REDIBRIG

DOCUMENTO DE TRABAJO-WORKING PAPERS. NÚM. 2/2020.

La gobernanza y la tenue condicionalidad del CEDH en la Parte 3 del Tratado de Comercio y Cooperación UE-Reino Unido. La geometría variable reencontrada

Antonio Muñoz Aunión
Profesor de la Universidad de Cádiz
Antonio.muñoz@uca.es

Para citar: A. Muñoz Aunión, "La gobernanza y la tenue condicionalidad del CEDH en la Parte 3 del Tratado de Comercio y Cooperación UE-Reino Unido. La geometría variable reencontrada" *Documentos de Trabajo REDIBRIG*, 2, 2020, 1-8.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. GOBERNANZA: LA ESTRUCTURA INSTITUCIONAL DEL TCA Y LA FUNCIÓN DEL CONSEJO DE ASOCIACIÓN. III. UNA TENUE CONDICIONALIDAD DEL CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES EN LA PARTE 3 DEL TCA. IV. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

El reloj ha dejado de marcar las horas. A partir del 1 de enero de 2021, el *Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la UE y el Reino Unido* se aplica provisionalmente, anunciando una nueva era para las relaciones entre la UE y el Reino Unido. Además de las disposiciones ampliamente difundidas sobre aranceles, libre competencia y pesca, la Parte 3 del TCA contiene disposiciones cruciales sobre la cooperación en materia de aplicación de la ley y justicia penal, destinadas a mitigar el impacto de Brexit en la seguridad de los nacionales del Reino Unido y la UE. En particular, crea un mecanismo de entrega de extradición, que se ha descrito como "sin precedentes para un tercer país no perteneciente a Schengen" que con la excepción de sus disposiciones sobre gobernanza y derechos humanos es casi un retrato fiel del *Acuerdo de Entrega entre la UE y Noruega e Islandia*.[1]

No es ningún secreto que la gobernanza y los derechos humanos fueron obstáculos constantes para un acuerdo de cooperación en materia de aplicación de la ley y justicia penal. A continuación, esbozaré los compromisos que se alcanzaron en la Parte 3 del Acuerdo de entrega sobre los mecanismos de gobernanza y la condicionalidad del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y sus consecuencias para el nuevo mecanismo de entrega de nacionales.

II. GOBERNANZA: LA ESTRUCTURA INSTITUCIONAL DEL TCA Y LA FUNCIÓN DEL CONSEJO DE ASOCIACIÓN

a) *El Consejo de Asociación y el Comité Especializado de Cooperación Judicial*

El artículo INST.1 del TCA establece un Consejo de Asociación (CA), copresidido a nivel ministerial por un miembro de la Comisión Europea y un miembro del Gobierno del Reino Unido, con una reunión anual. El CA supervisa el logro de los objetivos del TCA, supervisando y facilitando su interpretación y aplicación. Tanto el Reino Unido como la UE pueden referirse al CA "cualquier" cuestión relacionada con la implementación, aplicación e interpretación del TCA. Además, éste tiene la facultad de tomar decisiones vinculantes cuando así lo disponga el Tratado, así como recomendaciones no vinculantes y enmiendas al propio texto. El artículo INST.2(1)(r) establece un Comité Especializado de Cooperación Judicial (*Comité Especializado*) para 'abordar los asuntos' cubiertos por la Parte 3 del TCA.

b) *Principios de interpretación en el TCA: La influencia del Derecho Internacional Público*

No existe un papel para la Corte de Justicia de Luxemburgo en la estructura institucional del TCA, y se ha argumentado que el TCA no es una ley de la UE. El artículo COMPROV.13 del Tratado establece que debe interpretarse de conformidad con las normas consuetudinarias del Derecho Internacional Público, como las codificadas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Dos artículos reveladores, cada uno de los cuales comienza con las palabras "para mayor certeza", dejan claro que el TCA no crea una obligación de interpretar sus disposiciones de conformidad con la legislación del Reino Unido o la legislación de la UE (Artículo COMPROV.13(2)), y una interpretación del TCA dada por un tribunal del Reino Unido o la CJUE no será vinculante para ninguno de ellos (Artículo COMPROV. 13(3)).

Esto contrasta con el artículo COMPROV.14 del proyecto original de Tratado de la UE, que disponía que los conceptos de la legislación de la UE se interpretaran de conformidad con la jurisprudencia de la CJUE. Aunque el hecho de que esta cláusula no haya entrado en el

texto final puede atribuirse a la "línea roja" que el Reino Unido trazó para la CJUE, la autonomía del ordenamiento jurídico de la UE también está celosamente guardada, como lo demuestra la Opinión 2/13.[2] Cabe señalar que el artículo COMPROV.15 sobre la consideración de la jurisprudencia de la OMC tampoco se incluyó en el TCA.

III. UNA TENUE CONDICIONALIDAD DEL CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES EN LA PARTE 3 DEL TCA

a) Los contrastes entre el Acuerdo de Entrega entre la UE y Noruega e Islandia y la Parte 3 del TCA

Aunque la Parte 3 del TCA refleja muchas de las disposiciones del Acuerdo UE-Noruega e Islandia, la gobernanza y los derechos humanos son excepciones notables.

En primer lugar, el artículo 37 del Acuerdo de entrega entre la UE y Noruega e Islandia establece que la CJUE y los tribunales competentes de Noruega e Islandia "examinarán constantemente" la evolución de la jurisprudencia de cada uno en relación con el Acuerdo de entrega e "instrumentos de entrega similares". El propósito declarado del Artículo 37 es "lograr el objetivo de llegar a una aplicación e interpretación lo más uniforme posible". En el TCA, el equivalente más cercano al Artículo 37 es el papel del CA en caso de terminación o suspensión de la Parte 3 del TCA.

Aunque la omisión de un equivalente para el Artículo 37 en el TCA puede explicarse de nuevo por la "línea roja" marcada por el Reino Unido a la operatividad de la CJUE, podría haber sido razonable incluir tal disposición en el TCA. La "revisión constante" no habría hecho que la jurisprudencia de la CJUE fuera vinculante para los tribunale del Reino Unido, y viceversa. El resultado es una posible laguna en cuanto a la interpretación uniforme, que a la vista del TCA sólo puede ser considerada *in extremis* por el CA en situaciones que vienen caracterizadas por la urgencia.

En segundo lugar, el Acuerdo de entrega entre la UE y Noruega e Islandia no vincula su mecanismo de terminación a la adhesión conti-

nua al CEDH. El artículo 1 establece que el Acuerdo de entrega "no tendrá por efecto modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el [Convenio Europeo de Derechos Humanos]". Si bien, en mi opinión, el TCA es débil en materia de gobernanza en comparación con el Acuerdo de Entrega, el contrapunto es que los beneficios de la cooperación en virtud de la Parte 3 de la TCA se basan tenuemente en la adhesión continua al CEDH tanto por parte del Reino Unido como de la UE.

b) La tenue condicionalidad del CEDH en la Parte 3 del TCA

Junto con la gobernanza, la Unión Europea fue especialmente consciente durante las negociaciones en garantizar la adhesión continua del Reino Unido al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) como condición para una estrecha cooperación en materia de aplicación de la ley y justicia penal.

El artículo LAW.OTHER.136 del proyecto original de Tratado de la UE condicionaba la cooperación en materia de aplicación de la ley y justicia penal a que el Reino Unido siguiera adhiriéndose al CEDH, así como a que se siguiera aplicando en el plano nacional, es decir, mediante la Ley de derechos humanos de 1998.[3] En el texto original, la "denuncia" del CEDH por el Reino Unido habría dado lugar a la inaplicación de las disposiciones de cooperación. La "ampliación de la legislación nacional que da efecto al [Convenio]" (Ley de derechos humanos de 1998) o las "enmiendas [...] que reducen la medida en que los particulares pueden recurrir a ellas ante los tribunales nacionales del [Reino Unido]" habrían conducido a su vez a la suspensión de las disposiciones de cooperación.

La Parte 3 de la Ley de Prevención del Terrorismo revela un enfoque más matizado para garantizar el cumplimiento del CEDH por parte del Reino Unido. Un nuevo artículo LAW.GEN. 3 establece que la cooperación en la Parte 3 de la Ley de Prevención del Terrorismo se "basa en" el respeto de larga tradición del Reino Unido y la Unión Europea a la democracia, el estado de derecho y la protección de los derechos y libertades fundamentales de las personas, incluidos [...] como se establece en el [Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales]" y "la importancia de dar

efecto al [Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales] a nivel nacional". A primera vista, esto parece un debilitamiento del proyecto original; sin embargo, también debe leerse con las disposiciones a medida de la Parte 3 del TCA.

El artículo LAW.OTHER.136 se refiere a la terminación de la Parte 3 del TCA "por el hecho de que el Reino Unido o un Estado Miembro haya denunciado el CEDH]". Esta es la única referencia en el TCA a la denuncia del CEDH. Curiosamente, la referencia a la denuncia de un Estado miembro de la UE no aparecía en el proyecto original. El mecanismo de suspensión (Art LAW.OTHER.137) se activa por "deficiencias graves y sistémicas" dentro del Reino Unido o la UE en relación con la protección de los derechos fundamentales o el estado de derecho, en contraposición a la "derogación" de la Ley de Derechos Humanos de 1998.

La fórmula "deficiencias graves y sistémicas" parece ser un resabio del fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Asunto Bosphorus, en el que la Gran Sala declaró que una protección "manifiestamente deficiente" de los derechos del CEDH podría refutar la presunción de que un Estado no se ha apartado de los requisitos del CEDH al cumplir las obligaciones derivadas de la pertenencia a una organización internacional (en Bosphorus, la UE).[4] En el caso de que la protección de los derechos del CEDH se considere "manifiestamente deficiente", la Gran Cámara reiteró que "el interés de la cooperación internacional se verá superado por la función [del CEDH] como "instrumento constitucional de orden público europeo" en el ámbito de los derechos humanos". (párr. 156). A la luz de la Parte 3 del TCA, este fallo proporciona un contexto más amplio a la condicionalidad del CEDH con respecto al Reino Unido, al tiempo que destaca las tensiones arraigadas en la Opinión 2/13, y el deseo de la UE de la autonomía de su ordenamiento jurídico con respecto al CEDH.

La terminación o suspensión de la Parte 3 de la TCA se efectúa mediante "notificación escrita por vía diplomática", tras lo cual el CA se ocupará "inmediatamente" del asunto. El CA tiene la obligación de explorar las formas de aplazar la entrada en vigor, la reducción del alcance o la retirada, la terminación o la suspensión de la Parte 3 de la TCA. Además, el CA puede acordar "interpretaciones conjuntas" de la

Parte 3 del TCA. También podrá recomendar "medidas apropiadas" o adoptar "adaptaciones apropiadas" para "abordar las razones que subyacen a la suspensión".

Queda por ver cómo el CA podría realizar las funciones interpretativas que normalmente se esperan de un órgano judicial cuando los derechos fundamentales están en juego. Por ejemplo, el CJUE en el PPU (C-216/18 PPU) definió el principio de confianza mutua, en el que se basa la cooperación en materia de justicia penal de la UE.[5] Sin un concepto de confianza mutua en la Parte 3 del TCA, el papel del CEDH como "instrumento constitucional del orden público europeo" es fundamental para la aplicación de la ley y la cooperación judicial entre el Reino Unido y la UE. Sería irónico que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos encontrara un día que el Reino Unido o la UE incumplieran el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales con respecto a un mecanismo destinado a mantener la autonomía de los ordenamientos jurídicos del Reino Unido y de la UE.

El fundamento de la condicionalidad del CEDH en las negociaciones que dieron lugar a la Parte 3 del TCA fue la cuestión de si el Reino Unido incumpliría sus obligaciones en materia de CEDH en la Ley de Derechos Humanos de 1998. Este no es un planteamiento teórico. En diciembre de 2020, el Gobierno del Reino Unido inició un examen independiente de la Ley de Derechos Humanos de 1998, y sigue presente el compromiso del manifiesto del Partido Conservador de 2015 de abolir la Ley de Derechos Humanos de 1998 y sustituirla por una "Declaración de Derechos Británica".[6] Además, el proyecto de ley de operaciones en el extranjero (personal de servicio y veteranos) crearía (si se promulga) la obligación de que el Secretario de Estado considere la posibilidad de derogar el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales con respecto a las operaciones militares en el extranjero. Un informe del Comité Mixto de Derechos Humanos del Parlamento del Reino Unido [7]critica esta propuesta.

Por supuesto, la propia UE no se ha adherido al CEDH. Uno podría sentirse tentado a sugerir que la UE practique lo que predica y concluya las negociaciones de adhesión.[8] La Decisión Marco relativa a la orden de detención europea,[9] sobre la que se basa el Acuerdo de

entrega, no hace referencia al CEDH por su nombre. Paradójicamente, como Estado miembro, el Reino Unido incorporó las salvaguardias del CEDH en el artículo 21 de la Ley de extradición de 2003 por la que se aplica la Decisión marco sobre la orden de detención europea. La Ley 69/2005, por la que se aplica la Ley de extradición de 2003 en el derecho italiano, también añadió salvaguardias del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en su artículo 2.

Aunque la Parte 3 de la Ley de extradición nunca podrá ser la misma que la cooperación en materia de justicia penal que ofrece la pertenencia a la Unión Europea, el mecanismo de entrega es un ejemplo de los compromisos alcanzados en materia de gobernanza y derechos humanos para lograr la cooperación más estrecha posible. En lugar de la confianza mutua, el papel del CEDH se convierte en la piedra angular de la cooperación en materia de justicia penal entre el Reino Unido y la UE. Con la Ley de Derechos Humanos de 1998 incrustada en el orden constitucional del Reino Unido, pero precariamente sujeta a revisión, y la UE negociando la adhesión al CEDH, la Parte 3 de la Ley de Prevención del Terrorismo podría ser el nudo gordiano de una nueva era de derechos humanos en Europa.

IV. CONCLUSIÓN

En el espíritu del Acuerdo de Entrega de la UE negociado con Noruega e Islandia, miembros de Schengen, el mecanismo de entrega de la Parte 3 del TCA representa un nivel de cooperación sin precedentes para un tercer país no perteneciente a Schengen, pero crea lo que sostengo es un mecanismo de gobernanza débil, nacido de un deseo evidente de eliminar cualquier papel de la CJUE. El Consejo de Asociación es claramente el resultado de un compromiso, pero queda por ver cómo un foro diplomático, y de limitada transparencia, asumirá las funciones interpretativas que se esperan de un órgano judicial en la esfera de la cooperación en materia de justicia penal y derechos fundamentales. La Parte 3 de la TCA crea un mecanismo de lo que yo sostengo es una condicionalidad tenue del CEDH. Aunque esto va más allá del Acuerdo de entrega entre la UE y Noruega e Islandia, la condicionalidad del CEDH se ha suavizado desde el proyecto de tratado de la UE y podría decirse que sólo es tan buena como el débil mecanismo de gobernanza establecido para hacerla cumplir.

Si bien los respectivos enfoques de los tribunales del Reino Unido, el CJEU y los tribunales de los Estados miembros de la UE revelarán en la práctica cualquier laguna en el funcionamiento del mecanismo de entrega, será interesante ver qué función desempeñarán el Consejo de Asociación y el Comité Especializado en esta nueva era de cooperación en materia penal entre el Reino Unido y la UE.

---

[1] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A22006A1021%2801%29.

[2] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62013CV0002.

[3] https://roderic.uv.es/handle/10550/52735.

[4] file:///C:/Users/usuario/AppData/Local/Temp/53507-Texto%20del%20art%C3%ADculo-101590-1-10-20160920.pdf.

[5] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62018CA0216&from=ES.

[6] https://en.wikipedia.org/wiki/Proposed_British_Bill_of_Rights.

[7] https://committees.parliament.uk/committee/93/human-rights-joint-committee/role/.

[8] http://revistas.uned.es/index.php/REDUE/article/view/21545.

[9] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32002F0584