

LA NECESIDAD PROCESAL DE LA ADHESIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA AL CEDH: UN ASUNTO QUE CONTINÚA PENDIENTE TRAS EL DICTAMEN 2/13 DEL TJUE.

THE PROCEDURAL NECESSITY OF THE ACCESSION OF THE EUROPEAN UNION TO THE ECHR: A PENDING ISSUE AFTER THE OPINION 2/13 OF THE ECJ.

Patricia Llopis Nadal*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. BREVE REFERENCIA AL DICTAMEN 2/13 DEL TJUE. III. LA COMPLEMENTARIEDAD DEL TRIPLE RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES PREVISTO EN EL ARTÍCULO 6 DEL TUE. IV. LOS MOTIVOS QUE JUSTIFICAN LA ADHESIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA AL CONVENIO DE DERECHOS HUMANOS. V. LA COMPETENCIA DEL TEDH SOBRE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA UNIÓN EN EL ESTADO ACTUAL. VI. CONCLUSIÓN.

RESUMEN: Mediante el Dictamen 2/13, el TJUE ha paralizado la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos, al considerar que el Proyecto de Acuerdo de Adhesión era incompatible con los Tratados de la Unión. A la espera de que se reabran las negociaciones para adaptar este Acuerdo Internacional a las exigencias de Luxemburgo, el presente trabajo examina la necesidad de que la Unión ratifique el Convenio como forma de quedar íntegramente sujeta a la jurisdicción del TEDH y conceder a los particulares un último recurso con el que proteger sus derechos fundamentales en el marco del ordenamiento jurídico de la Unión.

ABSTRACT: By means of the Opinion 2/13, the ECJ has paralysed the EU accession to the European Convention on Human Rights. The reason for this was that the ECJ considered the Draft Agreement to the Accession as incompatible with the provisions of the EU Treaties. While waiting for the reopening of

Fecha de recepción del original: 1 de abril de 2015. Fecha de aceptación de la versión final: 25 de mayo de 2015.

* Investigadora predoctoral *UV-Atracció de Talent* vinculada al Departamento de Derecho Procesal de la Universitat de València. Máster en Estudios Internacionales y de la Unión Europea gracias a la Beca para la Promoción de la Excelencia Académica concedida por la Conselleria d'Educació, Cultura i Esport de la Comunitat Valenciana [D.O.C.V., de 21 de Octubre de 2013, Anexo I: alumnos con beca máster y certificado acreditativo]. Correo electrónico: patricia.llopis@uv.es

Los textos utilizados para la redacción de este trabajo cuyo idioma no es el castellano –y aparecen citados en el idioma de consulta original- han sido objeto de traducción libre por parte de la autora.

the negotiations in order to adapt the International Agreement to the requests of Luxembourg, this paper examines the necessity of the ratification of the Convention by the EU as a means of being entirely subject to the ECtHR's jurisdiction as well as providing to individuals with a last resort to protect their fundamental rights within the legal framework of the European Union.

PALABRAS CLAVE: Derechos fundamentales, Unión Europea, Adhesión al CEDH, Competencia del TEDH, Presunción Bosphorus, Dictamen 2/13 del TJUE.

KEYWORDS: Fundamental rights, European Union, Accession to the ECHR, ECtHR's jurisdiction, Bosphorus presumption, Opinion 2/13 of the ECJ.

I. INTRODUCCIÓN

El pasado 18 de Diciembre, el Pleno del Tribunal de Justicia de la Unión Europea hacía público su Dictamen 2/13¹ relativo a la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos². Solicitado por la Comisión Europea sobre la base del artículo 218.11 del TFUE, el objeto del Dictamen era el análisis de la compatibilidad del Proyecto de Acuerdo de Adhesión³ con los Tratados de la Unión Europea. Tras examinar el texto del Proyecto de Acuerdo, redactado por los 47 Estados del Consejo de Europa y la Unión Europea como resultado de una década de negociaciones, el TJUE concluye que las disposiciones de este texto son incompatibles con el artículo 6, párrafo 2º del TUE y con el Protocolo nº 8 del Tratado de Lisboa⁴.

De este modo, en virtud del carácter vinculante de su opinión, el TJUE imposibilita que la Unión Europea ratifique el Acuerdo Internacional previsto y se convierta en Parte Contratante del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Como consecuencia del Dictamen 2/13, y adoptando una postura optimista, la adhesión de la Unión al Convenio ha quedado paralizada, al menos, durante los próximos años, siendo necesario que se retomen las negociaciones dirigidas a modificar las disposiciones del Acuerdo de Adhesión en el sentido señalado por la Institución Jurisdiccional de la Unión Europea⁵.

¹ Dictamen 2/13, EU:C:2014:2454.

² Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, adoptado por el Consejo de Europa, el 4 de Noviembre de 1950, en vigor desde el 3 de Septiembre de 1953 (*B.O.E.* de 10 de Octubre de 1979).

³ Fifth negotiation meeting between the CDDH *ad hoc* negotiation group and the European Commission on the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Final Report to the CDDH, 47+1 (2013) 008 rev2, Strasbourg, 10 June 2013.

⁴ Protocolo nº 8, sobre el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

⁵ Sobre esto, debe indicarse que la Secretaría General del Consejo de la Unión Europea, mediante Comunicación del 26 de marzo de 2015 anunció que el Grupo de Trabajo sobre Derechos Fundamentales, Ciudadanía y Libre Circulación de Personas (FREMP, *Working Party on Fundamental Rights, Citizens' Rights and Free Movement of Persons*) se reunirá el 9 de abril para un *intercambio de opiniones* a propósito del Dictamen 2/13 del TJUE sobre la adhesión de la Unión Europea al Convenio, en la que será la primera vez que se discuta esta cuestión tras la opinión de Luxemburgo [Communication of the

Tomando como punto de partida la luz roja emitida desde Luxemburgo respecto a este proyecto de Tratado Internacional, el presente trabajo tiene por objeto explicar la necesidad de que la Unión Europea se convierta en Parte Contratante del Convenio de Derechos Humanos. Una adhesión que, si bien se plantea prescindible desde la perspectiva material, puesto que la Unión tiene su propio catálogo de derechos fundamentales y todo un sistema jurisdiccional que vela por su protección, sigue siendo necesaria desde la perspectiva procesal, ya que mientras la Unión no ratifique el Convenio este ordenamiento jurídico supranacional no podrá quedar íntegramente sujeto al control jurisdiccional exterior ejercido por el TEDH y, a medida que absorbe el ejercicio de competencias cedidas por sus Estados Miembros, los particulares pierden la posibilidad de recurrir ante Estrasburgo en defensa de sus derechos humanos.

Tras hacer una breve referencia al Dictamen 2/13 del TJUE, y con la intención de cumplir con el objetivo de justificar la necesidad procesal de la adhesión, este estudio se divide en tres partes. En la primera se analiza la redacción del artículo 6 del TUE, introducida mediante la reforma de Lisboa y que prevé un triple reconocimiento de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea. En la segunda se examinan las características de la Carta y del Convenio así como el modo en que ambos instrumentos coexisten en el marco del Derecho de la Unión. En la tercera parte, mediante el análisis de la jurisprudencia del TEDH, se explica la competencia que tiene este Tribunal para conocer de presuntas violaciones originadas en el Derecho de la Unión Europea, se expone en qué consiste la *presunción Bosphorus* adoptada a favor de las organizaciones internacionales y se argumenta por qué se considera que esta teoría es insostenible por tiempo indefinido respecto a la Unión Europea.

II. BREVE REFERENCIA AL DICTAMEN 2/13 DEL TJUE

De acuerdo con lo señalado en la Introducción, no es objeto de este estudio realizar un examen detallado del Dictamen 2/13, sino exponer los motivos por los cuales se entiende que la adhesión sigue siendo necesaria a pesar de la reciente respuesta del TJUE. No obstante, dada la relevancia de la opinión emitida desde Luxemburgo paralizando la ratificación del Convenio, nos parece oportuno realizar una breve referencia a los argumentos defendidos por la Institución jurisdiccional de la Unión para concluir la incompatibilidad del Proyecto de Acuerdo de Adhesión con los Tratados de la Unión Europea⁶.

En primer lugar, el Tribunal de Luxemburgo considera que el Acuerdo de Adhesión previsto no respeta las características específicas ni la autonomía del Derecho de la

Council of the European Union – General Secretariat, CM 2054/15 JAI - FREMP, 26 March 2015, Brussels, disponible en <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/CM-2054-2015-INIT/en/pdf> (última consulta, 31 de marzo de 2015)].

⁶ Debe señalarse que el TJUE, en su Dictamen, realiza una apreciación de la compatibilidad con los Tratados del Acuerdo de Adhesión proyectado que difiere considerablemente de la realizada por la Comisión Europea [Dictamen 2/13, EU:C:2014:2454, apartados 72 a 107] así como de las observaciones presentadas por el Parlamento Europeo, el Consejo y los Gobiernos de los Estados Miembros [Dictamen 2/13, EU:C:2014:2454, apartados 117 a 143].

Unión Europea. Tres son los motivos que llevan al TJUE a sostener esta afirmación. El primer motivo es la falta de coordinación entre el artículo 53 del Convenio –que permite a las Partes Contratantes fijar unos niveles de protección de los derechos humanos superiores a los del Convenio- y el artículo 53 de la Carta –que establece que ninguna disposición de la Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos fundamentales reconocidos por el Derecho de la Unión, el Convenio y las tradiciones constitucionales comunes de los Estados Miembros-. El TJUE teme que la facultad que concede el artículo 53 del Convenio afecte al nivel de protección ofrecido por la Carta, así como a la primacía, unidad y efectividad del ordenamiento jurídico de la Unión Europea en aquellos derechos fundamentales de la Carta que se corresponden con los del Convenio⁷.

El segundo motivo es que nada se ha previsto en el Acuerdo para evitar el riesgo de que sea vulnerada la confianza mutua entre los Estados Miembros de la Unión Europea, ya que, en la medida en que la Unión y sus Estados actúen como Partes Contratantes del Convenio, es posible que en sus relaciones recíprocas en materia de derechos fundamentales, aun siendo de aplicación el Derecho de la Unión, recurran al Tribunal de Estrasburgo⁸.

Como tercer motivo el TJUE mantiene que no se ha establecido cómo tendrá lugar la articulación entre el Protocolo adicional nº 16 al Convenio⁹ y el mecanismo de la cuestión prejudicial; este Protocolo adicional nº 16 prevé la posibilidad de solicitar al TEDH opiniones consultivas sobre disposiciones o prácticas del ordenamiento jurídico de la Parte Contratante a fin de saber si son o no contrarias al Convenio. Entiende el TJUE que el recurso a este mecanismo del Convenio puede afectar a la autonomía y a la eficacia de la remisión prejudicial cuando los derechos de la Carta se corresponden con los del Convenio¹⁰.

En segundo lugar, el TJUE considera que el Acuerdo de Adhesión puede afectar al artículo 344 del TFUE, mediante el cual los Estados Miembros se comprometen a someter toda controversia sobre la interpretación o aplicación de los Tratados a los órganos jurisdiccionales de la Unión. Entiende el TJUE que, de materializarse la adhesión, el Convenio formaría parte del Derecho de la Unión Europea y, en consecuencia, el Tribunal de Luxemburgo sería competente para conocer de todo litigio que surja relativo al cumplimiento del Convenio en el marco del ordenamiento jurídico de la Unión Europea. No obstante, esta competencia exclusiva del TJUE puede verse afectada ya que el Acuerdo no excluye expresamente la posibilidad de que entre los Estados Miembros o entre estos y la Unión Europea se introduzcan demandas ante el TEDH alegando violaciones del Convenio originadas en el ordenamiento jurídico de la Unión¹¹.

⁷ Dictamen 2/13, EU:C:2014:2454, apartado 189.

⁸ Dictamen 2/13, EU:C:2014:2454, apartado 194.

⁹ Protocolo nº 16 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 2 de Octubre de 2013. Debe señalarse que el Protocolo todavía no ha entrado en vigor.

¹⁰ Dictamen 2/13, EU:C:2014:2454, apartado 197.

¹¹ Dictamen 2/13, EU:C:2014:2454, apartados 204 y 205.

En tercer lugar, entiende el Tribunal de Justicia que ni el mecanismo de codemandado ni el procedimiento de intervención previa funcionan de un modo que respete las características específicas de la Unión Europea. Respecto al mecanismo de codemandado considera que, si bien la intervención de la parte codemandada previa invitación del Tribunal de Estrasburgo no plantea problemas –puesto que se trata de una invitación no vinculante–, cuando es un Estado o la Unión los que solicitan intervenir en calidad de codemandados han de convencerle mediante alegaciones de que se dan los requisitos necesarios para intervenir, y, sobre la base de estas alegaciones, el TEDH decide si procede o no que intervengan. Entiende el TJUE que la decisión de que intervengan la toma el TEDH apreciando el Derecho de la Unión y valorando el reparto de competencias entre la Unión y sus Estados, de modo que ello puede violar las características específicas de este ordenamiento jurídico¹². Asimismo señala el TJUE que otro problema que plantea el mecanismo de codemandado surge cuando, tras ser presentadas las alegaciones por las partes que están en la posición pasiva, es el TEDH quien se pronuncia sobre el reparto de responsabilidad entre ambas, ya que esto supone someter sus normas sobre distribución de competencias al examen de un órgano exterior a la Unión Europea¹³.

En cuanto al procedimiento de intervención previa del TJUE, el Tribunal de Luxemburgo entiende que este no ha sido correctamente regulado en el Acuerdo de Adhesión. Por una parte, debido a que no se prevé expresamente que sea una Institución de la Unión la que determine, con carácter vinculante para el TEDH, si existe un pronunciamiento previo del TJUE sobre la cuestión objeto de litigio¹⁴. Por otra parte, porque esta participación previa del TJUE debería preverse respecto a la interpretación del derecho primario así como respecto a la interpretación y a la validez de las disposiciones de derecho derivado; no obstante, el Acuerdo excluye el recurso a este procedimiento cuando se trata de interpretar las disposiciones de derecho derivado y, en consecuencia, su interpretación queda en manos del Tribunal de Estrasburgo, siendo esto contrario a la competencia exclusiva del TJUE¹⁵.

Por último, el TJUE se pronuncia sobre la problemática en materia de Política Exterior y de Seguridad Común (PESC). Respecto a la PESC debe señalarse que existen algunos actos que están excluidos de la competencia del Tribunal de Luxemburgo y que, sin embargo, según lo previsto en el Acuerdo de Adhesión, podrán ser objeto de examen por parte del Tribunal de Estrasburgo –puesto que adquiere la facultad para pronunciarse sobre si los actos adoptados en el marco de la PESC respetan el Convenio-. A propósito de esto, el TJUE manifiesta en el Dictamen su completa disconformidad, señalando que conceder el control jurisdiccional de algunos actos de la PESC de forma exclusiva al TEDH -esto es, a un órgano externo a la Unión Europea-, no respeta las características específicas de la Unión y es, por tanto, un motivo más en contra de que

¹² Dictamen 2/13, EU:C:2014:2454, apartados 224 y 225.

¹³ Dictamen 2/13, EU:C:2014:2454, apartados 230 y 231.

¹⁴ Dictamen 2/13, EU:C:2014:2454, apartado 238.

¹⁵ Dictamen 2/13, EU:C:2014:2454, apartados 246 y 247.

se materialice la adhesión al Convenio sobre la base del Acuerdo de Adhesión previsto¹⁶.

III. LA COMPLEMENTARIEDAD DEL TRIPLE RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES PREVISTO EN EL ARTÍCULO 6 DEL TUE

Desde su creación en la década de los cincuenta, el reconocimiento de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea fue desarrollado gracias a la labor jurisprudencial de su Tribunal de Justicia. Sin embargo, tanto las Instituciones como los Estados Miembros, han buscado dotar a la Unión de un auténtico listado de derechos humanos mediante disposiciones de derecho positivo. En esta búsqueda, tradicionalmente se han ofrecido dos soluciones: la elaboración de un catálogo propio de derechos fundamentales –una Carta de la Unión Europea- o la adhesión a un mecanismo regional de protección de los derechos humanos –esto es, al Convenio Europeo-.

A medida que la Unión iba incrementando sus competencias, la realización material de una de las dos soluciones se hacía más necesaria. Finalmente, ha sido el Tratado de Lisboa¹⁷ el que ha dado un importante paso para la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea. La nueva redacción del artículo 6 del TUE prevé, en su apartado primero, que la Carta tenga el mismo valor jurídico que los Tratados; en su apartado segundo, que la Unión se adhiera al Convenio Europeo de Derechos Humanos; y en su apartado tercero, que los derechos fundamentales garantizados por el Convenio y los que son consecuencia de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados Miembros forman parte del Derecho de la Unión como Principios Generales¹⁸.

Este triple reconocimiento de la protección de los derechos humanos en el marco del ordenamiento jurídico de la Unión Europea puede parecer, *a priori*, excesivo –especialmente, en la medida en que pasamos del reconocimiento jurisprudencial de los derechos fundamentales como Principios Generales, a tener un catálogo propio vinculante y a prever la sujeción a un control judicial externo y especializado-. Sin embargo, las tres formas de garantizar estos derechos son necesarias, de un lado, porque ponen fin a la inseguridad jurídica y a la carencia de previsibilidad de una protección

¹⁶ Dictamen 2/13, EU:C:2014:2454, apartados 255 y 256.

¹⁷ Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, de 13 de Diciembre de 2007, *D.O.U.E.*, C 306, de 17 de Diciembre de 2007; mediante el cual, tenemos la redacción actualmente en vigor de los Tratados de la Unión: Tratado de la Unión Europea, *D.O.U.E.*, C 326, de 26 de Octubre de 2012 [versión consolidada tras el Tratado de Lisboa de 13 de Diciembre de 2007, en vigor desde el 1 de Diciembre de 2009] y, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, *D.O.U.E.*, C 326, de 26 de Octubre de 2012 [versión consolidada tras el Tratado de Lisboa de 13 de Diciembre de 2007, en vigor desde el 1 de Diciembre de 2009].

¹⁸ Al hacer referencia a las fuentes que integran el sistema de la Unión, PEDRO TENORIO SÁNCHEZ añade a estas tres previsiones una cuarta fuente “los derechos fundamentales recogidos como disposiciones de los Tratados de la Unión” [TENORIO SÁNCHEZ, P. “Diálogo entre Tribunales y protección de los Derechos Fundamentales en el ámbito europeo”, en *Revista General de Derecho Europeo*, nº 31, 2013, pág. 7].

hasta entonces basada en la construcción pretoriana realizada por el TJUE; y, de otro lado, porque solo cuando los tres sistemas se complementan es posible la plena protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea.

1. La Carta de Derechos Fundamentales: un pacto de caballeros elevado a norma de rango superior.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁹ contiene el catálogo propio de derechos humanos de este ordenamiento jurídico supranacional. La Carta fue objeto de un largo proceso de elaboración²⁰, que culminó con su aprobación en Diciembre de 2000; el motivo por el que se adopta este instrumento es el fracaso que supuso la propuesta de adhesión al Convenio en la década de los noventa²¹. La Carta se aprueba de manera simultánea al Tratado de Niza²², sin embargo, protagonizan una adopción en paralelo, pues la Carta es proclamada solemnemente pero no se le concede valor jurídico vinculante –i.e., queda como una norma de *soft law*, con la que los Estados y las Instituciones de la Unión se comprometían a respetar los derechos allí reconocidos-. El primer intento por dotarla de carácter vinculante tiene lugar con el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa –donde se preveía una *Parte II* con el contenido de la Carta-, pero es conocido el fracaso de la “Constitución Europea”. Será en virtud de las modificaciones operadas por la reforma de Lisboa cuando la Carta adquiera, definitivamente, carácter obligatorio.

En este sentido, el actual artículo 6.1 del TUE establece que la Unión reconoce los derechos, libertades y principios de la Carta y que esta tendrá el mismo valor jurídico

¹⁹ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *adoptada por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión*, en Niza el 7 de Diciembre de 2000, *D.O.U.E.*, C 83, de 30 de Marzo de 2010, págs. 389 y ss.

²⁰ Donde hay que destacar el Consejo Europeo de Colonia, de 3 y 4 de Junio de 1999, en cuyas conclusiones se incluye un borrador de la Carta; y, el Consejo Europeo de Tampere, de 15 y 16 de Octubre de 1999, con el que se constituye un órgano encargado de la elaboración definitiva de la Carta. Para más detalles sobre el proceso de adopción de la Carta, *vid.* BAR CENDÓN, A., *Los Tratados de la Unión Europea, Versión consolidada tras el Tratado de Lisboa de 13 de Diciembre de 2007*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 46 y ss.; CORCUERA ATIENZA, J., “El reconocimiento de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea: el final de un túnel”, en CORCUERA ATIENZA, J. (coord.), *La protección de los derechos fundamentales*, ed. Instituto Internacional de Sociología Jurídica, Oñati (Guipúscoa), ed. Dykinson, Madrid, 2002, págs. 84 y ss.; y, MANGAS MARTÍN, A., “El compromiso con los derechos fundamentales”, en MANGAS MARTÍN, A. (dir.), GONZÁLEZ ALONSO, L. N. (coord.), *ET AL., Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Comentario artículo por artículo*, ed. Fundación BBVA, Bilbao, 2008, págs. 57 y ss.

²¹ Así lo consideró el Defensor del Pueblo Europeo, en sus declaraciones de 17 de Febrero de 2000 [Citado en FERNÁNDEZ SOLA, N., “À quelle nécessité juridique répond la négociation d’une Charte des Droits Fondamentaux de l’Union Européenne?”, en *Revue du Marché commun et de l’Union européenne*, nº 442, Octubre-Novembre 2000, pág. 595, nota de página nº 2].

²² La Carta de 2001 está integrada por un total de 54 artículos. En ella se concretan derechos de tipo civil, político, económico y social; la mayoría de estos derechos habían sido previamente reconocidos en el Derecho de la Unión, la jurisprudencia del TJUE, el derecho constitucional de los Estados Miembros o en el Convenio. Sobre el contenido de la Carta, *vid.* MANGAS MARTÍN, A. (dir.), GONZÁLEZ ALONSO, L. N. (coord.), *ET AL., Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Comentario artículo por artículo, op. cit.* nota 20.

que los Tratados, con ello permite que sea parte del Derecho de la Unión y adquiera rango de derecho originario. Como consecuencia de esta afirmación, el sistema de recursos previsto por el ordenamiento jurídico de la Unión Europea se extiende a la protección de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta –siempre que ello sea posible, de acuerdo con el objeto o los motivos previstos para interponer cada recurso-

²³

Adicionalmente, el artículo 6.1 declara, en su segundo párrafo, que la Carta no ampliará las competencias que tiene atribuidas la Unión en virtud de los Tratados; de modo que las disposiciones de la Carta se aplicarán, exclusivamente, sobre los actos y las normas del ordenamiento jurídico de la Unión Europea. Asimismo, el artículo 51 de la Carta concreta que sus disposiciones se dirigen a las Instituciones y órganos de la Unión y a los Estados Miembros *únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión*.

2. Los derechos fundamentales del Convenio y los derivados de las tradiciones constitucionales comunes como Principios Generales del Derecho de la Unión.

Tras la última revisión de los Tratados, el artículo 6.3 del TUE positiviza la jurisprudencia del Luxemburgo sobre los derechos humanos²⁴ al mantener que son parte del ordenamiento jurídico de la Unión, en calidad de Principios Generales, los derechos fundamentales garantizados en el Convenio y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados Miembros.

Se materialice o no la adhesión de la Unión Europea al Convenio, esta disposición continuará siendo necesaria. El fundamento de su necesidad radica en el valor que tienen los Principios Generales del Derecho como fuentes para la interpretación del ordenamiento jurídico de la Unión²⁵: el valor interpretativo de los derechos fundamentales del Convenio y de las tradiciones constitucionales comunes en calidad de Principios tiene una importante ventaja en el ámbito temporal, esto es, con vistas a futuros desarrollos. Ello es debido a que, mientras la Carta y el Convenio son instrumentos para cuya modificación es necesario un procedimiento de revisión, –con las dificultades que implica alcanzar el consenso en organizaciones con tantos miembros-; nada impide que el TJUE, como ya ha hecho en anteriores ocasiones en esta materia, se inspire en la evolución de la jurisprudencia del TEDH así como en la evolución de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados Miembros, para

²³ Ahora bien, el recurso al sistema jurisdiccional de la Unión Europea para la protección de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta pasa por realizar la siguiente interpretación: el TFUE prevé el uso de algunos recursos cuando haya *violación de los Tratados*, pero no se menciona expresamente la posibilidad de utilizar estos recursos si se violan los derechos previstos en la Carta; en la medida en que la Carta tiene el mismo valor jurídico que los Tratados, toda referencia a la facultad de interponer recurso por violación de *los Tratados* debe extenderse a la *violación la Carta*, puesto que, en caso contrario, se estaría privando de efectividad a la protección de estos derechos fundamentales.

²⁴ En particular, las sentencias *Stauder, Internationale* y *Nold* [Sentencia *Stauder y Stadt Ulm*, C-29/69, EU:C:1969:57, apartado 7; Sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*, C-11/70, EU:C:1970:114, apartados 3 y 4; Sentencia, *Nold, KG c. Comisión*, C-4/1973, EU:C:1974:51, apartado 13].

²⁵ BLANKE, H.-J., “The Protection of Fundamental Rights in Europe”, en BLANKE, H.-J. y MANGIAMELI, S. (dir.), ET AL., *The European Union after Lisbon*, ed. Springer, Berlin Heidelberg, 2012, pág. 166.

desarrollar, mediante su actividad pretoriana, nuevos derechos fundamentales adaptados a los cambios y a las necesidades sociales²⁶.

3. La supresión de los obstáculos para la adhesión y la obligación de que la Unión Europea se adhiera al Convenio.

Sin embargo, la Unión Europea parece no conformarse con la adopción de un catálogo propio a través de la Carta, ni con conceder valor de Principios Generales a los derechos fundamentales del Convenio y a los derivados de las tradiciones constitucionales comunes. Por ello, mediante la reforma de Lisboa el legislador va un paso más allá y, buscando salvar los impedimentos señalados por el TJUE en su Dictamen 2/94²⁷, con la nueva redacción del artículo 6.2 del TUE establece que la Unión *se adherirá* al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Hay que destacar la expresión utilizada: *se adherirá*, que determina que esta adhesión no es una potestad de la Unión, sino una obligación –y, aunque la misma no está sujeta a plazo alguno, no adherirse al Convenio podría implicar la interposición de un recurso por omisión ante el TJUE²⁸-. Sin embargo, la ratificación del Convenio por la Unión no depende solo de su voluntad, sino también del acuerdo con el Consejo de Europa; por ello, mejor que el imperativo *se adherirá* hubiera sido la expresión *procurará adherirse* al Convenio²⁹. A propósito del Acuerdo de Adhesión, el Protocolo nº 8 del Tratado de Lisboa determina cómo debe articularse el respeto a las competencias de la Unión, y los artículos 218.6 y 218.8 del TFUE fijan cómo se adoptarán las decisiones relativas a la

²⁶ Esta utilidad fue la que el *Praesidium of the European Convention* señaló a propósito del artículo 5.3 del fallido Tratado Constitucional –cuyo contenido era idéntico al actual 6.3 del TUE–; exactamente, destacó que el TJUE “podría hacer uso de ambas fuentes, el Convenio y las tradiciones constitucionales comunes, para reconocer derechos fundamentales adicionales que surgieran en futuros desarrollos” [Praesidium of the European Convention, CONV 528/03 of 6 February 2003, *Draft articles 1 to 16 of the Constitutional Treaty*].

Adicionalmente, sobre el artículo 6.3, señalan CHRISTOPH GRABENWARTER y KATHERINA PABEL que parece ser que su objetivo es “garantizar la sincronización del desarrollo de los derechos fundamentales en los Estados Miembros, el Convenio y el Derecho de la Unión” [GRABENWARTER, C. y PABEL, K., “Art. 6 - The fundamental rights – the Charter and the ECHR”, en BLANKE, H.-J. y MANGIAMELI, S. (dir.), *ET AL., The Treaty on European Union (TEU)*, ed. Springer, Berlin Heidelberg, 2013, pág. 334, punto 89].

²⁷ Dictamen 2/94, EU:C:1996:140.

Debe recordarse que, en 1994, el Consejo solicitó al TJUE un dictamen sobre la competencia de la entonces Comunidad Europea para adherirse al Convenio y sobre la compatibilidad de un hipotético Acuerdo de Adhesión con las disposiciones del Tratado. El TJUE respondió mediante el Dictamen 2/94 que, en el *estado actual del derecho*, la Comunidad Europea carecía de competencia para adherirse al Convenio. El argumento que utiliza para negar esta competencia es que en la Comunidad rige el principio de atribución de competencias, y no existe ninguna disposición de los Tratados que le atribuya competencia en materia de derechos humanos –ni en el ámbito interno, ni en el ámbito internacional-. En virtud de la respuesta dada por el TJUE en su Dictamen 2/94, la solución para hacer posible la adhesión era incluir la competencia para ello en los Tratados, y esto, precisamente, es lo que hace el Tratado de Lisboa con la nueva redacción del artículo 6.2 del TUE.

²⁸ JACQUÉ, J. P., “The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms”, en *Common Market Law Review*, vol. 48, nº 4, August 2011, pág. 995.

²⁹ BARATTA, R., “Accession of the EU to the ECHR: the rationale for the ECJ’s Prior Involvement Mechanism”, en *Common Market Law Review*, nº 50, 2013, pág. 1305.

adhesión al Convenio –incluida la posibilidad de aplicar el artículo 218.11 y solicitar dictamen vinculante al TJUE-. Finalmente, el artículo 47 del TUE suprime otro de los tradicionales obstáculos a la adhesión a través del reconocimiento de personalidad jurídica a la Unión Europea.

IV. LOS MOTIVOS QUE JUSTIFICAN LA ADHESIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA AL CONVENIO DE DERECHOS HUMANOS

1. El carácter prescindible de la adhesión desde el punto de vista material.

Aunque la finalidad del Convenio y de la Carta es la misma: la protección de los derechos humanos, ambos textos presentan diferencias. El Convenio se adopta en 1950 como un mínimo estándar y común a los Estados del continente Europeo – caracterizados por la notable diversidad existente entre ellos-, y depende, en parte, de los derechos reconocidos en sus Protocolos adicionales –los cuales pueden o no ser ratificados por las Partes Contratantes del Convenio-. La Carta es del año 2000, con modificaciones introducidas en el año 2007, y contiene los derechos fundamentales que deben respetarse en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea –no crea nuevos derechos, libertades ni principios sino que codifica derechos que ya habían sido considerados como fundamentales, los reafirma y los hace más visibles³⁰-; esta Carta se caracteriza por el carácter novedoso de algunos derechos fundamentales –p. ej., la protección de datos de carácter personal o el derecho a la propiedad intelectual-, y por el hecho de que todos los Estados de la Unión tienen –mientras no se demuestre lo contrario- un nivel de protección de los derechos humanos elevado y equivalente.

De lo anterior es posible concluir que el Convenio de Derechos Humanos y la Carta de Derechos Fundamentales son dos instrumentos similares pero no idénticos. La clave de cómo la Unión Europea –en su ordenamiento jurídico y en defecto de adhesión-, articula estos dos textos, se encuentra en el artículo 52.3 de la Carta. Este artículo establece que, en la medida en que la Carta tenga derechos que se correspondan con los del Convenio, *el sentido y el alcance* de estos derechos será igual al que le confiere el Convenio; pero ello *no obstará* a que la Unión ofrezca una protección más extensa. Por tanto, el artículo 52.3 introduce el *principio de homogeneidad* y determina la relación entre estas dos fuentes dentro del ordenamiento jurídico de la Unión Europea³¹ –especialmente, implica

³⁰ Así lo ha afirmado el TJUE en los asuntos acumulados *N.S. y M.S.*, [Sentencia *N.S. y M.E.*, C-411/10 y C-493/10, EU:C:2011:865, apartado 119 *in fine*] y el Abogado General NILO JÄÄSKINEN en sus conclusiones al asunto *Römer*. [Conclusiones *Römer*, C-147/08, EU:C:2010:425, punto 147].

³¹ Dos fuentes del derecho que, mientras no tenga lugar la adhesión de la Unión Europea al Convenio, forman parte y actúan sobre ordenamientos jurídicos diferentes: la Carta en el ordenamiento jurídico de la Unión y el Convenio en el ordenamiento jurídico de las Partes Contratantes –entre las cuales no se incluye la Unión Europea, sin perjuicio de las referencias que puedan realizar las Instituciones de la Unión y los Estados Miembros cuando actúen en el marco del ordenamiento jurídico de la Unión a los derechos previstos en el Convenio como Principios Generales-.

que la Carta queda vinculada, de manera indirecta, al respeto del contenido del Convenio³² -.

No obstante, la interpretación del artículo 52.3 ha sido objeto de abundante literatura jurídica, sobre todo, por el hecho de que el Convenio es un instrumento vivo, de modo que la referencia al mismo implica atender a sus modificaciones. Partiendo de la idea del dinamismo del Convenio, la duda reside en si las interpretaciones realizadas por el TEDH deben incluirse en el mínimo garantizado por el artículo 52.3 de la Carta. A propósito de esta cuestión, persiste todavía el debate doctrinal entre los que están a favor de la obligación del TJUE de tener en cuenta las interpretaciones del TEDH y los que están en contra³³.

Para comprender cuál es la posición de la Carta respecto a la jurisprudencia del TEDH, es necesario tomar en consideración la redacción de la misma en su conjunto; así, mientras el artículo 52.3 de la CEDF no hace referencia expresa a la jurisprudencia del TEDH, su artículo 52.7 establece que las Explicaciones elaboradas para guiar en la interpretación de la Carta deben *ser tenidas debidamente en cuenta*; en estas Explicaciones, a propósito del artículo 52.3, se aclara que “el sentido y alcance de los derechos garantizados se determinan no sólo por el texto de estos instrumentos, sino

³² En cambio, JEAN PAUL JACQUÉ va un poco más lejos y considera que, sobre la base del artículo 52.3 de la CEDF, el contenido material del Convenio ya ha sido incorporado al Derecho de la Unión [JACQUÉ, J. P., “The accession of the European Union to the European Convention...”, *op. cit.* nota 28, pág. 1000].

³³ A favor de tener en cuenta la interpretación del TEDH de los derechos humanos previstos en el Convenio, el ex Presidente del TEDH, Sir NICOLAS BRATZA [BRATZA, N., “The European Convention on Human Rights and the Charter of Fundamental Rights of the European Union: A Process of Mutual Enrichment”, en *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-Law*, ed. Asser Press, The Hague, 2013, pág. 176]; RAÚL CANOSA USERA [CANOSA USERA, R., “La interpretación evolutiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en GARCÍA ROCA, J. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (coord.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pág. 109]; PAUL GRAGL, [GRAGL, P., “A Giant Leap for European Human Rights? The Final Agreement on the European Union's Accession to the European Convention on Human Rights”, en *Common Market Law Review* [forthcoming], November 11, 2013, disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2352906>, pág. 8]; LISA LANZONI [LANZONI, L., “Protección y limitación de los derechos humanos en el Art. 52 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en *UNED, Revista de derecho político*, n° 83, Enero-Abril 2012, pág. 594].

Además, el propio TJUE se ha posicionado a favor de tener en cuenta la jurisprudencia del TEDH interpretando los derechos del Convenio en el caso concreto; esto fue mediante la sentencia *J. McB y L.E.*, a propósito del derecho de custodia en relación con las disposiciones de la Carta; partiendo de que el artículo 8.1 del Convenio y el artículo 7 de la Carta presentan una redacción idéntica sobre el respeto a la vida privada y familiar, el TJUE considera que, de acuerdo con el artículo 52.3 de la Carta “debe darse al artículo 7 de la Carta el mismo sentido y el mismo alcance que los conferidos al artículo 8, apartado 1, del CEDH, tal como lo interpreta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” [Sentencia *J. McB y L.E.*, C-400/10 PPU, EU:C:2010:582, apartado 53].

En contra de la toma en consideración de la jurisprudencia del TEDH, TOBIAS LOCK [LOCK, T., “The ECJ and the ECtHR: The Future Relationship between the Two European Courts”, en *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 8, 2009, pág. 384].

también por la jurisprudencia del TEDH y por el TJUE³⁴. A pesar de lo señalado, la única mención al TEDH hecha en el texto de la Carta se encuentra en su preámbulo, donde se establece que “la presente Carta reafirma [...] los derechos que emanan, en particular [...] de la jurisprudencia del TJUE y del TEDH”.

Con base a esto es posible concluir que, como regla general y en virtud de la idea de dinamismo del Convenio, las interpretaciones del Tribunal de Estrasburgo deben ser respetadas como parte del mínimo garantizado por la Carta. No obstante, esto no puede implicar que la jurisprudencia previa del TEDH sea jurídicamente vinculante para el ordenamiento de la Unión en general –cuando se determine el sentido y el alcance que tienen los derechos reconocidos en la Carta-, y para el TJUE en particular –cuando se encargue de la interpretación y aplicación de este texto vinculante-; sobre todo, si tenemos en cuenta que las circunstancias que llevan al TEDH a interpretar un derecho humano en un litigio concreto pueden ser muy diferentes a las circunstancias que se den respecto al ordenamiento jurídico de la Unión Europea.

La idea de ausencia de vinculación jurídica de la jurisprudencia del TEDH se refuerza por el hecho de que los Tribunales internacionales no siguen la doctrina del precedente, así como por el hecho de que, mientras no se produzca la adhesión de la Unión al Convenio, no habrá una instancia por encima del TJUE que compruebe este respeto –en otras palabras, a falta de adhesión, aunque el TJUE no respete las interpretaciones del Convenio realizadas por el TEDH, su actuación no podrá ser objeto de recurso ante ninguna jurisdicción-.

2. La necesidad de someter el Derecho de la Unión a un control jurisdiccional externo.

Como se ha expuesto en los epígrafes anteriores, mediante el Tratado de Lisboa la Unión Europea decidió optar por la duplicidad de textos en materia de derechos humanos. Esta decisión fue adoptada por el legislador de la Unión, aun cuando era patente que su propio catálogo proporcionaba una protección que incluía, como mínimo, la del Convenio; y cuando la propia Unión Europea había afirmado que, pese a no haber ratificado el Convenio, este podía ser invocado como parte del Derecho de la Unión a efectos prácticos³⁵.

La cuestión de por qué la Unión Europea, mediante la nueva redacción del artículo 6 del TUE, no se conformó únicamente con atribuir fuerza jurídica vinculante a la Carta tiene una respuesta sencilla: con la adhesión al Convenio, la intención de la Unión Europea es someterse a sí misma, –y, en especial, a su Institución jurisdiccional-, a *un control judicial exterior en materia de derechos humanos*. Este control ha de ser ejercido por el

³⁴ Explicaciones a la Carta de Derechos Fundamentales, *D.O.U.E.*, C 303, de 14 de Diciembre de 2007, pág. 33, Título VII – Disposiciones generales que rigen la interpretación y la aplicación de la Carta.

³⁵ Deben recordarse las conclusiones del Abogado General JACOBS a propósito del asunto *Bosphorus*, donde afirma que “aunque el Convenio no pueda vincular formalmente a la Comunidad, a efectos prácticos el Convenio puede ser considerado como parte del Derecho comunitario y puede ser invocado como tal ante este Tribunal de Justicia y ante los Tribunales nacionales cuando esté en juego el Derecho comunitario” [Conclusiones *Bosphorus c. Minister for Transport*, C-84/95, EU:C:1996:179, punto 53].

TEDH, tribunal especializado con carácter exclusivo en la protección de estos derechos en el ámbito regional Europeo y que cuenta con más de sesenta años de experiencia en este sector.

La elección realizada por la Unión Europea de las dos opciones que se habían barajado como alternativas no debe considerarse sorprendente, especialmente, si tenemos en cuenta que es idéntica a la que han seguido todos sus Estados Miembros. La Unión, teniendo su propio catálogo de derechos fundamentales y un sistema judicial independiente encargado de protegerlo, decidió adherirse al Convenio y quedar sujeta a un control judicial externo; del mismo modo que todos sus Estados Miembros disponen en su ordenamiento jurídico de un catálogo propio de derechos fundamentales, así como de un sistema judicial que vela por su protección, y ello no les ha impedido ratificar el Convenio y quedar sujetos al control del TEDH.

El motivo que lleva a los Estados y a la Unión a querer ser Parte Contratante del Convenio no es dotar a sus ordenamientos jurídicos de multiplicidad de fuentes del derecho encargadas de regular los mismos aspectos –razón que todavía pierde más peso si tenemos en cuenta que sus propios textos constitucionales, por regla general, contienen una mejor protección de los derechos fundamentales, tanto cuantitativa como cualitativamente-. La razón de ser de la ratificación del Convenio es reforzar las garantías procesales que los ordenamientos jurídicos internos ponen a disposición de los particulares en materia de derechos humanos; y este refuerzo se logra mediante la concesión de una *última vía*, una *instancia* adicional ante la jurisdicción de Estrasburgo, que permita obtener la reparación de los derechos fundamentales vulnerados.

A ello debe añadirse que, como consecuencia de la adhesión, el Derecho de la Unión Europea *en su integridad* quedaría sujeto a la supervisión por parte del TEDH cuando cualquier disposición de este ordenamiento violara los derechos humanos reconocidos en el Convenio, incluidas aquellas materias sobre las que el TJUE carece de competencia, esto es, las previstas en los artículos 275 y 276 del TFUE³⁶ así como las disposiciones de derecho originario³⁷. No obstante, a propósito de las primeras, tal y

³⁶ Existen dos *límites concretos* impuestos a la competencia del TJUE en virtud de los artículos 275 y 276 del TFUE. En el primero se establece que el TJUE no será competente para pronunciarse sobre las disposiciones o actos en materia de la PESC –aunque sí podrá controlar la legalidad de las decisiones adoptadas por el Consejo estableciendo medidas restrictivas contra los particulares-. El segundo señala que el TJUE tampoco será competente respecto a las operaciones de la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado Miembro, ni sobre la responsabilidad de los Estados en materia de orden público y de salvaguardia de la seguridad interior. Estos límites se extienden a los derechos fundamentales, de modo que en el ámbito de las materias previstas en los artículos 275 y 276 del TFUE, el TJUE no es competente para controlar el respeto de los derechos humanos.

³⁷ La competencia del TJUE sobre el ordenamiento jurídico de la Unión está sujeta a un *límite general*: solo puede interpretar las normas de derecho originario, pero no puede decidir sobre la validez de las disposiciones de los Tratados de la Unión, la Carta de Derechos Fundamentales o los Principios Generales del Derecho –en cambio, cuando se trata de derecho derivado puede pronunciarse tanto sobre su interpretación como sobre su validez-. La diferencia existente entre el derecho originario y el derecho derivado implica que, ante una norma de derecho derivado que viole los derechos fundamentales, presentado el recurso oportuno, el TJUE podrá declarar inválida la disposición; por el contrario, frente a una norma de derecho originario que plantee dudas por ser contraria a los derechos fundamentales, si no

como se ha expuesto al hacer referencia al Dictamen 2/13, el TJUE ha considerado que la atribución de competencia al TEDH para pronunciarse sobre las presuntas violaciones del Convenio cometidas en el marco de la PESC es incompatible con los Tratados de la Unión, de modo que cuando el Consejo de Europa y la Unión Europea negocien la redacción de un nuevo Acuerdo de Adhesión deberán proporcionar una solución a este exigencia del TJUE que respete las características específicas del Derecho de la Unión y con la que muestren su conformidad el resto de Partes Contratantes del Convenio – puesto que dejar fuera del control del TEDH parcelas del ordenamiento jurídico de la Unión como es la PESC podría generar la oposición de los otros Estados que han de ratificar el Acuerdo-.

De acuerdo con esto, la protección actual de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea habría quedado notablemente mejorada con la ratificación del Convenio. El motivo de esta mejora es que la adhesión hubiera tenido importantes consecuencias procesales, en la medida en que con ella se habría introducido un nuevo instrumento para la defensa de los derechos humanos del que podrían haberse beneficiado, principalmente, aquellos cuya legitimación activa en el sistema judicial de la Unión es más restringida, esto es, los particulares, a favor de quienes se habría establecido un nuevo recurso a fin de que pudieran proteger en Estrasburgo sus derechos fundamentales frente a violaciones originadas en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea.

V. LA COMPETENCIA DEL TEDH SOBRE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA UNIÓN EN EL ESTADO ACTUAL.

1. La falta de competencia *rationae personae* del TEDH respecto a las Instituciones de la Unión.

De materializarse la adhesión de la Unión Europea, en tanto que esta pasaría a ser Parte Contratante del Convenio, tendría legitimación pasiva ante el TEDH y podrían presentarse demandas contra la misma. En cambio, mientras no se produzca la adhesión, la única vía posible para intentar demandar a la Unión Europea, y exigirle responsabilidad por la violación de derechos humanos originada en su ordenamiento jurídico, consiste en presentar la denuncia conjuntamente contra los 28 Estados Miembros de la Unión, puesto que todos son Partes Contratantes del Convenio. Como se desarrolla a continuación, esto fue intentado por primera vez en 1977 por la *Confédération Française Démocratique du Travail*, con resultados poco satisfactorios para la parte demandante.

es posible para el TJUE ofrecer una interpretación conforme, no podrá, por sí mismo, declarar la norma de derecho originario inválida, sino que deberá ponerlo en conocimiento de los Estados Miembros para que procedan a la revisión de los Tratados, utilizando, para ello, el mecanismo previsto en el artículo 48 del TUE [CORTÉS MARTÍN, J. M., “Sur l’adhésion à la CEDH et la sauvegarde de l’autonomie de l’ordre juridique de l’Union dans l’identification du défendeur pertinent: le mécanisme du codéfendeur”, en *Revue du Droit de l’Union Européenne*, n° 4, 2011, pág. 617].

Tras la inadmisión de las demandas presentadas ante el *Conseil d'État Français* y el TJUE, la *Confédération Française Démocratique du Travail* recurrió ante el TEDH por vulneración de sus derechos fundamentales en el seno de la CECA. La demanda se interpuso contra las *Comunidades Europeas*, pero, subsidiariamente, fueron señalados como demandados la *Colectividad de los Estados Miembros* y los *Estados Miembros a título individual*. La Comisión Europea de Derechos Humanos declaró inadmisibles las demandas argumentando respecto a los tres demandados señalados por la *Confédération Française*: respecto a las *Comunidades Europeas*, mantuvo que no eran Parte Contratante y, por tanto, la Comisión carecía de competencia *rationae personae* para conocer de la demanda; en el caso de la *Colectividad de los Estados Miembros*, en la medida en que no señaló a qué, exactamente, hacía referencia, la Comisión consideró que la demanda iba dirigida, en concreto, al *Consejo de las Comunidades Europeas*, sobre el cual estimó que tampoco tenía competencia *rationae personae*; por último, en cuanto a la demanda contra los *Estados Miembros a título individual*, concluyó la Comisión que no era competente *rationae personae* puesto que estos Estados, cuando participan en las decisiones del *Consejo de las Comunidades Europeas*, no actúan en ejercicio de su *jurisdicción* en el sentido del artículo primero del Convenio³⁸.

La falta de competencia *rationae personae* respecto a las Instituciones de la Unión ha sido defendida desde Estrasburgo en el asunto *Connolly*; en su resolución, el TEDH inadmitió la demanda interpuesta contra todos los Estados Miembros, basando su argumentación en el hecho de que los Estados no habían participado en ningún momento de las actuaciones de la Unión Europea. Bernard Connolly, empleado de la Comisión Europea, fue despedido por mala conducta. Frente a estos hechos recurrió ante el TJUE, pero su recurso fue desestimado. Posteriormente presentó demanda ante el TEDH alegando que las Instituciones de la Unión habían violado sus derechos fundamentales –en concreto, la Comisión y el TJUE-. Ante la imposibilidad de presentar la demanda contra la Unión Europea –puesto que carecía de legitimación pasiva-, Connolly señaló como demandados a los 15 Estados que, en el momento de la interposición de la demanda –el año 2001-, eran Miembros de la Unión. En su respuesta, el TEDH declaró inadmisibles las demandas, al considerar que no hubo intervención, ni directa ni indirecta, de los Estados Miembros ni de sus autoridades, que pudiera comprometer su responsabilidad respecto al Convenio y, en consecuencia, el asunto estaba fuera de la jurisdicción de las Partes Contratantes de acuerdo con el artículo primero del Convenio³⁹.

Es de destacar la opción a la que recurre el demandante interponiendo la demanda frente a todos los Estados de la Unión Europea; especialmente, si tenemos en cuenta que el Derecho de la Unión ha sido creado por los propios Estados Miembros y que, si bien no se trata de normas de producción interna, no deja de ser un derecho que forma parte de los ordenamientos jurídicos nacionales y, en este sentido, debería quedar sujeto al control del TEDH cuando las Partes Contratantes actúen en el ámbito de su jurisdicción.

³⁸ Com.E.D.H., *CFDT v. The European Communities and their Member States*, (nº 8030/77), de 10 de Julio de 1978, pág. 235, Fundamentos de Derecho 3 y ss.

³⁹ T.E.D.H., *Connolly v. 15 Member States of the European Union*, (nº 73274/01), de 9 de Diciembre de 2008, págs. 6 y ss.

Ahora bien, como indicó el TEDH este no fue el caso, ya que los Estados Miembros demandados no habían participado en las actuaciones de la Comisión y del TJUE –órganos de carácter supranacional por excelencia-, y el demandante no estuvo en ningún momento sujeto a la jurisdicción de los Estados Miembros –pues los hechos tuvieron lugar bajo la jurisdicción exclusiva de estas Instituciones de la Unión-⁴⁰.

Cuestión diferente sería si hubiera sido el Consejo Europeo o el Consejo de la Unión la Institución autora de las actuaciones que, presuntamente, violaron el Convenio –aunque es limitada la probabilidad de que esta hipótesis suceda, debido a las competencias que tienen atribuidas-. En tal caso, seguiría siendo la jurisdicción de la Unión Europea, pero con mayor participación de los Estados Miembros, en cuanto que se trata de órganos de carácter intergubernamental. No obstante, incluso en estos supuestos, el TEDH carecería de competencia *rationae personae* en cuanto que siguen siendo Instituciones de una organización supranacional que no es Parte Contratante del Convenio⁴¹.

Finalmente, existe la posibilidad de que una actuación de un Estado Miembro en aplicación del Derecho de la Unión Europea vulnere el Convenio; en este supuesto, nada excluye que la demanda se dirija contra todos los Estados de la Unión. No obstante, en la medida en que se busca el reconocimiento de la violación originada en una actuación concreta, lo lógico y habitual en la práctica es demandar tan solo al Estado Miembro autor de los hechos; al margen de que directa –p. ej., un Reglamento- o indirectamente –p. ej., una Directiva-, se cuestione el Derecho de la Unión. En estos casos, cuando la demanda se dirige contra un Estado Miembro de manera específica, el TEDH no puede eludir su competencia *rationae personae*; cuestión diferente será –tal y como se analiza a continuación- hasta dónde puede extenderse la competencia *rationae materiae* del TEDH para conocer de violaciones originadas en el marco del ordenamiento jurídico de la Unión mientras no se produzca la adhesión de esta organización supranacional al Convenio.

⁴⁰ Debe señalarse que esta forma de actuar ha sido mantenida por el TEDH no solo respecto a la Unión Europea, sino también a propósito de otras organizaciones internacionales, alegando que carecía de competencia *rationae personae* para conocer de actos cometidos por los órganos de la organización –aun cuando la demanda era presentada contra todos los Estados Parte de la misma-. En este sentido, destaca la sentencia *Boivin*, en la que se presentó una demanda contra la resolución del Tribunal Administrativo de la OIT que confirmaba la decisión de anular el nombramiento del demandado como trabajador de Eurocontrol; el TEDH inadmitió la demanda por entender que los Estados demandados no habían intervenido en la resolución del Tribunal de la OIT, afirmando que “el demandante no se encontraba dentro de la jurisdicción de los Estados demandados a efectos del artículo 1 del CEDH [...] por tanto, la violación del Convenio no puede atribuirse ni a Francia ni a Bélgica. A propósito de la responsabilidad de Eurocontrol, el TEDH observa que, en la medida en que esta organización internacional no es Parte Contratante del Convenio, no puede declararse su responsabilidad respecto al Convenio” [T.E.D.H., *Boivin v. 34 Member States of the Council of Europe*, (nº 73250/01), de 9 de Septiembre de 2008, especialmente, pág. 6].

⁴¹ En este sentido, en el asunto *CFDT*, la Comisión de Derechos Humanos declara “las Comunidades Europeas no son Parte Contratante del Convenio [...]. Por lo que el examen de las alegaciones del demandante queda fuera de la competencia *rationae personae* de la Comisión” [Com.E.D.H., *CFDT*, Fundamento de Derecho 3]. Por su parte, el TEDH reconoce en el caso *Matthews* que “los actos de la Comunidad Europea no pueden ser atacados como tales ante el Tribunal, ya que la Comunidad, en sí misma, no es una Parte Contratante” [T.E.D.H., *Matthews v. United Kingdom*, (nº 24833/94), de 18 de Febrero de 1999, punto 32].

2. La competencia *rationae materiae* del TEDH para pronunciarse sobre el Derecho de la Unión.

A pesar de que la Unión Europea no es y no ha sido nunca Parte Contratante del Convenio, el TEDH se ha pronunciado en distintas ocasiones sobre demandas que tenían por objeto el Derecho de la Unión. Si bien es cierto que, como se ha señalado, el TEDH carece de competencia *rationae personae* para conocer de demandas presentadas contra la Unión Europea como organización supranacional –y, en consecuencia, mientras no se produzca la adhesión no podrá condenarla cuando sus Instituciones violen los derechos reconocidos por el Convenio–; no lo es menos que las características especiales de su ordenamiento jurídico han permitido al TEDH declarar admisibles determinados asuntos en los que se cuestionaba una norma de Derecho de la Unión y cuyo demandado era un Estado Miembro.

En estos supuestos en que el Tribunal de Estrasburgo se ha considerado competente para conocer de la presunta violación de derechos humanos originada en el marco del Derecho de la Unión, aun cuando la Unión Europea no era Parte del Convenio, la admisión *rationae personae* de la demanda se produce por el hecho de que el Estado Miembro contra el que se interpone sí es Parte Contratante del Convenio; mientras que *rationae materiae*, el TEDH puede conocer del asunto porque las peculiaridades del Derecho de la Unión determinan que, tratándose de un ordenamiento jurídico de origen supranacional, este se integre en los ordenamientos jurídicos internos de sus Estados Miembros y forme parte de ellos.

Esta ha sido la postura seguida por el TEDH en las dos últimas décadas, declarando admisibles demandas en las que se alegaba una violación procedente del ordenamiento jurídico de la Unión Europea. Es posible pensar que, en estos supuestos, el Tribunal de Estrasburgo ha actuado motivado por el hecho de que *una fracción cada vez mayor* de los ordenamientos internos de 28 de sus 47 Partes Contratantes, es absorbida por el Derecho de la Unión y, en principio, queda fuera de su control. Aceptar que, desde el momento en que un Estado Miembro atribuye el ejercicio de competencias a la Unión, todos los actos que este adopte o realice por imposición del ordenamiento jurídico supranacional son excluidos del campo de aplicación del Convenio, puede generar *una laguna de dimensiones crecientes* en la protección de los derechos humanos dentro del ámbito regional europeo –esto es, en el interior del territorio que el TEDH vela por controlar⁴². A continuación se expone cómo ha fundamentado el Tribunal de Estrasburgo su competencia para conocer de estos asuntos.

⁴² A propósito de esto, son interesantes los argumentos que mantiene el demandante en el asunto *Bosphorus* [T.E.D.H., *Bosphorus c. Irlanda*, (nº 45036/98), de 30 de Junio de 2005, puntos 115 y ss., especialmente, punto 117 *in fine*].

En este sentido, JOSÉ MANUEL CORTÉS MARTÍN señala que el TEDH rechaza que los Estados Miembros sean considerados agentes de la Unión cuando ejecutan sus obligaciones impuestas por este ordenamiento “valoración posiblemente condicionada por la necesidad de otorgar la mayor efectividad posible a los derechos y libertades protegidos en el CEDH, tratando de lograr un nivel de protección equivalente cuando los Estados Parte transfieren competencias a una organización internacional” [CORTÉS MARTÍN, J. M., “Adhesión al CEDH y la autonomía del Derecho de la Unión: legitimación

A) La competencia del TEDH cuando las Partes Contratantes han transferido sus poderes a organizaciones internacionales.

El TEDH defendió, en un primer momento, que el Convenio no prohíbe a las Partes Contratantes la transferencia de competencias a organizaciones internacionales⁴³. Posteriormente, añadió que el Convenio debe ser interpretado de modo que haga posible la ampliación y la intensificación de la cooperación internacional y permita el buen funcionamiento de las organizaciones internacionales –en particular, el respeto de las obligaciones que las Partes Contratantes han asumido como miembros de estas-⁴⁴. No obstante, los órganos de las Partes Contratantes deben respetar en todas sus actuaciones los derechos humanos del Convenio –al margen de que actúen aplicando normas de derecho interno o cumpliendo con sus obligaciones internacionales-⁴⁵; el motivo de esto es que “el artículo primero del Convenio no diferencia en cuanto al tipo de norma o de medida que se cuestione, y no excluye ninguna parcela de la «jurisdicción» de las Partes Contratantes de los mecanismos de control previstos en el Convenio”⁴⁶.

Por ello, el TEDH se mantiene firme respecto a la idea de que los tratados internacionales que la Parte Contratante concluya *a posteriori*, no le eximirán de responsabilidad en caso de incumplimiento de las obligaciones que tiene en virtud del Convenio –aun cuando la Parte haya cedido sus competencias o el ejercicio de las mismas-. Esto debe entenderse así, pues de otro modo las garantías del Convenio podrían verse limitadas o excluidas y, en consecuencia, podrían quedar privadas de su carácter vinculante y de su naturaleza⁴⁷. El TEDH termina afirmando que, dado el objeto y la finalidad del Convenio –*i.e.*, la protección práctica y efectiva de los derechos humanos⁴⁸–, “la transferencia de competencias a una organización internacional no es incompatible con el Convenio siempre que, dentro de esta organización, los derechos fundamentales reciban una protección equivalente [a la ofrecida por el Convenio]”⁴⁹.

pasiva de la Unión y sus miembros y compatibilidad material”, en *Revista General de Derecho Europeo*, nº 22, 2010, pág. 14].

⁴³ Com.E.D.H., *M & Co. v. The Federal Republic of Germany*, (nº 13258/87), de 9 de Febrero de 1990, pág. 7.

En 2005, el TEDH incluye la no prohibición de ceder competencias a “organizaciones supranacionales”, haciendo de este modo referencia implícita a la Unión Europea. [T.E.D.H., *Bosphorus*, punto 152].

⁴⁴ T.E.D.H., *Beer et Regan c. Allemagne*, (nº 28934/95), de 18 de Febrero de 1999, punto 62.

⁴⁵ T.E.D.H., *Bosphorus*, punto 153.

⁴⁶ T.E.D.H., *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, (nº 19392/92), de 30 de Enero de 1998, punto 29.

⁴⁷ Com.E.D.H., *M & Co.*, pág. 7.

⁴⁸ T.E.D.H., *Soering v. The United Kingdom*, (nº 14038/88), de 7 de Julio de 1989.

⁴⁹ Com.E.D.H., *M & Co.*, pág. 7; y, Com.E.D.H., *Heinz v. Contracting States party to the European Patent Convention insofar as they are High Contracting Parties to the European Convention on Human Rights*, (nº 21090/92), de 10 de Enero de 1994, pág. 3.

Es interesante señalar ambas decisiones de la desaparecida Comisión Europea de Derechos Humanos ya que, en el asunto *M & Co.*, era la Unión –entonces las Comunidades Europeas- la organización internacional a la que una Parte Contratante había transferido sus competencias; mientras que en el asunto *Heinz*, la organización internacional que había recibido competencias soberanas de las Partes Contratantes era el Convenio sobre la Patente Europea.

Si bien en los dos supuestos, la Comisión de Derechos Humanos concluye que el mecanismo de control del Convenio carece de competencia *rationae materiae* sobre el asunto y declara las demandas

B) La actuación del TEDH en función del margen de apreciación que la norma de la Unión Europea deja a los Estados Miembros.

Partiendo de esta idea defendida por el TEDH, y atendiendo a las particularidades del Derecho de la Unión, al pronunciarse sobre una demanda cuyo origen sea una norma de este ordenamiento jurídico supranacional o que tenga por objeto una disposición del mismo, el TEDH distingue *en función del margen de apreciación* que la norma deja a los Estados Miembros. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que *el nombre* que recibe la disposición controvertida dentro del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico de la Unión Europea no predetermina la actuación del TEDH, sino que el Tribunal de Estrasburgo analiza, en virtud de las circunstancias del caso concreto, si la norma impone una obligación de actuar o concede la facultad de actuar discrecionalmente. Del examen de la jurisprudencia del TEDH es posible extraer los siguientes supuestos.

a) Cuando la organización internacional impone la obligación de actuar en determinado sentido.

Si las Partes Contratantes tienen la obligación de actuar de determinada manera por pertenecer a una organización internacional, lo único que puede hacer el TEDH es comprobar si dicha organización ofrece una protección de los derechos humanos equivalente a la del Convenio. En el caso de la Unión Europea, esta obligación se impone a los Estados Miembros habitualmente a través de los *reglamentos* –normas de derecho derivado-, pero también mediante las sentencias del TJUE cuyo contenido no deja otra opción al Estado si quiere respetar su deber de *cooperación leal* –impuesto en virtud del artículo 4.3 del TUE- así como mediante las sentencias del TJUE que tienen fuerza ejecutiva –siendo los Estados Miembros los responsables de su ejecución a fin de garantizar la eficacia del Derecho de la Unión⁵⁰-.

inadmisibles; en el caso de la Unión, reconoce expresamente que “el sistema jurídico de las Comunidades Europeas no solo garantiza los derechos fundamentales, sino que también proporciona un control de su cumplimiento”; mientras que, en el caso de la Patente Europea, la presunción de la protección equivalente en materia de derechos humanos *parece estar implícita* en la enumeración que realiza de las provisiones sustantivas y procesales que contiene el Convenio sobre la Patente Europea.

En el asunto *Matthews*, el TEDH mantendrá que “El Convenio no excluye la transferencia de competencias a organizaciones internacionales, siempre que los derechos garantizados por el Convenio sigan siendo «reconocidos». Tal transferencia no hace desaparecer la responsabilidad de los Estados miembros” [T.E.D.H., *Matthews*, punto 32].

⁵⁰ Esta fue la problemática que se planteó en el asunto *M & Co.* a raíz de la demanda presentada contra la República Federal de Alemania por violar el artículo 6 del Convenio. El origen de la presunta violación era el mandamiento de ejecución de una sentencia del TJUE emitido por los tribunales alemanes sin examinar, previamente, si en la misma se habían respetado las garantías procesales previstas en este artículo. Sin embargo, en este caso, la Comisión Europea de Derechos Humanos declaró inadmisibile el asunto y evitó entrar a pronunciarse sobre el fondo del mismo [Com.E.D.H., *M & Co. v. The Federal Republic of Germany*, (nº 13258/87), de 9 de Febrero de 1990].

En el litigio principal la Comisión Europea había impuesto a *M & Co* una multa por violar el artículo 85.1 del Tratado de la CE –actual artículo 101.1 del TFUE-, esta decisión de la Comisión Europea fue recurrida ante el TJUE, solicitando su anulación por vulnerar derechos procesales –p. ej., la Comisión era al mismo tiempo la acusación y la autoridad encargada de enjuiciar los hechos-. El TJUE desestimó el recurso, siendo las autoridades alemanas las encargadas de ejecutar la decisión [Sentencia, *Musique Diffusion française c. Comisión de las Comunidades Europeas*, C-100/80 a C-103/80, EU:C:1983:158].

En los supuestos en que las disposiciones de la Unión obligan a los Estados Miembros a actuar de determinada manera, el TEDH ha establecido la conocida como *presunción Bosphorus*⁵¹. En el asunto *Bosphorus*, tras el examen de las garantías sustantivas y procesales que ofrece la Unión Europea, el TEDH concluye que la *protección* de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico de la Unión es *equivalente* a la que ofrece el Convenio. Con base a esta premisa, señala que en el litigio concreto –teniendo en cuenta las circunstancias que rodearon el caso entre el Estado Irlandés y la S.A. *Bosphorus*– la protección que ofreció Irlanda al demandante no fue *manifiestamente insuficiente* y, en consecuencia, no ha sido desvirtuada la presunción de respeto del Convenio por el Estado demandado al aplicar las normas del Derecho de la Unión con carácter obligatorio.

M & Co intentó ante las diferentes instancias alemanas que la sentencia del TJUE no fuera ejecutada, alegando que esta violaba sus derechos fundamentales; no obstante, sus demandas fueron desestimadas. Ante la jurisdicción de Estrasburgo, *M & Co* demandó, no a las Instituciones de la Unión, sino al Estado Alemán. El motivo alegado fue que, al conceder automáticamente el mandamiento de ejecución a la sentencia del TJUE no se examinó si se había respetado el derecho a un proceso equitativo del artículo 6 del Convenio; en consecuencia, el demandante entendió que al conceder la ejecución a esta sentencia, el Estado Alemán “dio efecto a las violaciones alegadas, y, por tanto, violó él mismo estas disposiciones” [Com.E.D.H., *M & Co.*, pág. 6].

En su respuesta, la Comisión de Derechos Humanos declaró que el Convenio tiene como último objetivo que los derechos humanos sean protegidos de manera práctica y efectiva por las Partes Contratantes; por tanto, la transferencia de competencias soberanas a una organización internacional no es incompatible con el Convenio siempre que esta organización conceda a los derechos fundamentales *una protección equivalente a la del Convenio*. Asimismo, la Comisión consideró que “el sistema jurídico de las Comunidades Europeas no solo garantiza los derechos fundamentales, sino que, además, prevé un sistema para controlar que los mismos son respetados”; concluye que “sería contrario a permitir la transferencia de competencias a una organización internacional, mantener que los Estados Miembros son responsables de examinar, en cada caso individual y con carácter previo a conceder la orden de ejecución, si el artículo 6 del CEDH fue respetado en el procedimiento seguido ante el TJCE”. Con base a estos argumentos, la Comisión considera que se trata de una demanda incompatible *rationae materiae* con las previsiones del Convenio y la declara inadmisibles [Com.E.D.H., *M & Co.*, págs. 7 y 8].

En este asunto, el TEDH tuvo la ocasión de pronunciarse sobre el Derecho de la Unión sin poder declararse incompetente para conocer *rationae personae*, en la medida en que la demanda había sido presentada contra una Parte Contratante por sus actos. A este propósito, la Comisión de Derechos Humanos señala expresamente “la concesión de fuerza ejecutiva a una sentencia del TJCE, no significa que las autoridades alemanas hayan actuado como *cuasi-órganos* de las Comunidades Europeas y, por tanto, no deben quedar fuera del control previsto en el Convenio” [Com.E.D.H., *M & Co.*, pág. 6]. No obstante, Estrasburgo elude el examen de la cuestión sobre el fondo. Para sortear la polémica que generaría el análisis –e incluso la hipotética condena– de un ordenamiento que escapa a su jurisdicción, la Comisión se apoyó en la idea de posibilitar la transferencia de competencias a organizaciones internacionales y de facilitar la ejecución de las sentencias del TJUE sin demoras ni trámites adicionales – en cuanto que dio por sentado que la Unión concedía a los derechos fundamentales una protección equivalente a la del Convenio–. Años más tarde, tal y como se explica respecto al caso *Bosphorus*, el TEDH mantendrá esta presunción de protección equivalente pero con la peculiaridad de que lo realizará tras declarar admisibles las demandas y entrando a examinar el fondo del asunto.

⁵¹ Debe señalarse que esta presunción fue establecida por el TEDH en la primera ocasión en que declaró admisible y se pronunció sobre el fondo del asunto respecto a la aplicación del Derecho de la Unión realizada por los Estados Miembros cuando estos carecían completamente de margen de apreciación para actuar. Como se desarrolla en posteriores epígrafes de este trabajo, cuestión diferente fue la que dio origen al asunto *Matthews*, temporalmente anterior al caso *Bosphorus* pero en el que, a pesar de aplicar normas de derecho originario, el TEDH entendió que el Estado Miembro sí disponía de margen de actuación suficiente para no haber incurrido en una violación del Convenio.

La *presunción Bosphorus* implica que, aunque la Unión no se adhiera al Convenio y aunque el TEDH se declare competente para conocer de demandas contra los Estados Miembros cuando estos actuaron en cumplimiento de las obligaciones impuestas por el Derecho de la Unión; el Tribunal de Estrasburgo examinará el fondo del asunto pero considerará, salvo que se demuestre lo contrario, que no se ha incurrido en una violación de los derechos fundamentales previstos en el Convenio. Ahora bien, mediante *Bosphorus* se establece una presunción *iuris tantum* que se mantendrá cada vez que los Estados Miembros no dispongan de margen de apreciación cuando actúen en el marco del Derecho de la Unión Europea, pero siempre a condición de que persistan dos requisitos de manera acumulativa, a saber, que el ordenamiento jurídico de la Unión continúe ofreciendo una protección equivalente a la del Convenio y que de las circunstancias del caso concreto y de las específicas actuaciones del Estado demandado, pueda concluirse que no hubo ninguna disfunción de los mecanismos de control previstos en el Convenio para el respeto de los derechos fundamentales⁵². En ausencia de alguno de estos requisitos será admitida la prueba en contra de la presunción y, en consecuencia, se considerará que, aun aplicando estrictamente el Derecho de la Unión, el Estado Miembro ha incurrido en una violación del Convenio⁵³.

b) Cuando la organización internacional otorga la facultad de actuar discrecionalmente.

Si las normas de la organización internacional conceden a las Partes Contratantes del Convenio una *facultad de actuación discrecional*, el TEDH considera que tiene plena competencia para pronunciarse sobre las presuntas violaciones cometidas durante la ejecución de estas disposiciones. En el Derecho de la Unión, cabría pensar que son generalmente las directivas las que dejan cierto margen de apreciación a los Estados

⁵² Como ha mantenido el TEDH en *Bosphorus*, “cualquier presunción puede ser desvirtuada si, en las circunstancias del caso concreto, se considera que la protección de los derechos del Convenio fue manifiestamente insuficiente”, y añade que, de ser así, se entenderá que “el papel del Convenio como «instrumento constitucional del orden público europeo» en materia de derechos humanos prevalecerá sobre el interés de la cooperación internacional” [T.E.D.H., *Bosphorus*, punto 156 *in fine*].

Respecto a la sentencia *Bosphorus* y a la posterior sentencia en el asunto *Aristimuño* [T.E.D.H., *Aristimuño Mendizábal c. France*, (nº 51431/99) de 17 de Enero de 2006]; PEDRO TENORIO SÁNCHEZ señala que, con estas resoluciones, “el TEDH queda configurado como un órgano superior en el ámbito europeo para la protección de los derechos humanos y el Convenio alcanza rango super-constitucional” e interpreta que el Tribunal de Estrasburgo, mediante ambas sentencias “reconoce que el sistema de protección de los derechos de la Unión Europea alcanza un nivel de protección similar al del Convenio, si bien [...] se reserva la facultad de detectar casos particulares en que los derechos puedan no estar suficientemente garantizados” [TENORIO SÁNCHEZ, P., “Diálogo entre Tribunales y protección de los Derechos Fundamentales en el ámbito europeo”, *op. cit.* nota 18, pág. 25].

⁵³ TOBIAS LOCK explica que, mediante la sentencia *Bosphorus*, el TEDH ha introducido un test en dos fases; en la primera, examina si la organización internacional concede a los derechos fundamentales una protección equivalente a la del Convenio, de ser así aplica la presunción; en la segunda, se cuestiona si la presunción puede ser rechazada en el caso concreto debido a una protección manifiestamente insuficiente de los derechos humanos [“Beyond Bosphorus: the European Court of Human Rights’ Case law on the Responsibility of Member States of International Organisations under the European Convention on Human Rights”, en *Human Rights Law Review*, August 2010, pág. 530].

Miembros⁵⁴; sin embargo, como nos demuestra su jurisprudencia, el TEDH ha conocido de supuestos en los que la presunta violación tenía su origen en un instrumento diferente a las directivas.

El asunto *Cantoni* es claro ejemplo del margen de apreciación que el Tribunal de Estrasburgo entiende que las directivas de la Unión conceden a los Estados Miembros. En este caso presentado contra el Estado Francés, el TEDH se pronunció a propósito del artículo L. 511 del *Code de la Santé Publique* que, según la demandante, contenía una definición de *medicamento* muy imprecisa que dejaba amplio margen de apreciación a los tribunales y, en consecuencia, era contrario al artículo 7 del Convenio. Como defendió Francia, el artículo L. 511 “se inspira casi palabra por palabra en la Directiva Comunitaria 65/65” por tanto, “censurar el artículo L. 511 supondría censurar la Directiva 65/65”. A pesar de la equivalencia entre ambos textos, el TEDH se declaró competente para conocer –entendiendo que se estaba cuestionando una norma de derecho nacional francés-, y en su respuesta, estimó que la disposición objeto del litigio no era contraria al artículo 7 del Convenio⁵⁵.

En los asuntos *Van de Hurk* y *Procola*, los demandantes consideraron que la ejecución realizada en sus respectivos Estados Miembros de los Reglamentos del Consejo (CEE) n° 856/84 y 857/84 –a propósito de los excedentes lácteos-, violaba el artículo 6 del Convenio. El motivo de la presunta violación era que los órganos nacionales competentes para conocer de los recursos contra los actos de aplicación de estos Reglamentos no eran tribunales independientes e imparciales –en el caso de Holanda, el *College van Beroep voor het Bedrijfsleven*; en el caso de Luxemburgo, el *comité du contentieux du Conseil d’État*-. En ambos supuestos, el TEDH consideró que se había violado el Convenio, puesto que el órgano que conoció de los recursos no reunía las características que el artículo 6 del mismo exige a los *tribunales* –de modo que la implementación en el ámbito nacional de los Reglamentos de la Unión era contraria al texto del Consejo de Europa-⁵⁶.

⁵⁴ Sobre esto, sería interesante que el TEDH tuviera en consideración la notable diferencia entre las *directivas normales* y las conocidas como *directivas con disposiciones de carácter imperativo* a efectos de determinar la *facultad de actuación discrecional* que tienen los Estados Miembros –procede recordar que las *directivas de carácter imperativo* son aquellas que no otorgan al Estado total libertad de forma y medios para lograr los objetivos marcados en la Directiva, sino que les imponen el modo y/o las vías por los cuales estos objetivos han de cumplirse, de modo que la norma nacional que transpone la Directiva es, en realidad, equivalente al propio acto de la Unión y, por tanto, examinar la norma nacional implica hacer un análisis del Derecho de la Unión Europea-. Esto nos lleva a concluir que las *directivas con disposiciones de carácter imperativo* habría que incluirlas en aquellos supuestos en que la organización internacional impone la obligación de actuar en determinado sentido y no, en cambio, en los supuestos en que la organización internacional otorga la facultad de actuar discrecionalmente.

A propósito de esta cuestión, JOSÉ MANUEL CORTÉS MARTÍN indica que los Estados Miembros tienen la obligación de actuar en determinado sentido también respecto a las *directivas tan detalladas que provocan que el margen de apreciación del Estado desaparezca* [CORTÉS MARTÍN, J. M., “Sur l’adhésion à la CEDH et la sauvegarde de l’autonomie de l’ordre juridique de l’Union...”, *op. cit.* nota 37, pág. 628].

⁵⁵ T.E.D.H., *Cantoni c. France*, (n° 17862/91), de 15 de Noviembre de 1996, en particular, puntos 30 y 28, respectivamente.

⁵⁶ T.E.D.H., *Van de Hurk c. Pays Bas*, (n° 16034/90), de 19 de Abril de 1994; y, T.E.D.H., *Procola v. Luxembourg*, (n° 14570/89), de 28 de Septiembre de 1995.

Por último en el caso *Société Colas Est*, se pone de manifiesto una interpretación divergente realizada por el TEDH y el TJUE en materia de derechos fundamentales. En 1989, con el asunto *Hoechst*, el TJUE mantuvo que el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio no podía extenderse a las personas jurídicas –oficinas y locales comerciales-⁵⁷. En el momento en que el TJUE dicta esta sentencia, el TEDH todavía no se había pronunciado sobre una cuestión *idéntica* a la del litigio ante el TJUE⁵⁸. No obstante, en 1992, el TEDH conoce de un asunto *idéntico* y considera que el término *domicilio* del artículo 8 del Convenio tiene una connotación más amplia que la noción *casa* y, por tanto, puede englobar, entre otros, las oficinas y los locales comerciales de una profesión liberal⁵⁹. Posteriormente, en un caso en materia de competencia, el TJUE consideró que la evolución jurisprudencial del TEDH sobre la aplicación del artículo 8 del Convenio no debía tener incidencia sobre el ordenamiento jurídico de la Unión ni sobre la continuidad de la jurisprudencia del TJUE en el asunto *Hoechst*⁶⁰.

Volviendo al asunto *Société Colas Est*, ante el TEDH las personas jurídicas que actúan como demandantes alegan que el Estado Francés no ha respetado su derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio al realizar registros sin ninguna autorización judicial –siendo posteriormente condenadas, sobre la base de los documentos incautados en las oficinas, por realizar prácticas prohibidas por el derecho de la competencia-. En su respuesta, el TEDH incluye el respeto del domicilio de una sociedad en el artículo 8 del Convenio y considera que la injerencia cometida por las autoridades francesas no estaba justificada. Con base a esto, concluye el Tribunal que Francia ha violado el Convenio, aun cuando se trataba de un asunto de derecho de la competencia –sujeto, fundamentalmente, al ordenamiento de la Unión- y existía jurisprudencia previa del TJUE en la que se establecía que este derecho fundamental no podía extenderse a las personas jurídicas en materia de competencia⁶¹. En este caso, si bien el Estado Francés no aplicaba directamente normas de Derecho de la Unión, su margen de apreciación estaba en la posibilidad de elegir una de las dos jurisprudencias divergentes: la de Estrasburgo o la de Luxemburgo; optando, finalmente, por extender la

Debe añadirse que en el asunto *Procola* el *comité du contentieux du Conseil d'État* elevó cuestión prejudicial de interpretación al TJUE, a propósito del artículo 40.3 del TCEE, y, posteriormente, resolvió el litigio principal con base a la respuesta dada por el Tribunal de Luxemburgo [Sentencia *Klensch / Secrétaire d'État*, C-201/85 y 202/85, EU:C:1986:439]. Aunque la respuesta del TJUE no tiene incidencia alguna sobre la violación alegada ante el TEDH, el hecho de que el TJUE responda a la duda prejudicial indica que, de acuerdo con el Derecho de la Unión, el *comité du contentieux du Conseil d'État* sí que reunía los requisitos necesarios para ser un órgano jurisdiccional con capacidad de plantear cuestiones prejudiciales [T.E.D.H., *Procola*, puntos 9 y 10].

⁵⁷ Sentencia *Hoechst c. Comisión*, 46/87 y 227/88, EU:C:1989:337, apartados 17 y ss.

⁵⁸ El TEDH se había pronunciado sobre una cuestión semejante, pero no idéntica, en 1989. En el litigio *Hoechst*, ante el TJUE, se había violado el domicilio de una empresa, como persona jurídica; mientras que, en el litigio *Chappell*, ante el TEDH, el registro se realizó en la casa de una persona física que era, simultáneamente, el lugar de las oficinas de una sociedad que ella misma controlaba [T.E.D.H., *Chappell c. Royaume Uni*, (nº 10461/83), de 30 de Marzo de 1989].

⁵⁹ T.E.D.H., *Niemietz v. Germany*, (nº 13710/88), de 16 de Diciembre de 1992, punto 30.

⁶⁰ Sentencia *Limburgse Vinyl Maatschappij NV y otros c. Comisión*, T-305/94, T-307/94, T-313/94 a T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 y T-335/94, EU:T:1999:80, apartados 417 y ss.

⁶¹ T.E.D.H., *Société Colas Est et autres c. France*, (nº 37971/97), de 16 de Abril de 2002.

interpretación realizada por el TJUE de la noción *domicilio en el ámbito del derecho de la competencia* al aplicar las normas reguladoras de la materia en su ordenamiento jurídico.

Es posible señalar otros supuestos de la casuística de Estrasburgo en los que se considera que el Derecho de la Unión concede a sus Estados Miembros la facultad de actuar discrecionalmente y, en consecuencia, que es competente para conocer de las presuntas violaciones cometidas por las Partes Contratantes –aun cuando estas han actuado en aplicación de un ordenamiento jurídico que, mientras no se materialice la adhesión de la Unión Europea al Convenio, escapa de la jurisdicción del TEDH⁶².

c) La situación del derecho originario de la Unión Europea en el examen realizado por el TEDH.

Respecto al derecho derivado, la regla general es que, mientras los reglamentos de la Unión imponen a los Estados Miembros la obligación de actuar de determinada manera, las directivas les conceden la facultad de actuar discrecionalmente. No obstante, es necesario concretar en cuál de los dos supuestos deben integrarse las normas de derecho originario a efectos de que el TEDH proceda al examen del Derecho de la Unión. A propósito de las normas de derecho originario se pronunció el TEDH en el asunto *Matthews* en 1999; si bien es cierto que la sentencia *Matthews* es anterior al asunto *Bosphorus*, debe tomarse como punto de partida la imposibilidad de aplicar la *presunción Bosphorus* respecto a las violaciones del Convenio procedentes de disposiciones de derecho originario⁶³.

En el caso *Matthews*, el TEDH concluye que el Reino Unido, al no organizar elecciones al Parlamento Europeo en Gibraltar, violó el artículo 3 del Protocolo nº 1 del Convenio. Según el TEDH, el Reino Unido actuó aplicando dos normas con valor de derecho originario: el Acta de 1976, *estableciendo la elección de los representantes al Parlamento Europeo por sufragio universal directo* y el Tratado de Maastricht, mediante el cual se ampliaron las competencias del Parlamento Europeo –ambos textos son calificados por el TEDH como Tratados que no pueden ser impugnados ante el TJUE [a propósito de esto, *vid.* nota de pág. 26]-.

Si bien es cierto que las normas de derecho originario cuestionadas, en principio, imponen obligaciones que los Estados Miembros deben cumplir sin tener ningún margen de apreciación; no es menos cierta la consideración que realiza el TEDH al estimar que “el Reino Unido, junto al resto de Partes del Tratado de Maastricht, es responsable *rationae materiae*, con base al artículo 1 del Convenio y, en particular, del

⁶² En este sentido, las siguientes sentencias deben ser citadas a título de ejemplo, T.E.D.H., *Hornsby v. Greece*, (nº 18357/91), de 19 de Marzo de 1997; T.E.D.H., *Pafitis and others v. Greece*, (nº 20323/92), de 26 de Febrero de 1998; T.E.D.H., *S.A. Dangeville c. France*, (nº 36677/97), de 16 de Abril de 2002.

⁶³ Considera TOBIAS LOCK que el hecho de que no pueda recurrirse ante el TJUE contra las normas de derecho originario es la principal razón por la que la *presunción Bosphorus* no se extiende a este tipo de disposiciones [LOCK, T., “Beyond Bosphorus: the European Court of Human Rights’ Case law...”, *op. cit.* nota 53, pág. 538].

artículo 3 del Protocolo nº1, de las consecuencias de este Tratado”⁶⁴. De modo que, según esta afirmación, aunque la violación tenga su origen en normas de Derecho de la Unión, el TEDH dispone de competencia *rationae personae* para conocer de las demandas presentadas contra los Estados Miembros cuando se trata de disposiciones de derecho originario, en la medida en que estas son consecuencia directa de las negociaciones entre los gobiernos de los Estados Miembros en el seno de las Conferencias Intergubernamentales.

En el presente caso, el Reino Unido privó a la residente en Gibraltar “de toda posibilidad de expresar su opinión sobre la elección de los miembros del Parlamento Europeo”⁶⁵, aun cuando ninguna disposición impedía al Reino Unido organizar elecciones al Parlamento Europeo en las que participaran los residentes en Gibraltar. Por tanto, el origen de la violación no era el contenido de una disposición de derecho originario que obligara a actuar de determinada manera; sino que, a pesar de que esta disposición *no obligaba a no organizar elecciones* al Parlamento Europeo en determinadas regiones, el Reino Unido *no se ocupó de prever su organización* para que pudieran votar los residentes en Gibraltar. El motivo por el cual el Reino Unido actúa de esta manera fue que entendió que el Parlamento Europeo, en cuanto que era una Institución de la Unión Europea, no quedaba cubierto por el supuesto de hecho del artículo 3 del Protocolo nº 1 –por tanto, la violación del derecho humano en este supuesto fue negligencia directa de la omisión cometida por el propio Estado Miembro-.

De lo anterior es posible concluir que, debido al contenido de las normas de derecho originario cuestionado, el caso *Matthews* no puede incluirse entre los supuestos de disposiciones que imponen a los Estados Miembros una obligación, sino todo lo contrario, las normas de la Unión que son objeto del litigio conceden un margen de apreciación a los Estados, permitiéndoles actuar discrecionalmente. Ahora bien, esto viene motivado por las circunstancias particulares de los hechos, de modo que siempre es necesario tener en cuenta el texto de la norma que está detrás de la presunta violación –sea esta de derecho originario o derivado-, a fin de ver si obliga al Estado Miembro a actuar de ese modo o, en cambio, no le impone tal obligación y, en consecuencia, no le impide actuar conforme al Convenio⁶⁶.

En el caso *Matthews*, no era la norma de derecho originario la que violó el Convenio, sino el modo en que, respecto a esta norma, había actuado discrecionalmente el Reino Unido; por tanto, era suficiente con presentar la demanda frente a este Estado. Al

⁶⁴ T.E.D.H., *Matthews*, punto 33.

⁶⁵ *Ibid.*, punto 64.

⁶⁶ JOSÉ MANUEL CORTÉS MARTÍN explica que, “según la doctrina de los órganos de control del CEDH es el Estado miembro el que debe responder del ilícito porque fue el ejercicio de su margen de apreciación el que produjo la violación del Convenio [...] la misma doctrina del margen de apreciación pensamos que puede extraerse del asunto *Matthews*, porque con la extensión de los poderes legislativos del Parlamento Europeo a través del procedimiento de codecisión establecido por el Tratado de Maastricht, este país debería haber enmendado su legislación para asegurar el derecho libre de elecciones, algo que el Acta relativa a la elección de los representantes del PE por sufragio universal directo no le impedía” [CORTÉS MARTÍN, J. M., “Adhesión al CEDH y la autonomía del Derecho de la Unión...”, *op. cit.* nota 42, pág. 15].

mantener en el citado asunto que los Estados Miembros son responsables *rationae materiae* de las violaciones derivadas de los Tratados de la Unión, el TEDH da a entender que tendría plena competencia para conocer de los litigios originados como consecuencia de estas disposiciones, sin estar obligado a examinar el margen de apreciación que las mismas conceden a los Estados de la Unión.

No obstante, a pesar de esta afirmación, todavía existe una cuestión que no queda clara con este litigio: la relativa a la legitimación pasiva. En otras palabras, la jurisprudencia de Estrasburgo no ha precisado si, en el estado actual –esto es, mientras no se produzca la adhesión–, cuando una disposición del Convenio sea violada por normas de derecho originario, es suficiente señalar como demandado a un Estado Miembro o, por el contrario, será necesario presentar la demanda contra los 28 Estados que integran en estos momentos la Unión Europea, en la medida en que estos son los *maîtres des Traités*⁶⁷.

C) Posición del TEDH respecto a las normas de la Unión Europea de contenido obligatorio: detrás y más allá de la presunción *Bosphorus*.

Tal y como se ha explicado a propósito de los asuntos en que la organización internacional impone la obligación de actuar en determinado sentido, el TEDH ha adoptado la *presunción Bosphorus* para los supuestos en que se ve forzado a examinar las normas de Derecho de la Unión que no conceden a los Estados Miembros una *facultad de actuación discrecional*. Para comprender mejor qué hay detrás y más allá del establecimiento de esta teoría respecto a las normas de cualquier organización internacional en la que se integren las Partes Contratantes del Convenio –en particular, respecto a las que proceden del ordenamiento jurídico de la Unión–, es necesario, tras explicar las principales características de este *leading case* del TEDH, resolver dos cuestiones: por qué se adopta la *presunción Bosphorus* y qué futuro le espera a esta presunción.

a) La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea según el TEDH: el asunto *Bosphorus*.

Mediante la sentencia *Bosphorus*, el TEDH ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre el respeto de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico de la Unión. En su resolución, tras el examen de este ordenamiento jurídico supranacional la Gran Sala de Estrasburgo concluye que “en tales circunstancias [...] la protección de los derechos fundamentales ofrecida por el Derecho de la Unión es, y era en el momento de los hechos, «*equivalente*»⁶⁸ [...] a aquella garantizada por el mecanismo del Convenio”⁶⁹.

⁶⁷ Si bien el TEDH no lo ha concretado, para hacer factible la administración de justicia en estos supuestos no debería ser necesario demandar a todos los Estados Miembros –puesto que ello exige agotar la vía interna de 28 Partes Contratantes–, sino que debería aceptarse la presentación de la demanda contra un Estado Miembro –y, en consecuencia, que únicamente se agote la vía interna respecto al mismo–, sin perjuicio de que el resto de Estados Miembros, e incluso la propia Unión Europea, intervengan en calidad de terceros ante el TEDH y presenten sus observaciones en el marco del litigio.

⁶⁸ Por protección *equivalente* el TEDH entiende que implica conceder a los derechos fundamentales –a sus garantías sustantivas y a los mecanismos de control de su observancia– una protección que califica de

Ahora bien, el TEDH mantiene que “la constatación de una «protección *equivalente*» de este tipo no podrá ser definitiva, y debe poder ser reexaminada a la luz de cualquier cambio relevante en la protección de los derechos fundamentales”⁷⁰.

Hechos que motivaron la demanda contra el Estado Irlandés por su aplicación del derecho derivado de la Unión Europea.

En el litigio ante el TEDH, la Sociedad Anónima turca *Bosphorus* denunció a Irlanda por la aplicación del Reglamento de la Unión que implementaba la resolución de Naciones Unidas sobre la retención de todas las aeronaves cuyo interés mayoritario fuera de personas o empresas yugoslavas⁷¹; aplicando este Reglamento, Irlanda retuvo en su territorio, durante casi tres años, la aeronave alquilada por la S.A. *Bosphorus* a la compañía aérea nacional de Yugoslavia. El demandante alegó ante el TEDH que Irlanda había aplicado el Reglamento de la Unión de manera discrecional y había vulnerado el derecho al respeto de sus bienes reconocido en el artículo primero del Protocolo adicional nº 1 al Convenio.

Razonamiento del TEDH para declararse competente y examinar el sistema jurídico de la Unión Europea.

En primer lugar, a propósito de la existencia de *jurisdicción* de una Parte Contratante del Convenio, el TEDH considera que los hechos tuvieron lugar bajo la jurisdicción de Irlanda. Esta afirmación se mantiene por el Tribunal de Estrasburgo a pesar de que el Estado Irlandés actuó aplicando un Reglamento de la Unión Europea –norma que no deja ningún margen de apreciación– y aunque concurría la circunstancia adicional de que el asunto había sido objeto de cuestión prejudicial ante el TJUE⁷² –y la *Supreme Court* de Irlanda, al decidir sobre el litigio principal, aplicó estrictamente la respuesta dada por el Tribunal de Luxemburgo⁷³-. Con base a esto, el Tribunal de Estrasburgo considera que la demanda presentada por la S.A. *Bosphorus* es compatible *rationae loci*,

“comparable” y añade que “toda exigencia de protección «*idéntica*» por parte de la organización puede ir en contra del interés de la cooperación internacional que se persigue” [T.E.D.H., *Bosphorus*, punto 155].

⁶⁹ T.E.D.H., *Bosphorus*, punto 165.

⁷⁰ *Ibid.*, punto 155.

⁷¹ La Resolución 820 (1993), de 17 de Abril de 1993, del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, donde se enuncia que los Estados debían retener todas las aeronaves de su territorio en las que una persona o una sociedad de la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) tuviese un interés preponderante. Esta resolución fue puesta en práctica por el Consejo de la Unión mediante el Reglamento (CEE) nº 990/93, de 26 de Abril de 1993, relativo al comercio entre la Comunidad Económica Europea y la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro).

⁷² En la respuesta prejudicial, el TJUE estimó que el artículo 8 del Reglamento (CEE) nº 990/93 debía aplicarse a una aeronave cuyo propietario fuera una persona física con sede en Yugoslavia, aunque estuviera arrendada a otra persona física con sede en otro Estado; conforme a esta interpretación, procedía la retención de la aeronave alquilada por la S.A. *Bosphorus* [Sentencia *Bosphorus c. Minister for Transport*, C-84/95, EU:C:1996:312, apartado 27].

⁷³ Debe destacarse que el demandante había agotado completamente todas las vías de recurso previstas para la reparación de sus derechos fundamentales, no solo a nivel nacional –como se exige en virtud del artículo 35 del Convenio–; sino también a nivel supranacional –ya que el TJUE se había pronunciado sobre las normas controvertidas, aun cuando este pronunciamiento no era necesario para agotar la vía interna y recurrir ante el TEDH contra la actuación del Estado Irlandés–.

personae y materiae con el Convenio y, en consecuencia, que procede analizar si la actuación de Irlanda ha violado el Protocolo adicional nº 1.

En segundo lugar, el TEDH examina si el derecho al respeto de los bienes de la S.A. *Bosphorus* ha sido violado. El Tribunal es consciente de que la actuación de Irlanda ha sido motivada por un Reglamento de la Unión –el cual se caracteriza por su alcance general, por la obligatoriedad en todos sus elementos y por su aplicabilidad directa en cada Estado Miembro sin necesidad de norma de transposición-. Asimismo, el TEDH estima que la normativa irlandesa de ejecución consiste en meras cuestiones administrativas, las cuales no tienen incidencia alguna sobre la legalidad de la retención practicada a la aeronave alquilada por *Bosphorus*. Añade el TEDH que, al resolver el litigio principal, la *Supreme Court* de Irlanda no tenía ningún poder de apreciación tras la sentencia del TJUE en respuesta a la cuestión prejudicial, ya que su interpretación del Reglamento de la Unión controvertido determinaba claramente cuál debía ser la resolución del asunto planteado ante el tribunal irlandés.

La conclusión del TEDH es que las autoridades irlandesas actuaron en cumplimiento de las obligaciones legales que les impone el Derecho de la Unión⁷⁴. Dado que el motivo por el cual se adoptaron las medidas impugnadas fue la pertenencia de Irlanda a la Unión Europea, el TEDH se encarga de analizar “si puede presumirse que el Estado Irlandés ha respetado las exigencias del Convenio”⁷⁵. Para ello, aun careciendo de competencia sobre el ordenamiento jurídico de la Unión –en especial, en supuestos como el que es objeto de estudio, en el que el Estado Miembro actuó sin margen de apreciación-, y tras afirmar que si se considera que la organización ofrece una *protección equivalente* “se presumirá que un Estado respeta las exigencias del Convenio cuando lo único que hace es ejecutar las obligaciones legales derivadas de su pertenencia a la organización”⁷⁶; el TEDH examina *si existe la presunción* de que el Derecho de la Unión Europea otorga a los derechos fundamentales una protección equivalente a la prevista en el Convenio⁷⁷.

⁷⁴ T.E.D.H., *Bosphorus*, puntos 145 y ss., especialmente, punto 148.

⁷⁵ *Ibid.*, punto 158.

⁷⁶ *Ibid.*, punto 156.

⁷⁷ En concreto, el TEDH en el asunto *Bosphorus* analiza y se pronuncia sobre *la adecuación del sistema jurisdiccional de la Unión en materia de derechos fundamentales*, a fin de concluir si existe presunción de cumplimiento del Convenio en el momento de los hechos, esto es, a fin de verificar si la Unión Europea proporcionaba una protección equivalente a la del Convenio en materia de derechos humanos.

En su examen, el TEDH mantiene que, desde el punto de vista material, la Unión reconoce los derechos fundamentales y los respeta; asimismo, defiende que para la protección de estos derechos el TJUE se inspira en las disposiciones del Convenio y en la jurisprudencia de Estrasburgo. Sin embargo, el TEDH declara que “la efectividad de las garantías materiales de los derechos fundamentales depende de los mecanismos de control establecidos para asegurar su respeto” [T.E.D.H., *Bosphorus*, punto 160]. Y, con base a los argumentos de fondo que se exponen a continuación, el TEDH fundamenta la aptitud del sistema jurisdiccional de la Unión para la protección de los derechos humanos y ello le conduce a formular la *presunción Bosphorus* a favor de la Unión Europea.

En primer lugar, considera que las personas físicas y jurídicas tienen restringido el acceso al TJUE. Sin embargo, los recursos que pueden ejercer las Instituciones de la Unión o los Estados Miembros ante el TJUE “constituyen un importante control del respeto de las normas comunitarias que beneficia indirectamente a los particulares”, y añade que los particulares están legitimados para plantear recurso por responsabilidad extracontractual de las Instituciones [T.E.D.H., *Bosphorus*, puntos 162 y 163].

b) Motivos que determinan la adopción de la presunción Bosphorus por el TEDH.

Para comprender por qué se adopta la *presunción Bosphorus* debemos partir de que, por regla general, los reglamentos de la Unión y las sentencias del TJUE son los que imponen obligaciones a los Estados Miembros; de modo que, el autor directo de las mismas son las Instituciones de la Unión Europea –en particular, la Comisión, el Parlamento, el Consejo o el TJUE-. Ante la imposibilidad *rationae personae* del TEDH de conocer de demandas presentadas contra la Unión Europea –como sujeto de Derecho Internacional-, solo cabe admitir estas demandas cuando se presentan contra alguno o algunos de sus Estados Miembros –puesto que son Partes Contratantes del Convenio y el TEDH sí dispone de competencia *rationae personae* respecto a ellos-.

Ahora bien, mientras no se produzca la adhesión de la Unión Europea al Convenio, nunca podrá cuestionarse directamente la norma o resolución de Derecho de la Unión, tampoco cuando esta sea aplicable sin que intervengan los Estados Miembros –en la medida en que el TEDH no tiene competencia *rationae materiae* sobre el ordenamiento jurídico de la Unión Europea-. Necesariamente, el objeto de la demanda debe ser la puesta en práctica realizada por el Estado Miembro de la obligación que impone el Derecho de la Unión –recayendo la competencia *rationae materiae* del TEDH sobre los actos de las autoridades del Estado demandado-.

No obstante, como el Estado Miembro se limita a cumplir estrictamente con la obligación contenida en la norma o resolución, el TEDH, de forma inevitable, debe examinar la disposición del Derecho de la Unión Europea que ha dado origen a la presunta violación. En otras palabras, el TEDH controla el respeto del Convenio en el ámbito del ordenamiento jurídico de la Unión de manera *indirecta* gracias a la intermediación de los Estados Miembros; para ello, la responsabilidad del Estado tiene su razón de ser en el hecho de haber atribuido competencia a la Unión para adoptar la norma o resolución objeto del litigio⁷⁸.

En segundo lugar, destaca el TEDH la importancia de las jurisdicciones nacionales de los Estados Miembros de la Unión –mediante las cuales, se ofrece a los particulares una vía para reclamar las presuntas violaciones-. Asimismo, reconoce que el papel de los tribunales nacionales se ha visto beneficiado por la aplicabilidad directa de los Reglamentos, la remisión prejudicial y el desarrollo por el TJUE de las nociones de *primacía*, *efecto directo*, *efecto indirecto* y *responsabilidad del Estado*.

En tercer lugar, estima el TEDH que, aunque son las jurisdicciones nacionales las que actúan, el TJUE conserva la facultad de controlar la aplicación que estas realizan del Derecho de la Unión –incluyendo las garantías de los derechos fundamentales-; este control se lleva a cabo mediante las cuestiones prejudiciales, que pueden ser determinantes en la resolución del procedimiento interno. Resalta el Tribunal de Estrasburgo que, en el procedimiento prejudicial ante el TJUE, los particulares que son parte en el litigio principal están legitimados para presentar sus observaciones. Finalmente, el TEDH recuerda que todos los tribunales nacionales de los Estados Miembros funcionan dentro de sistemas en los que el Convenio es parte del ordenamiento jurídico [T.E.D.H., *Bosphorus*, punto 164].

⁷⁸ CORTÉS MARTÍN, J. M., “Sur l’adhésion à la CEDH et la sauvegarde de l’autonomie de l’ordre juridique de l’Union...”, *op. cit.* nota 37, págs. 621 y 634.

Considera JOSÉ MANUEL CORTÉS MARTÍN que el fundamento por el que se atribuye a los Estados Miembros el hecho ilícito cuando actuaron por obligación del Derecho de la Unión “parece estar basado en la falta de control de las actividades de la organización”, el ilícito en que incurren los Estados Miembros como Partes Contratantes consiste en “atribuir competencias a la organización sin asegurarse de que las ejercería de forma compatible con las obligaciones internacionales de aquellos, en este caso,

Posiblemente, siendo consciente de la *competencia forzada* que se atribuye para conocer de estos asuntos, el TEDH actúa con deferencia respecto al ordenamiento jurídico de la Unión y, en consecuencia, fija la presunción de que este ordenamiento supranacional concede a los derechos humanos una protección equivalente a la que exigen las disposiciones del Convenio. Por tanto, a pesar de que el TEDH se pronuncia sobre el Derecho de la Unión, realmente no examina con profundidad las normas o resoluciones de la Unión Europea –sino que se limita a hacer un análisis *in abstracto* de la protección ofrecida por el ordenamiento jurídico de la Unión, en particular, de las garantías que el sistema jurisdiccional de la Unión Europea prevé para a tutela de los derechos fundamentales-.

Para que se realice un análisis a fondo del ordenamiento jurídico de la Unión desde Estrasburgo –es decir, un examen *in concreto* de la norma o resolución que dio origen a la controversia-, será necesario, bien que se invierta la presunción de protección equivalente –situación de difícil concurrencia mientras se mantenga el estado actual de protección de los derechos fundamentales, recientemente reforzada en virtud de las reformas operadas por el Tratado de Lisboa-; o bien, que el TEDH tenga auténtica competencia *rationae personae* y *rationae materiae* sobre el Derecho de la Unión –cosa que solo se logrará tras la adhesión de la Unión Europea al Convenio-⁷⁹.

c) Bosphorus: una presunción que todavía no ha sido desvirtuada.

Tras la sentencia dictada en el asunto *Bosphorus*, el Tribunal de Estrasburgo ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre presuntas violaciones de derechos humanos originadas en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, sin que, hasta la fecha, se haya desvirtuado la presunción de protección equivalente reconocida a favor del Derecho de la Unión.

En el asunto *M.S.S. c. Bélgica y otros* es demandado el Estado Belga por sus actuaciones en aplicación del Reglamento “Dublin”⁸⁰. En este caso el TEDH considera que Bélgica violó el artículo 3 del Convenio por deportar al demandante a Grecia – Estado responsable de examinar la solicitud de asilo- aun cuando no existían garantías de que las autoridades griegas iban a realizar un examen detallado de su solicitud. Es cierto que en el litigio principal Bélgica actuó en aplicación de una norma de Derecho de la Unión que no deja margen de apreciación a sus Estados Miembros, sin embargo, el Tribunal de Estrasburgo entra a conocer del fondo del asunto utilizando como

las obligaciones dimanantes del CEDH”. [J. M. CORTÉS MARTÍN, “Adhesión al CEDH y la autonomía del Derecho de la Unión...”, *op. cit.* nota 42, pág. 7].

⁷⁹ TOBIAS LOCK resume en dos las razones por las que el TEDH adopta la *presunción Bosphorus*, a saber, evitar un conflicto con el TJUE –intentando mostrarle cierto respeto o cortesía- y reconocer que la Unión Europea no está jurídicamente vinculada por el Convenio –puesto que, en cualquier caso, son los Estados Miembros quienes serán declarados responsables en Estrasburgo y no la propia Unión- [LOCK, T., “EU Accession to the ECHR, Implications for Judicial Review in Strasbourg”, en *European Law Review*, n° 35, December 2010, págs. 797 y ss.].

⁸⁰ Reglamento (CE) n° 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de la solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país.

argumento que “la presunción de protección equivalente no es de aplicación en este caso”⁸¹.

El TEDH no desvirtúa la presunción y tampoco cuestiona que la protección de los derechos fundamentales ofrecida por el ordenamiento jurídico de la Unión Europea haya dejado de ser equivalente a la del sistema del Convenio. No obstante, el Tribunal entiende que la presunción *Bosphorus* no es aplicable en el caso concreto ya que, sobre la base de la “cláusula de soberanía”, el Reglamento permitía a Bélgica examinar la solicitud de asilo aunque ello no le correspondiera según los criterios establecidos. Esta facultad reconocida en el Reglamento constituye, en realidad, una excepción a la regla general que prevé el examen por parte del Estado responsable; sin embargo, a partir de ella el TEDH deduce que las autoridades belgas podían haberse abstenido de trasladar al demandante de considerar que Grecia no garantizaba el respeto de los derechos previstos en el Convenio⁸².

Aunque el Estado Miembro, en principio, carecía de margen de apreciación y debía ceñirse a lo establecido en el Reglamento, esta norma del ordenamiento jurídico de la Unión le concedía la facultad de decidir sobre hacer uso o no de la “cláusula de soberanía” y, en consecuencia, Bélgica disponía de discrecionalidad en sus actuaciones para actuar respetando los derechos reconocidos en el Convenio –siendo esto una muestra más de que el Tribunal de Estrasburgo, en su jurisprudencia, concreta la existencia de margen de apreciación atendiendo a las circunstancias del caso concreto-. El razonamiento seguido por el TEDH en el asunto *M.S.S.* determina que el origen de la violación no se encuentra en el Derecho de la Unión –cuya compatibilidad con el Convenio no es cuestionada en ningún momento- sino en la aplicación que el Estado Miembro ha realizado del mismo. El motivo de esto es que la oficina de extranjería belga se limitó a aplicar la regla general del Reglamento “Dublin”, sin plantearse la posibilidad de hacer uso de la excepción prevista en el mismo que le permitía no trasladar la persona a Grecia⁸³ y, por tanto, no incurrir en una violación del artículo 3 del Convenio.

También posterior al establecimiento de la presunción *Bosphorus* es el caso *Michaud c. Francia*, de 6 de diciembre de 2012. En *Michaud* el Estado Francés es demandado por la transposición a su ordenamiento jurídico de las Directivas de la Unión Europea sobre prevención del uso del sistema financiero para el blanqueo de capitales, entendiéndose que suponía una violación del artículo 8 del Convenio –en concreto, en la medida en que se exige a los abogados franceses el deber de notificar sospechas de blanqueo de capitales por parte de sus clientes y ello afecta al secreto profesional que ha de regir en la relación abogado-cliente-⁸⁴. El TEDH se cuestiona si procede aplicar la presunción de

⁸¹ T.E.D.H., *M.S.S. v. Belgium and Greece*, (nº 30696/09), de 21 de Enero de 2011, punto 340.

⁸² T.E.D.H., *M.S.S.*, puntos 339 y 340.

⁸³ T.E.D.H., *M.S.S.*, puntos 351 y 352.

⁸⁴ Si bien es cierto que el demandante también alegó la violación del artículo 7 del Convenio, por considerar que la normativa francesa incumplía el principio de seguridad jurídica al utilizar términos imprecisos y generales –en particular “notificar sospechas” y “diligencia debida”-; así como del artículo 6 del Convenio, por entender que el deber que se le imponía era incompatible con el derecho de los clientes a no declarar contra sí mismos y a la presunción de inocencia; ambas alegaciones fueron declaradas

protección equivalente y señala que el asunto se diferencia del caso *Bosphorus* en dos aspectos: mientras que en *Bosphorus* Irlanda actuaba sin ningún margen de apreciación, pues no solo aplicaba un Reglamento, sino que además debía seguir la interpretación del mismo realizada por el TJUE en respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo Irlandés; en *Michaud*, Francia disponía de margen de apreciación, pues las Directivas únicamente son obligatorias en cuanto al resultado a alcanzar y no estaba vinculada por la jurisprudencia de Luxemburgo al no existir interpretación del TJUE sobre las disposiciones controvertidas.

Es de especial relevancia este segundo aspecto relativo a la cuestión prejudicial, en cuanto que el demandante solicitó que fuera planteada y el Consejo de Estado Francés se negó a ello. En este caso, el TEDH no analiza si la negativa a elevar cuestión prejudicial constituye, en sí misma, una violación del derecho a la tutela judicial efectiva⁸⁵, sino que, recordando la doctrina establecida en el asunto *Bosphorus*, mantiene que para aplicar la presunción de protección equivalente es necesario que se haya hecho uso de todos los instrumentos procesales que el ordenamiento jurídico de la Unión prevé para controlar el respeto de los derechos humanos. De modo que, en la medida en que el TJUE no tuvo la oportunidad de examinar las Directivas que originaron la controversia y de pronunciarse sobre su compatibilidad con el artículo 8 del Convenio, el sistema de supervisión de la Unión Europea no fue utilizado íntegramente en el caso concreto y no cabe aplicar la presunción *Bosphorus*⁸⁶. Estos son los motivos que justifican que el TEDH proceda a examinar el fondo del asunto.

Ahora bien, tal y como sucedía en el asunto *M.S.S.*, ello no significa que el TEDH desvirtúe la presunción de protección equivalente reconocida a favor de la Unión Europea, sino todo lo contrario: la mantiene vigente con carácter general y afirma que no es posible aplicarla en este caso concreto debido a las actuaciones llevadas a cabo por el Estado Francés. Esto es, en ningún momento el TEDH cuestiona que el ordenamiento jurídico de la Unión Europea haya dejado de ofrecer una protección de los derechos humanos equivalente a la del sistema del Convenio; sin embargo, la presunción no puede aplicarse cuando el Estado demandado no ha utilizado el recurso a la cuestión prejudicial, máxime cuando el TJUE todavía no ha tenido la ocasión de

inadmisibles por el TEDH puesto que en ninguno de los dos casos el demandante podía ser considerado víctima de la presunta violación en el sentido del artículo 34 del Convenio [T.E.D.H., *Michaud c. France*, (nº 12323/11), de 9 de Diciembre de 2012, puntos 133 y 134].

⁸⁵ Debe señalarse que el demandante no incluyó entre sus alegaciones ante el TEDH que el hecho de desestimar su solicitud de cuestión prejudicial violaba su derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por el artículo 6 del Convenio. No obstante, sobre esto ya se ha pronunciado el Tribunal de Estrasburgo, manteniendo que las características de la cuestión prejudicial son, *en principio*, compatibles con el artículo 6 del CEDH, que no existe un derecho absoluto a que un asunto se someta prejudicialmente al TJUE y que el rechazo arbitrario a la solicitud de elevar cuestión prejudicial puede infringir el derecho a un proceso justo [Entre otras, T.E.D.H., *Grifhorst c. France*, (nº 28336/02), de 7 de Septiembre de 2006, pág. 16; T.E.D.H., *Ullens, de Schooten et Rezabek c. Belgique*, (nº 3989/07 y nº 38353/07), de 20 de Septiembre de 2011, puntos 57 y ss., especialmente, punto 60, donde se interpreta *rechazo arbitrario* como la negativa a elevar cuestión prejudicial cuando las normas no prevén excepción al reenvío, cuando se fundamente en razones diferentes a las previstas en las normas que permiten su excepción, y cuando la negativa a elevar cuestión prejudicial no haya sido debidamente motivada].

⁸⁶ T.E.D.H., *Michaud*, puntos 114-115.

pronunciarse sobre la compatibilidad de la disposición con el derecho fundamental presuntamente violado⁸⁷.

En el caso *Povse v. Austria* también es cuestionado el Derecho de la Unión Europea ante el TEDH, no obstante, a diferencia de lo que sucede en los dos asuntos anteriores, el Tribunal declaró la demanda como inadmisibile tras considerar que sí debía aplicarse la presunción de protección equivalente ofrecida por el ordenamiento jurídico de la Unión⁸⁸. En este asunto el TEDH sigue el mismo esquema que en *Bosphorus*: reconoce que las autoridades austríacas carecían de margen de apreciación y se limitaron a cumplir estrictamente con las obligaciones impuestas por el Derecho de la Unión – puesto que actuaban en aplicación del Reglamento Bruselas II *bis*⁸⁹ y el TJUE se había pronunciado prejudicialmente sobre el asunto⁹⁰– entiende que es de aplicación la presunción *Bosphorus* y concluye que de las circunstancias del caso concreto no es posible desvirtuar la presunción de protección equivalente ofrecida por el ordenamiento jurídico de la Unión Europea –puesto que nada cabía objetar de la actuación del Estado Austríaco y, adicionalmente, correspondía a los demandantes reivindicar la tutela de sus derechos ante los tribunales italianos mediante la interposición del recurso oportuno⁹¹.

d) Problemas derivados de la aplicación de la presunción *Bosphorus*.

Aunque puede pensarse que la *presunción Bosphorus* beneficia al ordenamiento jurídico de la Unión, no es exactamente así, y el establecimiento de esta teoría por el TEDH plantea nuevos problemas que hacen más necesaria la adhesión de la Unión Europea al Convenio.

⁸⁷ Recuérdese que el tercer motivo por el cual el TEDH había defendido en *Bosphorus* la adecuación del sistema jurisdiccional de la Unión en materia de derechos fundamentales era la facultad del TEDH de controlar la aplicación que los tribunales nacionales realizan del Derecho de la Unión mediante las cuestiones prejudiciales [v. nota 77].

⁸⁸ En el caso *Povse* se cuestiona la ejecución directa –sin examinar el fondo del asunto– por parte del Estado austriaco de una orden de restitución de menores dictada por la jurisdicción italiana, al considerar que esta ejecución sin *exequatur* adoptada sobre la base del Reglamento Bruselas II *bis* viola el derecho al respeto de la vida privada y familiar reconocido en el artículo 8 del Convenio [T.E.D.H., *Povse v. Austria*, (nº 3890/11), de 18 de junio de 2013].

⁸⁹ Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

⁹⁰ Sentencia *Povse*, C-211/10 PPU, EU:C:2010:400.

⁹¹ T.E.D.H., *Povse*, puntos 77 y ss.

Posteriormente al caso *Povse* el TEDH mantuvo la presunción *Bosphorus* respecto al ordenamiento jurídico de la Unión Europea en la sentencia *Avotiņš c. Lettonie*. En la misma el demandante alegaba la violación del artículo 6 del Convenio por la concesión del *exequatur* a una resolución chipriota que no había sido notificada en tiempo suficiente para llevar a cabo la defensa [T.E.D.H., *Avotiņš c. Lettonie*, (nº 17502/07), de 25 de Febrero de 2014]. Es interesante destacar este asunto, que actualmente está siendo objeto de reexamen por la Gran Sala del TEDH, puesto que existen motivos para pensar que la presunción de protección equivalente podría ser desvirtuada en esta ocasión con el pronunciamiento de la Gran Sala, especialmente tras la negativa a la adhesión de la Unión Europea al Convenio manifestada mediante el Dictamen 2/13 del TJUE [el asunto fue remitido ante la Gran Sala el 8 de Septiembre de 2014 a petición del demandante, teniendo lugar la audiencia en Estrasburgo el pasado 8 de abril de 2015].

Los primeros problemas fueron señalados en la Opinión Concordante a la sentencia *Bosphorus* presentada por seis jueces del TEDH. En esta Opinión, los jueces indicaron que el Tribunal, en su análisis de los párrafos 159 a 164 de la sentencia, había realizado un “examen general *in abstracto* del sistema comunitario”, y consideraron que todos los Estados Parte del Convenio habrían podido reivindicar las características de este examen. Asimismo, estimaron que la *presunción Bosphorus* entrañaba el riesgo de establecer un doble estándar en la aplicación del Convenio: de un lado, el nivel de protección que se exige a las Partes Contratantes que son Estados Miembros de la Unión y, de otro lado, el nivel de protección impuesto a las Partes que son Estados Terceros respecto a la Unión Europea⁹².

Del mismo modo, mediante Opinión Concordante, el juez alemán GEORG RESS consideró que deberían haber sido mejor desarrollados los argumentos que llevaron al TEDH a afirmar que *no hubo ninguna disfunción de los mecanismos de control de los derechos humanos del Convenio*, así como que la protección de estos derechos *no era manifiestamente insuficiente*, ya que, solo de ese modo, se hubiera evitado dar la impresión de que los Estados Miembros de la Unión quedaban sujetos a “un sistema diferente y más indulgente en materia de protección de los derechos humanos”. No obstante, el juez alemán termina afirmando que, en realidad, el grado de control ejercido por el TEDH es el mismo para todas las Partes Contratantes, sean o no miembros de la Unión Europea⁹³.

La doctrina también ha destacado otros problemas derivados de la *presunción Bosphorus*, en la medida en que esta teoría no deja de ser un *parche* a la falta de competencia *rationae personae* del TEDH respecto a las demandas presentadas contra la Unión por normas o resoluciones originadas en sus Instituciones. En este sentido, una presunción *iuris tantum* aparentemente beneficiosa para la Unión Europea como es la establecida mediante el asunto *Bosphorus*, puede terminar perjudicando a tres grupos diferentes de sujetos.

En primer lugar, perjudica a los Estados que son Miembros de la Unión, puesto que se aplica después de acusarles por un acto –norma o resolución- del que en realidad no son responsables⁹⁴; sin que el verdadero responsable, la Unión Europea, pueda ser demandado en Estrasburgo. Además, los Gobiernos nacionales de los Estados Miembros están obligados a defender ante el TEDH un acto del que no son directamente autores –e, incluso, quizá estuvieron en contra de su adopción-⁹⁵.

⁹² *Opinion Concordante Commune à M. ROZAKIS, MME TULKENS, M. TRAJA, MME BOTOCHAROVA, M. ZAGREBELSKY, M. GARLICKI, juges*, en T.E.D.H., *Bosphorus*, págs. 43 y ss., puntos 3 y 4.

⁹³ *Opinion Concordante de M. le Juge RESS*, en T.E.D.H., *Bosphorus*, págs. 46 y ss., punto 4.

⁹⁴ GRAGL, P., “Accession Revisited: Will Fundamental Rights Protection Trump the European Union’s Legal Autonomy?”, en BENEDEK, W., BENOÎT-ROHMER, F., KARL, W. y NOWAK, M. (dir.), *European Yearbook on Human Rights*, ed. NWV, 2011, pág. 164. Añade PAUL GRAGL que acusar a los Estados Miembros por esto es “ilógico y políticamente delicado”.

⁹⁵ CORTÉS MARTÍN, J. M., “Adhesión al CEDH y la autonomía del Derecho de la Unión...”, *op. cit.* nota 42, pág. 7. Quien considera que la atribución del ilícito a los Estados Miembros en estos asuntos “ha representado una solución jurídicamente delicada para la Unión”.

En segundo lugar, afecta a la propia Unión Europea, puesto que los órganos de control del Convenio examinan su ordenamiento jurídico careciendo la organización supranacional de representación en estos órganos⁹⁶ –esto es, sin que haya como mínimo un juez a título de la Unión en el TEDH, que conozca a fondo las características especiales de este ordenamiento jurídico y que informe al resto de jueces sobre sus particularidades-. Además, la Unión Europea únicamente puede participar en el litigio como *amicus curiae*⁹⁷, siempre previa invitación del TEDH para intervenir como tercero en pro de una buena administración de justicia –como hizo, precisamente, en el asunto *Bosphorus*-.

En tercer y último lugar, esta teoría también perjudica a las Partes Contratantes que no pertenecen a la Unión Europea, puesto que con la presunción *Bosphorus* se establece una diferencia de trato difícil de justificar⁹⁸. Esto es debido al hecho de que concede, a la vista del resto de Partes Contratantes, un trato privilegiado a favor de los Estados Miembros de la Unión Europea en todas las demandas que tengan como protagonistas normas o resoluciones del Derecho de la Unión que impongan a estos Estados la obligación de actuar de determinada manera.

No obstante, si bien la afirmación realizada en el párrafo anterior no deja de ser cierta, debe recordarse que el TEDH no limita este tipo de presunción al ordenamiento jurídico de la Unión Europea, sino que permite su aplicación respecto a cualquier otra organización internacional –al margen de quienes sean las Partes Contratantes del Convenio que hayan ratificado el Tratado de la otra organización-⁹⁹. Ello es así en la medida en que el propio TEDH ha defendido que deben respetarse todas las obligaciones internacionales asumidas por las Partes Contratantes en virtud de otros tratados internacionales, sin obstaculizar la ampliación e intensificación de la cooperación internacional¹⁰⁰.

⁹⁶ CORTÉS MARTÍN, J. M., “Adhesión al CEDH y la autonomía del Derecho de la Unión...”, *op. cit.* nota 42, pág. 7; DE SCHUTTER, O., “L’adhésion de l’Union européenne à la Convention européenne des droits de l’homme: feuille de route de la négociation”, en *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, n° 83, Juillet 2010, pág. 545. OLIVIER DE SCHUTTER califica esta solución consistente en llevar a cabo un control indirecto mediante la responsabilidad de los Estados Miembros como “un último recurso, insatisfactorio por muchas razones”.

⁹⁷ CORTÉS MARTÍN, J. M., “Adhesión al CEDH y la autonomía del Derecho de la Unión...”, *op. cit.* nota 42, pág. 7.

⁹⁸ DE SCHUTTER, O., “L’adhésion de l’Union européenne à la Convention européenne des droits de l’homme...”, *op. cit.* nota 96, pág. 546.

⁹⁹ CORTÉS MARTÍN, J. M., “Sur l’adhésion à la CEDH et la sauvegarde de l’autonomie de l’ordre juridique de l’Union...”, *op. cit.* nota 37, pág. 629, nota de página n° 58.

Aunque JOSÉ MANUEL CORTÉS MARTÍN considera que la *presunción Bosphorus* no es “una doctrina privativa del TEDH hacia la Unión”, mantiene que “no cabe duda de que representa una sensibilidad de esta Alta jurisdicción hacia las peculiaridades de este proceso de integración” y que esto “puede justificarse entre jurisdicciones supremas que garantizan de manera independiente el respeto de los mismos derechos” [CORTÉS MARTÍN, J. M., “Adhesión al CEDH y la autonomía del Derecho de la Unión...”, *op. cit.* nota 42, pág. 8].

¹⁰⁰ T.E.D.H., *Bosphorus*, punto 108.

e) El carácter insostenible de la presunción Bosphorus al margen de que se produzca o no la adhesión de la Unión Europea al Convenio.

Como consecuencia de los motivos expuestos en los párrafos anteriores, los autores coinciden en señalar que la *presunción Bosphorus* está condenada a desaparecer de producirse la adhesión de la Unión Europea al Convenio¹⁰¹. Sin embargo, atendiendo a la situación actual –en que la adhesión parece poco probable–, también resulta difícil intentar sostener esta teoría de manera indefinida.

De no materializarse la adhesión al Convenio, la teoría de la protección equivalente no podrá mantenerse a largo plazo debido a los peligros que la misma entraña. Así, a pesar de que no se excluye la aplicación de la *presunción Bosphorus* a otras organizaciones internacionales, de momento, la principal beneficiada por la aplicación de esta teoría es la Unión Europea y, por tanto, todos sus Estados Miembros. Esto podría generar recelos entre los Estados que son Parte del Convenio pero no son miembros de la Unión, debido al trato privilegiado que determinadas parcelas de los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros de esta organización supranacional reciben en virtud de la presunción objeto de análisis. Adicionalmente, procede señalar que, como consecuencia de la *presunción Bosphorus*, se exime al ordenamiento jurídico de la Unión de un auténtico control *in concreto* desde las Salas de Estrasburgo, quedando este limitado a meros controles *in abstracto*.

En cambio, si tuviera lugar la adhesión de la Unión Europea al Convenio, desaparecerían las razones por las que mantener la presunción respecto al ordenamiento jurídico de la Unión, –a no ser que, con carácter general, la misma se extendiera a todas las Partes del Convenio y en todos los supuestos, hipótesis alejada de convertirse en

¹⁰¹ En este sentido, TOBIAS LOCK, “es dudoso si esta presunción seguirá siendo justificable después de la adhesión. La adhesión de la UE al CEDH concederá una base jurídica sólida para la revisión de las presuntas violaciones de derechos humanos cometidas por órganos de la UE”, “[mantener la presunción] privaría al TEDH de una gran cantidad de casos planteados dentro de la UE [...] además conduciría a un trato desigual de las diferentes partes del CEDH, privilegiando a la UE” [LOCK, T., “The ECJ and the ECtHR: The Future Relationship...”, *op. cit.* nota 33, pág. 395]; OLIVIER DE SCHUTTER, “después de que la Unión se adhiera al Convenio Europeo de Derechos Humanos, la anomalía que resulta de *Bosphorus* no tendrá ninguna razón para perdurar, garantizando a la Unión Europea una posición privilegiada” [DE SCHUTTER, O., “L’adhésion de l’Union européenne à la Convention européenne des droits de l’homme...”, *op. cit.* nota 96, pág. 546]; JOSÉ MANUEL CORTÉS MARTÍN, “aunque esta doctrina muestra una deferencia especial hacia las particularidades de este proceso de integración para evitar posicionar a un Estado Miembro frente a obligaciones internacionales contradictorias, su continuidad, una vez que la UE se haya adherido al CEDH, parece muy dudosa”, “esta doctrina conduce a una diferencia de trato difícil de justificar entre el ordenamiento jurídico de la UE y los de los Estados parte del CEDH terceros a la UE, lo que sugiere que su desaparición no está excluida después de que la adhesión sea efectiva” [CORTÉS MARTÍN, J. M., “Sur l’adhésion à la CEDH et la sauvegarde de l’autonomie de l’ordre juridique de l’Union...”, *op. cit.* nota 37, pág. 629 y nota de página nº 58]; PAUL GRAGL, “El Acuerdo de Adhesión persigue levantar «el velo de la organización» de la Unión Europea tras el cual los Estados Miembros se han escondido exitosamente, como la sentencia *Bosphorus* [...] demostró: Hasta que la UE no haya accedido al Convenio, los Estados Miembros de la UE (cuando implementen el Derecho de la Unión) no serán responsables de las violaciones del Convenio mientras la Unión proteja los derechos fundamentales de una manera equivalente a la del Convenio” [GRAGL, P., “A Giant Leap for European Human Rights?...”, *op. cit.* nota 33, pág. 1].

realidad-. El motivo por el que no sería necesario conservar la presunción de protección equivalente tras la adhesión es que el TEDH se convertiría en competente, *rationae personae* y *rationae materiae*, para conocer directamente de los actos producidos por las Instituciones de la Unión; por tanto, podría realizar con completa legitimidad exámenes *in concreto* del ordenamiento jurídico de la Unión Europea¹⁰².

VI. CONCLUSIÓN

Tras la exposición desarrollada, queda patente la necesidad de que se retomen las negociaciones entre el Consejo de Europa y la Unión Europea destinadas a redactar un nuevo Proyecto de Acuerdo de Adhesión que respete las exigencias establecidas por el TJUE en su Dictamen 2/13. En el estado actual, la ratificación por parte de la Unión Europea de este Tratado Internacional no se presenta como una opción, sino como una necesidad de obligatorio cumplimiento y, en este sentido, lo prevé el artículo 6.2 del TUE, al mantener que la Unión *se adherirá* al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Es cierto que la Unión Europea dispone de su propio catálogo de derechos fundamentales: la Carta, y que las disposiciones de este texto han pasado a adquirir en el ordenamiento jurídico de la Unión el mismo valor que los Tratados; la relevancia de este reconocimiento radica en la posibilidad de recurrir al sistema jurisdiccional de la Unión –integrado por tribunales nacionales y supranacionales– para recabar la tutela de los derechos previstos en la misma. Adicionalmente, considerar los derechos fundamentales del Convenio y los derivados de las tradiciones constitucionales comunes como Principios Generales del Derecho de la Unión es importante para facilitar la adaptación de estos derechos a los avances de la sociedad; pudiendo realizarse su actualización mediante la jurisprudencia del TJUE, sin tener que revisar el texto de la Carta. Sin embargo, para una completa protección de los derechos humanos en el marco del ordenamiento jurídico de la Unión continúa siendo necesario que esta organización supranacional se adhiera al Convenio.

¹⁰² TOBIAS LOCK, en relación con las dos razones por las que considera que fue adoptada la *presunción Bosphorus* [vid. nota de pág. 68], señala que, después de que la Unión se haya adherido al Convenio, estos dos motivos dejarán de justificar la aplicación de la presunción. El TEDH podrá examinar las resoluciones del TJUE –como un tribunal nacional más–, la Unión Europea podrá ser parte demandada ante el TEDH –y no solo los Estados Miembros–. A esto añade el autor que, de mantenerse la presunción tras la adhesión, las otras Partes Contratantes del Convenio “podrían reclamar que merecen recibir un trato similar, ya que sus tribunales constitucionales ofrecen una « protección equivalente »”; y, yendo un paso más allá observa que estas Partes Contratantes “podrían exigir un abandono explícito de esta jurisprudencia [la doctrina *Bosphorus*] en el Tratado de Adhesión, amenazando, en caso contrario, con negarse a ratificarlo” [“EU Accession to the ECHR, Implications for Judicial Review in Strasbourg”, *op. cit.* nota 79, pág. 798].

A propósito de la última idea de TOBIAS LOCK procede indicar que en las disposiciones del Proyecto de Acuerdo de Adhesión desechado por el TJUE no se incluía referencia alguna al abandono explícito de la jurisprudencia *Bosphorus*. No obstante, nada excluye que esta idea surja en futuras negociaciones entre la Unión y el resto de Partes Contratantes, encaminadas a hacer posible la adhesión de la Unión Europea al Convenio.

Tal y como se ha explicado, la adhesión de la Unión Europea al Convenio no es imprescindible desde el punto de vista material, puesto que la Carta prevé mayor número de derechos fundamentales que el Convenio y, además, establece el *principio de homogeneidad* con el que garantiza una protección, como mínimo, equivalente a la del texto del Consejo de Europa –incluyendo las interpretaciones realizadas por el TEDH, aunque no sean jurídicamente vinculantes-. Sin embargo, desde el punto de vista procesal la ratificación de este Tratado Internacional en materia de derechos humanos sí que se plantea como necesaria, a fin de someter a la Unión Europea –en general- y a su Institución jurisdiccional –en particular- al control exterior del Tribunal de Estrasburgo. Ahora bien, del estudio que se ha realizado sobre la jurisprudencia del TEDH, es posible concluir que la necesidad procesal de la adhesión está parcialmente cubierta, puesto que hay supuestos en los que el Tribunal de Estrasburgo se ha pronunciado sobre el ordenamiento jurídico de la Unión. Así, aunque la Unión Europea no es Parte Contratante del Convenio, el TEDH se ha declarado competente para conocer de demandas cuyo objeto eran normas de Derecho de la Unión –evitando, en la medida de lo posible, que las competencias atribuidas por los Estados Miembros a la Unión Europea excluyeran del control de Estrasburgo fracciones cada vez mayores de los ordenamientos jurídicos de las Partes Contratantes-.

Esto supone que, en el estado actual, la necesidad procesal de la adhesión está cubierta cuando los Estados actúan con cierto margen de apreciación al aplicar las normas de Derecho de la Unión y cuando la presunta violación de los derechos humanos tiene su origen en una disposición de derecho originario. En el primer supuesto, la casuística de Estrasburgo demuestra que no solo son las directivas las que conceden a los Estados Miembros la facultad de actuar discrecionalmente, sino que la existencia de margen de apreciación la concreta el TEDH atendiendo a las circunstancias del caso concreto. En el segundo supuesto, si bien la jurisprudencia de Estrasburgo no lo ha precisado, para hacer factible la administración de justicia debería aceptarse la demanda presentada solo contra un Estado Miembro –y agotando únicamente la vía interna del mismo-, sin perjuicio de que el resto de Estados Miembros, o la propia Unión Europea, intervengan en calidad de terceros ante el TEDH.

No obstante, en el estado actual, la adhesión de esta organización supranacional al Convenio sigue siendo necesaria desde el punto de vista procesal por dos motivos. En primer lugar, por la falta de competencia del TEDH sobre las Instituciones de la Unión; en estos supuestos, el Tribunal de Estrasburgo siempre se ha declarado incompetente *rationae personae* para conocer de demandas presentadas contra presuntas violaciones causadas por Instituciones, órganos u organismos de la Unión Europea en el ejercicio de sus funciones.

En segundo lugar por el carácter insatisfactorio e insostenible de la presunción Bosphorus. En las demandas interpuestas contra un Estado Miembro cuyo objeto eran disposiciones de la Unión que obligaban a actuar de determinada manera, el TEDH sí que ha conocido de los actos de aplicación realizados por los Estados e, indirectamente, ha controlado el ordenamiento jurídico de la Unión. Para estos supuestos el TEDH ha establecido la *presunción Bosphorus*, entendiéndose que la Unión concede a los derechos

humanos una protección equivalente a la que exige el Convenio; sin embargo, dada la dificultad de invertir esta presunción *iuris tantum*, el TEDH solo ha analizado *in abstracto* las disposiciones del ordenamiento jurídico de la Unión, sin examinar el fondo de un modo satisfactorio. Asimismo, la *presunción Bosphorus* no puede sostenerse indefinidamente –se ratifique o no el Convenio– ya que su aplicación perjudica a los Estados Miembros, a la Unión Europea y al resto de Partes Contratantes del Convenio que no pertenecen a esta organización supranacional.

Estos argumentos nos llevan a concluir que, tras el Dictamen 2/13 del TJUE, la adhesión al Convenio por parte la Unión Europea sigue siendo una cuestión pendiente, puesto que solo mediante su ratificación esta organización supranacional que cada vez asume el ejercicio de mayores competencias podrá ofrecer a los destinatarios de su ordenamiento jurídico una íntegra protección de sus derechos fundamentales.