

# **CONSEJO DE EUROPA Y UNION EUROPEA: ¿COMPLEMENTARIEDAD O SUPERPOSICIÓN?. LAS NECESIDADES QUE DERIVAN DE LA CONSOLIDACIÓN DE UN DERECHO PÚBLICO EUROPEO.**

**Susana Galera Rodrigo**

**Prof. Titular Derecho Administrativo**

**Universidad Rey Juan Carlos**

RESUMEN: esta comunicación analiza el distinto posicionamiento institucional del Consejo de Europa y de la Unión Europea respecto de elementos esenciales de la tradición del Estado de Derecho. Se trae a colación, en particular, las respuestas institucionales a recientes acontecimientos relacionados con la lucha (global) antiterrorista. Finalmente, se hace una reflexión sobre la eventual complementariedad o superposición de ambas organizaciones a la vista de los requerimientos del Derecho Público Europeo.

## **1. INTRODUCCIÓN.**

Esta comunicación parte de la enorme complejidad del actual sistema jurídico europeo, entendido como el resultado de la interrelación permanente de ordenamientos jurídicos, nacionales, supranacionales e internacionales. Estas relaciones están ordenadas por un conjunto de reglas sofisticadas que buscan el acoplamiento de los distintos subsistemas en un sistema único que ha de desenvolverse evitando conflictos y contradicciones.

Por una parte, y desde la perspectiva de un Derecho Público Europeo, es posible identificar una primera realidad, conformada por los ordenamientos nacionales que conocen un alto grado de convergencia en su arquitectura institucional básica, armonización en gran parte debida a la actividad desarrollada en materia de democracia y derechos humanos por el Consejo de Europa desde 1950 en aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

Por otra parte, aunque después, el Derecho Público Europeo conoce otro fabuloso factor de armonización, constituido por el conjunto de normas materiales elaboradas por la hoy Unión Europea. Esta normativa, inicialmente de mera regulación económica, ha ido incorporando progresivamente los principios y valores vigentes en los modelos nacionales de rule of law o

preeminencia del Derecho<sup>1</sup>. Un paso sustancial en esta evolución ha sido la asunción por la Unión Europea de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Desde luego, una de las reglas esenciales en este marco es la “primacía del Derecho comunitario”, y sus derivaciones. Sin embargo, no resulta superfluo señalar que se trata de una regla esencial que rige y explica sólo parte de estas relaciones interordinamentales, en absoluto una regla que rige el entero sistema.

Las relaciones entre estas dos importantes organizaciones regionales, Consejo de Europa y Unión Europea, han estado siempre impregnadas, además de una exquisita cortesía, de un velo que desdibuja sus perfiles. A diferencia de la posición de puro acatamiento de los criterios del TEDH por parte de las más altas jurisdicciones nacionales, el Tribunal de la Unión Europea ha venido declarando el respeto a sus criterios o inspirándose en los mismos, aunque raramente aplicándolos de forma automática. Hubo una época en la que el TEDH resolvió procedimientos contra Estados miembros a los que, por causa de la aplicación de alguna norma de Derecho comunitario, se le imputaban incumplimientos del CEDH; de esta forma indirecta, se verificó una suerte de control indirecto de las normas comunitarias a los estándares consolidados en el Consejo de Europa<sup>2</sup>. Después, la Sentencia Bosphorus parece que abrió una tregua –no definitiva- a esta incómoda situación, una vez aprobada la flamante Carta de Derechos Fundamentales en el ámbito comunitario<sup>3</sup>. Recientemente sin embargo, y debido a los acontecimientos derivados del 11 de septiembre, que pusieron en marcha una serie de acciones antiterroristas que alcanzaron suelo europeo, el posicionamiento institucional en el marco del Consejo de Europa y de la Unión Europea ha sido muy diferente, pareciendo pues que la tregua representada por la Sentencia Bosphorus esté al menos en suspenso.

En esta comunicación quiero presentar un análisis de contraste sobre cómo los elementos esenciales de esos acontecimientos recientes son tratados en ambos marcos institucionales, lo que de alguna forma da continuidad a investigaciones previas que se han desenvuelto en este doble marco. Pretendo argumentar que, de nuevo, cuando de elementos esenciales del Estado de Derecho en Europa se trata, las soluciones en uno y otro ámbito no son equiparables, encontrándose en el

---

<sup>1</sup> Sigo el criterio establecido en la Resolución 1594(2007) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (PACE) sobre el Principio del Rule of Law, que considera “rule of law” y “preeminencia del Derecho” conceptos legales sinónimos.

<sup>2</sup> Alston, P., Bustelo M., Heeman J. (eds.), *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, 1999.

<sup>3</sup> Antón Guardiola, C., “STEDH 30.06.2005, Bosphorus Airways, 45036/98. Derecho Comunitario y Convención Europea de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 28, 2007.

Consejo de Europa (en lo sucesivo C°Eur) un posicionamiento más conforme con los requerimientos de la tradición jurídica europea.

## **2. RULE OF LAW O PREEMINENCIA DEL DERECHO. EL CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS DE PODER.**

### **2.1 El sistema del Consejo de Europa**

La sujeción de la actividad pública al control judicial es, en el marco del C°Eur., tanto un requisito derivado del principio de rule of law o preeminencia del Derecho como una consecuencia del derecho a un juicio justo garantizado por el CEDH. Aunque este texto no contiene ninguna declaración expresa relativa a la general sumisión de los poderes públicos al Derecho, el Tribunal de Estrasburgo ha referido reiteradamente la tradición del rule of law como principio subyacente al aplicar el artículo 6 del CEDH, que reconoce el derecho a un juicio justo. Ya en 1975 declaró “con referencia a los principios de rule of law y de interdicción de la arbitrariedad como principios subyacentes en la Convención (que) el derecho de acceso a un tribunal constituye un aspecto inherente al derecho garantizado en el artículo 6”<sup>4</sup>

En los sistemas nacionales, la sumisión de los poderes públicos al ordenamiento jurídico es comúnmente un requisito constitucional. El sistema del C°Eur. llega a resultados similares aunque partiendo de diferentes premisas: aquí, el factor determinante es la eventual lesión de un derecho garantizado por la Convención, cualquiera que sea la actividad que la provoca. De forma que, por la vía de la protección del derecho a un juicio justo tutelado por el artículo 6, el TEDH ha ido fiscalizando un amplio rango de actividades públicas estatales, legislativas, ejecutivas e incluso judiciales.

Aun cuando el derecho a un juicio justo garantizado por el artículo 6 está referido a “derechos y obligaciones de carácter civil”, así como a cargos criminales, la particular interpretación de los términos del convenio por el TEDH ha determinado que numerosas relaciones entre individuos y sus autoridades públicas se hayan considerado de “naturaleza civil”<sup>5</sup> y hayan entrado en el ámbito

---

<sup>4</sup> TEDH 21.2.1975, *Golder c. U.K.*, párrafos 28 y 36.

<sup>5</sup> En estos ámbitos, el Tribunal ha aplicado su conocida teoría de los “conceptos autónomos”, considerando como tal el término “civil”, interpretándolo y dotándolo de un contenido conforme con los objetivos y propósitos de la Convención, que puede o no ser coincidente con el que presenta en Derecho nacional, al que no está vinculado. Sobre el particular vid. Sudre, “Le recours aux notions autonomes”, dans *L'interprétation de la convention européenne des droits de l'homme*, Brussels, Bruylant, 1998.

de aplicación de dicho precepto. TEDH ha considerado, en atención a su “naturaleza civil” cubiertos por el ámbito de aplicación del artículo 6<sup>6</sup>:

- a/ procedimientos relacionados con expropiaciones, decisiones de planeamiento, licencias de construcción y, en general, decisiones que interfieren en el uso o disfrute del derecho de propiedad;
- b/ procedimientos relacionados con permisos, licencias u otros actos de la autoridad pública que constituyen una condición de legalidad para una relación jurídica entre personas privadas;
- c/ procedimientos relacionados con subvenciones, licencias preceptivas para el ejercicio de determinadas actividades económicas;
- d/ procedimientos relacionados con la cancelación o suspensión del derecho de práctica profesional determinadas por la autoridad pública;
- e/ procedimientos de daños;
- f/ procedimientos relacionados con la obligación de pago a un sistema de seguridad social.

Desde otra perspectiva, el “acceso a la jurisdicción”, como parte del derecho a un juicio justo reconocido en el artículo 6 se protege con particular intensidad en este marco. El artículo 34 de la convención refiere las demandas presentadas ante el TEDH por “cualquier persona, organización no gubernamental o grupo de individuos” que se consideren “víctimas” de una violación de los derechos garantizados por la Convención. El término “víctima” ha sido interpretado por el Tribunal de forma que ha de presentarse un vínculo directo entre el demandante y el daño que se imputa a la presunta violación<sup>7</sup>. A mayor abundamiento, la Recomendación (2004)20 PACE establece que la revisión judicial de actos administrativos debe estar disponible al menos para personas naturales y jurídicas “directamente afectados en sus derechos o intereses” por dichos actos<sup>8</sup>

Por otra parte, y no obstante su naturaleza no vinculante, resulta oportuno recordar un conjunto de actos adoptados por el Consejo de Ministros del C<sup>o</sup>Eur. que puede considerarse que constituyen un standard de los elementos esenciales del Derecho Administrativo en Europa. Entre ellas procede mencionar las relativas a<sup>9</sup>:

---

<sup>6</sup> Sigo el resumen que se encuentra en la opinión disidente del Juez Lorenzen, compartido por otros, en el caso Ferrazzini c. Italia (STEDH 12.7.2001). En él se establece que no existe un único criterio para determinar lo que es “civil” pero que es posible aislar elementos que lo identifican derivados de una abundante y constante jurisprudencia.

<sup>7</sup> Sobre el acceso y la condición de víctima, vid. STEDH 9.10.1979, Airey c. Irlanda, y de 27.4.2004, Gorraiz Lizarraga y otros c. España.

<sup>8</sup> Principio B, párrafo 2a.

<sup>9</sup> Cada una de las relacionadas están contenidas en los siguientes actos de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa: Resolución (77)31; Recomendación (80)2; Recomendación (81)7; Recomendación (2004)20; Recomendación (2007)7.

- Protección del individuo en relación con los actos de las autoridades administrativas, en la que el derecho de audiencia, el acceso a la información, la motivación de decisiones y la indicación de las vías de recurso procedentes están específicamente previstas;
- Ejercicio de poderes discrecionales por las autoridades administrativas, estableciendo los objetivos básicos que justifican tales poderes, el esquema procedimental básico para el ejercicio de dichos poderes y los controles de legalidad;
- Medidas facilitadoras del acceso a la justicias, donde se detalla el tipo de información general que debe proporcionarse al público, las medidas de simplificación y algunos requisitos respecto a las costes judiciales;
- Revisión judicial de actos administrativos, donde se definen ambos conceptos y las condiciones de legitimación, con referencia tanto a individuos como a asociaciones, entre otros aspectos;
- Buena Administración, adoptado un Código que incluye tres categorías de previsiones: principios de buena administración, reglas relativas a las resoluciones administrativas y reglas básicas relativas a las apelaciones, además de definir el concepto de “autoridad administrativa” a la que el Código resulta aplicable.

En consecuencia, y dada la dificultad de identificar y fijar un conjunto de principios comunes de Derecho Administrativo<sup>10</sup>, no habría que ir muy lejos para interpretar que las crecientes referencias del Derecho de la Unión Europea a los “principios procedimentales generalmente reconocidos por los Estados miembros” estén referidas a este tipo de codificación<sup>11</sup>. Y es que, al tiempo de resolver contenciosos específicos, los órganos del Consejo de Europea han subrayado los elementos esenciales de la tradición del rule of law en Europa, estableciendo una amplia lista de garantías para los individuos afectados por las actividades de la Administración Pública, señalándole a esta última sus correspondientes límites. Entiendo que, sin considerar precedentes históricos, este *corpus iuris* constituye la primera y más esencial elaboración del *Derecho Público Europeo* que se ha desarrollado después de forma trepidante por la Unión Europea.

## **2.2 El sistema de la UE: un completo sistema de vías de recurso.**

Son bien conocidas las sucesivas declaraciones del Tribunal de Justicia en las que subraya el respeto a la preeminencia del Derecho por parte del sistema institucional europeo, declaraciones que finalmente tuvieron reflejo expreso en los Tratados. Una versión reciente de este principio puede

<sup>10</sup> M. Chiti, “Forms of European administrative action”, Law and Contemporary Problems, Vol. 68, 2004, pág. 42

<sup>11</sup> E. Chiti, “Administrative proceedings involving European Agencies”, Law and Contemporary Problems, Vol. 68, 2004, pág. 227

encontrarse en la Sentencia de 3 de Septiembre de 2008<sup>12</sup> en la que el Tribunal declaraba que “La Comunidad está basada en el rule of law, en tanto ni los Estados miembros ni sus instituciones pueden eludir la revisión de la conformidad de sus actos con el orden constitucional básico, el Tratado CE, que establece un *completo sistema de remedios legales y de recursos* que permiten al Tribunal de Justicia el control de legalidad de los actos de las instituciones”. Este completo sistema de remedios legales y recursos se aplica por el Tribunal de Justicia en ejercicio de su función jurisdiccional resolviendo las acciones directas e indirectas planteadas ante él<sup>13</sup>.

El sistema jurisdiccional de la UE ha venido siendo objeto de análisis que han señalado sus eventuales insuficiencias, especialmente las que se refieren al (restringido) acceso de los ciudadanos al Tribunal y a algunas exenciones materiales específicas<sup>14</sup>. Este análisis fue objeto de un grupo de trabajo específico en el marco de la Convención que elaboró un proyecto de Tratado constitucional, y en el que se vertieron las más completas consideraciones sobre el tema<sup>15</sup>. El Tratado de Lisboa ha mejorado esta situación en algunos aspectos: entre los más importantes, ha sujetado a este “completo sistema de recursos legales” las actividades relacionadas con la “Cooperación Policial y Judicial en materia Penal”, hasta ahora exenta y que será efectiva a partir del 2014. Asimismo, ha previsto la eventual extensión del recurso de anulación a los actos de las agencias y otros organismos de la Unión.

Sin embargo, es aún necesario seguir señalando algunas debilidades del sistema judicial en la medida en que no han sido remediadas todavía en el sentido que venían reclamando autorizadas voces. En primer lugar, la más difundida de estas debilidades es el restrictivo *acceso directo de los ciudadanos* a la jurisdicción comunitaria, a quien se impone unas condiciones procesales (“afectación directa e individual”) de acceso que lo hacen prácticamente impracticable más allá de unos pocos limitados casos. En el marco de la Convención, se señaló reiterada y contundentemente la necesidad de reparar esta situación. Sin embargo, ni el fallido Tratado constitucional ni el

---

<sup>12</sup> Asuntos C-402/05 y C-415/05 P, Al Barakaat y otros.

<sup>13</sup> Como es bien sabido, las acciones directas más importantes son el Recurso de anulación (artículo 230) en relación con la legalidad de las acciones normativas adoptadas por las instituciones; la acción de incumplimiento (artículo 227) contra los Estados miembros; la acción por omisión (artículo 232) y la acción de responsabilidad (artículo 288), ambas contra las instituciones. Por lo que hace a las acciones indirectas, elemento esencial en el funcionamiento del sistema judicial europeo, están constituidas fundamentalmente por las cuestiones prejudiciales (artículo 234) que, bien en interpretación, bien en apreciación de validez, le plantean los tribunales nacionales que están aplicando una norma comunitaria.

<sup>14</sup> Véase, entre los trabajos más recientes F. Francioni (ed.), *Access to justice as a human right*, Oxford University Press, 2007, y en particular el trabajo en este volumen de E. Storskrubb and J. Ziller, “Access to justice in European comparative law”.

<sup>15</sup> Trabajos aun disponibles en la web de la Convención

posterior Tratado de Lisboa modificaron sustancialmente esta situación; aparte las limitadas modificaciones en el Recurso de Anulación, el sistema tradicional “se confirma”, declarándose expresamente que el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 47 de la Carta no tiene “por objeto modificar el sistema de control jurisdiccional establecido en los Tratados ni, en particular, las normas relativas a la admisibilidad de los recursos interpuestos directamente ante el Tribunal de Justicia de la UE”<sup>16</sup>

Otra manifestación menos conocida de este déficit es la imposibilidad de reaccionar ante el Tribunal por parte de ciudadanos frente a incumplimientos del Derecho comunitario imputable a los Estados, acción de incumplimiento reservada a la Comisión y a los Estados. La versión oficial sobre la eventual compensación de este déficit de acceso directo al Tribunal con el acceso a los Tribunales nacionales al efecto de poder plantear una cuestión prejudicial no parece aceptable: sin entrar en mayores análisis, son bien conocidas las mayores facultades procesales que comporta para el ciudadano su posición en un recurso directo en relación con las que le corresponde en el marco de una acción indirecta, intermediada por un órgano jurisdiccional.

La segunda debilidad, en la que personalmente vengo insistiendo desde hace tiempo, es la situación de indefensión que potencialmente se deriva de las denominadas *actividades administrativas transnacionales*: esto es, procedimientos administrativos de regulación comunitaria que se desarrollan en el territorio de varios estados miembros, normalmente con intervención de la Comisión. A las dificultades de acceso a la jurisdicción comunitaria hay aquí que añadir la consideración de multitud de actos de instrucción, que ni siquiera han de notificarse a los interesados en el procedimiento (aunque sí, habitualmente, a las autoridades nacionales), por lo que reaccionar frente a ellos, y ante una autoridad extranjera, es simplemente impracticable aun cuando como es frecuente predeterminen el contenido de la decisión final.

La tercera debilidad apunta a la posibilidad de reaccionar frente a actos de la cada vez más numerosa *Administración instrumental comunitaria*, cuyo particularismo jurídico abarca también las eventuales vías de recurso que se puedan, o no, interponer frente a sus actos, llegándose a distinguir hasta tres grupos de posibilidades de recurrir sus actos en función de sus normas

---

<sup>16</sup> Praesidium de la Convención, Explicación relativa al artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE”. Procede recordar que esta “explicación”, y sus actualizaciones por el Praesidium, condicionan la interpretación de los derechos, al establecerse así en el Preámbulo de la Convención.

constitutivas<sup>17</sup>. El Tratado de Lisboa ha considerado la cuestión, a mi juicio insuficientemente: aunque el artículo 263 TFUE extiende la acción de anulación a los actos de las “entidades, órganos y agencias de la Unión dirigidos a producir efectos jurídicos frente a terceros”, esta legitimación general está condicionada a las “Condiciones y disposiciones” específicas que se establezcan en el acto constitutivo de estas entidades. De esta forma, no sólo se mantiene el particularismo jurídico respecto a un aspecto esencial como es el derecho a defenderse frente a los actos de estas entidades, sino que, además, se habilita al Derecho derivado para la regulación última de las condiciones en que dicha legitimación debe ser ejercida.

### **3. EN PARTICULAR, LOS “ACTOS POLÍTICOS”: LA REPARACION DE UN DEBATE NUNCA CERRADO DEL TODO.**

El control judicial de los actos del Gobierno ha sido objeto de una abundante doctrina en el marco del Estado de Derecho que ha ido buscando el equilibrio de dos de sus principios esenciales: el sometimiento de los poderes públicos a la legalidad, controlado jurisdiccionalmente, por una parte, y el funcionamiento de los tres poderes del Estado en sus respectivos ámbitos sin otras interferencias y solapamientos que las relaciones de cooperación constitucionalmente previstas, por otra parte. El control judicial del Gobierno ha sido siempre una cuestión llena de sutilezas, que ha debido mantener alejada una doble amenaza: por una parte, el gobierno de los jueces, proscrito por la atribución constitucional al Gobierno de la función política y, por otra parte y en el otro extremo, la amenaza de una exención generalizada de todo control judicial, de la actividad del ejecutivo.

Sobre el particular, resulta en extremo interesante y significativo el debate mantenido en España durante los años en los que se renovó nuestro ordenamiento jurídico para adecuarlo a la Constitución de 1978. Un debate doctrinal sobre la eventual subsistencia de los actos políticos del Gobierno como categoría compatible con el nuevo marco constitucional, que tuvo también reflejo en la jurisprudencia elaborada al socaire de los supuestos planteados ya en la época postconstitucional. Esta doctrina acabó llevándose, como es bien sabido, al artículo 2, apartado a/ de la Ley 26/1998 en la que, reconociendo implícitamente la subsistencia de la categoría de actos

---

<sup>17</sup> E. Nieto, I. Martín, *European Administrative Law in the Constitutional Treaty*, Hart Publishing, Oxford 2007, págs. 122 y ss.



políticos del Gobierno, se establecen con claridad los supuestos en los que dichos actos están sujetos al control jurisdiccional.

Recientemente, parece haber un resurgimiento de esta doctrina, o al menos de la aplicación de esta doctrina, a la vista de los fallos judiciales que se están sucediendo, y de forma coincidente, en varios países de nuestro entorno. Y es que los ámbitos en los que, prototípicamente, se desenvuelven las actuaciones políticas gubernamentales, el de las relaciones internacionales y la seguridad, viene presentando una creciente intensidad en un entorno también crecientemente interdependiente o, si se prefiere, globalizado. El final de siglo se ha desarrollado en una atmósfera de conflictos en la que se han multiplicado las decisiones gubernamentales pertinentes y, correlativamente, la incidencia de estas actuaciones políticas en la esfera jurídica de los ciudadanos. En consecuencia, la demanda de tutela judicial de los ciudadanos frente a esas actuaciones ha rescatado el debate de los límites del control judicial de actuaciones gubernamentales esencialmente políticas en cuanto inciden en su esfera jurídica.

En los países de nuestro entorno, o de cultura jurídica similar, se multiplican los supuestos en los que los jueces se ven abocados a replantearse las viejas doctrinas en un entorno que ha cambiado espectacularmente. A título de ejemplo se pueden citar las siguientes resoluciones:

- Corte Civil de Apelación del Reino Unido de 10 de febrero de 2010, relacionada con la desclasificación de documentos solicitados en el marco de un proceso judicial, a la que se oponía el Ministerio de Exteriores, y que finalmente acuerda –decisión que trae causa en una reclamación de daños derivados de detención ilegal y torturas;
- Decisión del Tribunal de Casación italiano de 8 de febrero de 2002, que declaraba a los tribunales internos incompetentes (con referencia a los “actos de guerra” y a la “función política” del gobierno) para examinar la demanda de indemnización presentada por ellos como consecuencia de un ataque aéreo de las fuerzas de la OTAN en el que el gobierno italiano tuvo una participación determinante – decisión que se encadena a una demanda inicial de daños y perjuicios en aplicación del Código civil italiano;
- Decisión de la Corte de Apelación de Estados Unidos (novena) de 21 de abril de 2009, que se pronuncia sobre el control judicial de actividades calificadas como “secretos de Estado” y relacionadas con la seguridad nacional en el marco de una demanda de daños derivados de torturas y otros tratos crueles y degradantes; la demanda se deduce frente a una compañía privada que proporcionó los servicios logísticos a la agencia gubernamental.

En España, recientemente se han resuelto algunos casos en los que ha aflorado esta doctrina. Así, por ejemplo, en relación con un Acuerdo de Consejo de Ministros denegando la solicitud de extradición en un procedimiento iniciado por la Audiencia Nacional, el Tribunal Supremo<sup>18</sup> declara el deber de cursar la solicitud; en el mismo sentido, y en el marco de la misma doctrina, el alto tribunal declara la improcedencia de la inadmisión a trámite de una solicitud de asilo decidida por resolución del Ministerio del Interior<sup>19</sup>; asimismo, el Tribunal se pronuncia sobre el traslado de sede desde Madrid a Barcelona de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, enmarcando la cuestión en el ejercicio de la potestad organizatoria aunque en los votos particulares se subraya el ejercicio de la función política subyacente<sup>20</sup>. Resulta especialmente didáctica la Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de julio de 2007 en la que se hace un resumen de la evolución de la doctrina de acto político establecida tanto por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, subyaciendo una pretensión de responsabilidad patrimonial derivada de un acuerdo de pesca (“Acuerdo de Arcachon”) celebrado entre los Ministros de Agricultura francés y español.

### **3.1 La cuestión en el Consejo de Europa.**

Esta coincidencia, desde luego no casual, en el resurgir de un debate que alude a un elemento esencial de nuestros Estados democráticos, hace más que pertinente que se considere un eventual *standard* común en el entendimiento de tal doctrina. Si tal *standard* existiera, habría que buscarlo en la doctrina del Consejo de Europa que, procede recordar, más allá de la protección de los derechos fundamentales y libertades públicos, garantiza también la democracia y el Estado de Derecho.

Como ya se ha dicho, el presupuesto para la afirmación de la jurisdicción del TEDH en relación al control de una actividad pública es que la misma haya determinado la lesión de un derecho garantizado por el Convenio. Siendo ésta, grosso modo, la regla general, inmediatamente hay que señalarle las eventuales excepciones, que las tiene. Y entre ellas, como ocurre en el ámbito estatal, el CºEur. admite la exclusión de la fiscalización judicial de las decisiones políticas fundamentales del Estado. Sin embargo, esta exclusión no es absoluta, el TEDH que, en el caso Fayed declaraba:

---

<sup>18</sup> Sentencia de 31 de 5.2005, Rep. Ar. 2005\5531

<sup>19</sup> STS 14.12.2006, Rep. Ar. 2006\8273.

<sup>20</sup> STS 27.11.2006, Rep. Ar. 2007\493, con dos extensos votos particulares.

“que un Estado pueda sin reservas o sin control de los órganos del Convenio substraer a la competencia de los tribunales toda una serie de acciones civiles o exonerar de toda responsabilidad civil a grandes grupos o categorías de personas, no se concilia con la preeminencia del derecho en una sociedad democrática ni con el principio fundamental subyacente en el artículo 6.1 –a saber, que las reivindicaciones civiles deben poder ser sometidas al juez”<sup>21</sup>.

En el más reciente caso *Markovic* se plantea de nuevo la cuestión de la fiscalización judicial de los actos políticos, conteniendo una interesante sistematización de este debate tanto en el texto de la resolución –que sin embargo no se pronuncia sobre la categoría- como en las opiniones disidentes y concurrentes que recayeron<sup>22</sup>.

Será en extremo interesante leer las resoluciones del TEDH pendientes de resolver y que corresponden a los distintos supuestos nacionales en los que coincidentemente, y en el marco de la denominada guerra del terror, se ha invocado la excepción del acto político para evitar la entrega de información por parte del ejecutivo a sus órganos judiciales que investigaban los correspondientes sucesos.

Además de los criterios jurisprudenciales es necesario referir los contundentes pronunciamientos de la Asamblea Parlamentaria que, en relación con la denominada *tela de araña global*, rechaza explícitamente que “la información y pruebas relativas a la responsabilidad civil, criminal o política de los representantes estatales relacionada con serias violaciones de derechos humanos (no) pueden considerarse protegidas como secretos de estado”<sup>23</sup>. En el mismo sentido, señala la abusiva invocación del privilegio de secreto oficial: más allá de la estricta protección de legítimos intereses representados por la seguridad, esta privilegio está siendo invocado “cada vez que un incómoda verdad amenaza con hacerse pública”<sup>24</sup>.

### **3.2 La cuestión en el sistema de la UE.**

La cuestión de los actos políticos no se ha suscitado hasta la fecha en el marco de las instituciones comunitarias. Y es que las actividades que típicamente están relacionadas con esta categoría han

---

<sup>21</sup> STEDH de 21.9.1994, *Fayed c. Reino Unido*, párrafo 65

<sup>22</sup> STEDH de 14.12.2006, *Markovic y otros c. Italia*. De particular interés, las consideraciones del Juez Sr. Zagrebleski en su voto particular sobre la “razón de Estado”.

<sup>23</sup> Resolución 1562 (2007), párrafo 9, de la PACE relativa a los vuelos secretos de la CIA en Europa.

<sup>24</sup> Párrafos 288 y ss. Memorandum adjunto a la Resolución 1562 (2007)

estado, hasta recientemente, excluidas del funcionamiento de las instituciones comunitarias. Así ocurría con los denominados segundo y tercer pilar, Política Exterior y de Seguridad Común y Cooperación Judicial y Policial en materia Penal, respectivamente. Como ya se ha dicho, el Tratado de Lisboa comunitariza el antiguo tercer pilar, de forma que en la fecha prevista de 2014 las actividades en esta materia estarán sujetas al sistema de control de legalidad de la jurisdicción comunitaria, si bien con algunas excepciones (ex artículo 276 TFUE). Respecto de la Política Exterior y de Seguridad Común, el Tratado de Lisboa no afecta esencialmente la anterior situación, si bien se excluye expresamente la jurisdicción del Tribunal de Justicia para la revisión de las acciones adoptadas a su amparo (artículo 24 TUE).

Sin embargo, y al hilo de la denominada guerra del terror, que también involucró con distinta intensidad a instituciones y órganos de la UE, ya se ha puesto de manifiesto un cierto déficit de control de actividades muy sensibles y que podrían relacionarse con los ámbitos en los que clásicamente se invoca la excepción de los actos políticos. Así, el Tribunal de Justicia reiteró en la Sentencia Kadi<sup>25</sup> que los principios que derivan de la tradición del Estado de Derecho alcanzan también a la UE; pero al mismo tiempo, en dicha resolución se ponen de manifiesto las carencias de fiscalización de acciones adoptadas en el marco de los pilares integubernamentales que, en el caso de la Política Exterior y de Seguridad Común no ha sido afectada por el Tratado de Lisboa.

Por su parte, el Parlamento Europeo lamentó públicamente el rechazo del director de Europol a aparecer ante la Asamblea en el marco de los vuelos secretos de la CIA en Europa<sup>26</sup> y, en el mismo marco, la falta de información del Consejo de la Unión en relación con “los principales aspectos y elecciones básicas de política exterior y de seguridad común, así como con las acciones emprendidas en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal”<sup>27</sup>. Por otra parte, procede recordar la Resolución 1597(2008) PACE relativa a las listas negras del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y la Unión Europea, en la que se considera que el régimen de aplicación de estas sanciones en absoluto respetó los estándares mínimos requeridos por el rule of law relativos al procedimiento y los derechos de audiencia previos a la resolución.

---

<sup>25</sup> Sentencia de 3 de Septiembre 2008, As. C-402/05P y C-415/05P. Un análisis desde esta perspectiva en F. Jiménez García, “El control de legalidad en la ejecución de las sanciones internacionales antiterroristas por parte de la Unión Europea: ¿tutela judicial efectiva o vuelta a la doctrina de los actos políticos?”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, Vol. 15 (2008), págs.. 81-136.

<sup>26</sup> Resolución 2006/2200(INI), sobre la presunta utilización de países europeos por la CIA en el transporte y detención ilegal de prisioneros, párrafo 29

<sup>27</sup> *Ibidem*, párrafo 22.

#### 4. CONCLUSIONES

El Consejo de Europa, la “más antigua organización paneuropea de tutela de los principios y valores democráticos”<sup>28</sup> ha adquirido una incuestionable *auctoritas* que en alguna medida palía la insuficiente *potestas* con la que los Estados la quisieron dotar en su constitución. Constituye una voz respetada aun cuando sus pronunciamientos pudieran incomodar a las más asentadas democracias. Es indiscutible la incidencia que ha venido teniendo en la conformación de un estándar europeo de garantía de la democracia y los derechos humanos, contribuyendo de esta forma a la armonización de los elementos esenciales del Derecho Público Europeo desde 1950 y conformando, junto con los ordenamientos estatales, una tradición jurídica europea en permanente interacción.

Es en este contexto en el que nace la más singular experiencia de integración supranacional, en principio limitada a unos pocos ámbitos económicos, luego trascendiendo estos límites progresivamente. De esta manera, cuando la integración comunitaria empezaba a desbordar las materias socioeconómicas para adentrarse en ámbitos esenciales y nucleares de nuestra tradición jurídica, una suerte de orden público europeo en materia de derechos fundamentales y principio de preeminencia del Derecho estaba ya siendo desarrollado por los órganos del Consejo de Europa. Un análisis detallado de las cuestiones y requisitos impuestos por la tradición jurídica europea, llevado al status quo jurídico e institucional de la UE pone de manifiesto demasiados matices amparados en la “singularidad” de la experiencia comunitaria. Pero ¿son admisibles matices y derogaciones en cuestiones como el acceso a la jurisdicción, las exenciones jurisdiccionales, la independencia judicial, entre otras cuestiones nucleares?

La propia Carta de Derechos Fundamentales, innecesaria a mi juicio, está salpicada de matices e interpretaciones que no generan sino desconfianza y dudas sobre una actitud verdaderamente resuelta a acatar la autoridad y el criterio de quien desde hace más de sesenta años viene controlando con mano firme la salud de la democracia y del Estado de Derecho en Europa. Parecería que el standard de democracia y derechos humanos, en su día construido e iniciado por los Estados europeos resultara ahora demasiado rígido para ese otro proyecto centrado en el mercado en el que estos mismos Estados se encuentran involucrados. La necesidad de una versión

---

<sup>28</sup> Resolución 1547(2007) PACE.

de dichos estándares adaptada a las necesidades de la integración europea explicaría la duplicidad de textos y de intérpretes en estas materias nucleares<sup>29</sup>.

No obstante su proverbial paciencia y su buen hacer diplomático, parece que estas dudas y desconfianza ha alcanzado también al propio Consejo de Europa que, en una reciente resolución, declara expresamente la “necesidad de evitar la duplicación del trabajo del Consejo de Europa y de la Agencia Europea de Derechos Fundamentales”, insistiendo en que ésta Agencia tenga como punto de referencia el *acquis* del Consejo de Europa en materia de protección de derechos fundamentales<sup>30</sup>.

En estas duplicidades perdemos todos los europeos. Porque nuestros estándares de democracia y Estado de Derecho se desdibujan al no contar ya con una voz única. Y porque también se desdibujan las dos grandes aportaciones que el sistema jurídico europeo puede hacer a un sistema jurídico crecientemente globalizado: por una parte, la propia experiencia de integración de la UE, modelo económico y jurídico de referencia para cualesquiera otras experiencias de integración; por otra parte, un sistema regional de tutela y control de la democracia y los derechos humanos que ha sido capaz de desarrollar un standard en la materia. ¿A qué confundir y entremezclar estos dos elementos, reduciendo su eficacia y abonando en contradicciones de un sistema ya muy complejo?

## **BIBLIOGRAFÍA CITADA**

Alston, P., Bustelo M., Heeman J. (eds.), *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, 1999.

Alvarez García, V., “Las perspectivas de futuro del Derecho Público: la formación del Derecho Público europeo y la armonización de los Derechos Públicos nacionales”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 25, Octubre 2010.

Antón Guardiola, C., “STEDH 30.06.2005, Bosphorus Airways, 45036/98. Derecho Comunitario y Convención Europea de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 28, 2007.

---

<sup>29</sup> Versión “adaptada” que rechaza con contundencia C. Harlow, “Global Administrative Law”, *European Journal of International Law*, Vol. 17, Nº1, 2006.

<sup>30</sup> Resolución 1756 (2010) y Recomendación 1935 (2010), PACE.

Chiti,E., “Administrative proceedings involving European Agencies”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 68, 2004.

Chiti,M., “Forms of European administrative action”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 68, 2004

Francioni, F. (ed.), *Access to justice as a human right*, Oxford University Press, 2007

Harlow, C., “Global Administrative Law”, *European Journal of International Law*, Vol. 17, N°1, 2006.

Galera Rodrigo, S. (ed.) *Judicial Review. A comparative Analysis inside the European Legal System*, Strasbourg, Council of Europe, 2010.

Jiménez García, F., “El control de legalidad en la ejecución de las sanciones internacionales antiterroristas por parte de la Unión Europea: ¿tutela judicial efectiva o vuelta a la doctrina de los actos políticos?”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, Vol. 15 (2008), págs.. 81-136.

Nieto, E., Martin, I. *European Administrative Law in the Constitutional Treaty*, Hart Publishing, Oxford 2007

Storskrubb, E. and. Ziller,J. “Access to justice in European comparative law”, en F. Francioni (ed.), *Access to justice as a human right*, Oxford University Press, 2007.

Sudre, “Le recours aux notions autonomes”, dans *L’interpretation de la convention européenne des droits de l’homme*, Brussels, Bruylant, 1998.