

Integración Regional & Derechos Humanos / Revista Regional Integration & Human Rights / Review

Año X – Nº 2 – 2º semestre 2022



Cofinanciado por el
programa Erasmus+
de la Unión Europea



Integración Regional & Derechos Humanos /Revista Regional Integration & Human Rights /Review

Revista del Centro de Excelencia Jean Monnet
Universidad de Buenos Aires – Argentina

Segunda época
Antigua Revista Electrónica de la Cátedra Jean Monnet
(2013 - 2019)

Año X – N° 2 – Segundo semestre 2022

ISSN: 2346-9196

Av. Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Buenos Aires - Argentina
revistairydh@derecho.uba.ar

Se permite la copia o redistribución parcial de la presente obra exclusivamente haciendo referencia a la revista, con indicación del nombre, número, año de publicación, nombre del autor o autora y nombre del artículo original, indicando asimismo la fuente con un hipervínculo operativo que conduzca al sitio web oficial de la revista. Asimismo, debe dejarse constancia de cualquier cambio que se haya introducido al contenido. Fuera de este supuesto, la revista se reserva todos los derechos.

Por consultas dirigir la correspondencia epistolar o digital a las direcciones indicadas.

**LA RELACIÓN ENTRE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL
TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: A VUELTAS CON UNA HISTORIA DE
(DES)AVENENCIAS**

Miguel Ángel Sevilla Duro¹

Fecha de recepción: 2 de noviembre de 2022

Fecha de aceptación: 17 de noviembre de 2022

Resumen

Las relaciones entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) han convenido y desconvenido desde el origen de la integración europea, y a día de hoy siguen siendo objeto de recurrente crítica en tanto la Unión Europea (UE) continúa sin ser parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). En este trabajo se analiza la evolución histórica de la relación entre ambos tribunales, prestando especial atención al avance en la protección de los derechos y libertades en el continente. Posteriormente, se estudia el diálogo judicial constante entre el TJUE y el TEDH a través de su jurisprudencia y se analizan las referencias cruzadas (o bidireccionales) entre sendos tribunales.

Palabras clave: Protección multinivel - Unión Europea - Consejo de Europa - TJUE – TEDH – CDFUE - CEDH

TITLE: THE RELATIONSHIP BETWEEN THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION AND THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: A HISTORY OF (DIS)AGREEMENTS

¹ Abogado. Profesor e investigador en Derecho constitucional (Facultad de Derecho de Albacete, Universidad de Castilla-La Mancha, España). Este trabajo recoge el contenido de la ponencia “La relación entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, impartida en el II Congreso Internacional “Integración Regional & Derechos Humanos. Puntos de convergencia”, celebrado en las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario y la Universidad de Buenos Aires (Argentina) durante los días 3, 4 y 5 de octubre de 2022. El trabajo se ha elaborado con la financiación del Ministerio de Universidades de España a través del programa de Formación del Profesorado Universitario (FPU19/00310).

Abstract

The relationship between the European Court of Human Rights (ECtHR) and the Court of Justice of the European Union (CJEU) has fluctuated since the origin of the European integration and is the subject of recurrent criticism because, to this day, the European Union (EU) is still not a party to the European Convention on Human Rights (ECHR). This paper analyses the historical evolution of the relationship between the two courts, paying special attention to the progress in the protection of rights and freedoms on the continent. It then examines the ongoing judicial dialogue between the CJEU and the ECtHR through their case law and explores the cross-references (or bidirectional references) between the two courts.

Keywords: Multi-level protection - European Union - Council of Europe – CJEU – EctHR – ECHR – CFREU - ECHR

I. Introducción

Tras el cese de Rusia como Alta Parte Contratante del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) en septiembre de 2022, son 46 los Estados amparados por el texto fundamental del Consejo de Europa. De ellos, más de la mitad, 27, son a su vez parte de la Unión Europea (UE).

Parece evidente que tanto el CEDH como el Derecho de la hoy Unión Europea (DUE) nacen y se articulan con pretensiones y ambiciones diferentes: el primero, en aras de garantizar la salvaguardia de los derechos humanos y libertades fundamentales de los ciudadanos de sus Estados parte; el segundo, con el objeto de que los Estados firmantes avancen en un proceso de convergencia económica.

La evolución de la Unión Europea desde que entrase en vigor la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) ha derivado, de forma inherente, en la ampliación de los ámbitos competenciales de la integración y, consecuentemente, en la necesidad de proteger los derechos en juego en el marco del DUE. La evolución de este proceso histórico ha venido marcada por un actor principal: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), cuya

paulatina incorporación de la protección de los derechos a su jurisprudencia derivó en la proclamación solemne de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) en diciembre del año 2000 en Niza, que adquiriría igual valor que los tratados de la Unión (derecho primario) el 1 de diciembre de 2009, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

En paralelo, el diálogo judicial entre el Tribunal de Estrasburgo (Tribunal Europeo de Derechos Humanos —TEDH—) y el de Luxemburgo (TJUE), y, a mayores, entre estos, los órganos jurisdiccionales internos y los máximos intérpretes constitucionales de cada uno de los Estados parte, continúa consolidándose como esencial en el marco de una divergencia interpretativa que, como es natural, requiere de la correcta implementación de las distintas técnicas de cohabitación existentes; particularmente, la interpretación conforme, el respeto a los márgenes nacionales de apreciación y la doctrina de la protección equivalente. Estas no garantizan, sin embargo, que las tensiones y reticencias entre tribunales se disipen.

Siguiendo el mismo planteamiento de esta introducción, este trabajo se divide en dos grandes partes: una primera en la que se analiza la evolución histórica del sistema de protección de derechos humanos en la Unión Europea, prestando especial atención al mandato de adhesión al CEDH impuesto por el Tratado de Lisboa (ep. II), y una segunda focalizada en las confluencias y divergencias entre el TEDH y el TJUE, así como en las implicaciones de esta compleja relación para la salvaguarda del sistema de protección multinivel de derechos fundamentales (ep. III). Finalmente, se realiza un sucinto repaso sistemático a las referencias cruzadas (o bidireccionales) en la jurisprudencia del TJUE y el TEDH (ep. IV).

- II. Evolución histórica de las relaciones UE-Consejo de Europa en materia de derechos humanos y libertades fundamentales**
 - i. Del fallido proyecto de Comunidad Política Europea al fallido proyecto de Constitución Europea**

Suele afirmarse que la pretensión de adhesión de la integración europea al CEDH data de los orígenes mismos de las Comunidades Europeas. Bien es cierto que ni en el Tratado de París (CECA) ni en los de Roma (Comunidad Económica Europea –CEE– y Euratom) se hacía expresa referencia a la protección de los derechos humanos². Sin embargo, en 1953, en el borrador del proyecto de la Comunidad Política Europea, se establecía como el primero de los objetivos de la Comunidad “*contribuir a la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en los Estados miembros*” (propuesta de artículo 2), y se pretendía establecer, ex propuesta de artículo 3, que “las disposiciones de la Parte 1 del [CEDH], así como las del protocolo firmado en París el 20 de marzo de 1952, [eran] parte integrante del presente Estatuto”³. Este es el punto de arranque de un proceso tan complejo como excepcional; entre otras razones, porque la adhesión pretendida no será al Consejo de Europa, como un miembro más, sino solo al CEDH.

Es bien sabido que en el caso *Stork* el por entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) afirmó que “por regla general, no [debía] pronunciarse sobre las normas nacionales”⁴. Esta interpretación restrictiva del antiguo artículo 164 TCEE parecía razonable habida cuenta de las competencias y funciones de la integración. Empero, el transcurrir de las décadas y, como señala PIZZOLO (2010: 627), “*la cada vez más abundante y continuada atribución de competencias nacionales a las instancias comunitarias*”, llevó al TJCE a plantear la posibilidad de ofrecer una protección similar a la propia de los Estados

² Ello no implica que no existiese mención a derecho alguno. Al contrario: son diversos los derechos que aspiran a protegerse con sendos tratados, si bien de forma aislada. Entre ellos, el derecho a un nivel de vida justo (arts. 2, 39 y 117 del Tratado de la CEE), el derecho al empleo (arts. 39, 118 y 123 del TCE), la igualdad de retribución por igual trabajo sin discriminación por razón de sexo (artículo 119 del TCE) o la protección del secreto profesional y empresarial (artículo 214 del TCE). Véase MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, 2009: 778.

³ En la propuesta de artículo 45, apartado 1, se estipulaba que todo litigio derivado de una decisión o medida adoptada por una de las instituciones de la Comunidad que afectase a los derechos reconocidos en el CEDH se debía someter al Tribunal de las Comunidades Europeas. Ello sin perjuicio de que en el apartado 3 del mismo precepto se establecía que si se suscitaban controversias que implicasen “una cuestión de principio sobre la interpretación o el alcance de las obligaciones resultantes de dicho Convenio”, el Tribunal de las Comunidades habría de renunciar a pronunciarse hasta que la cuestión de principio hubiese sido resuelta por “los órganos judiciales previstos en el Convenio”.

⁴ Sentencia de 4 de febrero de 1959, asunto 1/58, par. 4.b).

miembros, razón por la que en la breve sentencia que resuelve el caso *Stauder* tuvo a bien afirmar que los derechos fundamentales formaban parte de los principios generales del Derecho comunitario. Un año después ratificaría esta postura en el caso *Internationale Handelsgesellschaft mbH*.

En paralelo, en diciembre de 1973 se celebraría en Copenhague una cumbre europea, de gran relieve político sobre lo aquí concerniente, entre jefes de estado y de gobierno (que ya serían nueve, tras la entrada de Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido el 1 de enero de ese mismo año). En ella se emitió una Declaración solemne sobre la identidad europea, la cual estaba compuesta, a juicio de los máximos mandatarios de los nueve, además de por los principios de democracia, Estado de Derecho y justicia social (“meta última del progreso económico”), por el respeto a los derechos humanos (ap. I.1).

En este contexto, como recuerda MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (2009: pp. 780-781), el silencio que estaba guardando la integración en materia de derechos fundamentales era claramente criticable por dos razones. En primer lugar, desde una perspectiva general, porque la creciente fuerza expansiva del Derecho comunitario y la progresiva aplicación de las competencias atribuidas a las Comunidades derivaron en que pronto se produjeran “*contactos jurídicos directos*” entre la integración y los particulares. En segunda instancia, desde una óptica más concreta, porque el Tribunal Constitucional Federal alemán desafió en 1974 con *Solange I* al TJCE condicionando el cumplimiento del Derecho comunitario en Alemania a que los derechos humanos estuvieran protegidos en las Comunidades Europeas al mismo nivel que en el Derecho constitucional alemán⁵.

Tan solo 15 días antes de la publicación de *Solange I*, el TJCE había reconocido en el caso *Nold* que los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos suscritos por los Estados miembros de las Comunidades

⁵ BVerfGE 37, 271 (285): “Mientras el proceso de integración comunitaria no se haya desarrollado hasta el punto de que el Derecho comunitario europeo contenga también un catálogo de derechos fundamentales, aprobado por un Parlamento y en plena vigencia, que equivaldría al contenido de la Ley Fundamental de Bonn”, el Tribunal Constitucional Federal alemán sería competente para conocer de la compatibilidad entre una norma comunitaria y un derecho fundamental recogido en la Ley de Bonn y que se viese afectado por la anterior.

eran parámetro del derecho de la integración. Un año más tarde, en el caso *Rutili*, el TJCE incluso consideraría al CEDH como un elemento de interpretación; y en el caso *Prais* (1976) afianzaría esta postura al afirmar que “*el derecho a la libertad religiosa, tal como se cita en el Convenio Europeo, forma parte de los derechos fundamentales reconocidos por el Derecho comunitario*” (con profundidad, HERMIDA DE LLANO, 2005: 138-139). Estas ideas fueron asumidas por las tres instituciones y se plasmaron en una Declaración conjunta del Parlamento, el Consejo y la Comisión de 5 de abril de 1977, que, sin suponer un auténtico compromiso para las instituciones de operar en salvaguardia de los derechos, sí reiteraba y complementaba la legitimidad de la jurisprudencia del Tribunal (CONTE, 2012: p. 13). A esta Declaración se sumaría otra de fecha 8 de abril de 1978 emitida por los jefes de estado y de gobierno de los estados miembros, si bien en términos más moderados e implícitos.

Al mismo tiempo, la jurisprudencia relatada y su recepción e impacto en los Estados parte fueron analizados por la Comisión Europea en su informe *La protección de los derechos fundamentales en la creación y desarrollo del Derecho comunitario*, de 4 de febrero de 1976. En él se menciona por vez primera, al tiempo que se descarta rotundamente, la posibilidad de adhesión de las Comunidades Europeas al CEDH. Como compila Uría Gavilán (2018: pp. 40-41), en la medida en que se entendía que los derechos consagrados en el Convenio ya eran vinculantes en el contexto del derecho de la integración, parecía razonable que no se requiriese acto constitutivo ulterior alguno, ni siquiera elaborar un catálogo de derechos fundamentales. A la par, y como resulta razonable, la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos declaraba inadmisibles *ratione personae* un recurso presentado ante las Comunidades Europeas en el caso *C.F.D.T.*, en 1978, porque en la medida en que las Comunidades Europeas no habían suscrito el CEDH carecían de legitimación pasiva (en profundidad, PIZZOLO, 2022: p. 301).

La postura de la Comisión se revertiría en tan solo tres años: en 1979 vería la luz el *Memorandum sobre la adhesión de las Comunidades Europeas al CEDH*. Para algunos autores, este Memorandum es consecuencia de *Solange I* y la que, con matices, constituye su homóloga italiana: la Sentencia número

183/1973, de 27 de diciembre, caso *Frontini* (*vid.*, por todos, DOMINICK, 1990: p. 643); para otros, una consecuencia natural de la citada Declaración conjunta del Parlamento, el Consejo y la Comisión de 5 de abril de 1977 (por todos, FERNÁNDEZ TOMÁS, 1985: p. 705). Por el contenido literal del Memorándum, que llega a aludir de modo expreso a las citadas sentencias alemana e italiana, quizá la primera de las dos razones sea la de mayor envergadura. En todo caso, por una u otra causa, o por la convergencia de ambas, lo cierto es que la Comisión sostuvo que los tres modelos de protección de derechos fundamentales que venían considerándose hasta entonces (el pretoriano, el normativo y la adhesión) eran complementarios (URÍA GAVILÁN, 2018: p. 44). Son muchos los argumentos a favor (y en contra) plasmados por la Comisión: a favor, la consolidación de la imagen de Europa “como tierra de libertad y democracia” (par. 14), una mayor seguridad jurídica, en tanto los ciudadanos tendrían un catálogo expreso de derechos (par. 15), la mayor legitimidad que se aportaría a las instituciones de las Comunidades, que “subrayarían su propia personalidad” (par. 16), y, aunque lo formula como un problema soslayable, la ya referida compatibilidad entre la adhesión y crear un catálogo propio (par. 17); en contra, el estatus que tendría el Convenio en el Derecho de la Comunidad (par. 18), los efectos de la adhesión para los Estados miembros y las dificultades de asumir las obligaciones del CEDH (pars. 19-22), el procedimiento a seguir en caso de que los tribunales nacionales, por no plantear una cuestión prejudicial, dieran lugar a una sentencia recurrible a Estrasburgo (pars. 23-25), y la problemática de los recursos individuales y las reservas (pars. 26-29). Aunque a juicio de la Comisión eran mayores y más valiosos los pros que las contras, la ausencia de unanimidad para apoyar esta propuesta —de acuerdo con algunos autores, por las reticencias del Reino Unido (Gaja, 1996: 974)— la hizo fracasar.

Entretanto, el Parlamento Europeo fue pronunciándose a favor de la adhesión al CEDH en numerosas ocasiones: véanse sus resoluciones de 12 de octubre de 1976, 16 de noviembre de 1977, 27 de abril de 1979 o 29 de octubre de 1982, entre otras. Destaca sobremanera a este respecto el célebre proyecto Spinelli que, aunque truncado, reiteraba el deseo de suscripción de la Convención de Roma y la Carta Social Europea. Junto a este, en 1989 el

Parlamento adoptó una resolución no vinculante para establecer un catálogo comunitario de derechos humanos: la Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales (con profundidad, PERRAKIS, 1990: p. 473, y URÍA GAVILÁN, 2018: pp. 51-52).

En el Acta Única Europea se establecería por primera vez en el derecho primario de la integración una referencia expresa al CEDH. Los 12 Estados miembros estipularían en el Preámbulo su convencimiento de promover conjuntamente la democracia “basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y leyes de los Estados miembros, en el [CEDH] y en la Carta Social Europea”. Ya con carácter normativo —y no solo hermenéutico—, el artículo F, apartado 2 del Tratado de Maastricht proclamaría que la Unión Europea respetaría los derechos fundamentales “tal y como se garantizan en el [CEDH] y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario”, plasmando con claridad la doctrina del TJCE.

Quizá por el influjo del Acta Única y esta renovada y optimista mirada a la Convención de Roma, la Comisión emitió el 19 de noviembre de 1990 una comunicación instando a la adhesión. Además, en 1993 se incluiría entre los famosos criterios de Copenhague sobre el acceso a la UE el requisito de que cualquier Estado con el deseo de formar parte de la integración respetase los derechos humanos y libertades fundamentales. En este entorno, como detalla SCHUTTER (2010), en ese mismo año, 1993, se crearía un grupo de alto nivel *ad hoc* para estudiar la fórmula jurídicamente adecuada para la adhesión, si bien no lograría alcanzar un consenso entre sus miembros, razón por la que el Consejo acabaría solicitando un dictamen al TJUE.

El 28 de marzo de 1996 el TJCE emitiría dicho Dictamen, el número 2/94. Ante la pregunta de si la adhesión de la Comunidad Europea al CEDH sería compatible con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, la Comisión, el Parlamento y los gobiernos belga, danés, alemán, griego, italiano, austriaco, finlandés y sueco se posicionaron en bloque manifestando que, lejos de contrariar lo dispuesto en el Tratado, la adhesión beneficiaba a la protección de los derechos humanos en la integración; por su parte, los gobiernos español,

francés, irlandés, portugués y británico afirmaron que la adhesión era plenamente incompatible; y el gobierno neerlandés no se posicionó con claridad. El Tribunal de Justicia fue tajante: “en el estado actual del Derecho comunitario, la Comunidad no tiene competencia para adherirse al [CEDH]”.

No es este el lugar para realizar el análisis en profundidad que este Dictamen requiere. Ello no obsta, sin embargo, para hacer algunos apuntes de exigida brevedad. El Tribunal planteó dos grandes problemas: por un lado, si la Comunidad tenía competencias para suscribir tal tratado, y por otro, si el tratado en sí contrariaba el derecho de la integración. Omitió pronunciarse sobre la segunda cuestión afirmando que carece “de información suficiente sobre el modo en que la Comunidad [proyectaba] someterse a los mecanismos actuales y futuros de control jurisdiccional establecidos por el Convenio” (pars. 19 y 20), fórmula ciertamente criticable. Centrado de lleno en la cuestión competencial, manifestó que la Comunidad carecía de competencias explícitamente atribuidas en materia de derechos humanos (par. 27). Obviamente, la respuesta no podía ser otra que negativa. Sin embargo, es llamativa la ausencia de un análisis sobre si la Comunidad tenía competencias implícitas al respecto tras haber advertido sobre el hecho de que, en caso de existir, estas habilitarían a la Comunidad para suscribir la adhesión (pars. 26-28). A continuación, estudia la posibilidad de que el artículo 235 TCE fuese la vía adecuada para la adhesión, llegando a la conclusión de que tal precepto no podía permitir que se ampliase “el ámbito de competencias de la Comunidad más allá del marco general que resulta del conjunto de las disposiciones del Tratado, y en particular (...) no puede servir de fundamento para la adopción de disposiciones que, en definitiva, tuviesen por resultado una modificación del Tratado efectuada sin respetar el procedimiento de modificación previsto en el mismo” (par. 30). La adhesión al CEDH, a juicio del Tribunal, “tendría una envergadura constitucional y sobrepasaría pues, por su naturaleza, los límites del artículo 235”, pues únicamente podría realizarse “a través de una modificación del Tratado” (par. 35).

Una lectura optimista del Dictamen habría llevado a trabajar en la inclusión de la necesidad de adhesión al CEDH con vistas al futuro Tratado de Ámsterdam. Sin embargo, llama la atención que justo el día posterior a la publicación del

Dictamen 2/94, el 29 de marzo de 1996, cuando se inauguró la Conferencia intergubernamental que dio lugar al citado Tratado de Ámsterdam, no se planteó nada al respecto, al punto de que ni siquiera se mencionó la cuestión en las conclusiones de ese Consejo Europeo (URÍA GAVILÁN, 2018: pp. 62-63). De hecho, en el propio Tratado de Ámsterdam, más allá de la ya clásica referencia genérica al respeto por los derechos fundamentales “*tal y como se garantizan en el [CEDH]*” —que se cita en el Protocolo sobre asilo a nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea—, son solo dos más las referencias expresas al Convenio; y ninguna con un relieve hasta entonces no visto.

Solo un mes después de que entrase en vigor el citado Tratado, en junio de 1999, tendría lugar el Consejo Europeo de Colonia, que como bien es sabido adopta la decisión de elaborar una Carta de derechos fundamentales “que permita poner de manifiesto ante los ciudadanos de la Unión la importancia sobresaliente de los derechos fundamentales y su alcance”⁶. Fruto de este mandato se constituyó una convención ad hoc cuyos resultados se plasmarían en la solemne proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) en Niza el 7 de diciembre del año 2000. Poco después y en igual ciudad, el Tratado de Niza —formulado con miras a las incorporaciones a la integración de los países del Este de Europa— quedaría exento de cualquier mención al CEDH. Sin embargo, sí incorporó una “declaración relativa al futuro de la Unión” en cuyo punto 5 se estipulaba la necesidad de abordar “el estatuto de la [CDFUE]”.

En paralelo, a finales de marzo del año 2001 el Comité Director de Derechos Humanos del Consejo de Europa recibió del Comité de Ministros la solicitud de elaborar un estudio sobre las cuestiones técnicas y jurídicas de la adhesión de la integración al Convenio. Este estudio se publicaría en la reunión del Comité Director de 25-28 de junio de 2002, en Estrasburgo; y en él, sin hacer expresa mención a la pertinencia o no de la adhesión, sí se concluiría su viabilidad.

⁶ Anexo IV de las Conclusiones del Consejo Europeo.

Regresando al ámbito de la Unión, la evolución natural del mandato de Niza trató de vehicularse a través del proyecto de tratado por el que se establecía una Constitución para Europa (Constitución europea). En su parte II se introducía de forma íntegra la CDFUE, a la que, en consecuencia, se pretendía dotar de rango de derecho primario. Además, se establecía con claridad meridiana en el artículo I-9, apartado 2, que la Unión se adheriría al CEDH sin que ello modificase las competencias propias de la UE; reiterando una vez más en el apartado siguiente que tanto los derechos de la Convención de Roma como los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros forman parte del DUE como principios generales. El artículo I-9, apartado 2, se desarrolló en el Protocolo anejo número 32. En el mismo se indicaba que el acuerdo de adhesión habría de preservar las características específicas de la UE y el DUE; y particularmente las modalidades específicas de la posible participación de la Unión en las instancias de control del CEDH, amén de los mecanismos necesarios para garantizar una adecuada interposición de recursos por terceros Estados, así como de forma individual, contra los Estados miembros o la Unión, según el caso (artículo 1). Además, debía garantizarse que la adhesión no afectaría *“a las competencias de la Unión ni a las atribuciones de sus instituciones”*, así como tampoco a las medidas y reservas que adoptasen los Estados miembros como excepción al Convenio (artículo 2). Por último, se debían salvaguardar las competencias atribuidas al TJUE y a las jurisdicciones nacionales (artículo 3).

La historia es bien sabida: el 29 de mayo de 2005 la mayoría de los ciudadanos franceses rechazaron en referéndum la aprobación del tratado constitucional. Tres días más tarde se rechazaría también en los Países Bajos. Más de cinco décadas después de su creación, la Unión Europea seguía sin contar con una fórmula jurídica adecuada para adherirse al CEDH.

ii. El Tratado de Lisboa y el Dictamen 2/2013 del TJUE: Causas y consecuencias

El Tratado de Lisboa nace con la pretensión de juridificar lo que en el proyecto de Constitución europea no salió adelante. Con esta premisa, es por todos conocido que el artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea (TUE) reconoce (por remisión) “*el mismo valor jurídico que los Tratados*” a la CDFUE⁷; y, en paralelo, el artículo 6.2 establece lo ya determinado en el artículo I-9, apartado 2, del proyecto de Constitución: la Unión deberá adherirse al CEDH, sin que ello suponga una alteración competencial en la integración. El Protocolo número 8 al TUE replica exactamente lo establecido en su momento por el número 32 al proyecto de Constitución, con leves matices de redacción.

Entre la firma y la entrada en vigor del TUE —13 de diciembre de 2007 y 1 de diciembre de 2009, respectivamente—, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa tendría tiempo para adoptar su resolución 1610 de 2008 sobre el acceso de la UE al CEDH. En ella, la Asamblea Parlamentaria estimó que “la no adhesión tiene efectos negativos en el buen funcionamiento de la justicia europea, ya que pone en peligro la coherencia del sistema de garantías de los derechos humanos en Europa” (par. 6), mientras que la adhesión “[transmitiría] un fuerte mensaje de claro compromiso con la protección de los derechos humanos, no sólo dentro de los límites de la Unión Europea, sino también en toda Europa” (par. 7), y confirmaría “la esencia de la Unión Europea como ‘comunidad de derecho’”, a la par que reforzaría “el principio de seguridad jurídica” (par. 8). Por ello, la Asamblea Parlamentaria consideró que “era hora [high time] de que las declaraciones de intenciones se [tradujeran] en hechos

⁷ Las reticencias de Polonia y el Reino Unido a la ampliación de la competencia jurisdiccional en litigios concernientes a lo dispuesto en la CDFUE llevó a que junto al Tratado de Lisboa se estableciese un protocolo anejo en que se excluye la posibilidad de que el TJUE o cualesquiera órganos jurisdiccionales internos pudiesen apreciar la incompatibilidad de una norma o acto con la CDFUE en asuntos concernientes a ambos Estados (artículo 1.1). Se trata de una suerte de reserva. Dicho de otro modo, “nada de lo dispuesto en el título IV de la Carta crea derechos que se puedan defender ante los órganos jurisdiccionales de Polonia o del Reino Unido, salvo en la medida en que Polonia o el Reino Unido hayan contemplado dichos derechos en su legislación nacional” (artículo 1.2). De esta forma, aquellas disposiciones de la CDFUE que aludan a normas o prácticas nacionales solo se podrán aplicar a ambos Estados “en la medida en que los derechos y principios que contiene se reconozcan en la legislación o prácticas” de Polonia y Reino Unido (artículo 2).

mediante la pronta adhesión de la Unión Europea al CEDH” (par. 9), esbozando algunas propuestas para agilizar este proceso.

La negociación se produjo, en esencia, entre la Comisión —por parte de la UE— y un grupo de trabajo del Comité Director de Derechos Humanos —por parte del Consejo de Europa—. Desde julio de 2010 hasta abril de 2013, y con dos tandas de reuniones y un proyecto de adhesión frustrado mediante, la UE y el Consejo de Europa conciliaron sus posturas tras 13 reuniones (ocho previas al primer proyecto y cinco posteriores a este). Fruto de estas, el día 5 del citado mes de 2013 vieron la luz cinco proyectos diferentes: uno de acuerdo de adhesión, otro explicativo del mentado acuerdo, un tercero orientado a la declaración de la UE, uno relativo a la supervisión de la ejecución de las sentencias, y un quinto a modo de memorándum de entendimiento (con profundidad, URÍA GAVILÁN, 2018: pp. 75-76). Los mismos fueron remitidos al TJUE para evaluar su compatibilidad con los tratados de la Unión *ex* artículo 218.11 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). La pregunta planteada era sustancialmente similar a la ya formulada en la solicitud del Dictamen 2/94.

Salvo Bulgaria y Polonia, todos los Estados miembros, así como la Comisión, el Consejo y el Parlamento Europeo, formularon observaciones durante el proceso. De nuevo, no es ni posible ni pertinente llevar aquí a cabo un análisis exhaustivo del contenido del Dictamen (al respecto, de forma crítica, *vid.* EECKHOUT, 2015; ŁAZOWSKI Y WESSEL, 2015 o MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, 2015; en favor de la argumentación del TJUE, *vid.* HALBERSTAM, 2015). Sin embargo, sí cabe mencionar con brevedad las razones de la decisión adoptada.

Por un lado, el Tribunal de Justicia entiende que del proyecto de adhesión no se desprendía un claro mecanismo de coordinación de los estándares de protección del CEDH y la CDFUE. De igual forma, estima que se abriría la puerta a que los Estados se pudiesen demandar entre sí ante el TEDH por cuestiones de DUE, obviando el rol del TJUE. En otro orden de cosas, también plantea la problemática de que la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) pudiese ser enjuiciada por el TEDH; y, por último, menciona el riesgo de que aquellos

Estados que suscribiesen el Protocolo número 16 al CEDH, que —como se expondrá *infra*— permite solicitar opiniones consultivas, podrían generar un entorno de confusión en su poder judicial en tanto este mecanismo podría confrontar con las solicitudes de cuestión prejudicial.

En síntesis, en el análisis de este Dictamen se plantean dos posturas: Una, en pro de la argumentación del Tribunal de Justicia, mantiene que de producirse la adhesión y en atención al artículo 216.2 TFUE⁸ la jurisprudencia (y por ende las opiniones consultivas) del Tribunal de Estrasburgo se convertirían formalmente en interpretaciones del DUE, lo que para ciertos sectores académicos y el propio TJUE implica un grave riesgo para la seguridad jurídica y la unidad del ordenamiento europeo (HALBERSTAM, 2015: p. 121). A esta posición se contraponen otra, jurídicamente más acertada a juicio de este autor, que considera que el pronunciamiento del TJUE desbarata la posibilidad de garantizar que tanto la UE como los Estados miembros se vinculan por una misma norma y garantías: el CEDH, lo que repercute en continuar sin la completitud exigida por el sistema multinivel de tutela jurisdiccional. En este sentido, a juicio de algunos autores el Dictamen se halla en un terreno más próximo a lo político que a lo estrictamente jurídico (ALONSO GARCÍA, 2016), llegando incluso a ser calificado como “deliberadamente político” por una parte nada desdeñable de la doctrina (LABAYLE, 2014)⁹.

Criticar el Dictamen 2/13 no implica afirmar que el proyecto de adhesión debía suscribirse y ratificarse en los exactos términos en que se había planteado al Tribunal de Luxemburgo. Podrían haberse realizado aclaraciones en línea con las críticas del TJUE; y precisamente así es como se pronunció la Abogada General Kokott en su Opinión de 13 de junio de 2014: del proyecto de acuerdo “no [había] resultado nada que [pusiera] en cuestión de manera fundamental la

⁸ “Los acuerdos celebrados por la Unión vincularán a las instituciones de la Unión y a los Estados miembros”.

⁹ Con todo, como recuerdan Mangas Martín y Liñán Noguerras (2016, 213), y como se expondrá en el siguiente epígrafe de este trabajo, pese a las interpretaciones muy críticas que el Dictamen pudiera merecer, “lo cierto es que la jurisprudencia del TJUE es una prueba consistente de la presencia y consideración del CEDH, hasta el punto de que lo juzgado por el TEDH se ha convertido en un referente trascendental y en una pieza importante del sistema”.

compatibilidad con los Tratados de la adhesión de la Unión al CEDH así planteada”. Ahora bien, ello no era óbice para reformular cuestiones tales como los límites al examen de razonabilidad que pudiera llevar a cabo el TEDH, las reservas al artículo 57 CEDH, las características específicas de la PESC o la prescindibilidad de instruir un procedimiento ya resuelto por el TJUE y pendiente ante el TEDH, entre otras. Así, concluía la Abogada General que el Tribunal de Justicia debería declarar que el proyecto de adhesión sería compatible con los tratados “siempre que en el plano del Derecho internacional se [garantizase] de un modo vinculante” la reformulación de las situaciones mencionadas y de otras tantas que, a su juicio, suponían un conflicto entre jurisdicciones.

La contundencia del Dictamen, que lejos de asumir la Opinión de la Abogada General concluyó la incompatibilidad de pleno del proyecto de adhesión con el DUE, llevó a la paralización de todas las negociaciones¹⁰. Solo cinco años después de su publicación, como detalla LÓPEZ BASAGUREN (2022: p. 72), la Comisión notificó al Consejo de Europa su deseo de reanudar el proceso de negociación. Era 31 de octubre de 2019. A la vista de esta renovada intención el Consejo de Europa propuso crear un grupo de trabajo conjunto *ad hoc* al Comité Director de Derechos Humanos, informalmente denominado grupo “46+1”, en referencia a todos los Estados parte del Consejo de Europa (tras la salida de Rusia) más la UE. Cuando se escriben estas líneas todavía no se ha materializado avance alguno, si bien acaba de producirse la decimoquinta reunión de este grupo, celebrada durante los días 5 a 7 de octubre de 2022 (la decimoprimeras tras la publicación del Dictamen 2/13)¹¹. El artículo 6.2 TUE sigue esperando a ser cumplido.

III. Confluencias y divergencias de un diálogo judicial constante

¹⁰ El Dictamen no implica, sin embargo, toda imposibilidad de adhesión futura. Como señala el mencionado artículo 218.11 TFUE: “En caso de dictamen negativo del Tribunal de Justicia, el acuerdo previsto no podrá entrar en vigor, *salvo modificación de éste o revisión de los Tratados*” (cursiva propia).

¹¹ El *meeting report* de la última reunión y la información relativa a todas las reuniones previas está disponible *online* en: <https://www.coe.int/en/web/human-rights-intergovernmental-cooperation/accession-of-the-european-union-to-the-european-convention-on-human-rights>

Las reticencias del TJUE a admitir la jurisdicción del TEDH en los términos expuestos en el Dictamen 2/13 —al igual que las originarias reticencias de los intérpretes constitucionales de los Estados miembros a la competencia de ambos tribunales supraestatales— tienen diversas causas que se sintetizan en una única: quién tiene la última palabra.

En su concepción más básica, el sistema de protección multinivel de los derechos fundamentales en Europa tiene, en términos de BUSTOS GIBBERT, tres grandes “nudos” que se corresponden con tres lugares constitucionales: los Estados miembros, la UE y el Consejo de Europa. De aquí emana la idea de constitución red (2012: pp. 28-29). El “*nudo*” estatal conecta con el de la UE por las cláusulas (europeas) previstas en las respectivas constituciones de los 27 Estados, pese a que, en algunos casos, como el de la Constitución española en su artículo 93, estas cláusulas no aludan de forma expresa a la integración. La conexión entre el “nudo” estatal y el del Consejo de Europa se produce por distintas vías, entre las que destaca, eminentemente, la recepción de los tratados internacionales en materia de protección de derechos y libertades, y, en paralelo, la interpretación de dichos derechos y libertades de conformidad con lo dispuesto en tales acuerdos o tratados. Difiere esta conexión de la anterior en que en el caso del CEDH no se está ante un ordenamiento jurídico autónomo, como sí ocurre con el DUE¹². Por último, los dos “nudos” supraestatales también se vinculan entre sí del modo ya indicado en el epígrafe anterior, y a falta de llevar a la práctica lo dispuesto en el artículo 6 TUE.

La interacción entre los tres “nudos” es tan amplia como el completo abanico competencial de que cada instancia está dotada; y parece evidente que el futuro está mucho más próximo a un aumento y complejización del constitucionalismo multinivel que a una vuelta a la exclusividad estatal¹³. De esta forma, tenemos tres grandes “*nudos*” entrelazados que constituye el paradigma completo de la protección de los derechos y libertades: la Constitución nacional,

¹² Esta diferencia se plasma con didáctica claridad, entre muchas otras resoluciones, en la Sentencia del TJUE de 24 de octubre de 2018, recaída en el caso *X. C. y otros* (C-234/17), pars. 35-40 y 44-46.

¹³ Sobre la noción de constitucionalismo multinivel y sus implicaciones en el ámbito europeo es de interés la conceptualización llevada a cabo por GARCÍA GUERRERO (2020, 629-631).

el DUE (y, en particular, la CDFUE) y el CEDH. Un “*jurista persa*” (recordando a Cruz Villalón) podría imaginar una enumeración muy diferente de los derechos y una concretización distinta de sus implicaciones y límites, pero no es así. La problemática en su protección no deriva tanto de una disparidad entre los textos, sino de una falta de convergencia interpretativa. Existen tres declaraciones o catálogos de derechos y tres máximos intérpretes, uno para cada una de ellas. El juez constitucional es el máximo intérprete de una constitución, y, en consecuencia, lleva a cabo el “test o control de constitucionalidad” respecto de las normas internas; el “test o control de europeidad (o comunitariedad)” del DUE tiene como máximo responsable al TJUE; y, por último, en el “*test o control de convencionalidad*” asume la centralidad el TEDH (PIZZOLO, 2022: p. 42). Todo ello obviando que los tres controles pueden ser difusos; y más aún los dos últimos, que en la práctica lo son¹⁴. La primacía del derecho de cada “nudo” debe compaginarse con el evidente pluralismo y la necesidad de interrelación. Con todo, es más en la divergencia de criterios que en la pluralidad y diferencia de textos normativos donde se halla la disonancia en la protección multinivel. Así, del mismo modo en que Bustos Gisbert habla de “constitución red” desde una óptica de conexión entre ordenamientos, GREWE alude a una “red de derechos equivalentes o mestizados” (*réseau de droits équivalents ou “métissés”*) (2014: p. 963).

Ya desde antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa se venía advirtiendo de que la falta de una coordinación eficaz entre ambos tribunales conduce a una “interferencia procesal” (SANZ CABALLERO, 2004) que repercute tanto en el aumento de la complejidad de la arquitectura jurisdiccional europea —introduciendo mayor difuminación e inseguridad jurídica— como, en última instancia, en una menor eficiencia en la salvaguardia de los derechos humanos.

¹⁴ Como recuerda ALONSO GARCÍA, que el juez constitucional no sea el único competente para controlar las leyes ni puede ni debe entenderse como una mutación de un sistema concentrado de control de constitucionalidad de la ley, como pudiera ser el español o el alemán. Lo que se viene produciendo es algo más sutil: la progresiva ampliación del parámetro de control de las leyes, más allá de la Constitución y el bloque de constitucionalidad, a las normas de la Unión y las normas internacionales, y la atribución del ejercicio de este a la jurisdicción ordinaria (2020: 29).

La única solución a esta situación —que se ha venido denominando como “*guerra entre cortes*” —, además de la clarificación competencial que por vía normativa pudiera hacerse, es el diálogo judicial; y, en concreto, el autocontrol de los tribunales (o *self-restraint*). Son numerosas las técnicas utilizadas para alcanzar tal diálogo o autocontención, y se suelen denominar técnicas de cohabitación. Este concepto engloba desde la mera mención al respeto a la identidad constitucional hasta la referencia directa a la doctrina emanada por otro tribunal. Conviene destacar las cuatro técnicas de cohabitación con mayor trascendencia a efectos de lo aquí señalado.

Por un lado, se encuentra la interpretación conforme. Esta técnica opera respecto de la relación entre los tribunales nacionales y el TJUE y/o el TEDH. No es preciso profundizar en las consecuencias de la celeberrima *Marleasing* ni en lo señalado por *Grimaldi* u otras tantas. Ello no obsta para recordar el sentido clásico que da a esta técnica de cohabitación la primera de las dos sentencias enunciadas: el juez nacional está obligado a interpretar su Derecho nacional “a la luz de la letra y de la finalidad” del DUE (pars. 8 y 13); lo que implica prestar atención a la jurisprudencia de Luxemburgo, que debe ser asumida. Ello es igualmente extrapolable a la doctrina de Estrasburgo. Conviene por tanto llamar la atención sobre la estrecha relación entre la interpretación conforme y los controles (difusos) de comunitariedad y convencionalidad.

La segunda de las técnicas de cohabitación es la alusión al margen de apreciación. Esta técnica opera esencialmente respecto de la relación entre el TEDH y los tribunales internos. Son numerosísimos sus usos a lo largo de la historia jurisdiccional reciente. Un buen ejemplo se halla en la Sentencia de 18 de marzo de 2011 del TEDH, caso *Lautsi y otros c. Italia*, relativo a la presencia de crucifijos en las aulas de los colegios públicos. El principio de respeto a las “opciones de los Estados contratantes” en tanto no se vulneren los derechos humanos y la “*falta de consenso europeo*” sobre ciertas cuestiones (pars. 26-28) derivan en que los Estados parte del CEDH gocen de un margen de apreciación “cuando se trata de conciliar el ejercicio de las funciones que asumen” en el ámbito de algunos derechos (par. 69).

La tercera técnica de cohabitación reseñable, que opera para el TJUE en su relación con el TEDH, es la aplicación de la doctrina de Estrasburgo a través del filtro de los principios generales del DUE. Como se ha expuesto, desde el Acta Única Europea se alude a la promoción por parte de la UE de los derechos humanos recogidos en el CEDH, y en el artículo 6.3 TUE se expresa con claridad esta cuestión: los derechos fundamentales del CEDH y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros forman parte del DUE como principios generales. De este modo, como se expondrá posteriormente, el TJUE asume la interpretación que el TEDH hace del CEDH a la luz de los mencionados principios.

La cuarta técnica de cohabitación relevante a estos efectos, que opera para el TEDH en su relación con el TJUE, es la presunción de protección equivalente. Esta técnica se basa en la deferencia (PIZZOLO, 2022: 307). Aunque se desarrollará con mayor profusión a continuación, parece pertinente anticipar en este punto que la presunción de protección equivalente implica el respeto por parte del TEDH a la decisión adoptada por el órgano de resolución de controversias de una organización internacional (como el TJUE) que —como se señala en *Bosphorus*— “asegure a los derechos fundamentales una protección al menos equivalente a la que garantiza el [CEDH]”¹⁵. En cualquier caso, por “equivalente” el TEDH entiende “comparable”, y no “idéntica” (lo que “podría ir en contra del interés de la cooperación perseguida”); y, en todo caso, este hecho es susceptible de revisión¹⁶.

Ya se ha indicado en el epígrafe anterior que el caso *C.F.D.T.* (1978) constituye la primera sentencia de relieve en la compleja relación jurisdiccional entre el TJCE y el TEDH. En ella se establecía que las Comunidades Europeas carecían de legitimación pasiva ante el TEDH al no ser parte contratante del CEDH. Una década después, en el caso *M & Co. c. República Federal de Alemania* (RFA), de 9 de enero de 1990, el TEDH se pronunciaría en una decisión sobre la admisión de una denuncia interpuesta por una empresa contra

¹⁵ Sentencia del TEDH de 30 de junio de 2005, caso *Bosphorus*, par. 155.

¹⁶ *Ibidem*.

la RFA en relación con una sanción impuesta por la Comisión, confirmada por el TJCE y ejecutada por el citado Estado —en consecuencia, sin margen de apreciación alguno en su actuación—. En esta resolución se inadmite la demanda sobre la base de que la transferencia de competencias a una organización internacional como la UE no es incompatible con el CEDH “siempre que en el seno de dicha organización los derechos fundamentales reciban una protección equivalente”. Se sienta así la recientemente enunciada técnica de cohabitación.

Nueve años más tarde la Sentencia del TEDH de 11 de noviembre de 1996, caso *Cantoni c. Francia*, supondría un punto de inflexión en el proceso de cooperación interjurisdiccional, pues establece la procedencia del control de convencionalidad del TEDH sobre el DUE. Al evaluar si la definición de “producto medicinal” fijada en una norma francesa en trasposición de una Directiva comunitaria contradecía la seguridad jurídica y el principio de legalidad protegidos por el artículo 7 CEDH, el TEDH estimó que el hecho de que Francia definiera el citado medicamento basándose “casi palabra por palabra” en la Directiva no la eximía del ámbito de aplicación del CEDH (par 30). El TEDH no apreció, sin embargo, una violación al Convenio.

El caso *Cantoni c. Francia* guarda ciertas similitudes con el otrora célebre *Matthews c. Reino Unido*, objeto de la Sentencia del TEDH de 18 de febrero de 1999, y donde sí se estimaría violado lo dispuesto en el CEDH. Como es sabido, una ciudadana británica con residencia en Gibraltar reclamó su derecho a las elecciones libres al no poder votar en los comicios al Parlamento Europeo. La duda esencial del litigio era si los Estados miembros son responsables de los actos o normas provenientes del DUE solo en el marco del DUE o también en el marco del CEDH. Esta segunda opción es la correcta. Reiterando lo ya enunciado en *Cantoni c. Francia* sobre la pervivencia de responsabilidad de los Estados, el TEDH consideró que, tras el Tratado de Maastricht, el Reino Unido debía haber modificado su derecho interno para permitir las elecciones en Gibraltar.

La ya mencionada Sentencia del caso *Bosphorus Airways c. Irlanda*, de 30 de junio de 2005, ahonda en esta cuestión. En este asunto se pone de

manifiesto el paradigma multinivel existente en Europa: una empresa irlandesa suscribe un contrato de *leasing* con la aerolínea nacional yugoslava. Previo a este negocio civil el Consejo de Seguridad de la ONU había impuesto sanciones a la República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) por su intervención en la República de Bosnia y Herzegovina. En el caso de la integración, estas sanciones se habían implementado a través del Reglamento CEE/990/93. En ejecución del citado Reglamento (por su naturaleza, directamente aplicable y vinculante), Irlanda procedió al embargo de una de las aeronaves (ex artículo 8 del mencionado Reglamento). En sede de Estrasburgo, tras reiterar lo ya dicho en *Cantoni y Matthews* sobre la pervivencia de la responsabilidad estatal, el TEDH dio un paso más en la línea iniciada en *M & Co. c. la RFA*, pues entró a examinar por vez primera las implicaciones de una denuncia relativa a una norma de DUE. En este punto se pronunció haciendo uso de otra de las técnicas de cohabitación existentes: la protección equivalente. A su juicio, la actuación de Irlanda en cumplimiento de sus obligaciones legales con el DUE “[estaba] justificada siempre que se consider[ase] que la [UE] protege los derechos fundamentales” (par. 155); y tal condicionante se da en la práctica (par. 165).

Siguiendo la línea cronológica, es reseñable por sus particularidades respecto de otros asuntos aquí mencionados lo argumentado en la Sentencia del TEDH de 1 de febrero de 2011, caso *Karoussiotis c. Portugal*, en el que se plantea si debe ser admitida una demanda concerniente a una posible violación del CEDH por parte de un Estado cuando previamente se ha informado a la Comisión Europea de esta violación (que también lo es del DUE) para que esta inicie un procedimiento de infracción. El TEDH entendió que por la naturaleza del procedimiento de infracción la Comisión no estaba obligada a iniciar el procedimiento y, en consecuencia, el TJUE podría no conocer del asunto; además de que en caso de conocer de este se habría de limitar a apreciar que Portugal habría infringido el DUE, sin conceder reparación alguna al interesado. En consecuencia, no fue necesaria siquiera cohabitación alguna, pues el TJUE era ajeno al asunto planteado, por lo que la demanda resultó ser admisible.

El caso *Michaud c. Francia*, resuelto en la Sentencia del TEDH de 6 de diciembre de 2012, se profundiza en la tesis de *Bosphorus* y demás litigios

relatados. Se discute la injustificada negativa del Consejo de Estado francés a plantear una cuestión prejudicial al TJUE sobre el secreto profesional en las relaciones entre abogado y cliente. El TJUE, por tanto, no había tenido oportunidad de valorar la legalidad del elemento discutido y, consecuentemente, el Consejo de Estado resolvió el litigio “sin haber desplegado todo el potencial de la maquinaria internacional dispuesta para la supervisión del respeto de los derechos fundamentales —en principio equivalente a la establecida por el Convenio—” (par. 115). Este motivo lleva al TEDH a estimar que no es posible aplicar la presunción de protección equivalente, que no entra en juego de forma automática, sino que requiere de dos requisitos: la inexistencia de margen de maniobra por las autoridades internas y el pleno despliegue del “potencial de la maquinaria del DUE” para proteger los derechos y libertades (PIZZOLO, 2022: p. 314). Ejemplo de no acontecer el primero, por violar un Estado el CEDH teniendo margen de maniobra para evitarlo, es la Sentencia del TEDH de 21 de enero de 2011, caso *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*. Ejemplo de no darse el segundo es, como se indica, *Michaud c. Francia*.

Por último, en esta saga, el caso *Avotiņš c. Letonia*, objeto de la Sentencia del TEDH de 23 de mayo de 2016, continúa en la senda del perfeccionamiento de la técnica de cohabitación de protección equivalente al enunciar que la misión del TEDH “*queda limitada a comprobar si la protección de los derechos garantizados por el Convenio fue ‘manifiestamente deficiente’ como para provocar la inaplicación de esta presunción*” (par. 112). Excediendo los límites de este estudio, lo hasta aquí expuesto se ha matizado —o, cuanto menos, especificado— en relación con el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en las Sentencias del TEDH sobre los casos *Romeo Castaño c. Bélgica*, de 9 de julio de 2019, y *Bivolaru y Moldovan c. Francia*, de 25 de marzo de 2021.

Finalmente, no puede obviarse una alusión a la entrada en vigor del Protocolo número 16 al CEDH, que supuso un nuevo paradigma en el diálogo judicial. Este Protocolo incorpora la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales de mayor rango de los Estados parte soliciten al TEDH opiniones consultivas sobre cuestiones relativas a la interpretación o aplicación del CEDH o de sus Protocolos (con profundidad, SEVILLA DURO, 2020), y parece estar

indudable destinado a contribuir en el refuerzo de las dimensiones constitucional y objetiva del TEDH (GARCÍA ROCA, 2019: p. 61).

Tanto esta formulación de opiniones consultivas al TEDH como la vía de las cuestiones de inconstitucionalidad en el seno de los Estados parte y la posibilidad de plantear cuestiones prejudiciales ante el TJUE (ex artículo 267 TFUE) comparten, pese a sus diferencias, una naturaleza devolutiva y suspensiva que puede llevar al órgano jurisdiccional *a quo* a errar en la elección de la instancia competente a la que remitir una cuestión incidental. Surge aquí un nuevo y potencial conflicto entre las competencias de Estrasburgo y Luxemburgo. En caso de aplicación del DUE, como bien señala el Dictamen 2/13 del TJUE, es evidente que los órganos jurisdiccionales internos deben canalizar sus dudas a través de la cuestión prejudicial al TJUE, pues el TEDH carece de competencia para fiscalizar el DUE¹⁷. Sin embargo, ¿qué debe proceder si la duda surge en los difusos y amplios límites del ámbito aplicativo del DUE? Es evidente que este conflicto solo es tal en el caso de los “órganos jurisdiccionales mayor rango”, designados en última instancia por los Estados suscribientes del Protocolo en sus declaraciones de ratificación, pues, como se deduce *a contrario* de lo dispuesto en el Protocolo, los órganos inferiores no pueden recurrir a la opinión consultiva ante el TEDH. Para parte de la doctrina (RUIZ RUIZ, 2018: p. 479), en caso de persistir la duda, si se debiera priorizar una de las cuestiones, habría de preferirse aquella con efectos formales vinculantes (ante el tribunal constitucional —o, de considerarse ámbito de la Unión, el TJUE—) antes que la meramente consultiva (Protocolo 16 del CEDH). Esta visión parece acertada, sin perjuicio de que el elemento determinante en la elección de un procedimiento u otro debe ser la precisa observancia del marco jurídico en que se desenvuelve cada litigio.

IV. Breve repaso sistemático a las referencias cruzadas (o bidireccionales) entre el TJUE y el TEDH

¹⁷ A este respecto, y sobre la concreta relación del Protocolo 16 con el DUE, *vid.* CALLEWAERT (2015: pp. 57-63).

Suele decirse que el diálogo judicial entre el TJUE y el TEDH es “hoy menor que mañana” (GARCÍA GUERRERO, 2020: p. 630), y lo cierto es que las referencias cruzadas (o bidireccionales) en la jurisprudencia de ambos tribunales han ido en aumento durante las últimas décadas. No obstante, es preciso no sobredimensionar esta afirmación.

Un interesante estudio de DOUGLASS-SCOTT (2006) muestra que antes de la década de los ochenta Estrasburgo utilizaba muy poco la jurisprudencia de Luxemburgo (apenas la citó una decena de veces antes de 1980), y cuando lo hacía era sin comentarios de contextualización o extrapolación. La única excepción relevante a ello fue la Sentencia de 13 de junio de 1979 relativa al caso *Marckx c. Bélgica*, donde aludió expresamente a la doctrina del célebre caso *Defrenne II* del TJCE (Sentencia de 8 de abril de 1976, asunto 43/75). El aumento de las referencias de Estrasburgo a la jurisprudencia de Luxemburgo comenzó a partir de los años noventa; y, según la citada autora, la actitud del TEDH hacia la jurisprudencia del TJCE era principalmente “deferente y aprobatoria”. Por su parte, el Tribunal de Luxemburgo se limitó a referirse de forma genérica a la doctrina de Estrasburgo entre 1975 y mediados de la década de los noventa. Habría que esperar hasta 1996 para ver la primera gran referencia cruzada, que tendría lugar en la Sentencia del caso *P. c. S. y el Consejo del Condado de Cornwall* (30 de abril de 1996, C-13/94), donde el TJCE, en el párrafo 16, toma directamente la definición que hizo el TEDH de “transexual” en su Sentencia de 17 de octubre de 1986, caso *Rees c. Reino Unido*.

Con todo, lo hasta aquí relatado ofrece evidencias de que hasta el siglo XXI no existía una muestra clara de referencias cruzadas que permitiese extraer cualquier tipo de patrón o correlación jurisprudencial. Avanzando en el tiempo, un reciente estudio de Frese y Olsen que analiza todo el *corpus* jurisprudencial de ambos tribunales entre 2009 (momento de entrada en vigor de la CDFUE) y finales de 2016 demuestra que, si bien parece avanzarse hacia una convergencia interpretativa, siguen siendo pocas las ocasiones en que un tribunal se refiere a la jurisprudencia del otro; y ello sucede, principalmente, en los ámbitos de la justicia penal y en materia de migración. En concreto, durante

el mencionado periodo el TJUE citó jurisprudencia del TEDH en solo 30 ocasiones, y el TEDH aludió a la doctrina del TJUE solamente 31 veces; ello supone que menos del 1% de las resoluciones dictadas por ambos tribunales recogen jurisprudencia del otro (FRESE y OLSEN, 2019: p. 446).

Pese a que cuantitativamente las referencias cruzadas pudieran no parecer reseñables, cualitativamente sí lo son. Buena parte de las alusiones a la jurisprudencia del otro tribunal tienen lugar, precisamente, en asuntos de gran sensibilidad. A juicio de quien escribe estas líneas, en estos supuestos las referencias cruzadas no solo complementan la argumentación que pudiera hacerse, sino que, además, dotan al fallo en cuestión de un mayor respaldo con base en la legitimidad de ejercicio del tribunal cuya jurisprudencia se cita. Ejemplo de ello es una de las sentencias más relevantes en Europa en lo que va de 2022. Se trata de la Sentencia de 27 de julio de 2022 (T-125/22), *RT France c. Consejo de la Unión Europea*, dictada por el Tribunal General (Gran Sala). En ella la filial francesa del grupo audiovisual Russia Today, financiado con cargo a los presupuestos del Estado ruso, solicita la anulación de una Decisión del Consejo por la que se imponen medidas restrictivas a causa de la invasión rusa de Ucrania, entre las cuales se incluye la suspensión de las actividades de radiodifusión de este y otros medios que canalizan “*acciones de propaganda continuas y concertadas contra la sociedad civil de la Unión y de sus países vecinos, distorsionando y manipulando gravemente los hechos*”. Como es evidente, el litigio se centra de lleno en los límites de la libertad de expresión e información y la libertad de empresa (artículos 11 y 16 de la CDFUE, respectivamente). El Tribunal General desestima el recurso de RT France, confirmando la legalidad de las sanciones impuestas por el Consejo. Para ello, cita en hasta 19 ocasiones siete sentencias diferentes del TEDH, especialmente en lo relativo a la libertad de expresión y sus límites. No parece ni casual ni baladí, como se anticipaba *supra*, que en aquellos litigios de mayor impacto y calado jurídico y social las referencias bidireccionales sirvan como complemento y refuerzo de la argumentación de los tribunales.

V. A modo de conclusión

La relación entre el TJUE y el TEDH es complicada por razones jurídicas y extrajurídicas. Entre las primeras se hallan la difícil acotación de los límites del DUE, el complejo sistema de protección multinivel de los derechos fundamentales (“*constitución red*”), el rol desempeñado por los órganos jurisdiccionales internos en el planteamiento de cuestiones incidentales, los posibles solapamientos competenciales y los controles de convencionalidad y/o europeidad que los órganos de ambos sistemas de resolución de controversias pudieran hacer en el marco de su derecho respecto del derecho de la otra organización internacional. Entre las dificultades extrajudiciales está el inacabado debate —próximo a lo político— sobre quién debe tener la última palabra, el recelo por la observancia del derecho propio por parte de un tribunal ajeno y, en síntesis, varias de las razones ya apuntadas que hacen que, a día de hoy, la UE siga sin ser parte del CEDH.

Sin embargo, por contradictorio que pudiera vislumbrarse, y como muchos autores han venido señalando (por todos, KARGOPOULOS, 2015: P. 98, y la doctrina por él citada), el aparente solapamiento o superposición de los ámbitos jurisdiccionales de ambos tribunales bien podría calificarse también como complementario si se quiere situar a los individuos, como beneficiarios, en el epicentro de este antagonismo. Tanto la CDFUE como el CEDH prevén una protección jurídica de los derechos y libertades que resulta parcial en tanto, en la práctica, los recursos procesales disponibles cubren casos limitados, pues si bien el TEDH puede recibir solicitudes individuales por violaciones de los derechos humanos si se cumplen los requisitos previstos en el CEDH, los individuos nunca pueden forzar un pronunciamiento del TJUE. Además, como se desprende de las competencias de las que cada tribunal está dotado, el TEDH examina los procedimientos nacionales en su conjunto, mientras que el TJUE sólo tiene competencia para tratar en abstracto las cuestiones jurídicas que se le plantean (ACOSTA ARCARAZO y MURPHY, 2014: pp. 12-13). En este contexto, el diálogo entre tribunales se llega a tornar, en ocasiones, en una cooperación fáctica que, como señalan

los recién citados autores (2014: p.11), tiende a tener positivas consecuencias para la protección de los derechos y libertades. Como excelente muestra de ello se erige la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2011, caso *N.S. y otros* (C-411/10 y C-493/10), que complementa lo resuelto por el TEDH en su ya referida Sentencia de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*.

Por todo lo expuesto a lo largo de este trabajo no parece imprudente afirmar que el contexto actual es parcialmente disfuncional y a todas luces intrincado, y ello deriva en que la protección de los derechos y libertades en Europa resulte imperfecta. Esto no es óbice para remarcar, como en páginas previas se ha hecho, la laudable labor de ambos tribunales en la materia, especialmente durante las últimas décadas. Sin embargo, y a la espera del avance del proceso de renegociación del grupo 46+1, la adhesión de la UE al CEDH sigue pareciendo una tarea tan pendiente y complicada como útil y necesaria. Quizá sea esta la única vía para avenir, por fin, al TJUE y el TEDH.

VI. Bibliografía

ACOSTA ARCARAZO, D. y MURPHY, C. C. (2014). *Rethinking Europe's Freedom, Security and Justice*. En C. C. Murphy y D. Acosta Arcarazo (eds.), *EU Security and Justice Law: After Lisbon and Stockholm*. (pp. 1-16). Oxford: Hart Publishing.

ALONSO GARCÍA, R. (2016). *Análisis crítico del veto judicial de la UE al CEDH en el Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014*. En I. Ugartemendía Eceizabarrena y H. Labayle (dirs.), *La tutela judicial de los derechos fundamentales en el espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea*. (pp. 142-173). Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública.

ALONSO GARCÍA, R. (2020). *El control de convencionalidad: cinco interrogantes*. *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 119, pp. 13-51.

BUSTOS GISBERT, R. (2012). *Elementos constitucionales en la red global*. *Estudios de Deusto*, volumen 60/2, pp. 21-43.

CALLEWAERT, J. (2015). *Protocol No. 16 and EU Law*. En J. Casadevall et al. (eds.), *Essays in Honour of Dean Spielmann*. (pp. 57-63). Oisterwijk: Wolf Legal Publishers.

CONTE, A. (2012). *A Europe of Rights: History of the EU Charter*. Cardoc Journals, número 9, pp. 1-135.

DOMINICK, M. F. (1990). *Toward a Community Bill of Rights: The European Community Charter of Fundamental Social Rights*. Fordham International Law Journal, volume 14, número 3, pp. 639-668.

DOUGLAS-SCOTT, S. (2006). *Tale of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis*, volume 43, número 3, pp. 629-665.

EECKHOUT, P. (2015). *Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue. Autonomy or Autarky?* Jean Monnet Working Paper, The NYU Institutes on the Park, número 1/15, pp. 1-39.

FERNÁNDEZ TOMÁS, A. (1985). *La adhesión de las Comunidades Europeas al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos (CEDH): Un intento de solución al problema de la protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario*. Revista de Instituciones Europea, volumen 12, número 3, pp. 701-722.

FRESE, A. y OLSEN, H. P. (2019). *Spelling It Out—Convergence and Divergence in the Judicial Dialogue between CJEU and ECtHR*. Nordic Journal of International Law, volume 88, pp. 429-458.

GAJA, G. (1996). *Opinion 2/94: accession by the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and fundamental Freedoms*. Common Market Law Review, volume 33, número 5, pp. 973-989.

GARCÍA GUERRERO, J. L. (2020). *Constitucionalismo multinivel*. En B. Pendás (ed.), *Enciclopedia de las Ciencias Morales y Políticas para el siglo XXI. Volumen "Ciencias Políticas y Jurídicas"*. (pp. 629-631). Madrid: BOE y Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.

GARCÍA ROCA, J. (2019). *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Navarra: Civitas.

GREWE, C. (2014). *Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité : à la recherche d'une frontière introuvable*. *Revue Française de Droit Constitutionnel*, volumen 4, número 100, pp. 961-970.

HALBERSTAM, D. (2015). *It's the Autonomy, Stupid!' A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward*. *German Law Journal*, volumen 16, número 1, pp. 105-146.

HERMIDA DE LLANO, C. (2005). *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*. Barcelona: Anthropos.

KARGOPOULOS, A. I. (2015). *ECHR and the CJEU. Competing, overlapping, or Supplementary Competences?* *European Criminal Law and Human Rights*, volumen 3, pp. 96-100.

LABAYLE, H. (2014). *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*. Réseau Universitaire Européen. Accesible en <http://www.gdr-elsj.eu/es/2014/12/22/droits-fondamentaux-es/la-guerre-des-juges-naura-pas-lieu-tant-mieux-libres-propos-sur-lavis-213-de-la-cour-de-justice-relatif-a-ladhesion-de-lunion-a-la-cedh>.

ŁAZOWSKI, A. y WESSEL, R. A. (2015). *When Caveats Turn into Locks: Opinion 2/13 on Accession of the European Union to the ECHR*. *German Law Journal*, volume 16, número 1, pp. 179-212.

LÓPEZ BASAGUREN, A. (2022). *El derecho primario de la UE. La protección de los derechos fundamentales en la UE*. En A. López Castillo (dir.), *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, volumen II, 4ª edición. (pp. 19-81). Valencia: Tirant Lo Blanch.

MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J. (2016). *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 9ª edición, Madrid: Tecnos.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (2009). *The protection of Human Rights in the European Union*. En F. Gómez Isa y K. De Feyter (eds.), *International Human Rights Law in a Global Context*. (pp. 777-801). Bilbao: Universidad de Deusto.

- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (2015). *El TJUE pierde el rumbo en el Dictamen 2/13: ¿merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?* Revista de Derecho Comunitario Europeo, número 52, pp. 825-869.
- PERRAKIS, S. E. (1990). *Contribution au débat sur la protection communautaire des droits de l'homme : La Déclaration des Droits et Libertés Fondamentaux du Parlement Européen.* Revue du Marché Commun, número 338, pp. 467-474.
- PIZZOLO, C. (2010). *Derecho e Integración Regional: Comunidad Andina, Mercosur, SICA, Unión Europea.* Buenos Aires: Ediar.
- PIZZOLO, C. (2022). *El sistema europeo de protección multinivel de derechos humanos en su laberinto.* Córdoba: Editorial de la UNC.
- RUIZ RUIZ, J. J. (2018). *El refuerzo de diálogo entre tribunales y la triple prejudicialidad en la protección de los derechos fundamentales: en torno al Protocolo n.º 16 al CEDH.* Teoría y Realidad Constitucional, número 42, pp. 453-482.
- SANZ CABALLERO, S. (2004). *Interferencias en el Derecho Comunitario y el Convenio Europeo de Derechos Humanos: (Luxemburgo versus Estrasburgo, ¿quién es la última instancia de los derechos fundamentales en Europa?).* Revista de Derecho Comunitario Europeo, número 17, pp. 117-158.
- SCHUTTER, O. (2010). *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : feuille de route de la négociation.* Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme, número 83, pp. 533-571.
- SEVILLA DURO, M. Á. (2020). *El Protocolo núm. 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El diálogo entre tribunales para la configuración de un espacio europeo de derechos.* Anales de Derecho, número especial "El TEDH en sus sesenta aniversarios", pp. 1-26.
- URÍA GAVILÁN, E. (2018). *La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos.* Barcelona: Bosch Editor.