10. Las negociaciones deberán garantizar que las demandas presentadas por Estados que no sean miembros de la UE y las demandas individuales impliquen a los Estados miembros y/o a la UE, según proceda. La UE debería tener el derecho a unirse al procedimiento como *co-respondent* en los asuntos en el que sea demandado un Estado miembro. En tal caso, la UE actuaría con plenos derechos en el procedimiento. La UE notificaría al TEDH la existencia de un vínculo intrínseco entre la violación alegada del CEDH y alguna disposición del Derecho de la Unión y justificaría dicho vínculo. Igualmente, los Estados miembros deberían tener el derecho a unirse a un procedimiento contra la UE como *co-respondents*, con igualdad de derechos que el resto de partes en el procedimiento, mediante notificación al TEDH en la que aleguen la existencia de un vínculo intrínseco entre la supuesta violación del CEDH, por una parte, y el TEU, el TFUE, cualquier otra disposición que tenga igual valor legal o, cuando proceda, el Derecho del Estado miembro o Estados miembros afectados, por otra, pero siempre justificando las razones de la existencia de ese vínculo. Dicho mecanismo garantizará que el reparto de competencias entre los Estados miembros y la UE no queden afectados y que la UE y sus Estados miembros puedan, cada uno en su ámbito respectivo de competencias, defender la compatibilidad del acto con el CEDH.

11. Las negociaciones deberán garantizar que, en los casos en los que el TJUE no haya tenido la oportunidad de juzgar la compatibilidad de un acto con los derechos fundamentales definidos en la UE, y se plantee ante el TEDH la compatibilidad de un acto de una institución, órgano, organismo o agencia de la UE con el CEDH, pueda haber un control interno previo del TJUE, de acuerdo con el derecho originario. Este control de la compatibilidad del acto con los derechos fundamentales efectuada por el TJUE, que salvaguarda el carácter subsidiario del recurso ante el TEDH, no debería causar retrasos injustificados del procedimiento.

12. Las negociaciones deben garantizar que el art. 35.2.b del CEDH no prejuzgue el derecho de las personas a llevar un caso ante el TEDH después de haber intentado buscar solución ante la jurisdicción de la UE. También deben garantizar que el art. el art. 55 CEDH se aplique sin perjuicio de que las controversias entre Estados miembros de la EU entre sí y entre los Estados miembros y las instituciones u órganos de la UE sean llevadas ante el TJUE ex art. 344 TFUE.

13. El acuerdo entrará en vigor después de que el Consejo haya tomado una decisión unánime, de haber obtenido el consentimiento del Parlamento y de haber obtenido la ratificación de los Estados miembros de acuerdo con sus respectivos procedimientos constitucionales, tal y como establece el art. 218.8 TFUE.

Por su parte, el Anexo III, que incluye una Declaración del Consejo respecto a los párrafos 11 y 12 de las directrices de negociación, indica que paralelamente a la negociación con los Estados partes del CEDH, el Consejo discutirá a nivel interno las normas que deberán establecerse para crear el mecanismo del *co-respondent*, normas que deberán ser aprobadas por unanimidad antes de la conclusión del acuerdo de adhesión. En esas reglas internas

ción constitucional que los Tratados otorgan a la adhesión al CEDH⁴¹. La segunda, la falta de coordinación que parece haber entre los siete países miembros de la UE que forman parte del grupo de catorce Estados partes del CEDH que negocian el acuerdo a título del CDDH del Consejo de Europa. Este extremo quedó en evidencia en un documento del Consejo, emitido por la Presidencia española, relativo a la coordinación de la UE en organizaciones internacionales (o su falta) a raíz de los resultados de la discusión que tuvo lugar en el CDDH en su reunión de 15-17 de junio de 2010⁴². Algunos de los Estados miembros de la UE que forman parte del grupo negociador designado por el Consejo de Europa mostraron en esa reunión su descoordinación y, sobre todo, su posición en contra de las directrices de negociación aprobadas por el Consejo de la UE⁴³.

Cabe plantearse cómo se conseguirá avanzar si no hay consenso dentro de la propia UE. La Presidencia del Consejo habla abiertamente de descoordinación en el CDDH entre los Estados miembros de la UE que participan en este grupo o sub-comité, de reuniones informales que recuerdan

deberán esclarecerse aspectos como en qué casos se hará uso del mismo, quién representará a los *co-respondents* ante el TEDH, las obligaciones de la UE y los Estados miembros durante el procedimiento y en la ejecución de sentencias del TEDH en las que este Tribunal indique que hay violación del CEDH y, en particular, las modalidades de reparto de la responsabilidad entre la UE y los Estados miembros. Si es necesario, estas normas internas deberán establecer un procedimiento para el caso de desacuerdo entre la UE y sus Estados miembros respecto de la aplicación del mecanismo del *co-respondent*. Al mismo tiempo, el Consejo por unanimidad adoptará normas internas vinculantes sobre el control previo del TJUE en el que determine la compatibilidad de un acto de una institución, órgano, organismo o agencia de la UE con los derechos fundamentales tal como son definidos por la UE (según lo establecido en la directriz 11). La Declaración termina aclarando que, en todo caso, cualquier mecanismo que se cree deberá ser compatible con los Tratados.

⁴¹ FRISCH, J., *The EU's accession to the ECHR: EU fails proper coordination in the Council of Europe*, 24 de junio de 2010, en www.julienfrisch.blogspot.com.

⁴² Nota transmitida por la Presidencia del Consejo a las Delegaciones de 22 de junio de 2010, Doc. 11394/10.

⁴³ En concreto, algunos de ellos se mostraron contrarios o dudosos respecto a: A) El principio establecido en la directriz 1.e relativo a la participación de la UE en los órganos del CEDH en igualdad de condiciones que los demás miembros. B) La directriz 6, relativa al derecho de la UE a tener un juez en el TEDH con idéntico estatus que el resto de jueces. C) La directriz 7, sobre la conveniencia de que un número de eurodiputados participen en las sesiones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa cuando ésta ejerza funciones en aplicación del CEDH. D) La directriz 8, que establece la necesidad de que la UE participe en las reuniones del Comité de Ministros con derecho de voto cuando éste ejerza funciones en aplicación del CEDH. E) O incluso la necesidad y conveniencia (o no) de establecer el mecanismo del co-demandado (*cit.*, p. 3).

más bien a presiones de *lobby*, de desorientación y de ignorancia sobre si los miembros del sub-comité provenientes de esos siete Estados de la UE actúan como expertos designados por el CDDH a título individual o si, por el contrario, representan a sus Estados. En definitiva, cabe plantearse cuál es el status de este sub-comité y cuáles pueden ser los avances en las negociaciones si ni siquiera los Estados miembros de la UE se adhieren a los principios del mandato de negociación y ni conocen ni aceptan el modo de funcionamiento del sub-comité en el que participan (cuyas normas de funcionamiento, sin embargo, fueron oportunamente publicadas por el CDDH el 7 de abril de 2010⁴⁴). Y cabe plantearse también cómo puede el FREMP trabajar en estas condiciones y cuál es su opinión respecto a que en el sub-comité del CDDH ni siquiera estén representados los tres países bajo cuya Presidencia comenzó el debate de la adhesión (España, Bélgica y Hungría). En todo caso, será responsabilidad del propio FREMP y del COREPER garantizar la coordinación de aquellos miembros del sub-comité (encargado dentro del CCDH de la adhesión) que provienen de Estados de la UE.

IV. COMENTARIOS FINALES

Una vez que el Tratado de Lisboa ha otorgado valor jurídico obligatorio como derecho originario a la CDFUE, cabe plantearse qué necesidad tenía la UE de embarcarse en el largo y posiblemente tortuoso proceso de adhesión de la UE al CEDH⁴⁵. Entre las muchas razones a favor de esta medida que se han alegado en éstas y otras páginas (algunas relacionadas con la necesidad de buscar coherencia en la jurisprudencia de los dos Tribunales de corte europeo y otras con la necesidad de unificar los sistemas de protección de los derechos fundamentales de la UE y del Consejo de Europa) destaca una, expuesta por S. Holavaty, que resulta incontestable: la adhesión se antoja ineludible porque las competencias de la UE, desde los orígenes de las CC.EE., han ido ampliándose y es previsible que sigan extendiéndose en el futuro a ámbitos de tradicional soberanía estatal. Por tanto, cada vez es mayor la necesidad de que las personas que crean que la UE ha violado sus derechos derivados del CEDH puedan tener acceso al TEDH para demandar a la UE. No tiene sentido que, debido a una trans-

⁴⁴ BUREAU OF THE CDDH, 7 de abril de 2010 (Doc. CDDH-BU (2010) 001).

⁴⁵ SANZ CABALLERO, S., «A vueltas con una vieja cuestión: la adhesión de la CE/UE al CEDH tras la Carta de Derechos Fundamentales de la UE», en *BEUR*, 2003, vol. II, supl., pp. 69-80.

ferencia de competencias, temas que antes quedaban bajo la supervisión del TEDH (porque antes eran de competencia nacional) ahora no lo estén⁴⁶. La artificialidad de la situación actual debe ser reconocida porque, en estos momentos, la víctima de una violación de derechos fundamentales cometida por la UE sólo puede, después de haber agotado los recursos internos, presentar una demanda ante el TEDH demandando, no a quien considera como el culpable de la violación, sino a uno o más Estados miembros de la UE. Si el TEDH le da la razón, la víctima tampoco podrá dar por seguro que el daño será reparado puesto que la reparación depende de alguien que es un tercero en el proceso, la UE. Por todo ello, la apertura de negociaciones entre la UE y el Consejo de Europa con vistas a una futura adhesión de la UE al CEDH es un momento histórico. No importa cuánto tiempo se tarde en finalizar el proceso, lo importante es que tanto el TUE como el Protocolo n.º 14 abren la puerta a la adhesión aunque el TUE lo haga de modo más contundente, como obligación de resultado, y el artículo 59 CEDH, tras la reforma del Protocolo n.º 14, sólo lo establezca como una posibilidad («La UE podrá adherirse al presente Convenio»). Pero el compromiso político tanto de la UE como del Consejo de Europa es firme. Por eso estamos ante un momento largo tiempo esperado⁴⁷. La adhesión permitirá que la voz de la UE sea oída en las instancias del CEDH, y especialmente en y ante su TEDH. Ya no existe ningún impedimento jurídico para la adhesión, puesto que este tipo de obstáculo se salvó con la reforma del TUE de Lisboa y la reforma del Protocolo n.º 14 al CEDH. Pero sí existen muchas cuestiones complejas de tipo técnico que aún hay que afrontar.

Siendo, como son, muchos los problemas que plantea la adhesión, más problemas se derivan de la no participación de la Unión en el sistema judicial del CEDH, sobre todo en los casos en los que hoy día el TEDH debe pronunciarse indirectamente sobre el Derecho de la UE sin que esta Organización tenga posibilidad de defenderse ante el mismo ni disponga de un juez o experto en este Tribunal (con conocimientos sólidos de Derecho de la UE) que pueda explicar o defender ante los demás miembros del

⁴⁶ HOLOVATY, S., *Hearing on the institutional aspects of the EU's accession to the ECHR*, Bruselas, 18 de marzo de 2010.

⁴⁷ O, como dijo Viviane Reding, en el discurso de Interlaken *cit. supra*: «estamos colocando en su lugar el eslabón perdido en el sistema europeo de protección de los derechos fundamentales, que garantiza la coherencia entre los enfoques del Consejo de Europa y de la UE».

TEDH algún extremo o peculiaridad del ordenamiento de la UE. En definitiva, la protección de las personas quedará más reforzada en Europa cuando sea posible la presentación de un recurso individual contra todo acto de la UE que afecte a los derechos y libertades que reconoce el CEDH, incluso en casos en que no tendrían acceso directo al TJUE. Con la adhesión al CEDH la UE estará sometida al mismo escrutinio al que ya se someten sus Estados miembros pero... esto es más fácil de decir que de hacer. Se augura un camino tortuoso y previsiblemente largo.

CRÓNICA DE UNA ADHESIÓN ANUNCIADA: ALGUNAS NOTAS
SOBRE LA NEGOCIACIÓN DE LA ADHESIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA
AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

RESUMEN: El artículo analiza algunos de los principales retos que se derivan de la adhesión de la UE al CEDH, proceso que se ha abierto oficialmente tras la reforma de la UE (Tratado de Lisboa) y del CEDH (Protocolo n.º 14). Entre estos retos destacan el respeto del reparto de competencias entre la UE y sus Estados miembros, el respeto del principio de autonomía del ordenamiento de la UE y la participación de la UE en los órganos de control del CEDH. El artículo expone e interpreta las gestiones realizadas hasta el momento, las posiciones defendidas desde la Comisión y el Parlamento Europeo, el mandato de negociación aprobado en la UE así como algunos de los principales obstáculos que quedan en el camino.

PALABRAS CLAVE: Protección de derechos fundamentales en Unión Europea – Consejo de Europa - Adhesión de la UE al Convenio Europeo de Derechos Humanos

CHRONICLE OF AN ACCESSION FORETOLD: SOME NOTES
ON THE NEGOTIATION OF THE EU ACCESSION
TO THE EUROPEAN CONVENTION OF HUMAN RIGHTS

SUMMARY: The article discusses some key challenges arising from EU accession to the ECHR, a process that has been officially opened after EU reform (Lisbon Treaty) and the ECHR reform (Protocol n.º 14). These challenges include the respect for the division of competences between the EU and its Member States, the principle of autonomy of the EU and EU participation in the supervisory bodies of the ECHR. The article describes and interprets the steps taken so far, the positions taken by the Commission and the European Parliament, the negotiating directives approved in the EU and some of the major remaining obstacles on the road.

KEY WORDS: Protection of fundamental rights in the European Union – Council of Europe - EU accession to the European Convention on Human Rights.

CHRONIQUE D'UNE ADHÉSION ANNONCÉE: QUELQUES NOTES
SUR LA NÉGOTIATION DE L'ADHÉSION DE L'UE
À LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

RÉSUMÉ: Cet article analyse certains des défis dérivés de l'adhésion de l'UE à la Convention Européenne des Droits de l'Homme (CEDH), un processus qui s'est ouvert officiellement après la réforme de l'UE (à travers le Traité de Lisbonne) et la réforme de la CEDH (à travers le Protocole n.º 14). Parmi ces défis, on peut signaler le respect de la distribution de compétences entre l'UE et ses États membres, le respect du principe de l'autonomie de l'ordre de l'UE, ainsi que la participation de l'UE dans les organes de contrôle de la CEDH. L'article expose et interprète les démarches qu'ont été faites jusqu'au présent ainsi que quelques-uns des obstacles à surmonter.

MOTS CLÉS: Protection des droits fondamentaux à l'Union Européenne – Conseil de l'Europe - Adhésion de l'UE à la Convention Européenne des Droits Fondamentaux