

# Un paso más hacia la estabilización de las relaciones interordinamentales en Europa: la incorporación de la UE al CEDH\*

*Luis I. Gordillo Pérez*

Profesor de Derecho Constitucional  
Universidad de Deusto

## RESUMEN:

La existencia de interacciones entre ordenamientos jurídicos distintos, pero superpuestos, no es un fenómeno nuevo. Además de suscitar el interés de la doctrina, ha centrado la atención de los tribunales europeos, especialmente desde la aparición de las Comunidades. Así, en la región con mayor densidad normativa del Planeta, las dificultades más importantes a la hora de articular las relaciones interordinamentales han surgido esencialmente en torno a la posición que ostenta el Derecho de la Unión Europea en relación con el Derecho constitucional nacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta de las Naciones Unidas. A falta de soluciones por parte de los actores políticos, los máximos intérpretes de algunos de estos ordenamientos han establecido los principios que posibilitan la convivencia entre estos Derechos en sucesivas jurisprudencias: Solange II (Constitución/Derecho UE), Bosphorus (CEDH/Derecho UE) y Kadi (Derecho UE/Derecho ONU-Internacional). No es

## ABSTRACT

The existence of interactions between different but overlapped legal systems does not constitute a new phenomenon. Besides arousing scholar's interest, this interordinal tapestry has being object of analysis by European and National Courts. The region where a highest level of normative density (co-)exists has to deal with important issues, especially those derived from the position of UE Law in relation with National Constitutional Law, the European Convention of Human Rights as well as the UN Charter. Since political actors have been incapable to provide solutions, the highest interpreters of some of these legal orders have established the main rules that govern the relationship among those legal orders in subsequent decisions: mainly Solange II (National Constitution/EU Law), Bosphorus (ECHR/EU Law) and Kadi (EU Law, UN Charter-Int'l Law). This article will not deal with all these complex issues, but it will review the main principles governing specifically the relationship between EU

\* Este trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación «The European Union and Transnational Trade Law. The world open to dialogue», Jean Monnet Chair on EU Legal Studies (Project No. 2010-176775). El autor quiere expresar su agradecimiento a la profesora María Pilar Canedo y a los dos expertos que informaron este artículo de manera anónima. Sus sugerencias, críticas y correcciones han permitido mejorar la primeras versiones de este trabajo. Los errores son únicamente responsabilidad del autor.

objeto de este trabajo un análisis en profundidad de estas complejas cuestiones, pero sí que se repasarán las líneas fundamentales que regulan concretamente un tipo de relaciones entre el ordenamiento de la UE y el CEDH, y, tras la previsible adhesión de la UE al Convenio, se analizará el previsible desarrollo y estabilización de dicha relación

**Palabras clave:** Unión Europea, Carta de UE, Derechos fundamentales, Tratado de Lisboa, CEDH, Bosphorus.

**Keywords:** European Union, European Charter, Fundamental rights, Lisbon Treaty, ECHR, Bosphorus.

Law and the ECHR and, after the foreseeable EU accession to the Convention, I will analyse possible developments and the expected stabilization of the whole model.

**Fecha recepción original:** 14 de febrero de 2011

**Fecha aceptación:** 22 de marzo de 2011

SUMARIO

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: LAS RELACIONES INTERORDINA-  
MENTALES
  2. EL DERECHO DE LA UE Y EL CONVENIO: DOS ORDENAMIENTOS DISTIN-  
TOS
  3. EL VALOR JURÍDICO DEL CONVENIO EN EL DERECHO COMUNITARIO
  4. EL DERECHO DE LA UE ANTE EL TEDH: EL PROBLEMA
  5. EL DERECHO DE LA UE ANTE EL TEDH: ¿LA SOLUCIÓN?
  6. LOS PROBLEMAS DE LA DOCTRINA DE LA «PROTECCIÓN EQUIVALEN-  
TE»
  7. SITUACIÓN ACTUAL: ¿ADHESIÓN DE FACTO DE LA UE AL CONVENIO?
  8. EL DIÁLOGO A TRAVÉS DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTA-  
LES—8.1. *Una declaración de derechos para la Unión Europea*—8.2. *Valor jurí-  
dico de la Carta antes de Lisboa*—8.3. *La Carta tras el Tratado de Lisboa*
  9. PREPARANDO LA ADHESIÓN AL CEDH
  10. A MODO DE CONCLUSIÓN
-

## 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: LAS RELACIONES INTERORDINAMENTALES

La existencia de interacciones entre ordenamientos jurídicos distintos, pero superpuestos, no es un fenómeno nuevo y desde siempre ha suscitado siempre el interés de la doctrina, ya se trate de las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno de los Estados o entre el Derecho federal y el de los miembros de la federación<sup>1</sup>. Tras el final de la Segunda Guerra Mundial han ido apareciendo multitud de ordenamientos nuevos y paralelos. La Organización de las Naciones Unidas (ONU) y sus organismos especializados o, más recientemente, la Organización Mundial del Comercio (OMC) estructuran la sociedad internacional desde el plano político y económico<sup>2</sup>. En el ámbito europeo, el sistema de protección de los derechos humanos establecido por el Consejo de Europa y el que se ha ido desarrollando en el seno de la Unión Europea serían los ordenamientos más conflictivos en este sentido, a pesar de ser dos sistemas distintos, como lo ha demostrado la reciente jurisprudencia de sus máximos intérpretes. Pero éstos son sólo algunos ejemplos y la enumeración no es, en absoluto, exhaustiva. El panorama se enriquece a medida que se van estableciendo organizaciones internacionales cuyos órganos aprueban actos que deben ser ejecutados. Este tipo de cuestiones es la consecuencia inevitable de la «fragmentación» actual del Derecho internacional en ordenamientos y sub-sistemas distintos y poco coordinados. Así, las potencialidades de conflicto se multiplican exponencialmente dado que cada uno de esos sistemas está en constante evolución a través de las decisiones de sus máximos intérpretes u órganos de control. La consecuencia de este carácter cambiante o evolutivo de los distintos ordenamientos obligados a coexistir es el aumento de las posibilidades de choque o conflicto.

A todo esto hay que añadir la pretensión de algunas organizaciones de fundar un ordenamiento constitucional propio. Así, si la Carta de Naciones Unidas se presenta en ocasiones como la «Constitución mundial», el Tribunal de Justicia de Luxemburgo considera los Tratados como una «Carta constitucional» y, por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha definido el CEDH como el instrumento constitucional de un «orden público europeo». En este contexto, inestabilidad de las relaciones interordinamentales, más allá de revestir un interés académico indudable y además

<sup>1</sup> Vide el clásico La Pégola, A., *Costituzione e adattamento dell'ordinamento interno al diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 1961.

<sup>2</sup> PERDIKIS, N., READ, R. (eds.), *The WTO And The Regulation Of International Trade. Recent Trade Disputes between the European Union and the United States*, Edward Elgar, Northampton, 2005.

de afectar a lo que se ha dado en llamar «gobernanza» o «gobierno mundial» acaba teniendo una incidencia sobre la seguridad jurídica (en términos de predictibilidad) y los derechos fundamentales de los individuos.

Esta situación aboca a una evidente complejidad en la gestión de las relaciones interordinamentales, complejidad que, además, afecta de manera considerable a la seguridad jurídica. Para el particular (ya sea una persona física o una persona jurídica, desde una fundación hasta la mayor de las empresas transnacionales) quizá lo más importante sea vivir bajo un orden estable que haga previsible las consecuencias jurídicas de sus actos. Porque hablar de la «fragmentación del Derecho internacional», del «pluralismo jurídico» o de ordenamientos que organizan su coexistencia a través de «contralímites» o de principios del «Derecho contrapuntual» o, más en general, del llamado «gobierno mundial» que algunos denominan «gobernanza» (por poner unos ejemplos) es sin duda de gran interés para la doctrina, que intenta entender unas realidades e influir en ellas, y qué duda cabe de que estas reflexiones han inspirado las soluciones que los tribunales supranacionales han ido dando a los litigios que se le han planteado. Pero suscita ciertas dudas el que estas construcciones den confianza a las empresas multinacionales y a los fondos de inversión que operan en un contexto que cabría calificar de transnacional<sup>3</sup>. Incluso si las distintas jurisdicciones implicadas, de ámbito interno o supranacional, vienen desarrollando a través de un diálogo constructivo loables y complejos esfuerzos para, al menos, mantener la convivencia en un complejo escenario en el que salen a relucir las contradicciones intrínsecas entre los ordenamientos, la presunta víctima que alega una violación de sus derechos fundamentales (reconocido en alguno de los ordenamientos superpuestos que resultaría de aplicación) difícilmente estará en situación de esperar a que ese diálogo «transjurisdiccional» o las complejas construcciones doctrinales le indiquen a qué tribunal debe dirigirse para presentar su demanda o cuál es la normativa aplicable a su caso. La incertidumbre en cuanto al Derecho aplicable o los gastos del litigio constituirán, sin duda, un obstáculo que pocos estarían dispuestos a intentar superar para hacer valer sus derechos. Pero hay que despejar todo atisbo de duda en cuanto al destinatario de los posibles reproches. La crítica no debe dirigirse a la doctrina (que realiza denodados esfuerzos por arrojar algo de luz) ni a los tribunales (que operan al límite de sus competencias y posibilidades), sino al poder político que se muestra incapaz de dar una solución al problema de fondo o, quizá, satisfecho con la situación actual o, lo que sería peor, simplemente pasivo<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Sobre este calificativo aplicado al Derecho, *vide* ZUMBANSEN, P., «Transnational Law», SMITS, J. (ed.), *Encyclopedia of Comparative Law*, Edward Elgar, Northampton, 2006, pp. 738-754 y, especialmente, SCOTT, C., «“Transnational Law” as proto-concept: Three conceptions», *German Law Journal*, Vol. 10/6-7, 2009, pp. 859-876. De especial interés es la bibliografía citada en las pp. 750-754.

<sup>4</sup> En este sentido, *vide* JACQUÉ, J. P., «Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies. L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques», *Revue Française de Droit Constitutionnel*, núm. 60, 2007, pp. 3-37, especialmente, p. 5.

Las soluciones a esta situación que se han propuesto van desde el establecimiento de un sistema jurídico global integrado por el resto de subsistemas, basado en el principio de jerarquía y en el que la Carta de las Naciones Unidas figuraría a modo de cúspide de la pirámide kelseniana (llamadas «constitucionalistas») hasta concepciones llamadas «pluralistas» que, en lo esencial, pretenden extender la concepción de libertad propia de los sistemas anglosajones a las relaciones interordinamentales (que cada tribunal interprete su ordenamiento con libertad absoluta sin recurrir a la jerarquía, pero que tenga en cuenta la existencia de otros ordenamientos). Sin embargo, todas estas propuestas tienen sus problemas y ninguna acaba de ser aceptada por los máximos intérpretes de los ordenamientos en liza<sup>5</sup>.

Así pues, siendo Europa la región con mayor densidad normativa en el Planeta, las dificultades más importantes a la hora de articular las relaciones interordinamentales han surgido esencialmente en torno a la posición que ostenta el Derecho de la Unión Europea en relación con el Derecho constitucional nacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta de las Naciones Unidas. Los actores políticos se han mostrado tradicionalmente incapaces de aportar mecanismos o soluciones a esta cuestión, con lo que han tenido que ser los máximos intérpretes de dichos ordenamientos los que, a través de lo que se ha dado en llamar el «diálogo judicial», han ido aportando respuestas y soluciones parciales. En este sentido, las relaciones entre dichos ordenamientos han quedado articuladas a través de tres jurisprudencias: *Solange II* (Constitución/Derecho UE), *Bosphorus* (CEDH/Derecho UE) y *Kadi* (Derecho UE/Derecho ONU-Internacional).

No es objeto de este trabajo un análisis en profundidad de estas complejas cuestiones, pero sí que se repasarán las líneas fundamentales que regulan concretamente un tipo de relaciones entre el ordenamiento de la UE y el CEDH, y, tras la previsible adhesión de la UE al Convenio, se analizará el previsible desarrollo y estabilización de dicha relación.

## 2. EL DERECHO DE LA UE Y EL CONVENIO: DOS ORDENAMIENTOS DISTINTOS

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) fue adoptado el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigor el 3 de septiembre de 1953. Cuando se estableció la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (Tratado CECA) el 18 de abril de 1951 (tratado que entraría en vigor el 23 de julio de 1952) el CEDH ya existía, pero aún no había entrado en vigor. El resto de tratados comunitarios se elaborarían vigentes el Convenio Europeo. Los redactores de ambos documentos, ciertamente tenían en mente que estaban creando

<sup>5</sup> Vide, *inter alia*, OST, F., VAN DE KERCHOVE, M., *De la pyramide au réseau?: pour une théorie dialectique du droit*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, especialmente, pp. 545-579, donde los autores dan cuenta de una abundante bibliografía sobre la materia. En castellano, vide BUSTOS GIBERT, R., *La Constitución Red: Un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*, IVAP, Oñate, 2005.

dos ordenamientos totalmente distintos y diferenciados, cada uno dedicado a un ámbito muy distinto del otro: la protección de ciertos derechos humanos (CEDH) y el establecimiento de un mercado común europeo del carbón y del acero (Tratado CECA). No parecía en un primer momento que se pudiera producir ningún tipo de influencia o interrelación entre ambos más allá de responder a un nuevo sentimiento de cooperación en el viejo continente. No obstante, la evolución posterior de ambos sistemas provocaría que ambos ordenamientos cruzaran sus caminos en el futuro. En efecto, el desarrollo de la jurisprudencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos humanos (desde 1998 sólo del TEDH), sobre todo a través del recurso directo ante el Tribunal que poseen los ciudadanos ha creado en el contexto europeo lo que se ha dado en llamar un verdadero «orden público europeo» al que están sujetos los Estados firmantes del CEDH<sup>6</sup>. Por su parte, la evolución de las primitivas Comunidades europeas hasta llegar a la UE ha extendido las competencias de sus instituciones y provocado que sus actos normativos y de aplicación tenga una incidencia real y directa sobre el patrimonio jurídico de los ciudadanos de sus Estados miembros, más allá, incluso, del ámbito meramente económico o mercantil. Es por ello que han sido muchas las cuestiones que se han ido planteando en lo que atañe a la interrelación de ambos ordenamientos o, simplemente, al hecho de que ciertos Estados sean a la vez signatarios y, por ende, se encuentren sujetos al cumplimiento de estos dos ordenamientos.

Por ello, se planteó la cuestión, en sedes políticas, doctrinales y jurisdiccionales, de hasta qué punto las Comunidades estaban jurídicamente vinculadas por el CEDH. En este sentido, uno de los miembros del TJ, a título particular, propuso una sugerente solución basada en la doctrina iusprivatista germana de la *Hypothekentheorie*: la entonces Comunidad estaría obligada en virtud de la sucesión por las obligaciones derivadas del Convenio<sup>7</sup>. La Comunidad europea fue creada por Estados que ya estaban obligados a respetar el Convenio en el ejercicio de sus competencias. A través de los

<sup>6</sup> ANDRIANTSIMBAZOVINA, J. *et alii*, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 4e éd., PUF, Paris, 2007, pp. 7-17.

<sup>7</sup> La tesis de la sucesión funcional fue inicialmente propuesta por el Juez PESCATORE en un trabajo doctrinal. *Vide* PESCATORE, P., «External relations in the case-law of the Court of Justice of the European Communities», *Common Market Law Review*, Vol. 16/4, 1979, pp. 615-645 y, posteriormente, de forma más explícita en PESCATORE, P., «La Cour de Justice des Communautés Européennes et la Convention Européenne des Droits de l'Homme», WIARDA, G. J., MATSCHER, F. & PETZOLD, H. (coords.), *Protecting human rights, the European dimension: studies in honour of/Protection des droits de l'homme, la dimension européenne. Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, 2e éd., C. Heymann, Köln, 1990, pp. 441-454. A una conclusión similar llega la doctrina germana aplicando a este supuesto la *Theorie der Hypothek*. *Vide*, BLECKMANN, A., *Die Bindung der Europäischen Gemeinschaft an die Europäische Menschenrechtskonvention*, C. Heymanns, Köln, 1986, pp. 113-116. También plantea esta posibilidad, UERPANN-WITZACK, R., «The Constitutional Role of Multilateral Treaty Systems», VON BOGDANDY, A. & BAST, J. (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, *op. cit.*, pp. 145-181, especialmente, pp. 167-170.

Tratados por los que se establecen las Comunidades, esos Estados han puesto en común algunas de sus competencias más importantes, especialmente en materia de legislación y de gestión económica y social, y han confiado su ejercicio a instituciones comunes. Con esta transferencia de responsabilidad, sostiene esta teoría, los Estados no han podido y, además, tampoco han querido excluir el ejercicio de esas competencias de los límites y controles que resultan del CEDH. La CE estaría obligada al cumplimiento del Convenio al igual que los Estados que la han creado y que, así, se convirtieron en Estados miembros. De esto se derivaría, entre otras cosas, que en virtud del Convenio, el TJ se encuentra exactamente en la misma situación que los tribunales de los Estados miembros del Convenio. Lo anterior no sería, pues, sino una manifestación del efecto de sustitución que el Tribunal de Justicia ya ha reconocido a otros tratados comerciales y aduaneros, especialmente al Acuerdo general sobre comercio y aranceles (GATT, en sus siglas inglesas)<sup>8</sup>. Sin embargo, en un contexto en el que la Comisión Europea ni el TJ ni el TEDH hayan avalado la vigencia de esta tesis, la doctrina se pronuncia mayoritariamente por el rechazo de esta posibilidad<sup>9</sup>.

### 3. EL VALOR JURÍDICO DEL CONVENIO EN EL DERECHO COMUNITARIO

En cuanto al valor jurídico del Convenio en el seno del ordenamiento jurídico comunitario, desde que el Tribunal de Justicia de Luxemburgo lo incorporase a su jurisprudencia<sup>10</sup> y antes de que la Unión se adhiera formalmente a él, en el momento presente, el CEDH ha sido «constitucionalizado» en el artículo 6 TUE-L, es instrumento cualificado de interpretación y concreción de los derechos fundamentales en tanto que principios generales y su importancia es recordada por el Tribunal cada vez que éste tiene ocasión<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Vide STJCE, asuntos acumulados *International Fruit Company y otros vs. Produktschap voor Groenten en Fruit* (21-24/72), de 12-12-1972 [Rec. p. 1219].

<sup>9</sup> Por todos, vide JACQUÉ, J. P., «La Cour de Justice, la Cour européenne des droits de l'homme et la protection des droits fondamentaux. Quelques observations», DONY, M., BRIBOSIA, E. (coords.), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2002, pp. 257-263.

<sup>10</sup> STJCE, asunto *Roland Rutili vs. Ministre de l'intérieur* (36/75), de 28-10-1975 [Rec. p. 1219]. Un año antes, el TJ ya había asumido la necesidad de recurrir a los «instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos» para concretar los principios generales, pero no mencionó expresamente el CEDH (aunque una de las partes sí lo hacía) dado que un Estado, Francia, estaba aún en trance de ratificarlo. Vide la STJCE, asunto *Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung vs. Commission* (4/73), de 14-5-1974 [Rec., p. 491], especialmente §13.

<sup>11</sup> STCE, asunto *Parlamento vs. Consejo* (C-540/03), de 27-6-2006 [Rec. p. I-5769], §35. Para un estudio sobre las relaciones entre y las mutuas referencias en las jurisprudencias de los tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo, vide DOUGLAS-SCOTT, S., «A tale of two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European Human rights *acquis*», *Common Market Law Review*, Vol. 43/3, 2006, pp. 629-665.

Así pues, el Tribunal de Justicia considera al CEDH como un elemento de interpretación de indudable valor hermenéutico, pero sin eficacia jurídica directa, sino que *dualiza* el texto del CEDH al aplicarlo de manera indirecta a través de los principios generales del derecho, de los que es el guardián y supremo intérprete, garantizando así la autonomía y primacía del Derecho comunitario. Por consiguiente, el Tribunal de Luxemburgo es, en principio, el máximo intérprete del CEDH en el contexto comunitario. No obstante, de un tiempo a esta parte, parece que la alta instancia de Luxemburgo ha flexibilizado su posición inicial y se muestra dispuesta a aceptar también la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, es decir, la interpretación que del Convenio hace su máximo intérprete ordinario<sup>12</sup>. No obstante, esta incorporación de la jurisprudencia de Estrasburgo opera igualmente a través del filtro de los principios generales, lo que le permite al Tribunal de Justicia mantener la autonomía del Derecho comunitario, aunque puede ser igualmente interpretado como muestra de su predisposición a ir aceptando al Tribunal Europeo de Derechos Humanos como jurisdicción especializada (más que «suprema») en materia de derechos fundamentales<sup>13</sup>.

Se ha mencionado anteriormente que la obligación de respetar el CEDH se deriva del Derecho primario u originario (artículo 6.3 TUE-L). Ahora bien, esta incorporación del catálogo de Estrasburgo al ordenamiento de la UE se refiere al catálogo de derechos, no al mecanismo de protección jurisdiccional instaurado por el Convenio.

#### 4. EL DERECHO DE LA UE ANTE EL TEDH: EL PROBLEMA

En efecto, ni la Comunidad (tradicionalmente) ni la Unión Europea hoy han podido ser directamente demandadas ante el TEDH, dado que ni la CE lo fue ni la UE es todavía miembro del Convenio. Esta norma se deriva del principio del efecto relativo de los tratados, derivada del Derecho internacional general. Esto es, un convenio internacional no vincula más que a aquellos que se han comprometido a respetar sus disposiciones. Este principio fue reconocido por el Tribunal Permanente de Justicia Internacional su sentencia sobre el fondo del *caso de los intereses alemanes en la Alta Silesia*<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Así, entre otros, *vide* la STJCE, asunto *Roquette Frères* (C-94/00), de 22-10-2002 [Rec. p. I-9011], especialmente §29; STJCE, asunto *Connolly vs. Commission* (C-274/99 P), de 6-3-2001 [Rec. p. I-1611], §§37-65; y STJCE, asunto *K. B. vs. National Health Service Pensions Agency* (C-117/01), de 7-1-2004 [Rec. p. I-541], §33.

<sup>13</sup> *Vide* la STJCE, asunto *Roquette Frères* (C-94/00), de 22-10-2002, *op. cit.* Para un comentario sobre esta sentencia, *vide* LIENEMEYER, M., WAELBROECK, D., «Case C-94/00, Roquette Frères SA v. Directeur Général de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes. Judgment of the Court of Justice (Full Court) of 22 October 2002», *op. cit.*, pp. 1481-1497.

<sup>14</sup> «Un traité ne fait droit qu'entre les Etats qui y sont parties». La versión en inglés reza «A treaty only creates law as between the States which are parties to it». *Vide* la Sentencia del Tribunal Permanente de Justicia Internacional, caso *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie Polonaise* (sentencia sobre el fondo), de 25-5-1925 [*Recueil des Arrêts, Publications de la Cour Permanente de Justice Internationale*, Série A – N<sup>o</sup> 7, Sijthoff, Leyden, 1926, pp. 3-83]. La cita aparece en la p. 29 de ambas versiones (francés e inglés).

Dicho principio sería posteriormente codificado en la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados<sup>15</sup>.

Por otra parte, además, el CEDH precisa en su articulado (artículos 33 y 34) que el TEDH sólo conocerá de los recursos que se planteen contra alguna de las partes contratantes. Además, el artículo 19 del CEDH dispone que el TEDH ha sido instituido «con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del presente Convenio y sus Protocolos». Y solamente los signatarios del Convenio se han comprometido en los términos de su artículo 1 a garantizar a «toda persona dependiente de su jurisdicción» el disfrute de los derechos y libertades fundamentales estipulados en él.

El TJ, por lo demás, consideró en 1996 que la Comunidad no tenía «en el estado actual del Derecho comunitario» competencia para adherirse al Convenio<sup>16</sup>. Por tanto, en principio, no habría que extrañarse de la decisión *C.F.D.T.* de 10 de julio de 1978 en el que la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos declaró inadmisibile *ratione personae* el recurso presentado por el sindicato francés contra las Comunidades europeas<sup>17</sup>. En ausencia de la adhesión formal por parte de la Unión, ésta gozaría de total inmunidad jurisdiccional y solamente sus Estados miembros, todos los cuales habían ratificado el Convenio, podían ser citados en Estrasburgo<sup>18</sup>.

Veinte años después de la decisión *C.F.D.T.*, un súbdito italiano decidió recurrir ante Estrasburgo, en el marco de un concurso por cubrir unos puestos administrativos, la negativa del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades de proporcionarle asistencia jurídica gratuita. La particularidad es que la demanda iba dirigida contra los Estados miembros de la Unión Europea. La Comisión declararí la demanda inadmisibile por ser

<sup>15</sup> «Artículo 34. Norma general concerniente a terceros Estados. *Un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento*». Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 23 mayo 1969. Instrumento de Adhesión de España de 2 mayo 1972 (BOE núm. 142 de 13-06-1980).

<sup>16</sup> Vide el Dictamen del TJCE, asunto *Adhesión de la Comunidad al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* (2/94), de 28-03-1996 [Rec. p. I-1759]. Para un comentario de este importante Dictamen vide, *inter alia*, DE SCHUTTER, O., LEJEUNE, Y., «L'adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme. A propos de l'avis 2/94 de la Cour de justice des Communautés», *Cahiers de droit européen*, Vol. 32/5-6, 1996, pp. 555-606 y ROFES PUJOL, M. I., «Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 15, 1996, pp. 148-155.

<sup>17</sup> Vide la Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos, asunto *C.F.D.T. vs. las Comunidades europeas y subsidiariamente contra la colectividad de sus Estados miembros y sus Estados miembros de forma individual* (rec. núm. 8030/77), de 10-07-1978 [DR 13, p. 231].

<sup>18</sup> La jurisprudencia *C.F.D.T.* sería ulteriormente confirmada en sucesivas decisiones de la Comisión Europea de Derechos Humanos. Así, en la Decisión, caso *Associazione Spirituale per l'Unificazione del Mondo Cristiano vs. Italia* (rec. núm. 11574/85), de 5-10-1985 y caso *Dufay* (rec. núm. 13539/88), de 19-1-1989 [no publicadas], entre otras.

incompatible con el ámbito de aplicación del Convenio, no sin antes reconocer implícitamente la importancia de la cuestión<sup>19</sup>.

Unos años más tarde, el recurso presentado por la sociedad *Guérin Automobiles* «contra los quince Estados de la Unión Europea» fue rechazado de la misma forma, pero esta vez por el TEDH<sup>20</sup>. Constatando que los argumentos esgrimidos por la sociedad recurrente escapaban del ámbito de aplicación del Convenio, el Tribunal dejó sentado desde un primer momento que el recurso carecía de fundamento *ratione materiae*<sup>21</sup>. No faltaron las voces autorizadas que sostuvieron, con esta jurisprudencia, la tesis de la responsabilidad colectiva de los Estados miembros por las violaciones del Convenio que tienen como origen actos de Derecho comunitario<sup>22</sup>.

## 5. EL DERECHO DE LA UE ANTE EL TEDH: ¿LA SOLUCIÓN?

El caso *Bosphorus* es el último de una serie de recursos presentados ante el TEDH que ponían en entredicho la compatibilidad del Derecho comunitario con el CEDH<sup>23</sup>. La importancia de este asunto queda patente en el hecho de que *Bosphorus* ha sido uno de los pocos casos que han llegado a la Gran Sala del TEDH. Dado que ni la Unión ni la Comunidad es parte contratante del CEDH, ésta no puede ser demandada ante el Tribunal. No obstante, en interés de una buena administración de justicia el artículo 36.2 del CEDH permite al presidente del TEDH invitar a una tercera parte a que presente observaciones o, incluso, a participar en la vista. De todas formas, aunque se permitió a la Comisión de las Comunidades intervenir como tercera parte, no le correspondía a ella dirigir la defensa, función que tiene asignada el Estado contratante, Irlanda en este caso.

<sup>19</sup> Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos, asunto *Garzilli vs. los Estados miembros de la Unión Europea* (rec. núm. 32384/96), de 22-10-1998 [no publicada].

<sup>20</sup> Decisión del TEDH, asunto *Sociedad Guérin Automobiles vs. los 15 Estados de la Unión Europea* (rec. núm. 51717/99), de 4-7-2000 [no publicada].

<sup>21</sup> Algún comentarista de esta sentencia hace notar que, curiosamente, la decisión se funda principalmente en los principios jurisprudenciales relativos a los ordenamientos internos. *Vide* SPIELMANN, D., «Un autre regard: la Cour de Strasbourg et le droit de la Communauté européenne», COHEN-JONATHAN, G. (coord.), *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, 2004, pp. 1447-1466, especialmente, p. 1455.

<sup>22</sup> *Vide* KRENC, F., «La décision Senator Lines ou L'ajournement d'une question délicate», *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, Vol. 16, 2005, pp. 121-158, especialmente, p. 133, TULKENS, F., «L'Union européenne devant la Cour européenne des droits de l'homme», *Revue Universelle des Droits de l'homme*, Vol. 12/1-2, 2000, pp. 50-57, especialmente, p. 56.

<sup>23</sup> STEDH, asunto *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland* (rec. núm. 45036/98), de 30-6-2005 [Reports 2005-VI]. Entre los anteriores, cabe citar la Decisión del TEDH, asunto *Senator Lines GmbH vs. 15 Estados de la CE/UE* (rec. núm. 56672/00), de 10-3-2004 [Reports 2004-IV]; Decisión del TEDH, asunto *Guérin* (rec. núm. 51717/99), de 4-7-2000, *op. cit.* y Decisión del TEDH, asunto *Emesa Sugar vs. Países Bajos* (rec. núm. 62023/00), de 13-1-2005 [no publicada].

Es preciso recordar que la jurisprudencia de los órganos de control del Convenio se asienta sobre dos principios fundamentales. El primero de ellos consiste en que ni la Comunidad ni la Unión pueden ser demandadas ante el TEDH. Ninguna de las dos organizaciones es parte del Convenio y, por tanto, en principio, sus actividades no pueden ser directamente controladas por el citado Tribunal. Por otro lado, algunos autores han señalado que existiría la posibilidad de que el TEDH siguiese la jurisprudencia de la OMC y, así, se podría considerar que, en el sistema comunitario, dado que los Estados miembros tienen la responsabilidad de la ejecución del Derecho comunitario, éstos «actúan de facto como órganos de la Comunidad, por lo cual sería ésta la responsable con arreglo a la normativa de la OMC y al derecho internacional en general»<sup>24</sup>. Pero tal solución habría conducido bien a reconocer que la Comunidad había sucedido a los Estados miembros (tesis de la sucesión funcional, *vide supra*), lo que sería difícil, teniendo en cuenta que el Convenio está reservado a los Estados, o bien a reconocerle inmunidad (al suceder a los Estados y no ser miembro del CEDH, no está vinculado por él), lo que sería contrario al segundo principio. Por otro lado, según el segundo principio sobre el que se sustenta la jurisprudencia de Estrasburgo, los Estados miembros son partes del Convenio y no pueden esgrimir una transferencia de competencias a la Comunidad o a la Unión para exceptuar el cumplimiento de las obligaciones que se derivan del Convenio. Ciertamente, según el artículo 1 del Convenio, «[l]as Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio». Por ello, la existencia de la Comunidad (o de la Unión) no puede, en ningún caso, dispensar a las Altas Partes Contratantes de esta obligación<sup>25</sup>.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirmarí­a en este caso, una vez más, su voluntad de no dejar ninguna laguna en la aplicación del Convenio. En este sentido, el caso *Bosphorus* se enmarca en la línea de la jurisprudencia *Ilaşcu*:

«Del artículo 1 [CEDH] se deriva que los Estados contratantes deben responder de toda violación de derechos y libertades protegidos por el Convenio cometida contra individuos que estén bajo su “jurisdicción”. El ejercicio de la jurisdicción es una condición necesaria para que un Estado pueda ser encontrado responsable de los actos u omisiones que le son imputables y que dan lugar a una alegación de violación de derechos y libertades enunciados en el Convenio»<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> *Vide Informe del Grupo Especial*, «Comunidades Europeas – Protección de las marcas de fábrica o de comercio y las indicaciones geográficas en el caso de los productos agrícolas y los productos alimenticios», Organización Mundial del Comercio, Doc. WT/DS174/R15 de 15 marzo 2005, versión española (original inglés), p. 193, párr. 7.725.

<sup>25</sup> *Vide* JACQUÉ, J. P., «Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies. L’instabilité des rapports de système entre ordres juridiques», *Revue Française de Droit Constitutionnel*, núm. 60, 2007, pp. 23-24 (3-37). STEDH, asunto *Bosphorus*, de 30-6-2005, *op. cit.*, §154.

<sup>26</sup> *Vide* STEDH, asunto *Ilaşcu y otros vs. Moldavia y Rusia* (rec. núm. 48787/99), de 8-7-2004 [*Reports* 2004-VII], §311.

Es decir, si existe un acto u omisión llevado a cabo por una parte contratante en su territorio que viole los derechos fundamentales de un particular, el recurrente dispondrá de una acción y el TEDH tendrá jurisdicción ex artículo 1 del CEDH, a pesar de que el Estado miembro estuviera cumpliendo con sus obligaciones internacionales. Sin embargo, en esta situación, se pueden plantear distintas posibilidades, en función de la naturaleza del acto comunitario. Si un Estado miembro posee margen de apreciación sobre cómo implementar sus obligaciones comunitarias, el TEDH abordará la cuestión examinando el acto como si fuere un acto ordinario del Estado contratante (caso *Cantoni*)<sup>27</sup>. Otra situación haría referencia a los casos de un acto de una institución comunitaria que no requiere de ningún tipo de actuación interna de desarrollo o ejecución (caso *Senator Lines*). La última situación que puede darse sería aquella en la que un Estado miembro no tiene margen de maniobra y, como en el caso *Bosphorus*, simplemente acomete las actuaciones necesarias para cumplir con sus obligaciones derivadas del Derecho comunitario.

En efecto, en *Bosphorus*, Irlanda había sido demandada porque había aplicado, sin margen de apreciación por su parte, un Reglamento comunitario que, a juicio del demandante, violaba los derechos que le garantizaba el CEDH. Así, el TEDH estableció que:

«A juicio del Tribunal, una medida del Estado adoptada en ejecución de tales obligaciones jurídicas debe ser considerada justificada en tanto en cuanto se considere que la organización en cuestión asegure a los derechos fundamentales (entendiendo que esta categoría incluye a la vez tanto las garantías sustanciales ofrecidas como los mecanismos para controlar su cumplimiento) una protección al menos equivalente a la que garantiza el Convenio (...). Por “equivalente”, el Tribunal entiende “comparable”: toda exigencia de protección “idéntica” por parte de la organización implicada podría ir en contra del interés de la cooperación internacional perseguida»<sup>28</sup>.

El TEDH también dejaría claro que esa consideración de «protección equivalente» no tendría por qué ser definitiva y podría ser susceptible de revisión a la luz de cualquier cambio fundamental en el sistema de protección de los derechos fundamentales<sup>29</sup>. Además, el Tribunal estimó que si se consideraba que, efectivamente, la organización de la que se trate (la CE/UE en este caso) otorgaba la mencionada protección equivalente, se presumiría que un Estado no faltaría a sus obligaciones para con el Convenio si no hacía más que ejecutar las obligaciones derivadas de su pertenencia a la mencionada organización. Sin embargo, argumentaría el TEDH, tal presunción puede ser destruida si «atendiendo a las circunstancias de un caso particular, se considera que la protección de los derechos garantizados por el Convenio fue manifiestamente deficiente». En tal caso, el interés de la coo-

<sup>27</sup> Vide, *supra*, la STEDH, asunto *Cantoni vs. Francia*, de 15-11-1996, *op. cit.*, que se refería al desarrollo legislativo de una Directiva comunitaria por parte de Francia.

<sup>28</sup> STEDH, asunto *Bosphorus*, de 30-6-2005, *op. cit.*, §155.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

peración internacional cedería ante el papel del Convenio en tanto que «instrumento constitucional del orden público europeo» en el ámbito de los derechos humanos<sup>30</sup>. Por el contrario, los Estados serán plena y estrictamente responsables conforme al Convenio por todos aquellos de sus actos que no se deriven estrictamente de sus obligaciones jurídicas internacionales<sup>31</sup>.

Así pues, cuando se conteste la validez de una medida comunitaria ejecutada por un Estado miembro, el TEDH comprobará si existe una «protección equivalente» en el Derecho comunitario<sup>32</sup>. «En tanto que» dicha protección equivalente exista (frase tomada de las sentencias *Solange* del Tribunal Constitucional alemán) se presumirá que la actuación del Estado miembro es compatible con sus obligaciones derivadas del Convenio. En los casos en los que no exista «protección equivalente», como en *Matthews*, el TEDH analizará la medida y comprobará si es compatible con el Convenio con el horizonte puesto en evitar cualquier laguna en la protección de los derechos fundamentales que garantiza el CEDH<sup>33</sup>. Por otra parte, esta posición entraña un peligro evidente para la primacía del Derecho comunitario. Es decir, si los Estados miembros saben que su responsabilidad puede ser cuestionada ante las instancias de Estrasburgo por normas comunitarias en cuya aplicación no disponen de ningún margen de maniobra o poder de apreciación, podrían cuestionar la primacía del Derecho comunitario. En efecto, estos Estados podrían ser destinatarios, en un momento dado, de dos prescripciones contradictorias, aquella derivada del Derecho comunitario y la que se deriva del respeto al Convenio. Por ello, para evitar este riesgo potencial, los Estados podrían estar tentados de subordinar la aplicación del Derecho comunitario a la verificación en el nivel nacional de su compatibilidad con el Convenio. Ahora bien, el reconocimiento de una primacía bajo reserva que resultaría de esta práctica no es en absoluto conforme con la jurisprudencia del TJ, tal y como se expresa en la sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*<sup>34</sup>.

Esta sentencia del Tribunal de Luxemburgo excluye cualquier tipo de re-

<sup>30</sup> STEDH, asunto *Bosphorus*, de 30-6-2005, *op. cit.*, §156. Este término ya lo empleó el Tribunal en la STEDH, asunto *Loizidou vs. Turquía* (rec. núm. 15318/89), de 23-03-1995 (objeciones preliminares) [Serie A, Vol. 310] §75. Por lo demás, este concepto de «orden público europeo» ya fue consagrado tiempo atrás por la Comisión en su Decisión, asunto *Austria vs. Italia* (rec. núm. 788/60), de 11-1-1961 [Annuaire, Vol. 4 (1961), p. 139]. Para un comentario de este concepto, *vide* ANDRIANTSIMBAZOVINA, J. *et alii*, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.* pp. 7-17.

<sup>31</sup> STEDH, asunto *Bosphorus*, de 30-6-2005, *op. cit.*, §157.

<sup>32</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, caso *Solange II* (2 BvR 197/83, BVerfGE 73, 339), de 22-10-1986.

<sup>33</sup> STEDH, asunto *Matthews vs. Reino Unido* (rec. núm. 24833/94), de 18-2-1999 [Reports 1999-I]. En esta sentencia, el TEDH controló, de hecho, la convencionalidad de una norma de la UE de Derecho primario.

<sup>34</sup> STJCE, asunto *Internationale Handelsgesellschaft* (11/70), de 17-12-1970 [Rec. p. 1125], §3.

serva de constitucionalidad. En efecto, el Estado miembro conserva siempre la posibilidad de recurrir al TJ para verificar la conformidad de un acto comunitario con los derechos fundamentales. Sin embargo, este examen se lleva a cabo en relación con los derechos fundamentales reconocidos en el ámbito de la entonces Comunidad (hoy «Unión»). Pero no existe ninguna garantía de que el Tribunal de Luxemburgo adopte la misma posición que el Tribunal de Estrasburgo. En este sentido, la solución adoptada por el TEDH en *Bosphorus* colocaría a los Estados miembros en una situación similar a aquella en la que se encontraban las autoridades alemanas tras la decisión del Tribunal constitucional alemán *Solange I* que autorizaba al juez alemán a verificar la conformidad del derecho comunitario con los derechos garantizados con la constitución nacional en tanto que no existiera una protección comunitaria de los derechos fundamentales<sup>35</sup>. Si la decisión *Solange I* creó una situación delicada, hasta tal punto que el Tribunal Constitucional alemán se vio obligado a cambiar su jurisprudencia unos años más tarde en la conocida como *Solange II*, la solución en *Bosphorus* también podría introducir un elemento de inseguridad para los Estados miembros en relación con las obligaciones que se derivan para ellos del ordenamiento comunitario y del Convenio. Incluso si se piensa que los casos de conflictos serían muy marginales, hay que tener en cuenta la dificultad de apreciar en abstracto la posibilidad de conflictos futuros y no hay que menospreciar la pericia de algunos abogados para plantear recursos antes las distintas instancias judiciales<sup>36</sup>.

La sentencia *Bosphorus* del TEDH muestra gran deferencia hacia el Derecho comunitario y su sistema de protección y parece, incluso, esconder el deseo de mantener una relación de mutuo respeto o, incluso, cooperación entre los Tribunales. Es más, esta última jurisprudencia del TEDH podría estar queriendo indicar que la jurisprudencia *Matthews* (en la que básicamente el TEDH declaró contraria al CEDH una norma de Derecho primario) debería ser interpretada en sentido estricto y circunscrita a los casos en los que no existe posibilidad de recurso ante el TJCE (recuérdese que las normas de Derecho primario no pueden ser recurrida ante el Tribunal de Luxemburgo)<sup>37</sup>. Por tanto, salvo en estos casos excepcionales, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos evitaría a toda costa «levantar el velo» de la personalidad de la organización (CE entonces, UE ahora) y hacer responsables a sus Estados miembros por una posible violación de las obligaciones deriva-

<sup>35</sup> Vide el Auto del Tribunal Constitucional Federal Alemán, caso *Solange I – Internationale Handelsgesellschaft* (2 BvL 52/71, BVerfGE 37, 271), de 29-5-1974.

<sup>36</sup> JACQUÉ, J. P., «Droit Communautaire et Convention européenne des droits de l'homme, L'arrêt Bosphorus, une jurisprudence "Solange II" de la Cour européenne des droits de l'homme?», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Vol. 41/3, 2005, pp. 756-767, especialmente, p. 761.

<sup>37</sup> Esta lectura estricta de *Matthews* la propone, entre otros, LENAERTS, K., «Fundamental rights in the European Union», *European Law Review*, Vol. 25/6, 2000, pp. 575-600. Algún otro autor, en cambio, defiende que *Matthews* es un ejemplo de la relación jerárquica entre el TEDH y el TJCE, vide CANOR, I., «Primus inter pares. Who is the ultimate guardian of fundamental rights in Europe?», *European Law Review*, Vol. 25/1, 2000, pp. 3-21.

das del Convenio. En este sentido, *Bosphorus* sería una sentencia bastante prudente y cautelosa<sup>38</sup>.

## 6. LOS PROBLEMAS DE LA DOCTRINA DE LA «PROTECCIÓN EQUIVALENTE»

Una observación que cabe hacer al caso *Bosphorus* es que la sentencia parece en algunos puntos escasamente justificada. Esta «escasez» quedaría ilustrada por el concepto de «manifiestamente deficiente» que el Tribunal de Estrasburgo maneja en su razonamiento. Es decir, la protección de los derechos fundamentales se considerará «equivalente» a la otorgada por el Convenio y, por tanto, inmune al control ejercido por el TEDH a menos que la garantía de estos derechos en el seno comunitario pueda ser calificada de «manifiestamente deficiente», en cuyo caso el Tribunal de Estrasburgo intervendrá esgrimiendo el CEDH como instrumento de garantía del «orden público europeo». La dificultad radica, pues, en concretar qué se entiende por «manifiestamente deficiente» y cómo se interpretará este concepto. El TEDH, a pesar de su minuciosidad en otros aspectos de su argumentación, resolvió en dos páginas de su sentencia esta cuestión, empleando argumentos muy generalistas, y haciendo hincapié en la evolución positiva de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo en materia de derechos fundamentales, más que en las circunstancias en las que tuvo lugar el caso *Bosphorus*.

Además, las consideraciones sobre la situación general de los derechos humanos en el ámbito comunitario que realiza esta sentencia podrían resultar poco fundamentadas. Es decir, dada la intención del Tribunal de homologar el sistema comunitario de protección de derechos con el CEDH, pasa por encima de la cuestión de la postulación o *locus standi* de los particulares ante el Tribunal de Justicia ex artículo 230 TCE (actual 263 TFUE). De hecho, en uno de los votos particulares de la sentencia, pretendidamente concurrente, se censura indirectamente este nivel de protección alineándose, más bien, con la postura defendida por el Abogado General JACOBS en el caso *Unión de Pequeños Agricultores* ante el TJCE<sup>39</sup>. En efecto, el autor del voto, el magistrado RESS, escribió:

«No se debe deducir del párrafo 162 de la sentencia [que alude al *locus standi* de los particulares ante el TJCE] que el Tribunal acepta que el artículo 6.1 [del Convenio] no apele a un nivel de protección mayor»<sup>40</sup>.

Finalmente, tal y como resaltaron un grupo de magistrados en un voto parti-

<sup>38</sup> DOUGLAS-SCOTT, S., «*Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*», *op. cit.*, p. 250.

<sup>39</sup> *Vide* las conclusiones del Abogado General JACOBS, en las que se pronunciaba por una interpretación menos rígida y más favorable a los particulares del artículo 230 TCE (263 TFUE), en el asunto *Unión de Pequeños Agricultores vs. Consejo* (C-50/00 P), presentadas el 21-3-2002 (STJCE de 25-7-2002, Rec. p. I-6677).

<sup>40</sup> *Vide* el voto concurrente del magistrado RESS, STEDH, asunto *Bosphorus*, de 30-6-2005, *op. cit.*, §2.

cular conjunto y concurrente, el concepto de «manifiestamente deficiente» requeriría un estándar de protección de los derechos fundamentales bastante bajo, «en marcado contraste con el nivel de protección dispensado por el CEDH»<sup>41</sup>. Por otra parte, en su voto particular concurrente antes aludido, el magistrado Ress advirtió de que el concepto de «conformidad» con el Convenio por parte de las organizaciones internacionales no debe ser visto como un paso hacia la creación de un doble estándar de protección: el que se exigiría a los Estados miembros (más riguroso) y el que se permitiría a las organizaciones internacionales (menos exigente). En ese mismo voto particular, también se rechazó que la presunción de conformidad fuera absoluta y que, por consiguiente, se descarte la posibilidad de una revisión caso por caso. Al contrario, en cada caso, el Tribunal podrá ser llamado para examinar el nivel de protección ofrecido por el Derecho comunitario antes de pronunciarse sobre la demanda en concreto. Y sólo en caso de constatar una «insuficiencia manifiesta» el Tribunal levantará esta inmunidad que parece haber otorgado al Derecho comunitario.

Una cuestión que el TEDH obvia totalmente es el papel de Naciones Unidas en todo este asunto. En efecto, al aprobar el Reglamento controvertido en el caso *Bosphorus*, la Comunidad no habría hecho otra cosa que implementar una sanción del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en el ámbito comunitario. Así, al igual que Irlanda no tenía margen de maniobra en la ejecución del Reglamento, la Comunidad bien podría alegar, llegado el caso, que tampoco dispone de margen de apreciación a la hora de poner en práctica las sanciones del Consejo de Seguridad<sup>42</sup>. Esta sentencia no llegó tan lejos como para establecer también un control del Derecho emanado de los órganos de Naciones Unidas, pero el asunto, sin duda, se planeó en las salas de deliberación.

## 7. SITUACIÓN ACTUAL: ¿ADHESIÓN DE FACTO DE LA UE AL CONVENIO?

Las respuestas dadas por los jueces de Estrasburgo y Luxemburgo a las cuestiones planteadas por las relaciones entre el Derecho comunitario y el Convenio a primera vista parecen afortunadas dado que permiten una coexistencia pacífica de ambos sistemas. No obstante, un examen más profundo de la cuestión revelaría una serie de dificultades que, por lo demás, tiene

<sup>41</sup> Vide el voto conjunto concurrente de los magistrados ROZAKIS, TULKENS, TRAJA, BOTOUCHAROVA, ZAGREBELSKY y GARLICKI, STEDH, asunto *Bosphorus*, de 30-6-2005, *op. cit.*, §4.

<sup>42</sup> Esta cuestión y sus implicaciones se dilucidarían en la famosa sentencia *Kadi*, STJCE, asuntos acumulados *Kadi* y *Al Barakaat International Foundation vs. Consejo* (C 402/05 P y C 415/05 P), de 3-9-2008 [Rec. p. I-6351]. Sobre este caso, vide GRILLER, S., «International Law, Human Rights and the Community's Autonomous Legal Order. Notes on the European Court of Justice Decision in *Kadi*», *European Constitutional Law Review*, Vol. 4/3, 2008, pp. 528-553 y HALBERSTAM, D., STEIN, E., «The United Nations, the European Union, and the King of Sweden: Economic sanctions and individual rights in a plural world order», *Common Market Law Review*, Vol. 46/1, 2009, pp. 13-72.

mayores implicaciones para el Derecho de la Unión que para el sistema derivado del Convenio.

La jurisprudencia de Estrasburgo supone, en primer lugar, el sometimiento *de facto* del Derecho comunitario a su control a través de la declaración de responsabilidad de un Estado miembro. Y ello en una situación un tanto paradójica; y es que, como se sabe, los Estados miembros no han acordado hasta ahora que la Unión forme parte del Convenio<sup>43</sup>. Esta situación coloca a la Unión en una posición claramente en desventaja y que rozaría la indefensión. En efecto, la Unión, al no ser parte en el litigio, no puede intervenir directamente, sino, a lo sumo, junto con un Estado, situación en la que no dirige, en absoluto, la defensa<sup>44</sup>. Además, dado que la Unión no es parte del Convenio, no puede nombrar juez en el Tribunal. El balance de la situación sería que, desde un punto de vista procesal, tiene los inconvenientes sin disfrutar de las ventajas. Ciertamente, podría pensarse que demandas del tipo *Matthews, Bosphorus*, incluso, contra actos aplicables sin intervención de los Estados serían excepcionales, pero hay que tener en cuenta, además de intereses particulares, el poderío económico de empresas afectadas convertidas en víctimas ante el TEDH que cuentan con grandes recursos para movilizar a Gobiernos y a expertos juristas en pro de sus intereses.

A pesar de la voluntad proclamada de preservar el fenómeno de integración comunitaria, la jurisprudencia del TEDH opera una «intergubernamentalización» de la UE haciendo que sean los Estados miembros quienes han de defender los intereses comunitarios, función que habría de ser desempeñada por sus propias instituciones y, especialmente, por la Comisión. Esta negación de la personalidad de la Comunidad (o, más bien, limitación de la postulación procesal) la debilita ostensiblemente y supone un retroceso en el proceso de integración. La situación, pues, constituye, al menos, una incitación a la adhesión al Convenio, incluso antes de la entrada en vigor de Lisboa, en la que la Unión sucede a las Comunidades, única solución verdaderamente eficaz y apta para devolver a la UE el papel que verdaderamente le corresponde.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo contiene una amenaza, al menos latente, a la primacía del Derecho comunitario. Ésta se produciría en el

<sup>43</sup> Es por ello que cuando no parecía tan plausible la adhesión de la UE al CEDH, algunos autores señalaron que *Bosphorus*, en realidad, supone la adhesión *de facto* de la Unión al Convenio. Vide BENOÏT-ROHMER, F., «A propos de l'arrêt Bosphorus Air Lines du 30 juin 2005: l'adhésion contrainte de l'Union à la Convention», *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, Vol. 64, 2005, pp. 827-853. De forma menos tajante, y centrándose en las dificultades de la situación post-*Bosphorus*, vide CONSTANTINESCO, V., «C'est comme ci c'était fait? (Observations à propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (grande chambre), Bosphorus airlines, du 30 juin 2005», *Cahiers de droit Européen*, Vol. 42/3-4, 2006, pp. 363-378.

<sup>44</sup> Además, esta posibilidad de intervención está supeditada a la autorización del presidente del Tribunal (artículo 36.2 del Convenio). No obstante, esta petición sería normalmente concedida en tanto que se realiza «en interés de la buena administración de justicia» (artículo 36.2) y es garantía de un proceso equitativo (artículo 6 del Convenio).

supuesto de que se constataste una violación del Convenio, en cuyo caso los Estados miembros podrían verse en la difícil tesitura de tener que elegir entre violar el Derecho comunitario o violar el Convenio Europeo<sup>45</sup>. En esta situación, que recuerda a la padecida por el Reino Unido a resultas del caso *Matthews* (*vide supra*), el Estado miembro estaría obligado a remediar una situación que no depende de él mismo, sino del legislador comunitario o del TJ. Si, finalmente, decide aplicar la sentencia del TEDH, se encontrará en una situación de incumplimiento del Derecho comunitario. Incluso en el remoto supuesto de que el TJ admitiese que el respeto de los derechos fundamentales pudiese constituir una justificación a este incumplimiento, la aplicación uniforme del Derecho comunitario dejaría de estar asegurada<sup>46</sup>. Por otro lado, los particulares podrían recurrir al Tribunal de Justicia exigiendo la responsabilidad de los Estados por incumplimiento. Pero, además, dado que el TEDH se ha reservado el derecho de determinar caso por caso si el nivel de protección del sistema comunitario resulta comparable al europeo, la seguridad jurídica no aparece plenamente garantizada. En esta situación, y para protegerse contra demandas ante el Tribunal de Estrasburgo, los Estados miembros podrían estar tentados de abstenerse de aplicar el Derecho comunitario en ciertos supuestos<sup>47</sup>.

Para restablecer a las instituciones comunitarias en su lugar, preservar la primacía y restaurar plenamente la seguridad jurídica (prerrequisito para la existencia de todo Estado de Derecho) existen dos vías, condicionadas ambas a la adopción de una decisión política. Así, por un lado, los Estados miembros podrían colectivamente denunciar el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Esta vía siempre ha sido, cuando menos, políticamente poco probable y, hoy en día, totalmente descartable. Por otro lado, la solución que se revela como más deseable y que, de hecho, ya ha comenzado a implementarse, consistiría en la adhesión al Convenio Europeo por parte de la Unión. Con ello se establecería una relación entre ordenamientos clara que contribuiría a estabilizar la alta densidad normativa existente en el contexto europeo<sup>48</sup>.

<sup>45</sup> Una situación similar, aunque referida al dilema Derecho constitucional nacional o Derecho comunitario, se describe en PHELAN, D. R., *Revolt or Revolution: The Constitutional Boundaries of the European Community*, Sweet & Maxwell, Dublin, 1997. El autor, identificando un problema parecido, el del juez nacional que tiene que elegir entre cumplir con su Constitución o con el Derecho comunitario, describe como *Revolt* («rebelión») el caso en el que el juez nacional se decantase por su Constitución, y como *Revolution* el supuesto en el que, finalmente, decide aplicar el Derecho comunitario, en detrimento de su propia Constitución.

<sup>46</sup> Conclusiones del Abogado General A. TIZZANO, asuntos *España vs. Reino Unido* (C-145/04, STJCE de 12-9-2006, Rec., p. I-7917) y *M.G. Eman y O.B. Sevinger* (C-300/04, STJCE de 12-9-2006, Rec. p. I-8055), § 128-131.

<sup>47</sup> Por ejemplo, en el ámbito del Derecho de la competencia, el Estado en cuestión podría negarse a aplicar sanciones derivadas del Derecho comunitario contra una empresa determinada porque considerara que no se han respetado las garantías mínimas en el procedimiento contra dicha Sociedad.

<sup>48</sup> Ésta fue la solución que adoptó el Tratado Constitucional en su artículo I-9, párrafo 2º: «La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Huma-

## 8. EL DIÁLOGO A TRAVÉS DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

### 8.1. Una declaración de derechos para la Unión Europea

La idea de que las Comunidades contaran con un catálogo de derechos propio no es nueva. La Comisión Europea, por su parte, ya recogió en un documento interno de 1979 esta posibilidad<sup>49</sup>. Sin embargo, el debate sobre la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos eclipsó esta opción que, sin embargo, cobraba fuerza en los períodos en que la adhesión parecía más lejana. De esta forma, el Consejo Europeo de Colonia de 1999 optó finalmente por la redacción de una «Carta de derechos que permita poner de manifiesto ante los ciudadanos de la Unión la importancia sobresaliente de los derechos fundamentales y su alcance». Dicha «Carta», redactada en menos de un año por un órgano *ad hoc* (llamado «Convención»), nació como un acuerdo interinstitucional «solemnemente proclamado» por los presidentes del Parlamento Europeo, la Comisión Europea y el Consejo de la Unión el 7 de diciembre de 2000 en Niza. La discusión sobre el valor de la Carta se vio solapada por el intenso y mediático debate que rodeó la redacción del Tratado constitucional europeo. La «Constitución para Europa» supondría un salto cualitativo, entre otras cosas, para los derechos fundamentales en el seno de la Unión en general y para el estatus jurídico de la Carta en particular. En efecto, el Tratado constitucional reconocía en virtud de su artículo I-9.1 «los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales», Carta que incluyó en su articulado a modo de «parte dogmática» y, además, dispuso que la Unión Europea accedería al Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo I-9.2)<sup>50</sup>.

### 8.2. Valor jurídico de la Carta antes de Lisboa

Por lo demás, aunque, y a pesar de que hasta la entrada en vigor de Lisboa hubiera quedado descartada su aplicabilidad directa como Derecho primario, no hay que menospreciar la importancia que hasta ese momento ha

nos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en la Constitución». Ésa fue también la solución adoptada el *Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea*, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 que proponía una nueva redacción del actual artículo 6 del Tratado de la Unión Europea con idéntica redacción al precitado artículo I-9 del Tratado Constitucional. El *Tratado de Lisboa* se publicó en el DOUE C 306, de 17-12-2007. Las versiones consolidadas, tras el Tratado de Lisboa, del *Tratado de la Unión Europea* y del nuevo *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* se publicaron en el DOUE C 115, de 9-5-2008.

<sup>49</sup> European Commission, «Accession of the Communities to the European Convention on Human Rights. Commission Memorandum», COM (79) 210 final, 2 mayo 1979, adoptado por la Comisión el 4 abril 1979 (*Bulletin of the European Communities*, Supplement 2/79, p. 12).

<sup>50</sup> SUDRE, F., «Article I-9», BURGORGUE-LARSEN, L., LEVADE, A., PICOD, F. (coords.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe: commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 141-163.

tenido ni tampoco considerarla carente de valor jurídico hasta que se ha operado su elevación al rango convencional. Es decir, como bien ha dicho la doctrina, «la ausencia de fuerza vinculante [en cuanto tal] no implica *per se* la ausencia de efectos jurídicos»<sup>51</sup>. Antes de su elevación al rango de Tratado por Lisboa, la Carta se había convertido ya en un elemento de interpretación cualificado del Derecho comunitario. Los primeros en esgrimirla en un proceso fueron los abogados generales, seguidos por el TPI<sup>52</sup>. El TJ, por su parte, no la incorporaría a sus razonamientos hasta 2006. Incluso el Tribunal de Estrasburgo realizaría alusiones a la Carta para reforzar la legitimidad de sus fundamentaciones<sup>53</sup>.

Esto es, en el caso español, por ejemplo, el artículo 10.2 de la Constitución otorga un valor cuando menos interpretativo a los tratados y acuerdos internacionales relacionados con los derechos humanos a la hora de concretar, en el plano nacional, el alcance de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución<sup>54</sup>. Por su parte, la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, de ratificación del Tratado de Lisboa ha colocado a la Carta en una posición jurídica inusual. Esto es, aun antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (que otorga a la Carta valor de tratado internacional), parece que, el ordenamiento español ya había incorporado el contenido de la Carta, según la redacción del artículo 2 de la mencionada ley:

«Artículo 2. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

A tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 de la Constitución española y en el apartado 8 del artículo 1 del Tratado de Lisboa, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán también de conformidad con lo dis-

<sup>51</sup> ALONSO GARCÍA, R., *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Thompson-Civitas, Madrid, 2007, p. 256.

<sup>52</sup> *Vide* las conclusiones del Abogado General A. TIZZANO, asunto *Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union – BECTU* (C-173/99), presentadas el 8-2-2001 [STJCE de 26-6-2001, Rec. 2001, p. I-4881], especialmente, §26. En cuanto al Tribunal de Primera Instancia, *vide* 1 STPI, asunto *max.mobil vs. Comisión* (T-54/99), de 30-1-2002 [Rec. p. II-313], sobre la tutela judicial efectiva. Esta sentencia, que reconoció un derecho fundamental basándose en las tradiciones comunes recogidas en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, fue posteriormente recurrida en casación y anulada por el Tribunal de Justicia con una parca argumentación. *Vide* la STJCE, asunto *Comisión vs. max.mobil* (C-141/02 P), de 22-2-2005 [Rec., p. I-1283].

<sup>53</sup> *Vide*, v. gr., la STC 292/2000, de 3-11-2000, sobre la protección de datos de carácter personal, que cita la Carta en su FJ 8 incluso antes de su «solemne proclamación».

<sup>54</sup> Sobre esta cuestión, *vide* SÁIZ ARNÁIZ, A., *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, CGPJ, Madrid, 1999, especialmente, pp. 205-277, sobre el alcance de la interpretación de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución española «de conformidad» con los tratados internacionales. Igualmente, *vide* QUERALT JIMÉNEZ, A., «Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, pp. 435-470 y QUERALT JIMÉNEZ, A., *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, CEPC, Madrid, 2008.

puesto en la Carta de los Derechos Fundamentales publicada en el “Diario Oficial de la Unión Europea” de 14 de diciembre de 2007, cuyo texto íntegro se reproduce a continuación: (...)»<sup>55</sup>.

En otro orden de cosas, algunas instituciones y órganos de la Unión han hecho uso de sus disposiciones desde su adopción. La Comisión, a través de una decisión interna de marzo de 2001 dispuso que en lo sucesivo realizaría un análisis previo de compatibilidad con la Carta de sus propuestas legislativas que pudiesen tener repercusión sobre los derechos fundamentales. Esto se ha concretado en la introducción de «considerandos» en las propuestas legislativas de la Comisión en los que se menciona que se ha realizado el control previo de compatibilidad con el derecho fundamental en concreto que podría verse afectado. Cuatro años después, la Comisión publicó una comunicación en la que daba cuenta sobre el impacto de la Carta en sus propuestas legislativas<sup>56</sup>. Igualmente, encargó un informe externo sobre el impacto de esta nueva política legislativa en la protección de los derechos fundamentales<sup>57</sup>. El defensor del pueblo europeo, por su parte, también ha venido haciendo continuas referencias a varias disposiciones de la Carta en sus informes anuales, el derecho a la buena administración y el derecho de acceso al defensor del pueblo (artículos 41 a 43). Así, por ejemplo, en su informe anual de 8 de abril de 2002 censuró la actuación de algunas instituciones por no observar muchos de los derechos recogidos en la Carta, concretamente en relación con sus propios sistemas de selección y regulación del personal a su servicio, y declaró que:

«Se han presentado muchas peticiones para que la Carta se incluya en el Tratado, o en una posible Constitución de la Unión Europea. En mi opinión, lo más urgente es que las instituciones demuestren que respetan los compromisos adoptados con los ciudadanos europeos al proclamar la Carta. No tiene sentido dar carácter jurídico a un texto si no se tiene la intención de aplicarlo. Por lo tanto, espero sinceramente que en 2002 las instituciones demuestren que respetan la Carta de los Derechos Fundamentales en la práctica, lo cual sería una buena noticia para los ciudadanos y mejoraría con toda seguridad sus relaciones con las instituciones»<sup>58</sup>.

<sup>55</sup> Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007 (BOE núm. 184 de 31-7-2008).

<sup>56</sup> Comunicación de la Comisión, *Respeto de la Carta de Derechos Fundamentales en las propuestas legislativas de la Comisión, Metodología para un control sistemático y riguroso*, COM(2005) 172 final, Bruselas, de 27-4-2005. Sobre esta cuestión, *vide* TONER, H., «Impact assessments and fundamental rights protection in EU law», *European Law Review*, Vol. 31/3, 2006, pp. 316-341.

<sup>57</sup> European Policy Evaluation Consortium (EPEC), *Preparatory study for impact assessment and ex ante evaluation of Fundamental Rights Agency*, Final Report, February 2005, disponible en: [http://www.ec.europa.eu/justice/doc\\_centre/rights/doc/study\\_epc\\_fund\\_rights\\_agency\\_en.pdf](http://www.ec.europa.eu/justice/doc_centre/rights/doc/study_epc_fund_rights_agency_en.pdf), última consulta: 3-4-2011.

<sup>58</sup> SÖDERMAN, J., *Informe anual relativo a las actividades del Defensor del Pueblo Europeo en 2001*, Oficina de Publicaciones Oficiales, Luxemburgo, 2002, presentado en Estrasburgo el 8-4-2002, p. 12.

La inclusión de la Carta en los razonamientos del Tribunal como una fuente cualificada de los principios generales del Derecho confirmaría que este documento había entrado definitivamente en la práctica constitucional de la Unión Europea, antes de la entrada en vigor de Lisboa<sup>59</sup>.

### 8.3. La Carta tras el Tratado de Lisboa

El Tratado de Lisboa, a diferencia de la «Constitución para Europa», no ha incorporado la Carta en su articulado aunque, a pesar de ello, le ha otorgado el mismo valor jurídico que a los Tratados mismos. Esta amputación del Tratado constitucional muestra, sin duda, el rechazo de ciertos Estados a todo vestigio de «constitucionalización formal» o «estatalización» de la Unión<sup>60</sup>. No obstante el nuevo artículo 6 del Tratado de la Unión (TUE-L), retomando parte del texto del artículo I-9 del Tratado constitucional, efectuará una remisión a la Carta, en su última redacción de 2007, y le conferirá «el mismo valor jurídico» que a los Tratados<sup>61</sup>. El artículo 6.1 TUE-L dispone que «[l]as disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados». Tal afirmación se ha reforzado con la Declaración núm. 1, en la que se insiste en que «la Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión ni crea ninguna nueva competencia ni ningún nuevo cometido para la Unión y no modifica las competencias y cometidos definidos por los Tratados».

Al margen de esta Declaración, el Reino Unido y Polonia negociaron un Protocolo específicamente dirigido a aclarar la aplicación de la Carta en ciertos aspectos<sup>62</sup>. Por una parte, deja claro que la Carta no amplía la compe-

<sup>59</sup> Sobre el valor de la Carta y el estatus de los derechos fundamentales en la UE antes de la entrada en vigor de Lisboa, *vide* CANEDO ARRILLAGA, J. R., GORDILLO PÉREZ, L. I., «Los derechos fundamentales en la Unión Europea a la espera de Lisboa», *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 39, 2008, pp. 27-59.

<sup>60</sup> Sobre este particular, *vide* BERRAMDANE, A., «Le traité de Lisbonne et le retour des États», *La Semaine Juridique*, vol. 9-10, février 2008, pp. 23-28, especialmente, p. 26. No obstante, no faltan las voces que defienden que, a pesar de todo, tras Lisboa, la Unión seguiría teniendo una Constitución. En este sentido, *vide* GRILLER, S., «Is this a Constitution? Remarks on a Contested Concept», GRILLER, S., ZILLER, J. (eds.), *The Lisbon Treaty: EU Constitutionalism Without a Constitutional Treaty?*, Springer, Wien, 2008, pp. 21-56, especialmente, p. 50.

<sup>61</sup> En concreto, el TUE hace referencia a la solemne proclamación de la Carta en Estrasburgo el 12 diciembre 2007, que rescataba el texto de la Carta tal y como fue insertado en el Tratado constitucional y que la preparaba para su conversión en Derecho originario (DOUE C 303/1, de 14-12-2007).

<sup>62</sup> *Vide* el Protocolo sobre la aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido anejo al Tratado de Lisboa, conocido como «Protocolo núm. 30» (DOUE C 306/156, de 17-12-2007). Este protocolo finalmente sería extendido a la República Checa, *Vide*, en este sentido, el Anexo I a las conclusiones de la presidencia del Consejo Europeo de los días 29 y 30 de octubre de 2009, Council of the European Union, *Brussels European Council 29/30 October 2009. Presidency Conclusions*, CONCL 3, 15265/09, Bruselas, 30-10-2009, «Protocol on the Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union to the Czech Republic».

tencia de los tribunales comunitarios o de los tribunales nacionales de esos países para cuestionar la normativa interna de ambos Estados (artículo 1.1 del Protocolo). Además, se deja constancia expresa de que el título IV de la Carta (titulado «Solidaridad» y relativo a derechos sociales) no crea ningún derecho nuevo que se pueda esgrimir ante los tribunales nacionales de ambos países (artículo 1.2). La doctrina ha discutido sobre los efectos jurídicos de ese protocolo y la conclusión que parece imponerse es que, lejos de constituir una cláusula de «*opting-out*», más bien parece que nos encontramos ante una declaración política carente de verdaderos efectos<sup>63</sup>. En todo caso este añadido no afecta al acervo comunitario en la materia. Así, los demandantes podrían basar sus argumentos, no exclusivamente en la Carta, sino en la jurisprudencia sobre derechos fundamentales desarrollada por el Tribunal de Justicia<sup>64</sup>.

En lo que respecta a este trabajo, resulta de especial interés detenerse brevemente en las relaciones entre la Carta y el CEDH. Esta cuestión fue un asunto que ocupó largamente a sus redactores<sup>65</sup>. El resultado aparece consagrado en su artículo 52.3 que establece que los derechos de la Carta que se correspondan con los derechos garantizados por el CEDH tendrán el mismo sentido y alcance que el establecido en el Convenio. Lo cual no impedirá que el Derecho de la UE les otorgue una protección más amplia. Visto el enunciado de la norma, el intérprete del Derecho tendría entonces que identificar los derechos «que correspondan» con los enunciados en el CEDH. Afortunadamente, el documento de *Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales* simplifica enormemente esta tarea<sup>66</sup>. Así, sin ánimo de ser exhaustivos, el derecho a la vida (art. 2), la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 10) o la presunción de inocencia y derechos de la defensa (art. 48) tienen el mismo significado y alcance que sus homólogos del CEDH<sup>67</sup>. Sin embargo, hay otros derechos de la Carta cuya rela-

<sup>63</sup> Así, descartando cualquier validez jurídica de este protocolo, PIRIS, J.-C., *The Lisbon Treaty. A legal and Political Analysis*, Cambridge University Press, 2010, pp. 160-163.

<sup>64</sup> CRAIG, P., «The Lisbon Treaty, Process, Architecture and Substance», *European Law Review*, Vol. 33/2, 2008, pp. 137-166, especialmente, p. 163 y CRAIG, P., *The Lisbon Treaty. Law, Politics and Treaty Reform*, Oxford University Press, 2010, pp. 238-240. Sobre el valor jurídico de la Carta tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa *vide* CANEDO ARRILAGA, J. R., GORDILLO PÉREZ, L. I., «Los derechos fundamentales en la Unión Europea a la espera de Lisboa», *op. cit.*, pp. 47-58 y ALI, A., «La tutela dei diritti fondamentali della persona umana nell'Unione europea», DE CESARI, P. (coord.), *Trattato di diritto privato dell'Unione europea, II. Persona e famiglia*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 47-71, especialmente, pp. 55-64.

<sup>65</sup> En sentido *vide* los numerosos documentos de la Convención recogidos en LEMMENS, P., «The Relation Between the Charter of Fundamental Rights of the European Union and the European Convention on Human Rights – Substantive Aspects», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 8/1, 2001, pp. 49-67.

<sup>66</sup> Texto de las explicaciones relativas al texto completo de la Carta, en la versión que figura en el doc. Charte 4487/00, Convent 50, 11 octubre 2000, y el texto de las *Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales* (DOUE C 303/02 de 14-12-2007).

<sup>67</sup> Para la lista completa de las correspondencias, *vide* las *Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales*, (DOUE C 303/33-34 de 14-12-2007).

ción con sus homólogos del Convenio sería algo más compleja. Algunos tienen el mismo sentido que los del CEDH pero su alcance sería más amplio (v.gr., art. 12.1 Carta va más allá del artículo 11 CEDH). Otros derechos de la Carta, por ejemplo, modificarían a sus homólogos del CEDH, como en el caso del artículo 9 que incluiría la posibilidad de matrimonio entre personas del mismo sexo allí donde la legislación nacional lo contemple<sup>68</sup>.

La otra cuestión que plantea el artículo 52.3 es que el «sentido y alcance» de los derechos de la Carta que se corresponden con sus homólogos en el CEDH han de ser «iguales». Nótese que otras versiones previas hablaban de un sentido y alcance «similares»<sup>69</sup>. Aunque no figure en la redacción de la citada disposición, habría que entender incluida la jurisprudencia del TEDH dado que, con sus decisiones, interpreta y llena de contenido los derechos del CEDH<sup>70</sup>. No obstante, la fórmula actual, al exigir una interpretación idéntica plantearía problemas no desdeñables, especialmente en aquellos ámbitos en los que la jurisprudencia de Estrasburgo sea poco clara, o que la cuestión sea relativamente nueva y la jurisprudencia no esté consolidada<sup>71</sup>. Así, esta situación podría generar un aumento considerable del número de cuestiones prejudiciales, lo que (a falta de un mecanismo similar entre el TJ y el TEDH) elevaría el riesgo de que la interpretación del TJ no se correspondiese con la del TEDH. Esta eventualidad afectaría también a la labor de aplicación del Derecho de la UE y del CEDH por parte de los tribunales nacionales aumentando las posibilidades de conflicto o de interpretaciones divergentes. Siendo estas las perspectivas, parece que la coherencia y la armonía entre la Carta y el CEDH sólo estaría verdaderamente garantizada con la adhesión de la UE al Convenio.

## 9. PREPARANDO LA ADHESIÓN AL CEDH

Como antes se ha visto (caso *Bosphorus*), en la actualidad el TEDH ejerce un control indirecto sobre el Derecho comunitario a través de las medidas nacionales de ejecución, aunque, por otra parte ha otorgado al Derecho comunitario una presunción general de conformidad con el Convenio. Esta actitud, aunque facilita la convivencia entre las dos máximas instancias, ha sido vista por todos los comentaristas como una solución provisional, a la espera de la deseable adhesión<sup>72</sup>. De momento, el Tratado de Lisboa reafirma el carácter de principios generales del Derecho de la Unión de los derechos contenidos en el CEDH (artículo 6.3 TUE-L). La diferencia, salta a la vista, es que, a la espera de la adhesión, el máximo intérprete del Conve-

<sup>68</sup> *Ibidem*, C 303/34.

<sup>69</sup> Charte 4423/00, Convent 46, 31 julio 2000.

<sup>70</sup> En idéntico sentido, *vide* CRAIG, P., *The Lisbon Treaty. Law, Politics and Treaty Reform*, *op. cit.* p. 233.

<sup>71</sup> Así lo expresaron los observadores del Consejo de Europa durante el proceso de redacción de la Carta, *vide* Charte 4961/00, Contrib 356, 13 noviembre 2000.

<sup>72</sup> Un resumen de la situación actual, puede consultarse en JACQUÉ, J. P., *Droit Institutionnel de l'Union Européenne*, 4e ed., Dalloz, Paris, 2006, pp. 72-73.

nio en el seno de la Unión no será el Tribunal de Estrasburgo, sino el Tribunal de Justicia.

La labor de persuasión ejercida por el *establishment* europeo, unida a los desarrollos jurisprudenciales de ambos tribunales, abocaron a los líderes políticos a tomar una determinación sobre la adhesión o no al CEDH. Finalmente, el artículo 6.2 TUE-L establece que «[l]a Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales»<sup>73</sup>. Los primeros análisis relativos a las implicaciones de la adhesión de la UE fueron hechas por el Comité Director en materia de Derechos Humanos del Consejo de Europa en 2002 (CDDH, en sus siglas en francés)<sup>74</sup>. Posteriormente, tras la entrada en vigor de Lisboa, también los expertos consultados por el Parlamento Europeo en marzo de 2010 aportaron luz sobre la cuestión<sup>75</sup>. Aprovechando que existía un amplio acuerdo entre las autoridades políticas en que la adhesión habría de operarse lo antes posible, las negociaciones comenzaron en julio de 2010<sup>76</sup>. El

<sup>73</sup> Sobre la adhesión de la UE al CEDH, *vide, inter alia*, STOFFEL VALLUTON, N., «La adhesión de la Unión Europea al Convenio para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales: evolución de la cuestión, previsiones y posibles consecuencias», MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Coord.), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, AEPDIRI-Iustel, Madrid, 2008, pp. 179-198, COBO SAENZ, J. F., «La adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus efectos en la aplicación judicial del Derecho de la Unión», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 291, 2009, pp. 59-76, CORTÉS MARTÍN, J. M., «Adhesión al CEDH y la autonomía del Derecho de la Unión: legitimación pasiva de la Unión y sus miembros y compatibilidad material», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 22, 2010, pp. 1-53, BENOÎT-ROHMER, F., «Valeurs et droits fondamentaux dans le traité de Lisbonne», BROSSET E., CHEVALLIER-GOVERS C., EDJAHARIAN V., SCHNEIDER C., *Le traité de Lisbonne. Reconfiguration ou déconstitutionnalisation de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2009, pp. 143-164 y LOCK, T., «EU accession to the ECHR: Implications for judicial review in Strasbourg», *European Law Review*, 2010/6, pp. 777-798. Igualmente, *vide* JACQUÉ, J. P., «L'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme. Note à l'attention de la Commission institutionnelle en vue de l'audition du 18 mars 2010» y DE SCHUTTER, O., «L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme: feuille de route de la négociation», ambas contribuciones disponibles entre los documentos presentados ante la *Audiencia ante la Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo*, 18 marzo 2010, <http://www.europarl.europa.eu/activities/committees/eventsCom.do?language=ES&body=AFCO>, última consulta: 1-4-2011.

<sup>74</sup> Comité directeur pour les Droits de l'Homme, *Étude des questions juridiques et techniques d'une éventuelle adhésion des CE/de l'UE à la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Strasbourg, 28-6-2002, DG-II(2002)006, [CDDH(2002)010 Addendum 2].

<sup>75</sup> *Audiencia ante la Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo*, 18 marzo 2010. De especial interés son las antedichas contribuciones de Jean Paul JACQUÉ y de Olivier DE SCHUTTER.

<sup>76</sup> *Vide* el comunicado de prensa «European Commission and Council of Europe kick off joint talks on EU's accession to the Convention on Human Rights», Press release – 545(2010), de 7-7-2010. Previamente, el Consejo confirió un mandato con ciertas directivas a la Comisión para que llevase a cabo las negociaciones. Dichas directivas siguen siendo clasificadas. *Vide* LOCK, T., «EU accession to the ECHR: Implications for judicial review in Strasbourg», *op. cit.*, pp. 777-798, especialmente, p. 778, pie de página 11. *Vide*, igualmente, el «Documento de reflexión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

CDDH espera que para finales de junio de 2011 exista un borrador de acuerdo<sup>77</sup>. Tras las negociaciones, se preparará un Tratado de Adhesión que tendrá que ser ratificado por los 47 Estados miembros del CEDH, por una parte, y por la Unión Europea de acuerdo con lo establecido en el artículo 218 TFUE. En este sentido existe la posibilidad de un doble veto institucional. En efecto, según el artículo 218.8 del Tratado de Funcionamiento de la Unión (TFUE), el acuerdo que permita la adhesión ha de ser adoptado por unanimidad del Consejo (en el caso de la «Constitución» sólo se precisaba de mayoría cualificada). Al igual que en el Tratado Constitucional, se sigue exigiendo igualmente la aprobación previa del Parlamento Europeo (218.6, a), ii), TFUE) por mayoría de los votos emitidos. A partir de ahí, la entrada en vigor del acuerdo de adhesión queda condicionada a la aprobación por parte de todos los Estados miembros según sus reglas constitucionales respectivas. De este modo, los Estados miembros de la UE tendrán que ratificar el tratado doblemente: en tanto que miembros del Consejo de Europa (aplicando las reglas de Derecho de tratados) y en tanto que miembros de la UE (artículo 218 TFUE). Por otra parte, ex art. 218.11 TFUE uno o varios Estados (o incluso el Consejo, la Comisión o el Parlamento) podrían solicitar el dictamen del TJUE sobre la compatibilidad del Tratado de adhesión con los tratados de la UE lo que, podría abocar a una renegociación del Tratado de adhesión y vuelta a empezar. Se produce en este sentido un retroceso respecto del Tratado constitucional y se reafirma el carácter constitucional de la adhesión al Tratado que el Dictamen 2/94 ya señalara.

Despejado el camino de la adhesión en el seno del Consejo de Europa tras la ratificación por Rusia del Protocolo núm. 14 al CEDH, una vez más la pelota está en el tejado comunitario<sup>78</sup>. El Protocolo núm. 8 al Tratado de Lisboa marca las líneas rojas que presidirán las posiciones de la UE en la negociación. Así, el acuerdo habrá de respetar las características específicas de la Unión y de su Derecho, las atribuciones de las instituciones de la UE así como las situaciones particulares de los Estados miembros y de la propia Unión respecto del CEDH. A pesar de las distintas posibilidades y combina-

sobre determinados aspectos de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales» publicado por el TJ el 5-5-2010 y disponible en [http://www.curia.europa.eu/jcms/jcms/P\\_64349/](http://www.curia.europa.eu/jcms/jcms/P_64349/), última consulta: 1-4-2011.

<sup>77</sup> Comité directeur pour les Droits de l'Homme, *Report, 70th meeting*, 15-18 junio 2010, CCDH(2010)010, §25.

<sup>78</sup> La reforma instaurada por dicho protocolo, más simbólica que otro cosa, añade un nuevo apartado al artículo 59, según el cual «La Unión Europea podrá adherirse a este Convenio». El informe explicativo del Protocolo 14, haciéndose eco de informes técnicos previos, destaca que será necesario acometer futuras modificaciones al Convenio para hacer posible la adhesión desde el punto de vista legal y técnico. *Vide* el informe *Explanatory report to the Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the control system of the Convention*, CETS No. 194, §101. *Vide*, igualmente, QUERALT JIMÉNEZ, A., «La protección de derechos y libertades en Europa tras la entrada en vigor del Protocolo núm. 14 al CEDH», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 36, 2010, pp. 487-519.

ciones que el devenir de las negociaciones podría establecer, sí que sería posible avanzar algunas consecuencias que la anhelada adhesión tendrá en el orden procesal institucional.

a) Por una parte, parece claro que habrá un juez comunitario en el Tribunal de Estrasburgo y que la UE participará en el sistema de control de la ejecución de las decisiones que lleva a cabo el Comité de Ministros<sup>79</sup>. Aquí se plantearía una situación de consecuencias jurídicas más bien escasas aunque de una enorme carga político-institucional. Dado que no existe la nacionalidad europea, el juez comunitario tendrá la nacionalidad de alguno de los Estados miembros, con lo que podría darse la eventualidad de que coincidieran dos jueces súbditos del mismo Estado en algunos asuntos. Con que hubiese una lista de jueces representando a la UE o jueces específicos *ad hoc*, se solucionaría esta eventualidad.

b) Por otro lado, sea cual sea el texto final del Tratado de adhesión, el Protocolo núm. 8 obliga a disponer un mecanismo que impida que a través de la elección del demandado ante el TEDH, pueda verse comprometido o alterado el reparto de competencias entra la UE y los Estados que realizan los Tratados. Hay que asegurarse, por tanto, de que la demanda se dirige contra el responsable de la violación. Determinar al responsable puede complicarse en los casos en los que existe, además, margen de apreciación para implementar la medida comunitaria por parte del Estado miembro. Además, sería conveniente evitar que recaiga en el TEDH determinar a quién va dirigida en última instancia la demanda. Por tanto, lo ideal parecería un sistema que permita al individuo demandar simultáneamente a la Unión y al Estado en cuestión permitiendo a la propia UE, a través del TJ, decidir quién será el demandado<sup>80</sup>.

c) Otro problema que se plantea en relación con el respeto a la configuración institucional y al Derecho de la UE es el relativo a la preservación de la exclusividad del poder de interpretación del TJ de su propio Derecho. No sería descartable que el TEDH tenga que interpretar una disposición comunitaria para determinar su conformidad con el CEDH, como ya ha hecho la instancia de Estrasburgo en relación con el Derecho de los Estados parte. Esta situación, ciertamente incómoda cuando menos, puede darse, pero dado que las sentencias del TEDH son declarativas, la UE poseería todavía margen para adaptar su ordenamiento y hacerlo compatible con el CEDH *pro futuro*.

d) La otra circunstancia que podría plantearse es la relativa al modo de

<sup>79</sup> Vide, *inter alia*, LOCK, T., «EU accession to the ECHR: Implications for judicial review in Strasbourg», *op. cit.*, especialmente, p. 778.

<sup>80</sup> Un sistema similar figura en el Anexo IX, artículo 6, del Convenio sobre Derecho del Mar en el que la UE es parte. Sobre esta cuestión, vide las opiniones idénticas de BENOÎT-ROHMER, F., «Valeurs et droits fondamentaux dans le traité de Lisbonne», *op. cit.*, p. 161 y JACQUÉ, J. P., «L'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme. Note à l'attention de la Commission institutionnelle en vue de l'audition du 18 mars 2010», *op. cit.*, p. 2.

presentar la demanda ante el TEDH. Los artículos 33 y 34 del CEDH permiten las demandas entre Estados y las demandas presentadas por particulares, respectivamente. Permitir que un Estado miembro de la UE pudiera presentar una demanda contra la propia UE en el sistema del Convenio casaría difícilmente con el monopolio de jurisdicción que reclama el TJ sobre el Derecho de la UE e, incluso, con su propio estatus. Por otra parte, un sistema que sólo permitiera el recurso indirecto al TEDH de los particulares afectados por una disposición comunitaria a través del filtro del TJ (al estilo de la nueva cuestión prioritaria de constitucionalidad francesa) tendría la ventaja de preservar la exclusividad del poder de interpretación del TJUE, pero no sería descartable que no se le llegara a presentar la oportunidad si el tribunal nacional decide el caso en última instancia sin presentar la cuestión prejudicial. En este caso, parece que se plantearían dos opciones: a) el TEDH podría directamente rechazar la demanda por no haber agotado los recursos internos; b) el TEDH podría enviar la cuestión al TJUE para que decidiera como última instancia interna. En el primer caso el proceso se eternizaría (como poco) y en el segundo el TEDH se convertiría en juez del reparto interno de competencias. Siguiendo a los profesores BENOÎT-ROHMER y JACQUÉ, la solución que parece más razonable es la de permitir la demanda individual tras el agotamiento de los recursos internos. Dicha solución permite al particular decidir tras el proceso ante el TJUE si continúa o no ante Estrasburgo. Y esto teniendo en cuenta que la solicitud al Tribunal nacional por parte del particular de elevar una cuestión prejudicial tenga la consideración de recurso interno<sup>81</sup>. Así, si el tribunal nacional lo rechaza, se habría agotado la vía interna a los efectos de la admisibilidad ante el TEDH. Lo cual, por cierto, obligaría a una mayor coordinación TJUE-Tribunales nacionales (incluso de naturaleza constitucional) y, en aras de la coherencia, acabaría obligando a los tribunales estatales con poder de decisión (y que todavía muestran reticencias) a presentar cuestión prejudicial ante el riesgo de crear lagunas en la protección de los derechos<sup>82</sup>. El establecimiento del mecanismo del «codemandado» está consumiendo gran parte del tiempo del Grupo Informal sobre la adhesión de la UE al CEDH<sup>83</sup>. El TJUE, por su parte, ha subrayado la necesidad de que el acuerdo de adhesión incorpore un mecanismo que asegure que el propio TJ ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el control de un acto desde el punto de vista «interno», antes de que el TEDH proceda al control «externo»<sup>84</sup>.

<sup>81</sup> BENOÎT-ROHMER, F., «Valeurs et droits fondamentaux dans le traité de Lisbonne», *op. cit.*, p. 162 y JACQUÉ, J. P., «L'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme», p. 4.

<sup>82</sup> El TC español se muestra especialmente reticente a presentar cuestiones prejudiciales lo que plantea ciertos problemas en los recursos de amparo en los que el Derecho de la UE se ve implicado como lo demuestra, por ejemplo, la STC 199/2009. *Vide*, especialmente, el voto particular a esa sentencia que formula el magistrado D. Pablo PÉREZ TREMPES.

<sup>83</sup> Comité directeur pour les Droits de l'Homme, *6e réunion du Groupe informel sur l'adhésion de l'UE à la Convention (CDDH-UE) 15-18 mars 2011, Strasbourg*, documento en el que se da cuenta de la gran cantidad de tiempo dedicado a la redacción del artículo 4 (*Mécanisme de codé fendeur/ Co-respondent mechanism*) del Proyecto de Acuerdo de Adhesión.

<sup>84</sup> Declaración conjunta de los Presidentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tras el encuentro entre ambos órganos

Desde un punto de vista material, por otra parte, la adhesión de la UE al Convenio comportará al menos tres consecuencias en lo que respecta al tipo de control a que el TEDH someterá al Derecho de la UE, consecuencias que redundarán en la estabilización de las relaciones interordinamentales CEDH/UE.

a) Así, por un lado, se ampliará el ámbito de control jurisdiccional de los derechos fundamentales. Así, el artículo 275 TFUE excluye expresamente del control del TJUE la actividad de la UE en materia de política exterior y de seguridad común, salvo las medidas restrictivas adoptadas en relación con los particulares<sup>85</sup>. Sin embargo, dado que el CEDH se aplica a todas las cuestiones que afectan a la jurisdicción de las partes contratantes, el TEDH podría aceptar demandas relativas a la actividad exterior de la UE dado, además, el concepto amplio de jurisdicción que maneja<sup>86</sup>.

b) Por otro lado, el control del TEDH se extenderá tanto al conjunto del Derecho de la Unión como a los actos de los Estados miembros cuando ejecuten medidas comunitarias. Los Estados sólo serán responsables cuando el Derecho de la Unión les permita un margen de apreciación a la hora de aplicar el Derecho de la UE, pero su responsabilidad se sustanciará siempre en los límites de dicho margen. Sin embargo, la apreciación de la existencia de dicho margen de apreciación habrá de ser competencia del TJ.

c) Además, la adhesión habrá de producir un abandono de la jurisprudencia *Bosphorus* por parte del TEDH. Hay quien defiende que dado que dicha doctrina está basada en una presunción general de que en la UE existe un alto nivel de protección (igual o superior al que garantiza el CEDH) y en tanto que la Carta ha aumentado considerablemente el nivel de protección de ciertos derechos (*vide supra*) no existiría ninguna razón para descartarla<sup>87</sup>. Sin embargo, como apuntan otros, la doctrina *Bosphorus* estaría basada en una suerte de deferencia judicial entre tribunales guardianes de

jurisdiccionales, de 24-1-2011, disponible en la web del TJUE [http://www.curia.europa.eu/jcms/jcms/P\\_72317/](http://www.curia.europa.eu/jcms/jcms/P_72317/), última consulta: 1-4-2011.

<sup>85</sup> Consecuencia de la jurisprudencia *OMPI-PMOI* [STPI, asunto *People's Mojahedin Organization of Iran vs. Consejo* (T-256/07), de 23-10-2008 (*PMOI I*) y STPI, asunto *People's Mojahedin Organization of Iran vs. Consejo* (T-284/08), de 4-12-2008 (*PMOI II*)] e indirectamente de la jurisprudencia *Gestoras/Segi*, STJCE, asunto *Gestoras Pro Amnistía y otros vs. Consejo* (C-354/04 P), de 27-2-2007 [Rec., p. I- 1579] y STJCE, asunto *Segi y otros vs. Consejo* (C-355/04 P), de 27-2-2007 [Rec., p. I-1657].

<sup>86</sup> En este sentido, *vide* la STEDH, asunto *Banković y otros vs. Bélgica, República Checa, Dinamarca, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Noruega, Polonia, Portugal, España, Turquía y Reino Unido* (rec. núm. 52207/99), de 12-12-2001 [Recueil 2001-XII] y el comentario de COHEN-JONATHAN, G., «La territorialisation de la juridiction de la Cour européenne des droits de l'Homme», *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, Vol. 52, 2002, pp. 1055-1082.

<sup>87</sup> BESSELINK, L. F. M., «The EU and the European Convention of Human Rights after Lisbon: From 'Bosphorus' Sovereign Immunity to Full Scrutiny», BOEREFIJN, I., GOLDSCHMIDT J. E. (eds.), *Changing Perceptions of Sovereignty and Human Rights: Essays in Honour of Cees Flinterman*, Intersentia Antwerpen, 2008, pp. 295-309, especialmente, p. 305.

ordenamientos totalmente separados, circunstancia que desaparecería tras la adhesión de la UE y la correspondiente sujeción de ésta al CEDH y, especialmente, del TJ al TEDH<sup>88</sup>. Sin embargo, a mi juicio, ésa no sería la razón principal de la necesidad de superar esta jurisprudencia. *Bosphorus* establece una suerte de doble estándar de protección. A los Estados miembros les impone un sometimiento pleno al CEDH y un respeto escrupuloso del nivel de protección recogido en su texto. A la UE (anteriormente CE), sin embargo, le viene exigiendo una protección equivalente, entendiendo por esto, «comparable», ya que todo intento de exigir una protección idéntica iría en contra de la cooperación internacional, que para el TEDH implica un acervo de prácticamente importancia constitucional<sup>89</sup>. Esta situación coloca a la UE en una posición más ventajosa que al resto de Estados miembros de cara a responder ante demandas de violación de derechos del CEDH. Así, lo que se podía hacer tolerable para algunos Estados (especialmente los terceros Estados) cuando la UE no era miembro sería con toda seguridad insostenible y, más allá de crear tensiones en el Comité de ministros, provocaría una institucionalización de la protección asimétrica de derechos en el seno del Convenio, cosa que, a la vista de su jurisprudencia anterior, el TEDH no parece dispuesto a consentir.

## 10. A MODO DE CONCLUSIÓN

La adhesión de la UE al CEDH constituirá, sin duda, un paso en el proceso de estabilización de las relaciones interordinamentales en el contexto europeo pero, dicho proceso, está lejos de acabar. Los tribunales constitucionales nacionales y el TJ todavía están terminando (si es que acabarán algún día) de definir sus relaciones. Sirva como ejemplo el reciente caso *Melki* sobre la compatibilidad de la cuestión prioritaria de constitucionalidad francesa con el Derecho de la UE<sup>90</sup>. A esto habría que sumar la tradicional reticencia de algunos tribunales constitucionales a presentar cuestiones prejudiciales ante el TJ. En este sentido, el TC español sigue resistiéndose, pero tanto la dinámica del recurso de amparo como el aumento de la legislación de lo que antes era el ámbito del «tercer pilar» con el correspondiente

<sup>88</sup> LOCK, T., «EU accession to the ECHR: Implications for judicial review in Strasbourg», *op. cit.*, especialmente, p. 798.

<sup>89</sup> STEDH, asunto *Bosphorus*, de 30-6-2005, *op. cit.*, §155.

<sup>90</sup> STJUE, asuntos acumulados *Melki y Abdeli* (C-188/10 y C-189/10), de 22-6-2010. Sobre esta importante decisión que, en la práctica, realiza un control de *comunitariedad* de la nueva cuestión prioritaria de constitucionalidad francesa, *vide* SALICETI, A. I., «Constitution et primauté: un bilan jusqu'à l'arrêt "Melki et Abdeli"», *Revue du droit de l'Union Européenne*, núm. 3, 2010, pp. 583-624, SARMIENTO, D., «La question prioritaire de constitutionnalité et le droit européen: L'arrêt Melki: esquisse d'un dialogue des juges constitutionnels et européens sur toile de fond française», *Revue trimestrielle de droit européen*, Vol. 46/3, 2010, pp. 588-598, SARMIENTO, D., «Cuestión prejudicial y control previo de constitucionalidad. Comentario a la sentencia Melki del Tribunal de Justicia de la UE», *Revista española de derecho europeo*, núm. 37, 2011, pp. 97-110.

impacto en los derechos individuales, hacen que la negativa ponga en tela de juicio la propia coherencia del sistema.

Por otra parte, la no adecuación de los órganos sancionadores de la ONU a los estándares de protección comunitarios obliga al TJ a reservarse la posibilidad de controlar dichas sanciones (doctrina *Kadi*), so pena de que algún tribunal nacional esté tentado de hacerlo para proteger los derechos fundamentales de sus ciudadanos, pero al hacerlo, rompa así la aplicación uniforme del Derecho comunitario. El TJUE, no obstante, ha adoptado una postura activa (o activista) en la (re-)definición de las relaciones interordinamentales. Así, por una parte, reafirma el carácter constitucional del ordenamiento de la UE, permitiéndose lanzar órdenes del tipo *Kadi* (que rompen con su tradicional doctrina de sumisión al Derecho internacional sin ambages), al tiempo que, por otra, reafirma su monopolio de interpretación del Derecho de la UE (al pronunciarse contra la existencia del Tribunal europeo de patentes<sup>91</sup>) o interviene directamente en el debate de la adhesión al CEDH para clarificar sus relaciones con el TEDH<sup>92</sup>.

Además, la creciente actividad de las organizaciones internacionales distintas de la UE crea fricciones con el CEDH que el TEDH tendrá que abordar algún día (casos *Behrami/Saramati*)<sup>93</sup>. Todo ello en un contexto en el que la UE todavía está pensando en «qué quiere ser de mayor» y las interrelaciones con otros ordenamientos como el de la OMC no dejan de crecer. En este sentido, los últimos desarrollos jurisprudenciales parecen confirmar que lejos de ser un tribunal de bajo perfil «escondido en el país de las hadas» el TJUE tiene cada vez más claro su papel de máximo tribunal de un ordenamiento constitucional en constante interrelación con otros sistemas jurídicos afines. A la hora, pues, de definir estas relaciones interordinamentales, el TJUE parece lanzar el mensaje de que, en ausencia de una intervención del poder político que establezca unos cauces mínimos para la resolución de conflictos entre ordenamientos, él mismo intervendrá forzando su *Kompetenz* si es necesario para salvaguardar el Derecho de la UE y su coherencia en el contexto actual de progresiva fragmentación del ordenamiento internacional.

<sup>91</sup> Vide el Dictamen del TJUE, asunto *Tribunal Europeo y Comunitario de Patentes* (1/09), de 8-3-2011.

<sup>92</sup> Vide la Declaración conjunta de los Presidentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tras el encuentro entre ambos órganos jurisdiccionales, de 24-1-2011, *op. cit.*

<sup>93</sup> Decisiones del TEDH, asunto *Behrami vs. Francia* (rec. núm. 71412/01) y asunto *Saramati vs. Francia, Alemania y Noruega* (rec. núm. 78166/01), de 2-5-2007 [no publicada].