

# LA ADHESIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA AL CONVENIO DE ROMA. EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA UE

JOSÉ RAFAEL MARÍN AÍL \*

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. REPERCUSIONES PARA EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA UNIÓN EUROPEA DERIVADAS DE SU ADHESIÓN AL CEDH.
- III. DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DERIVADA DEL CEDH ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y SUS ESTADOS MIEMBROS EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN: LA INSTITUCIÓN FACULTATIVA DEL CODEMANDADO.
- IV. LA UNIÓN EUROPEA Y LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.
  1. LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DEL TEDH EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA UNIÓN.
  2. LA UNIÓN EUROPEA Y LA SUPERVISIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DEL TEDH.
- V. CONCLUSIONES.

---

\* Profesor Contratado del Programa de Formación del Profesorado Universitario – FPU, Departamento de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Granada, España.

Este trabajo se inscribe en el marco del Proyecto de investigación titulado: «Articulación de la acción exterior de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa», financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología, Código DER2010-21083, Investigador Principal, Prof. Dr. Manuel López Escudero, Universidad de Granada.

## I. INTRODUCCIÓN

El Tratado de Lisboa no solo ha equiparado la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE) en cuanto a valor jurídico con el Derecho originario, sino que además, ha levantado los obstáculos erigidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en su dictamen 2/94<sup>1</sup> para convertir en una obligación de resultado la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Salvaguarda de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales —CEDH— (artículo 6.2 TUE)<sup>2</sup>. Se trata de una obligación de resultado peculiar e intrincada, puesto que el procedimiento previsto en el artículo 218.8 TFUE para la conclusión del acuerdo internacional de adhesión está sujeto a la aprobación del Parlamento Europeo, a la unanimidad en el Consejo y a la aprobación con arreglo a las reglas del orden constitucional de cada Estado miembro de la decisión del Consejo que autorice a la conclusión de tal acuerdo<sup>3</sup>. A día de hoy resulta claro que la Unión Europea no se convertirá en miembro del Consejo de Europa<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996, *Rec.* p. I-1759.

<sup>2</sup> Del lado del Consejo de Europa la adhesión se contempla, en cambio, como una posibilidad permitida por el artículo 59 CEDH modificado por el Protocolo n° 14 en vigor desde junio de 2010, *vid.* DOUGLAS-SCOTT, S., «The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon», *Human Rights Law Review (HRLR)*, vol. 11, n° 4, 2011, pp. 645-682.

<sup>3</sup> Sin olvidarse que la entrada en vigor del futuro acuerdo de adhesión también requerirá de la voluntad de la otra organización internacional implicada, el Consejo de Europa, así como la ratificación por parte de sus respectivos 47 —hasta la fecha— Estados miembros.

<sup>4</sup> En un principio cabía preguntarse si era necesario que para adherirse al CEDH la Unión se convirtiera también en miembro del Consejo de Europa, ya que algunos aspectos de la adhesión podían requerir una modificación del Estatuto del Consejo de Europa, lo cual habría hecho necesario que la Unión depositara su instrumento de aceptación del Estatuto del Consejo de Europa ante su Secretario General para poder completar la adhesión. *Vid.* GROUSSOT, X., LOCK, T., PECH, L., «EU Accession to the European Convention on Human Rights: a Legal Assessment of the Draft Accession Agreement of 14th October 2011», *European issues, Fondation Robert Schuman, Policy Paper*, n° 218, 2011, p. 8.

Con carácter general sobre las relaciones entre ambas organizaciones internacionales puede consultarse el Memorándum de Entendimiento entre el Consejo de Europa y la Unión Europea, adoptado en la Sesión 117ª del Comité de Ministros, en Estrasburgo, los días 10-11 de mayo de 2007, CM (2007)74. El Derecho originario se ha hecho eco de las estrechas relaciones entre ambas organizaciones internacionales, de este modo el artículo 220 del TFUE señala que la Unión Europea establecerá todo tipo de cooperación adecuada con el Consejo de Europa. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa

En junio de 2010, bajo este marco jurídico se iniciaron las negociaciones para la adhesión. El Comité de Derechos Humanos del Consejo de Europa (CDDH), con mandato negociador *ad hoc* otorgado por el Comité de Ministros el 26 de mayo de 2010, designó un grupo negociador informal compuesto por catorce Estados del lado del Consejo de Europa (CDDH-UE)<sup>5</sup> que tuvo como contraparte a la Comisión Europea<sup>6</sup>. Se mantuvieron ocho reuniones de trabajo que desembocaron en junio de 2011 en la redacción de un Proyecto de instrumentos jurídicos para la adhesión de la UE al CEDH<sup>7</sup>. Dicho Proyecto no ha concitado el suficiente respaldo y en junio de 2012 se ha decidido reabrir las negociaciones tomando como punto de partida su contenido. Esta vez las negociaciones serán llevadas a cabo por un grupo *ad hoc* (47+1) integrado por los 47 Estados miembros del Consejo de Europa frente a la Comisión Europea, que tiene la difícil misión de negociar tanto en interés de la Unión como de sus propios Estados miembros. Por su parte, el represen-

---

se ha manifestado favorable en varias ocasiones a que la Unión Europea se convierta en miembro del Consejo de Europa, vid. Informe del Comité de Asuntos Políticos de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Doc. 12713, Ponente LUNDGREN, K., *The impact of the Lisbon Treaty on the Council of Europe*, Estrasburgo, 16 de septiembre de 2011. Por su parte el Parlamento Europeo ha expresado en cambio su posicionamiento a favor de reforzar la presencia de la Unión en el Consejo de Europa y su estatuto de observador en el mismo, así como la necesidad de que la Unión participe en el Comité para la Prevención de la Tortura, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia y la Comisión europea para la eficacia de la justicia, vid. la Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de mayo de 2011, sobre la UE como actor global: su papel en organizaciones multilaterales, (2010/2298(INI)) A7-0181/2011.

<sup>5</sup> Entre ellos siete miembros de la UE: Alemania, Finlandia, Francia, Letonia, Países Bajos, Reino Unido y Rumanía. Nótese la singularidad de que la Comisión Europea haya tenido como contraparte en la negociación del acuerdo a algunos de sus Estados miembros.

<sup>6</sup> La Comisión Europea recibió su mandato de negociación aprobado por el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior (JAI), de 4 de junio de 2010.

<sup>7</sup> *Draft legal instruments on the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, CDDH-UE(2011)16, Estrasburgo 19 de Julio de 2011. En lo sucesivo nos referiremos a este texto al analizar su contenido como «Proyecto de instrumentos jurídicos para la adhesión». Dicho proyecto cuenta con tres partes diferenciables: a) *Draft Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, se trata del Proyecto de acuerdo de adhesión integrado por 12 artículos que no pueden ser objeto de reserva, b) *Draft Rule to be added to the Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements (draft Rule 18)* y c) *Draft Explanatory report to the Agreement*.

tante de Rusia ha mostrado claramente su preferencia por el anterior Proyecto de acuerdo de 2011, que a su juicio contiene un justo equilibrio entre las especificidades del ordenamiento jurídico de la Unión y su incorporación al CEDH en igualdad de condiciones con el resto de partes contratantes<sup>8</sup>. En cuanto al procedimiento formal para la adhesión, éste requiere un grado de consenso interinstitucional e internacional sin parangón con cualquier otro tratado internacional que la Unión haya previsto concluir antes. Además, la enorme complejidad técnico-jurídica de las cuestiones que deben limarse durante las negociaciones del acuerdo de adhesión hace más que probable que, una vez adoptado éste, sea requerido un nuevo dictamen previo del TJUE *ex* artículo 218.11 TFUE<sup>9</sup>. Estas dificultades, sin duda, vendrán a posponer una adhesión que se hace tanto más necesaria a medida que aumenta sustancialmente la cantidad de poderes soberanos cuyo ejercicio es transferido por los Estados miembros a la Unión. Poderes de la Unión que hasta la fecha han sido sujetos a un escrutinio por parte del Tribunal Europeo de Derechos Hu-

---

<sup>8</sup> Vid. Comité de Ministros del Consejo de Europa «1145th meeting, 13 June 2012 – Decisions Adopted, item 4.5», CM/Del/Dec(2012)1145, Estrasburgo, 15 de junio de 2012; también, CDDH, *Report from the 75th meeting, 19-22 June 2012*, CDDH (2012) R75, Estrasburgo 1 de julio de 2012. Asimismo pueden consultarse los documentos correspondientes a las tres reuniones de negociación pertenecientes a esta nueva etapa que han tenido lugar hasta la fecha de cierre del presente estudio: *First Negotiation Meeting Between the CDDH and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Doc 47+1(2012)R01, Estrasburgo, 21 de junio de 2012; *Second Negotiation Meeting Between the CDDH ad hoc negotiation group and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Doc 47+1(2012)R02, Estrasburgo, 19 de septiembre de 2012; *Third Negotiation Meeting Between the CDDH ad hoc negotiation group and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Doc 47+1(2012)R03, Estrasburgo, 9 de noviembre de 2012; todos ellos disponibles en: [www.coe.int](http://www.coe.int).

<sup>9</sup> La adhesión requiere la voluntad favorable de las dos organizaciones internacionales implicadas (UE-Consejo de Europa) así como de sus respectivos Estados miembros. Para el procedimiento formal de adhesión (artículo 218.8 TFUE) así como para los principales interrogantes técnico-jurídicos que ésta plantea *ex ante* nos remitimos al artículo de SANZ CABALLERO, S., «Crónica de una adhesión anunciada: algunas notas sobre la negociación de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Comunitario Europeo (RDCE)*, n° 38, 2011, pp. 99-128. También debe verse JACQUÉ, J. P., «The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms», *Common Market Law Review (CMLR)*, vol. 48, n° 4, 2011, pp. 995-1023.

manos (TEDH) de carácter indirecto, mediato e incompleto a través de una solución doblemente insatisfactoria: atribuir la eventual responsabilidad a los Estados miembros<sup>10</sup> a la par que se mantiene *lato sensu* una deferencia de tipo *Solange II* hacia el ordenamiento jurídico de la Unión<sup>11</sup>.

Por otra parte el CEDH ha venido recibiendo una posición preeminente en el modelo «pretoriano» de protección de los derechos fundamentales articulado por el TJUE, lo cual puede verse como la aplicación jurisdiccional anticipada en el ordenamiento de la Unión Europea de un acuerdo internacional en el que ésta pretende convertirse en parte contratante<sup>12</sup>. Pese a que el TJUE ha sustituido en algunos asuntos recientes la terminología relativa a la especial relevancia del CEDH en la determinación de los principios generales por una actitud más próxima a su aplicabilidad directa<sup>13</sup>, el TJUE, de forma contraria a otras posibles interpretaciones, ha señalado que el artículo 6.3 TUE no extiende al CEDH (sin la autoridad mediata de los principios generales)

---

<sup>10</sup> Vid. SANZ CABALLERO, S., «El control de los actos comunitarios por el TEDH», *Revista de Derecho Comunitario Europeo RDCE*, nº 10, 2001, pp. 473-513

<sup>11</sup> Alusión a la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 30 de junio de 2005, *Bosphorus c. Irlanda*, nº 45036/98, apartados 155-156. Vid. 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 Européenne (RTDE)*, vol. 41, nº 3, 2005, pp. 749-767. Se trata de la célebre Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 8 de abril de 1986, *Solange II*, BverfGE 73, 339. Una exposición detallada y un análisis de las implicaciones de esta jurisprudencia en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., WOELKER, U., «Derecho Comunitario, Derechos Fundamentales y control de constitucionalidad: La decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán de 22 de octubre de 1986», *Revista de Instituciones Europeas -RDCE*, vol. 14, nº 3, 1987, pp. 667-686.

<sup>12</sup> Sentencia de 28 de octubre de 1975, *Rutili c. Ministre de l'intérieur*, C-36/75, *Rec.*, p. 1219, apartado 32. Nótese que el TJUE emplea el CEDH por primera vez en esta sentencia a partir del momento en que no sólo éste se encontraba en vigor en el orden internacional (desde el 21 de septiembre de 1970), sino fundamentalmente a partir del momento en que todos los Estados miembros habían procedido a su ratificación, siendo Francia el último (3 de mayo de 1974). Con anterioridad a 1975, en su Sentencia de 14 de mayo de 1974, *Nold c. Comisión*, C-4/73, *Rec.*, p. 491, apartados 13 y 14, el Tribunal se había hecho eco de la invocación del CEDH por la parte recurrente, sin mencionar expresamente este instrumento al formular su doctrina pretoriana ni analizar disposiciones concretas del mismo.

<sup>13</sup> Véase, por ejemplo, la Sentencia de 17 de febrero de 2009, *Meki Elgafaji y Noor Elgafaji c. Staatssecretaris van Justitie*, C-465/07, *Rec.*, p. I-921, apartados 27 y 28, donde el TJUE manda interpretar una Directiva comunitaria en conformidad con el artículo 3 CEDH al órgano jurisdiccional remitente de la cuestión prejudicial.

las características propias del Derecho de la Unión de primacía y efecto directo sobre los derechos nacionales, ni en modo alguno prejuzga cuáles han de ser las relaciones entre el CEDH y los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros<sup>14</sup>. Mucho se ha escrito sobre las relaciones entre los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo. A ello cabe remitirse<sup>15</sup>. Desde el punto de vista de las implicaciones de la jurisprudencia del TEDH en el Derecho de la Unión, la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2011 en los asuntos *N.S.* y *M.E.*<sup>16</sup> da buena cuenta del estadio actual de las relaciones entre ambos tribunales: se trata de un reflejo inmediato y fidedigno de lo establecido por el TEDH en el asunto *M.S.S.*, sustancialmente idéntico, que había sido resuelto escasos meses atrás<sup>17</sup>. Este asunto confirma, además, la enorme

<sup>14</sup> Sentencia de 24 de abril de 2012, *Kamberaj*, C-571/10, apartados 60-63.

<sup>15</sup> En especial, RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., VALLE GÁLVEZ, A., «El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales», *Revista de Derecho Comunitario Europeo RDCE*, nº 2, 1997, pp. 329-376; así como CALLEWAERT, J., «The European Convention on Human Rights and European Union Law: A Long Way to Harmony», *European Human Rights Law Review*, nº 6, 2009, pp. 768-783; SANZ CABALLERO, S., «Interferencias entre el Derecho Comunitario y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Luxemburgo versus Estrasburgo: ¿Quién es la última instancia de los derechos fundamentales en Europa?)», *Revista de Derecho Comunitario Europeo RDCE*, nº 17, 2004, pp. 117-160; TIMMERMANS, C., «The Relationship between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights», en ARNULL, A., *et al.* (eds.), *A Constitutional Order of States? Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood*, Hart Publishing, Oxford –Portland, Oregon, 2011, pp. 151-160.

<sup>16</sup> El TJUE señala que una presunción irrefutable fundada en el principio de confianza mutua de que todos los Estados, sean miembros o terceros, que participan en el régimen de asilo de la Unión respetan los derechos fundamentales sería contraria a la CDFUE, interpretada ésta a la luz del CEDH. Vid. la Sentencia de 21 de diciembre de 2011, asuntos acumulados C-411/10 y 493/10. Un comentario en, MATTERA, A., «Droits fondamentaux, principes et valeurs de l'Union européenne. Quelques réflexions suite à l'arrêt du 21 décembre 2011. Affaires jointes C-411/10 et C-493/10», *Revue du Droit de l'Union européenne (RDUE)*, nº 1, 2012, pp. 121-134.

<sup>17</sup> Sentencia del TEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, nº 30696/09. Sobre este importante asunto, S. MORGADES GIL, «TEDH – Sentencia de 21.01.2011 (Gran Sala), *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, 30696/09 – «Artículos 3 y 13 CEDH – Prohibición de tortura y penas o tratos inhumanos o degradantes – Reglamento (CE) No 343/2003 de determinación del Estado responsable del examen de una solicitud de asilo (Dublín II)» – El funcionamiento efectivo de la política europea de asilo ante la garantía del derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes del CEDH», *Revista de Derecho Comunitario Europeo RDCE*, nº 41, 2012, pp. 183-204. Una comparación entre

importancia que la jurisprudencia del TEDH sigue teniendo en el modelo de protección de los derechos fundamentales de la Unión, incluso cuando ésta se ha dotado de su propio catálogo de derechos fundamentales equiparado por fin en valor jurídico al Derecho originario<sup>18</sup>. Debe destacarse que tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, son varias las sentencias en que el TJUE se remite al CEDH y a la jurisprudencia del TEDH apoyándose para ello en el artículo 52.3 de la CDFUE, que obliga, como mínimo, a dotar a los derechos fundamentales de la Carta que sean coincidentes con los del CEDH de idéntico sentido y alcance<sup>19</sup>. Junto con la aplicación judicial del CEDH, encontramos significativos esfuerzos de las instituciones de la Unión por adelantar en el terreno normativo la aplicación de este tratado internacional, en especial, en ámbitos materiales donde las competencias de la Unión han ex-

---

la jurisprudencia reciente de ambos tribunales de ámbito supranacional en materia de acceso a los procedimientos para la determinación del estatuto de refugiado en Europa en COSTELLO, C., «Courting Access to Asylum in Europe: Recent Supranational Jurisprudence Explored», *HRLR*, vol. 12, n° 2, 2012, pp. 287-339.

<sup>18</sup> Véanse el artículo 6.1 TUE, así como el *DOUE C 83/389*, de 30 de marzo de 2010, donde aparece publicado el texto de la CDFUE.

<sup>19</sup> Véanse *inter alia* la Sentencia de 5 de octubre de 2010, J. McB. y L. E., asunto C-400/10 PPU, *Rec.* 2010, p. I-8965, apartado 53; la Sentencia de 9 de noviembre de 2010, *Volker und Markus Schecke y Eifert c. Land Hessen*, asuntos acumulados C-92/09 y 93/09, *Rec.* 2010, p. I-11063, apartado 51; así como la Sentencia de 22 de diciembre de 2010, *DEB c. Alemania*, asunto C-279/09, *Rec.* 2010, p. I- 13849, apartado 35.

<sup>20</sup> En el ámbito de la Cooperación judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza para facilitar el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, el nuevo artículo 82. 2 TFUE permite de conformidad con el procedimiento legislativo ordinario la adopción de normas mínimas referidas, entre otras cuestiones, a los derechos de las personas durante el procedimiento penal. El propio Consejo de la Unión se anticipó a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa con la adopción de un plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales que tomaba el CEDH como punto de partida. Vid. Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 2009 sobre un plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales, *DOUE C 295/1*, de 4 diciembre de 2009. De momento el procedimiento legislativo ordinario a partir del artículo 82.2 TFUE ha sido exitoso con la adopción de la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales, *DOUE L 280/1*, de 26 de octubre de 2010, que tiene por finalidad garantizar el contenido del artículo 6 CEDH a la luz de la jurisprudencia del TEDH. Asimismo ha sido adoptada la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, *DOUE L 142/1*, de 1 de junio de 2012, que trae causa de los artículos 5 y 6 CEDH. En ambos casos se refleja como mínimo el nivel de pro-

perimentado un considerable crecimiento: éste es el caso del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia<sup>20</sup>. Pese a estos importantes pasos dados hacia la coherencia entre ambos subsistemas de Derecho Internacional Público (el relativo al Derecho de la Unión Europea y el correspondiente al CEDH), el presente trabajo parte de la asunción de que únicamente la adhesión de la Unión Europea y su sometimiento al control externo directo por parte del TEDH garantizarán la plena convergencia y cumplimiento de las obligaciones del CEDH por parte de la Unión Europea. El propósito del presente estudio radicará principalmente en: a) analizar algunas de las principales repercusiones que de producirse la adhesión tendría ésta sobre el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, b) examinar la cuestión relativa a la distribución de la responsabilidad internacional derivada del CEDH, en tanto que acuerdo mixto, entre la Unión Europea y sus Estados miembros, una vez se complete el proceso de adhesión, y c) estudiar los cauces que el ordenamiento jurídico de la Unión ofrece para la ejecución de las sentencias del TEDH, así como, cuál será tras la adhesión la participación de la Unión Europea y sus Estados miembros en la supervisión de la ejecución de los fallos del TEDH.

---

tección de los derechos fundamentales asociado al CEDH conforme a la jurisprudencia del TEDH, sin perjuicio de que los Estados miembros puedan establecer un nivel más elevado de protección. En otros casos la aplicación e invocación anticipada del CEDH es indirecta, tácita, vaga y difícilmente puede sujetarse su respeto en la actualidad a un control jurisdiccional efectivo: éste es el caso de la operación militar *Atalanta*, establecida en el ámbito PESC y destinada a la disuasión, prevención y represión de los actos de piratería frente a las costas de Somalia. En el artículo 12 de la Decisión que ha ampliado su mandato para incluir las aguas interiores somalíes y el territorio en tierra únicamente se contempla que las personas detenidas puedan ser entregadas a un tercer Estado para su enjuiciamiento en virtud de un acuerdo internacional, de modo que se respeten las «normas internacionales sobre derechos humanos, para garantizar en particular que nadie sea sometido a la pena de muerte, a tortura ni a ningún otro trato cruel, inhumano o degradante», vid. la Decisión 2012/174/PESC del Consejo, de 23 de marzo de 2012, por la que se modifica la Acción Común 2008/851/PESC relativa a la Operación Militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la disuasión, prevención y represión de los actos de piratería y del robo a mano armada frente a las costas de Somalia, *DOUE* L 89/69, de 27 de marzo de 2012. En cualquier caso, se trata de una mención indirecta al artículo 3 CEDH con limitadas posibilidades prácticas de garantizar que los procesados en terceros Estados en virtud de un acuerdo internacional entre la Unión y dicho Estado reciban con carácter extraterritorial una protección homologable a la contenida en el artículo 6 CEDH y en la jurisprudencia del TEDH.

## II. REPERCUSIONES PARA EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA UNIÓN EUROPEA DERIVADAS DE SU ADHESIÓN AL CEDH

En un ejercicio de prognosis pueden ponerse de manifiesto algunas de las repercusiones que previsiblemente tendrá la adhesión de la Unión Europea al CEDH:

1. La posición del TJUE será análoga a la que tienen en la actualidad cualquiera de los tribunales supremos o constitucionales de los Estados miembros respecto del Tribunal de Estrasburgo<sup>21</sup>. Ahora bien, esta afirmación debe ser ligeramente matizada ya que en el Proyecto de instrumentos jurídicos para la adhesión se ha previsto el establecimiento de un mecanismo que posibilite el pronunciamiento previo del TJUE en aquellos casos que cuestionen la compatibilidad con el CEDH de una disposición del Derecho de la UE y el TJUE no haya tenido ocasión de pronunciarse con anterioridad<sup>22</sup>. Con independencia de cuál sea el rostro definitivo de dicho mecanismo<sup>23</sup>, que debería permitir al TJUE pronunciarse rápidamente (en un período estimado de 6 a 8 meses para no demorar en exceso el procedimiento ante el TEDH) lo cierto es que la respuesta del Tribunal de Luxemburgo acerca de la compatibilidad del Derecho de la Unión con el CEDH no será vinculante para el Tribunal de Estrasburgo<sup>24</sup>. En cualquier caso, nadie sostiene que la relación

---

<sup>21</sup> En este sentido se pronuncia, PASTOR RIDRUEJO, J. A., «Sobre la adhesión de la Unión Europea a la Convención de Roma», *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº 43, 2010, p. 47.

<sup>22</sup> Precisamente, este mecanismo ha sido criticado ya que supone un privilegio para el TJUE frente a los tribunales constitucionales o supremos nacionales, posiblemente en contra del propósito central que predica el propio Proyecto de acuerdo de adhesión en su artículo 2: que la Unión Europea se adhiera al CEDH, *hasta donde sea posible*, en igualdad de condiciones con el resto de partes contratantes. Más adelante retomaremos las particularidades de este posible mecanismo. A favor de su establecimiento se pronunciaron los presidentes de ambos tribunales Costa y Skouris en su Comunicación conjunta de 24 de enero de 2011, disponible en: [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

<sup>23</sup> La base jurídica del mecanismo podría hallarse en el desarrollo reglamentario del procedimiento acelerado, así como del procedimiento de urgencia (para la tramitación de peticiones prejudiciales relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia), que han sido previstos en el artículo 23 bis del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *DOUE C 83/210*, de 30 de marzo de 2010.

<sup>24</sup> «The prior involvement of the CJEU will not affect the powers and jurisdiction of the Court. The assessment of the CJEU will not bind the Court», véase el punto 60 de *III. Draft Explanatory report to the Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, CDDH-UE(2011)16, *cit. supra*.

entre ambos tribunales vaya a tratarse de una relación de dependencia jerárquica, sino que se tratará de una relación de cooperación y sumisión al criterio último del TEDH por razón de especialización en relación con los derechos recogidos en el CEDH<sup>25</sup>.

2. La posibilidad de recurso individual ante el TEDH vendría a dotar a los particulares de una vía de recurso necesaria para completar el modelo de protección de derechos fundamentales frente a las decisiones de las instancias que componen el TJUE según el artículo 19 TUE (es decir, Tribunal de Justicia, Tribunal General y tribunales especializados)<sup>26</sup>. Cabe retomar en este punto la vieja cuestión de carácter procesal e institucional sobre si el Derecho de la Unión confiere a los particulares las vías de protección jurisdiccional efectiva que requiere el artículo 13 CEDH. Dicha cuestión sólo tendrá una respuesta unívoca en caso de someterse finalmente al escrutinio del

---

<sup>25</sup> Vid. POLAKIEWICZ, J., «Relationship between the European Convention on Human Rights and EU Charter of Fundamental Rights –Some proposals for a coherent system of human rights protection in Europe», en KRONENBERGER, V., (ed.), *The EU and the International Legal Order: Discord or Harmony?*, Asser Press, La Haya, 2001, pp. 83-86. Asimismo, LOCK, T., «The ECJ and the ECtHR: The Future Relationship between the Two European Courts», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 8, 2009, pp. 375-398.

<sup>26</sup> Recientemente, el TEDH ha considerado que no resultaba de aplicación la presunción de protección equivalente al ordenamiento de la Unión (presunción fijada en la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 30 de junio de 2005, *Bosphorus c. Irlanda*, cit. *supra*, sobre la que volveremos en el apartado III. del presente trabajo). Ello debido a que el TJUE no había tenido ocasión de pronunciarse en un asunto donde se cuestionaba el deber de los abogados de efectuar declaración de sospecha. Dicho deber había sido establecido en diversas directivas comunitarias destinadas a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y en sus respectivas normas internas de transposición. El *Conseil d'État* francés consideró que la compatibilidad del deber de declaración de sospecha con el artículo 8 CEDH no ofrecía lugar a dudas y por tanto declinó elevar al TJUE una petición prejudicial. En esta situación el TEDH entró a ejercer el control llegando a la conclusión de que no había infracción del artículo 8 CEDH. Cabe preguntarse a quién correspondería la eventual responsabilidad internacional de haberse planteado este mismo asunto una vez completada la adhesión. Véase la Sentencia del TEDH de 6 de diciembre de 2012, *Michaud c. Francia*, nº 12323/11, §§ 105-116 (no definitiva en el momento de terminar este trabajo). Igualmente ilustrativa de la carencia actual de dicha vía de recurso en el ordenamiento jurídico de la Unión resulta la Decisión del TEDH de 9 de diciembre de 2008, *Connolly c. 15 Estados miembros de la Unión Europea*, nº 73274/01. Vid. GROUSSOT, X., LOCK, T., PECH, L., «EU Accession to the European Convention on Human Rights: a Legal Assessment of the Draft Accession Agreement of 14th October 2011», *loc. cit.*, p. 14.

TEDH. Hay que reconocer que el Tratado de Lisboa ha supuesto mejoras en este sentido. No obstante, las dudas persisten. Por un lado, el artículo 263.4 TFUE ha ampliado tímidamente la legitimación activa de los particulares para interponer el recurso de anulación frente a actos normativos de alcance general<sup>27</sup>. Por otro lado, se ha eliminado formalmente la estructura en pilares de la Unión Europea con la consiguiente extensión paulatina del alcance de la jurisdicción del TJUE sobre los actos adoptados en el marco de la Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal<sup>28</sup>. En cualquier caso, el efecto de dicha extensión de la jurisdicción del TJUE será gradual y estará aplazado por disposición del Título VII del Protocolo nº 36 añadido por el Tratado de Lisboa «sobre las disposiciones transitorias», así como mediatizado por las numerosas excepciones y particularidades que algunos Estados mantienen en relación con el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia<sup>29</sup>. De todos modos,

---

<sup>27</sup> Se ha ampliado el *locus standi* para impugnar la validez de los actos reglamentarios que afecten directamente a una persona física o jurídica y que no incluyan medidas de ejecución, sin necesidad de probar en tales casos la existencia de afectación individual ni de ser destinatario de los mismos. El Abogado General JACOBS en sus Conclusiones presentadas el 21 de marzo de 2002, (*Unión de Pequeños Agricultores c. Consejo*, C-50/00 P, *Rec.*, I-6677, apartado 43) puso de manifiesto la insuficiencia de la impugnación indirecta del Derecho derivado ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros como mecanismo para satisfacer las exigencias del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. En este sentido resultará indispensable prestar atención a la próxima resolución por el TJUE del recurso de casación interpuesto el 1 de junio de 2012 por Telefónica S.A. contra el Auto del Tribunal General de 21 de marzo de 2012, *Telefónica c. Comisión*, T-228/10, apartado 38. La sociedad recurrente considera vulnerados los derechos reconocidos en los artículos 6 y 13 CEDH en la medida en que el Tribunal General, con carácter general considera suficiente que, pese a la ausencia de satisfacción de los requisitos establecidos en el artículo 263.4 TFUE para poder impugnar una Decisión de la Comisión Europea en materia de ayudas de Estado, nada impide que la recurrente pueda acudir a los órganos jurisdiccionales nacionales e instar que estos efectúen una remisión prejudicial al TJUE con arreglo al artículo 267 TFUE. Sobre la noción de afectación individual deben verse, entre otras, las Sentencias del TJUE de 15 de julio de 1963, *Plaumann c. Comisión*, 25/62, *Rec.* p. 197; y de 18 de mayo de 1994, *Codornú c. Consejo*, C-309/89, *Rec.* p. I-1879.

<sup>28</sup> Sin embargo, persisten algunas zonas de sombra: por ejemplo, se excluye la jurisdicción del TJUE para comprobar la validez o la proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro, así como para pronunciarse sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros en el mantenimiento del orden público y la seguridad interior (artículo 276 TFUE).

<sup>29</sup> Vid. LIÑÁN NOGUERAS, D. J., «El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia», en MANGAS MARTÍN, A., LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 7ª Edición, Tecnos, Madrid, 2012, pp. 85-118.

como explicita el nuevo artículo 19 TUE, los Estados miembros tienen la responsabilidad primordial a la hora de establecer los cauces procesales oportunos para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión. Se ha llegado a decir que la primacía y la aplicación uniforme del Derecho de la Unión deberían ceder ante el respeto de principios estructurales del Estado de Derecho comunes a la Unión y a sus Estados miembros, como es el caso de la tutela judicial efectiva, de modo que en situaciones excepcionales de conflicto se debería permitir a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros inaplicar e incluso *revisar la validez* de disposiciones de Derecho derivado de la Unión<sup>30</sup>.

3. Además de las situaciones puramente internas<sup>31</sup> y de aquellas situaciones donde los Estados miembros actúan en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión<sup>32</sup>, el TEDH tendrá jurisdicción plena *ratione personae* sobre las actuaciones de todas las instituciones, órganos, organismos y agencias de la Unión Europea. Por tanto, mientras que antes de la adhesión los únicos

---

<sup>30</sup> Para tolerar esta excepción al monopolio del TJUE en la apreciación de la validez del Derecho derivado consagrado en la Sentencia de 22 de octubre de 1987, *Foto-Frost*, C-314/85, Rec., p. 4199, se ha llegado a proponer una serie de requisitos que deben darse de forma cumulativa: a) el asunto ante un órgano jurisdiccional nacional debe ser relativo a una disputa entre un individuo y un Estado miembro; b) el individuo debe resultar perjudicado por una medida de Derecho de la Unión; c) no debe haber posibilidad de remitir al TJUE una cuestión prejudicial de validez sobre la medida controvertida; d) la aplicación de la medida impuesta por el Derecho de la Unión debe ser contraria a los derechos fundamentales que el ordenamiento jurídico de la Unión tutela; e) el individuo debe carecer de recurso directo ante cualquiera de las instancias jurisdiccionales que componen el TJUE (artículo 19 TUE) que le permita obtener una reparación del daño irreparable que le ocasionaría la aplicación de la medida controvertida. Vid. LECZYKIEWICZ, D., «Effective Judicial Protection' of Human Rights After Lisbon: Should National Courts be Empowered to Review EU Secondary Law?», *European Law Review*, n° 35, 2010, pp. 326-348.

<sup>31</sup> Véase como ejemplo la Sentencia de 29 de mayo de 1997, *Kremzow c. República de Austria*, C-299/95, Rec., p. I-2629.

<sup>32</sup> Desde el punto de vista del TJUE, véanse como ejemplos una situación de derogación a una de las libertades fundamentales como la acaecida en la Sentencia de 12 de junio de 2003, *Schmidberger c. República de Austria*, C-112/00, Rec., p. I-5659; o una situación de aplicación de un Reglamento de la Unión como la vista en la Sentencia de 21 de diciembre de 2011, *N.S. y M.E. y otros*, cit. *supra*. Desde el punto de vista del CEDH, ejemplos son aquellas situaciones donde los Estados miembros aplican con margen de apreciación el Derecho de la Unión (Sentencia del TEDH de 15 de noviembre de 1996 *Cantoni c. Francia*, n° 17862/91, § 30), o bien sin margen de apreciación (Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 30 de junio de 2005, *Bosphorus c. Irlanda*, cit. *supra*).

dominios compartidos por la jurisdicción del TJUE y del TEDH tenían que ver con la actuación de los Estados miembros en el ámbito del Derecho de la Unión<sup>33</sup>, tras la adhesión, las áreas de potencial coincidencia de ambos altos tribunales se amplían de forma considerable<sup>34</sup>.

4. Mientras que el TJUE carece de competencia para apreciar la validez del Derecho originario y lo único que puede hacer en caso de conflicto es o bien buscar la conciliación mediante su interpretación conforme o como mucho sugerir a los Estados miembros la revisión de los tratados según el procedimiento previsto en el artículo 48 TUE, el Tribunal de Estrasburgo no tendrá tras la adhesión limitación alguna a la hora de verificar el respeto a los derechos recogidos en el CEDH (y en los Protocolos nº 1 y 6, a los que de momento ha proyectado adherirse la Unión) en la interpretación y aplicación del Derecho originario. Los pronunciamientos de este último tribunal tampoco podrán afectar a la validez del Derecho originario de la Unión; no obstante, sí podrían hipotéticamente engendrar la obligación para los Estados miembros de revisar el Derecho originario para adecuarlo a las exigencias del CEDH y sus protocolos<sup>35</sup>. Por tanto, la adhesión una vez completada supondría el fin de la inmunidad de jurisdicción que experimenta actualmente el Derecho originario de la Unión Europea en materia de derechos fundamentales. Una consecuencia inmediata de lo anterior es que el TEDH no experimentaría en el ámbito PESC ninguna de las constricciones a las que actualmente está sujeto el TJUE por mor del Derecho originario de la Unión: desde el punto de vista del CEDH puede resultar problemático el limitado alcance de la jurisdicción del TJUE en los dominios de la PESC. Ello pese al indudable progreso que el nuevo artículo 275 TFUE introduce al contemplar la jurisdicción del TJUE sobre las medidas restrictivas adoptadas contra personas físicas o jurídicas<sup>36</sup>. Claro que el resto de aspectos de la PESC y de la Política Común de Seguridad y Defensa quedan excluidos de la

<sup>33</sup> Coincidiendo con el alcance vertical del mandato de la CDFUE según su artículo 51.1.

<sup>34</sup> Recuérdese que, con carácter previo a la adhesión, el TEDH nunca ha ejercido su jurisdicción de forma directa en relación con actos vinculantes adoptados por las instituciones de la Unión. Valga como ejemplo la Decisión de la Gran Sala del TEDH de 10 de marzo de 2004 en el asunto *Senator Lines c. 15 Estados miembros de la Unión Europea*, nº 56672/00.

<sup>35</sup> CORTÉS MARTÍN, J. M., «Sur l'adhésion à la CEDH et la sauvegarde de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union dans l'identification du défendeur pertinent : le mécanisme du codéfendeur», *RDUE*, nº 4, 2011, p. 617.

<sup>36</sup> Recuérdese que el TJUE y el TG antes de la introducción de este precepto ya habían conocido en anulación de recursos contra este tipo de medidas que, en origen, constituían actos adoptados en el ámbito PESC, vid. la Sentencia del TJUE de 3 de septiem-

jurisdicción del TJUE: en particular, el control del respeto a los derechos fundamentales en el despliegue de operaciones de mantenimiento de la paz que puedan estar bajo control efectivo de la Unión con las capacidades civiles y militares puestas a su disposición por los Estados miembros (artículos 42. 1, 2 y 3 TUE). No debe descartarse que a los ojos del TEDH sea la Unión y no los Estados miembros quien ejerce su jurisdicción en el sentido del artículo 1 CEDH cuando lleva a cabo una operación militar con fundamento en el artículo 42.1 TUE. Este resultado sería de esperar si el TEDH sigue la línea de razonamiento mostrada en el asunto *Behrami y Saramati*<sup>37</sup>. En aplicación de su jurisprudencia sobre el alcance extraterritorial de las obligaciones derivadas del CEDH<sup>38</sup>, resulta perfectamente plausible que el TEDH considere que la Unión ejerce su jurisdicción<sup>39</sup>, por ejemplo, en el marco de la operación militar *Atalanta*<sup>40</sup>.

---

bre de 2008, *Kadi c. Consejo y Comisión*, asuntos acumulados C-402/05 y 415/05, *Rec.*, p. I-6351. Otro ejemplo de acto adoptado en el ámbito PESC sobre el cual el TJUE podría ejercer su escrutinio en materia de derechos fundamentales, lo constituyen las medidas restrictivas contra determinadas personas y entidades implicadas o responsables de violaciones graves de los derechos humanos en Irán, o asociadas con aquéllas, vid. la Decisión 2011/235/PESC del Consejo, de de 12 de abril de 2011, relativa a medidas restrictivas dirigidas contra determinadas personas y entidades habida cuenta de la situación en Irán, *DOUE* L 100/51, de 14 de abril de 2011. Acerca de la repercusión que la jurisprudencia del TJUE ha tenido en la modificación del procedimiento de inclusión y supresión de personas físicas y entidades en las listas elaboradas por el Comité de Sanciones creado por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, en virtud de la Resolución 1267 (1999), de 15 de octubre, debe verse HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M., PÉREZ BERNÁNDEZ, C., «El derecho a la tutela judicial efectiva en el Derecho Europeo y las sanciones contra Al-Qaeda», en AZNAR GÓMEZ, M. J., (coord.), CARDONA LLORENS, J., *et al.*, (eds.), *Estudios de Derecho Internacional y Derecho Europeo en Homenaje al Profesor Manuel Pérez González*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 1569-1603.

<sup>37</sup> Donde consideró que el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas tenía la autoridad y control último sobre los poderes de la KFOR, vid. Decisión de la Gran Sala del TEDH de 2 de mayo de 2007, *Behrami y Saramati c. Francia, Alemania y Noruega*, Recursos acumulados nº 71412/01 y 78166/01, § 133.

<sup>38</sup> Deben verse, *inter alia*, las Sentencias de la Gran Sala del TEDH de 7 de julio de 2011, *Al-Jedda c. Reino Unido*, nº 27021/08; así como la recaída en idéntica fecha en el asunto *Skeini y otros c. Reino Unido*, nº 55721/07. Vid. RYNGAERT, C., «Clarifying the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights. Al-Skeini and others v United Kingdom App No 55721/07 (ECtHR, 7 July 2011)», *Utrecht Journal of Internatioanal and European Law*, vol. 28, nº 74, 2012, pp. 57-60.

<sup>39</sup> En este sentido resulta ilustrativo el estudio de PIEDIMONTE BODINI, S., «Fighting Maritime Piracy under the European Convention on Human Rights», *European Journal of International Law (EJIL)*, vol. 22, nº 3, 2011, pp. 829-848.

<sup>40</sup> Decisión 2012/174/PESC del Consejo, de 23 de marzo de 2012, *cit. supra*. Conviene resaltar que el TEDH ha avalado que las disposiciones de la Convención de las

5. Las instituciones tendrán presente *ex ante* a la hora de elaborar el Derecho derivado el nivel mínimo de protección hacia los derechos fundamentales dimanante del CEDH. Tratarán de evitar que la legalidad del Derecho derivado sea atacada *ex post* ante los órganos jurisdiccionales del sistema de la Unión. Se ha sostenido que es factible que el TJUE decida otorgar a las disposiciones del CEDH eficacia directa, de modo que éstas se conviertan en un parámetro de validez del Derecho derivado de forma inmediata y no de forma interpuesta a través de los principios generales del Derecho de la Unión<sup>41</sup>. No obstante, la jurisprudencia del TJUE ofrece dudas más que razonables sobre dicho extremo<sup>42</sup>. En cualquier caso, tras la adhesión, el CEDH se beneficiará, en la aplicación del Derecho de la Unión, de la característica de primacía sobre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros -en tanto que acuerdo internacional concluido por la Unión Europea- y será indiscutible su relevancia como parámetro de validez del Derecho derivado, ya sea ésta inmediata o mediata (a través de los principios generales o de la CDFUE)<sup>43</sup>.

6. El TJUE deberá procurar coherencia y armonía entre las diferentes fuentes de protección de los derechos fundamentales que contempla el actual artículo 6 TUE. Resulta de especial interés en este sentido la disposición horizontal del artículo 52.3 CDFUE, puesto que la CDFUE tiene idéntico valor jurídico al Derecho originario y sus artículos deben recibir como mínimo el contenido otorgado a los correspondientes artículos del CEDH según la jurisprudencia del TEDH, en sustancia el CEDH tendrá en el ordenamiento de la Unión un valor

---

Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982 relativas a la lucha contra la piratería en alta mar, en la medida en que estipulan el principio de jurisdicción universal como excepción al principio de la jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón, constituyen una base legal suficiente para la privación de libertad personal a los efectos del artículo 5.1 CEDH, debe verse la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 29 de marzo de 2010, *Medvedyev y otros c. Francia*, nº 3394/03, apartado 85.

<sup>41</sup> Vid. JACOBS, F. G., «The Internal Legal Effects of the EU's International Agreements and the Protection of Individual Rights», en ARNULL, A., *et al.* (eds.), *A Constitutional Order of States? Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood*, Hart Publishing, Oxford -Portland, Oregon, 2011, p. 538.

<sup>42</sup> Vid. VAN ROSSEM, J. W., «Interaction between EU Law and International Law in the Light of Intertanko and Kadi: The Dilemma of Norms Binding the Member States but not the Community», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XL, 2009, pp. 183-227.

<sup>43</sup> MARTINICO, G., «Is the European Convention Going to Be 'Supreme'? A Comparative-Constitutional Overview of ECHR and EU Law before National Courts», *EJIL*, vol. 23, nº 2, 2012, pp. 401-424.

jurídico superior al que corresponde al resto de acuerdos internacionales concluidos por la Unión: el CEDH no solo tendrá un valor jurídico superior al Derecho derivado, sino que estará equiparado en sustancia al Derecho originario. De modo que el contenido del CEDH (y de los Protocolos Adicionales nº 1 y 6, si la Unión se convierte en parte contratante) se configura como un límite para la actividad convencional de la UE. Por tanto, no solo el TJUE se erige en garante del respeto al CEDH en el ejercicio del *ius ad tractatum* mediante la figura del dictamen previo de conformidad del artículo 218.11 TFUE, en caso de pedirse éste, sino que el Parlamento Europeo también estará en una posición clave para garantizar el contenido del CEDH mediante su preceptiva aprobación de la decisión de concluir acuerdos internacionales en los supuestos del artículo 218.6 a) TFUE<sup>44</sup>.

7. Por último, una vez se complete la adhesión de la Unión Europea podrán resolverse todas aquellas cuestiones que susciten dudas de compatibilidad material entre el Derecho de la Unión y el CEDH, así como las disposiciones de aquellos de sus protocolos facultativos a los que finalmente se adhiera la Unión. Entre otras muchas que pudieran aparecer cabe indicar eventuales cuestiones relativas a: a) los derechos fundamentales de los demandantes de asilo (¡piénsese en la ausencia de un requerimiento tajante de efectos suspensivos de los recursos de apelación en el marco de los procedimientos para la determinación del estatuto de refugiado!)<sup>45</sup>, b) la prohibición

---

<sup>44</sup> El caso del Acuerdo Comercial de Lucha contra la Falsificación (ACTA) es paradigmático de la concurrencia de ambos tipos de control en la actividad convencional de la Unión: el 4 de julio de 2012 el pleno del Parlamento Europeo denegó su aprobación al acuerdo internacional al considerar que no refleja un adecuado equilibrio entre la protección de los derechos de propiedad intelectual y otros derechos fundamentales como la libertad de expresión, el derecho a la intimidad, la protección de los datos personales y la confidencialidad de las comunicaciones y el derecho a un procedimiento con las debidas garantías. Además, la Comisión Europea había solicitado un dictamen al TJUE al abrigo del artículo 218.11 TFUE para que éste se pronunciase sobre su compatibilidad con el Derecho originario y en especial con la CDFUE, que debe ser interpretada y aplicada a la luz del CEDH y la jurisprudencia del TEDH. Vid. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2012, sobre la propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración del Acuerdo Comercial de Lucha contra la Falsificación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, Australia, Canadá, la República de Corea, los Estados Unidos de América, Japón, el Reino de Marruecos, los Estados Unidos Mexicanos, Nueva Zelanda, la República de Singapur y la Confederación Suiza (12195/2011 – C7-0027/2012 – 2011/0167(NLE)), P7\_TA(2012)0287.

<sup>45</sup> Vid. Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, *DOUE* L 326/13, de 13 de diciembre de 2005.

de expulsiones colectivas y la prohibición de devolución —*refoulement*— en las operaciones de control exterior de fronteras, sean coordinadas o no por FRONTEX, en especial cuando son llevadas a cabo más allá de las aguas que están sometidas a la jurisdicción de los Estados miembros<sup>46</sup>, c) la aplicación del Derecho de la competencia por parte de la Comisión Europea<sup>47</sup>, o d) la

<sup>46</sup> Vid. URREA CORRES, M., «El control de fronteras de la Unión Europea y su dimensión exterior: algunos interrogantes sobre la actuación de FRONTEX», en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., (coord.), *La dimensión exterior del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea*, Iustel, Madrid, 2012, pp. 235-254. Con ocasión de la aplicación de los acuerdos bilaterales entre Italia y Libia para cooperar en la lucha contra la inmigración clandestina el TEDH ha censurado en cierto modo las políticas de externalización del control fronterizo que llevan a cabo algunos Estados miembros debe verse la Sentencia del TEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, nº 27765/09. Un comentario en MORENO LAX, V., «Hirsi Jamaa and Others v Italy or the Strasbourg Court versus Extraterritorial Migration Control?», *HRLR*, vol. 12, nº 3, 2012, pp. 574-598; también puede verse la Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, 1821 (2011), *L'interception et le sauvetage en mer de demandeurs d'asile, de réfugiés et de migrants en situation irrégulière*, Estrasburgo, 21 de junio de 2011.

<sup>47</sup> Véase CORTÉS MARTÍN, J. M., «Adhesión al CEDH y autonomía del Derecho de la Unión. Legitimación pasiva de la Unión y sus miembros y compatibilidad material», *Revista General de Derecho Europeo*, nº 22, 2010, pp. 41-46. En este sentido se viene sosteniendo que sanciones del calibre como las impuestas en los procedimientos sancionadores de Derecho de la competencia deberían ser adoptadas en primera instancia por un tribunal independiente, e incluso se ha traído a colación para mayor sostén argumental un antiguo principio de Derecho Romano: «*ubi iudicat, qui accusat, vis, non lex valet*» SLATER, D., WAELBROECK, D., «'Marginal Review' by the European Court of Justice in Competition cases and its compatibility with fundamental rights», en MEROLA, M., DERENNE, J., (eds.), *The Role of the Court of Justice of the European Union in Competition Law Cases*, GCLC Annual Conference Series, Colegio de Europa, Bruylant, Bruselas, 2012, pp. 286-292. El TJUE no admite que la Comisión Europea pueda ser considerada como un tribunal a los efectos del artículo 6 CEDH. Vid. la Sentencia de 18 de octubre de 1989, *Orkem c. Comisión*, C- 374/87, *Rec.*, p. 3283, apartado 3. Mientras que en la Sentencia del TEDH de 27 de septiembre de 2011, *Menarini Diagnostics SRL c. Italia*, nº 43509/08, el Tribunal de Estrasburgo consideró que el procedimiento en virtud del cual se impone una sanción económica por infracción del artículo 101.1 TFUE debe ser considerado como «penal» a los efectos del artículo 6 CEDH. En este sentido se pronuncia el Abogado General Bot, véanse sus Conclusiones presentadas el 26 de octubre de 2010, *ArcelorMittal Luxembourg SA c. Comisión y Comisión c. ArcelorMittal Luxembourg SA*, asuntos acumulados C-201/09 P y C 216/09 P, puntos 42-44. Recuérdese que la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos evitó entrar a conocer en el fondo acerca de si la Comisión Europea debía recibir la consideración de tribunal en el sentido autónomo del CEDH, vid. la Decisión de 9 de febrero, *M & Co. c. Francia*, nº 13258/87. Una de las principales dudas es si la deferencia que tanto el Tribunal General como el TJUE muestran hacia el análisis económico llevado

jurisprudencia del TJUE relativa al derecho de la OMC, donde como corolario de la denegación de su eficacia directa el Tribunal ha mostrado su reticencia al reconocimiento de responsabilidad extracontractual de la Unión por conductas tanto internacionalmente lícitas como ilícitas en situaciones como las que condujeron a los asuntos *FIAMM* o *Biret International*<sup>48</sup>.

### III. DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DERIVADA DEL CEDH ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y SUS ESTADOS MIEMBROS EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN: LA INSTITUCIÓN FACULTATIVA DEL CODEMANDADO

En la ejecución de las obligaciones dimanantes del CEDH debe partirse de la idea de que éste será un acuerdo internacional mixto del que serán partes contratantes la Unión y todos sus Estados miembros y que afectará a dominios materiales en los que ambos comparten competencias<sup>49</sup>. En la medida

---

a cabo por la Comisión Europea en este tipo de procedimientos, así como el limitado alcance de su escrutinio jurisdiccional, podrían justificarse por la necesaria experiencia profesional que atesora la Comisión Europea para imponer estas medidas sancionadoras y por el margen de discrecionalidad administrativa requerido para la persecución de objetivos amplios de política económica. Sobre estas cuestiones, SIRAGUSA, M., «Annulment proceedings in antitrust cases (articles 101 and 102 TFEU) –Standard of judicial review over substantive issues» en MEROLA, M., DERENNE, J., (eds.), *The Role of the Court of Justice of the European Union in Competition Law Cases*, GCLC Annual Conference Series, Colegio de Europa, Bruylant, Bruselas, 2012, pp. 135-137.

<sup>48</sup> Sentencias del TJUE de 9 de septiembre de 2008, *FIAMM c. Consejo y Comisión*, asuntos acumulados C-120/06 P y C-121/06 P, *Rec.*, p. I-6513; y de 30 de septiembre de 2003, *Biret International c. Consejo*, C-93/02, *Rec.*, p. I-10497. Igualmente debe verse la Decisión del TEDH de 9 de diciembre de 2008, *Biret International c. 15 Estados miembros de la Unión Europea*, nº 13762/04, donde el TEDH se declaró incompetente *ratione personae* en relación con la pretendida responsabilidad extracontractual de la entonces Comunidad; vid. CORTÉS MARTÍN, J. M., «Sur l'adhésion à la CEDH et la sauvegarde de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union dans l'identification du défendeur pertinent : le mécanisme du codéfendeur», *loc. cit.*, pp. 619-620; asimismo, MALENOVSKY, J., «L'enjeu délicat de l'éventuelle adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme: des graves différences dans l'application du droit international, notamment général, par les juridictions de Luxembourg et Strasbourg», *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 113, nº 4, 2009, p. 782.

<sup>49</sup> Tal y como explicita el artículo 216.2 TFUE, no debe olvidarse que los Estados miembros quedarían también obligados a respetar el CEDH frente a la Unión, en el ámbito de aplicación de su ordenamiento.

en que el Protocolo nº 8 añadido por el Tratado de Lisboa obliga a que el acuerdo de adhesión no afecte a la distribución de competencias entre la Unión y sus Estados miembros, parece lógico *prima facie* que la atribución de responsabilidad deba efectuarse atendiendo a la titularidad de la competencia y a su ejercicio efectivo en el caso concreto<sup>50</sup>. Sin embargo, la distribución de la responsabilidad internacional en función de la titularidad de la competencia y de su ejercicio efectivo puede ser problemática puesto que para las terceras partes contratantes en el CEDH, para los recurrentes y para el propio TEDH la delimitación de competencias entre la organización internacional y sus Estados miembros es un hecho vedado a su conocimiento e injerencia (*res inter alios acta*). En este caso, no se ha previsto que la Unión formule una declaración relativa a las competencias que asume en los ámbitos cubiertos por el CEDH, a diferencia de lo que ocurrió en el caso de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982<sup>51</sup>, o de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>52</sup>. El TJUE señaló, en su Resolución 1/78, que el efecto obliga-

---

<sup>50</sup> Debe descartarse de plano la idoneidad de los recursos interestatales ante el TEDH previstos por el artículo 33 CEDH como vía para que los Estados miembros y la Unión puedan dirimir sus diferencias respecto al alcance de sus respectivas competencias en un asunto concreto. Un Estado miembro no podría por imperativo del artículo 344 TFUE demandar a otro Estado miembro por infracción del CEDH ante el TEDH si la misma se ha originado en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. Prácticamente todo recurso entre la Unión Europea y sus Estados miembros ante el TEDH implicaría la aplicación del Derecho de la Unión, y por tanto, debe considerarse proscrita esta posibilidad en aras del respeto hacia la jurisdicción exclusiva del TJUE en la interpretación y aplicación del Derecho de la Unión, vid. GAJA, G., «Accession to the ECHR», en BIONDI, A., EECKHOUT, P., RIPLEY, S., (eds.), *EU Law after Lisbon*, Oxford University Press, 2012, p. 189.

<sup>51</sup> En este caso se dijo que el carácter difuso de la declaración no permitía a los terceros Estados comprender la índole exacta y alcance de las competencias transferidas a la organización internacional, vid. ROLDÁN BARBERO, J., «La CEE y el Convenio sobre Derecho del Mar de 1982. Consideraciones sobre la relación entre el derecho comunitario y el derecho internacional», *Revista de Instituciones Europeas -RDCE*, vol. 18, nº 2, 1991, p. 560. En este caso el artículo 6.2 del Anexo IX *in fine* preveía: «El hecho de no dar esta información en un plazo razonable o de dar información contradictoria entrañará responsabilidad conjunta y solidaria».

<sup>52</sup> Ésta se ha convertido en el primer tratado internacional destinado a la protección de los derechos humanos en que la UE es parte contratante tras el depósito de su instrumento de confirmación oficial el 23 de diciembre de 2010. Se trata, además, del primer tratado de derechos humanos auspiciado por Naciones Unidas abierto a la participación de organizaciones regionales de integración. Vid. Anexo II a la Decisión del Consejo de

torio de un acuerdo mixto no se reparte entre la Unión y sus Estados miembros cuando tal reparto no se deriva expresamente de su texto<sup>53</sup>. Así, en relación con el acuerdo internacional constitutivo de la OMC el TJUE puso de manifiesto en el asunto *Hermès* la ausencia de reparto de sus efectos obligatorios entre la Unión y los Estados miembros frente a terceros contratantes<sup>54</sup>. Estos ejemplos indican que en defecto de esa declaración de competencias o de un reparto competencial derivado del propio acuerdo de adhesión al CEDH, tanto la Unión Europea como sus Estados miembros serán partes contratantes en la totalidad de las disposiciones del CEDH y de los Protocolos Adicionales nº 1 y 6, o de los protocolos a los que finalmente decida adherirse la Unión<sup>55</sup>.

---

26 de noviembre de 2009, *DOUE* L 23/35, de 27 de enero de 2010. Sobre este tratado internacional debe verse SANTOS VARA, J., «Las implicaciones de la participación de la Unión Europea en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad», en GONZÁLEZ ALONSO, L. N., (dir.), GARRIDO MUÑOZ, A., (coord.), *La Unión Europea y el multilateralismo eficaz ¿Un compromiso consistente con Naciones Unidas?*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 369-396.

<sup>53</sup> Resolución 1/78 de 14 de noviembre de 1978, *Rec.*, p. 2151, apartado 35. En esta Resolución, relativa al Convenio sobre la protección física de materiales, instalaciones y transportes nucleares, el TJUE estableció que «[...] no es necesario manifestar y fijar, ante las demás partes del Convenio, el reparto de competencias en la materia entre la Comunidad y los Estados miembros, máxime habida cuenta de que dicho reparto puede evolucionar a lo largo del tiempo. Bastará afirmar ante las demás partes contratantes que la materia da lugar a un reparto de competencias dentro de la Comunidad, quedando claro que la exacta naturaleza de este reparto es una cuestión interna en la que los Estados terceros no tienen que intervenir».

<sup>54</sup> Sentencia de 16 de junio de 1998, *Hermès*, C-53/96, *Rec.*, p. I-3603, apartado 24. Sobre este acuerdo internacional señaló el TJUE que «[...] fue celebrado por la Comunidad y ratificado por sus Estados miembros, sin que se hayan repartido entre ellos sus obligaciones respectivas frente a las demás partes contratantes».

<sup>55</sup> Se ha llegado a decir por esta razón que podría suscitarse la cuestión de la validez en el plano internacional del acuerdo de adhesión, incluso después de su entrada en vigor, desde el punto de vista del artículo 46 de la Convención de Viena de 1986 sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales. Ello puesto que la Unión y sus Estados miembros podrían estar comprometiéndose internacionalmente más allá de sus respectivas competencias. No obstante, la virtualidad de tal hipótesis es escasa ya que dicho artículo 46 requiere que se trate de una violación manifiesta y que afecte a una regla de importancia fundamental concerniente a la competencia de la organización internacional para celebrar tratados. Además, dicha violación manifiesta debería ser, con arreglo al artículo 46.3, objetivamente evidente para cualquier tercera parte contratante, vid. NEFRAMI, E., *L'Action extérieure de l'Union européenne. Fondements, moyens, principes*, L.G.D.J., Lextenso éditions, Paris, 2010, pp. 104-108.

El establecimiento de la responsabilidad internacional pasiva en áreas donde la separación de competencias es nítida no presenta problemas. En cambio, se torna especialmente alambicado en dominios de competencia concurrente. El artículo 2.2 TFUE señala que en estos ámbitos los Estados miembros podrán legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes en la medida en que la Unión no haya ejercido su competencia o haya decidido dejar de utilizarla. Entonces, ¿a quién cabría imputar una eventual infracción del CEDH en un dominio compartido, cuando ésta sea debida a una inacción cumulativa de la Unión y del Estado miembro? Podría pensarse que en tal tesitura y a la luz de la regla descrita, atribuir la responsabilidad a la Unión implicaría extender el ámbito de las competencias atribuidas a la Unión más allá de lo previsto en su Derecho originario. Por lo tanto la responsabilidad internacional en el marco del CEDH de la Unión Europea y sus Estados miembros deberá disociarse de la distribución de competencias, ya que ésta queda como una cuestión a dirimir en el seno del ordenamiento jurídico de la Unión de modo que su autonomía sea respetada salvaguardando la última palabra del TJUE<sup>56</sup>. Sin embargo, no debe minimizarse la importancia de la identificación de las respectivas competencias ante el TEDH cuando se plantea en un recurso individual o interestatal la compatibilidad de una interpretación o aplicación determinada del Derecho de la Unión con el CEDH: puesto que el TEDH deberá posicionarse acerca de si la parte contratante contra la que ha sido dirigida la demanda ejerce o no su jurisdicción en el sentido del artículo 1 CEDH. A duras penas podrá ser, pues, el reparto de competencias una cuestión meramente interna.

Los Estados miembros en el Protocolo nº 8 añadido por el Tratado de Lisboa establecieron como cautela que el acuerdo de adhesión debería proveer los mecanismos necesarios para que los recursos interpuestos bien por terceros Estados bien por particulares fuesen correctamente dirigidos contra la Unión, contra los Estados miembros, o contra ambos, según el caso. Para satisfacer dicha exigencia, el Proyecto de instrumentos jurídicos para la adhesión introduce en su artículo 3 la institución del codemandado. En todo

---

<sup>56</sup> Véanse *inter alia* el Dictamen 1/91, de 14 de diciembre de 1991, *Rec.*, p. I-6079, apartados 35-36; el Dictamen 1/00, de 18 de abril de 2002, *Rec.*, p. I 3493, apartado 13; así como la Sentencia de 30 de marzo de 2006, *Comisión c. Irlanda (Mox)*, C-459/03, *Rec.*, p. I-4635, apartado 154. Vid. VALLE GÁLVEZ, A., «La especificidad del ordenamiento comunitario. Comentario a los Dictámenes 1/91 y 1/92 del TJCE sobre el Espacio Económico Europeo», *Revista de Instituciones Europeas-RDCE*, vol. 20, nº 1, 1993, pp. 155-193.

caso, para que se permita la constitución de esta suerte de litisconsorcio pasivo es esencial la voluntad de la parte que solicita al TEDH personarse como codemandada, así como que el TEDH, tras observar las razones esgrimidas por la parte interesada en personarse y tras oír a las restantes partes en el litigio, lo estime oportuno. A tenor del Proyecto de instrumentos jurídicos para la adhesión, el TEDH, cuando notifica a una de las partes contratantes de la existencia de una violación alegada del CEDH, podrá indicar que otra parte contratante (Estados miembros o Unión) puede comparecer en los procedimientos ante el TEDH como codemandada. Puesto que se trata de una mera sugerencia por parte del TEDH, ésta sería respetuosa con la autonomía del Derecho de la Unión. Como el Proyecto instrumentos jurídicos para la adhesión señala, demandado y codemandado serán partes en el contencioso ante el TEDH, en el que aparecerán de forma conjunta quedando obligados de acuerdo con el artículo 46 CEDH según los términos del fallo<sup>57</sup>. La activación de este mecanismo no se plantea en supuestos hipotéticos de conflicto entre el Derecho de la Unión y el CEDH; al contrario, el conflicto debe suscitarse según refleja el Proyecto de de instrumentos jurídicos para la adhesión en la propia alegación de infracción del CEDH, que, tras superar la fase de admisibilidad, el TEDH decide comunicar a una parte contratante<sup>58</sup>. Dos son los supuestos que han sido previstos para la eventual activación de este mecanismo:

1. En el caso de demandas dirigidas y notificadas a uno o más Estados miembros, pero no a la Unión, cuando la hipotética violación del CEDH únicamente podría haber sido evitada por el Estado miembro ignorando una obligación impuesta por el Derecho de la Unión que no le dejara margen de apreciación para su implementación a nivel nacional. Ante tal disyuntiva la Unión

---

<sup>57</sup> Ésta es la principal diferencia respecto de los dos supuestos de intervención de terceros que ya se contemplan en el artículo 36 CEDH y que se llegaron a plantear como alternativas a la institución del codemandado por algunos Estados miembros, como fue el caso de Alemania con carácter previo a la apertura de las negociaciones con vistas a la adhesión, véase CORTÉS MARTÍN, J. M., «Sur l'adhésion à la CEDH et la sauvegarde de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union dans l'identification du défendeur pertinent: le mécanisme du codéfendeur», *loc. cit.*, pp. 656-659. En la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 30 de junio de 2005, *Bosphorus c. Irlanda*, *cit. supra* el Presidente del TEDH autorizó a la Comisión Europea en virtud del artículo 36.2 CEDH a presentar observaciones escritas y a participar en la fase oral del procedimiento en calidad de *amicus curiae*.

<sup>58</sup> El TEDH deberá pronunciarse sobre la admisibilidad de los recursos sin tomar en consideración la eventual activación de este mecanismo.

podría convertirse en codemandada, ya que no estaría al alcance del Estado o Estados miembros inicialmente demandados modificar el Derecho derivado para adecuarlo a las exigencias del CEDH. El sentido de que la Unión pueda coadyuvar al Estado miembro cuando es la aplicación sin margen de apreciación del Derecho originario la que se cuestiona, estribaría quizá en evitar una ruptura de su interpretación y aplicación uniforme<sup>59</sup>. Hasta la fecha, debido a la ausencia de jurisdicción *ratione personae* frente a la Unión, el TEDH había atribuido la hipotética responsabilidad de una eventual infracción del CEDH a los Estados miembros cuando ésta pudiera derivarse de un acto de las autoridades nacionales de aplicación del Derecho de la Unión sin margen de apreciación alguno. Así ha ocurrido en situaciones semejantes a la que originó el asunto *Bosphorus*<sup>60</sup>. Esta apreciación del TEDH premonitória a la adhesión contrasta con la práctica ante los órganos de solución de diferencias en el marco de la OMC: estos han considerado responsable a la Unión por los actos de aplicación descentralizada del Derecho de la Unión llevados a cabo por sus Estados miembros en casos donde sus autoridades actúan como agentes al servicio de la Unión sin poder de apreciación<sup>61</sup>. La clave

---

<sup>59</sup> Debe tenerse en cuenta que la eventual activación del mecanismo no ha sido limitada en su diseño a los supuestos en que las autoridades nacionales aplican sin margen de apreciación el Derecho de la Unión; más bien al contrario: la Unión Europea podría participar como codemandada incluso cuando el Estado contra el que se había dirigido inicialmente la demanda gozaba de un cierto margen de apreciación para la aplicación del Derecho de la Unión.

<sup>60</sup> Ante las dificultades de ejercer su escrutinio sobre un Reglamento comunitario que a su vez traía causa de una Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, el TEDH consideró que el antiguo primer pilar de la integración europea ofrece una protección equivalente a la del CEDH, salvo que en un caso concreto se demuestre la existencia de una protección manifiestamente deficiente, vid. Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 30 de junio de 2005, *Bosphorus c. Irlanda*, cit. supra, §§ 155-156; también la Decisión del TEDH de 20 de enero de 2009, *Kokkelvisserij c. Países Bajos*, nº 13645/05. En este asunto se extendió la presunción de protección equivalente al procedimiento seguido ante el TJUE para dirimir una cuestión prejudicial. Hasta la fecha dicha deficiencia manifiesta no ha sido encontrada por el TEDH, véase, LOCK, T., «Beyond *Bosphorus*: The European Court of Human Rights Case Law on the Responsibility of Member States of International Organisations under the European Convention on Human Rights», *HRLR*, vol. 10, nº 3, 2010, p. 545. Con razón se ha sostenido que esta presunción *iuris tantum* de respeto al CEDH a favor del ordenamiento de la Unión será difícilmente justificable tras la adhesión, ya que ésta constituye una exención de la supervisión del TEDH hacia el ordenamiento de la Unión de la que no se benefician otras partes contratantes en el CEDH, vid. GAJA, G., «Accession to the ECHR», *op. cit.*, p. 188.

<sup>61</sup> No debe olvidarse que en algunos de esos casos los Estados miembros actuaban en áreas de competencia exclusiva de la Unión, véase HOFFMEISTER, F., «Litigating

para atribuir estos supuestos a la organización internacional, la Unión Europea, radicaría en que ésta mantenga un *control efectivo* sobre los órganos del Estado miembro puestos a su disposición para la aplicación descentralizada del Derecho de la Unión. Para ello, tras la adhesión, el TEDH podría inspirarse en la regla contenida en el artículo 6 del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales por Hechos Internacionalmente Ilícitos aprobado por la CDI en primera lectura en 2009<sup>62</sup>. El TEDH se desvió de este criterio en los asuntos *Behrami* y *Saramati* aplicando uno aun más amplio: considerar que el factor definitivo para imputar los comportamientos de la KFOR al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas era que éste había conservado la *autoridad y el control en última instancia* habiendo delegado tan solo el mando operacional<sup>63</sup>. Por tanto, el Tribunal de Estrasburgo deberá evaluar si, el hecho de que la aplicación descentralizada sin margen de apreciación del Derecho de la Unión esté sujeta al control del TJUE y al eventual procedimiento por incumplimiento a disposición de la Comisión Europea, es suficiente para poder imputar a la Unión una infracción del CEDH en tales situaciones al considerarse que la Unión mantiene un control efectivo en la aplicación de su Derecho cuando es llevada a cabo por los órganos de sus Estados miembros. Por su parte, Hoffmeister propone una regla especial para la distribución de responsabilidad entre la Unión y sus Estados miembros ante los organismos internacionales de solución de controversias que atendería, más que a la autoría material de la infracción, a criterios como quién tiene el poder jurídico de poner fin a la infracción alegada o

---

against the European Union and Its Member States –Who Responds under the ILC’s Draft Articles on International Responsibility of International Organizations?», *EJIL*, vol. 21, n° 3, 2010, pp. 731-734.

<sup>62</sup> «The conduct of an organ of a State [...] that is placed at the disposal of another international organization shall be considered under international law an act of the latter organization if the organization exercises effective control over that conduct», vid. Informe de la CDI, 61° Período de Sesiones (4 de mayo a 5 de junio y 6 de julio a 7 de agosto de 2009). *Documentos oficiales de la Asamblea General*, 64° Período de Sesiones, Suplemento n° 10, (A/64/10).

<sup>63</sup> Decisión de la Gran Sala del TEDH de 2 de mayo de 2007, *Behrami y Saramati c. Francia, Alemania y Noruega*, cit. *supra*, apartado 133. Vid. GUTIÉRREZ ESPADA, C., *La responsabilidad internacional de Estados y Organizaciones. Balance provisional de coincidencias y matices*, Diego Marín Librero Editor, Murcia, 2010, pp. 144-151. Asimismo, CORTÉS MARTÍN, J.M., *Las organizaciones internacionales: codificación y desarrollo progresivo de su responsabilidad internacional*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008.

a quién correspondería la obligación internacional de reparar<sup>64</sup>. En cualquier caso, el criterio mantenido por el TEDH hasta la fecha no dista sustancialmente del criterio de tribunales constitucionales como el español o el alemán, que han ejercido el control de constitucionalidad sobre los actos nacionales de aplicación del Derecho de la Unión Europea, atribuyendo los mismos lógicamente a los poderes estatales<sup>65</sup>. Tras la adhesión, el Tribunal de Estras-

<sup>64</sup> Dicho autor se ampara en la posibilidad de establecer como *lex specialis* las reglas de la organización internacional que rigen las relaciones con sus Estados miembros, que se contempla en el artículo 63 del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales, *cit. supra*, vid. HOFFMEISTER, F., «Litigating against the European Union and Its Member States –Who Responds under the ILC’s Draft Articles on International Responsibility of International Organizations?», *loc. cit.*, pp. 745-747.

<sup>65</sup> Sirva como ejemplo que el Tribunal Constitucional español (TC) ha admitido un recurso de amparo contra la aplicación de la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo de 26 de febrero («euroorden»), por la que se permitía la entrega a Italia de un condenado «en rebeldía». El TC ha suspendido la tramitación del recurso para plantear, por primera vez en su historia, una cuestión prejudicial al TJUE relacionada justamente con la compatibilidad de la aplicación de la Decisión Marco en cuestión con, entre otros extremos, los derechos de tutela judicial efectiva y a un proceso justo del artículo 47 y los derechos de defensa del artículo 48.2 CDFUE. Debe verse la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, [...], destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado, *DOUE* L 81/24, de 27 de marzo de 2009. Este asunto muestra en todo su potencial el denominado sistema «multinivel» de protección de los derechos fundamentales en Europa: podrían concurrir el TEDH, el TJUE y el TC pronunciándose sobre idéntico asunto y empleando para ello tres parámetros normativos diferentes pero inexcusablemente interrelacionados, el CEDH, la CDFUE y la Constitución Española. Por su parte, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania en su Sentencia de 2 de marzo de 2010, 1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08 y 1 BvR 586/08, declaró inconstitucionales por violación de derechos fundamentales algunos aspectos de la ley de transposición de la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE, *DOUE* L 105/54, de 13 de abril de 2006. El Tribunal Constitucional alemán estableció la incompatibilidad de varios preceptos de la ley de trasposición de la Directiva con algunos de los derechos fundamentales recogidos en la Ley Fundamental, sin elevar previamente la cuestión prejudicial al TJUE. Ahora bien, se ha dicho que esta sentencia no ha dado pie al menor conflicto real entre el contenido de la Directiva comunitaria y la Ley Fundamental alemana, véase MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «Viejos y nuevos problemas en el espacio europeo de los derechos humanos: reflexiones a propósito de la necesaria cooperación judicial efectiva entre el TJUE y el TEDH», en AZNAR GÓMEZ, M. J., (coord.), CARDONA LLORENS, J., et al., (eds.), *Estudios de Derecho Internacional y Derecho Europeo en Homenaje al Profesor Manuel Pérez González*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 806.

burgo deberá asignar la responsabilidad internacional ante una eventual declaración de infracción del CEDH producida en aplicación del Derecho de la Unión por parte de las autoridades nacionales con o sin margen de apreciación. El TEDH deberá evitar inmiscuirse en el reparto competencial entre la Unión y sus Estados miembros. Para ello el mecanismo del codemandado debe permitir atribuir la responsabilidad internacional de forma conjunta y solidaria a la Unión y al Estado o Estados miembros inicialmente demandados. Pero la activación del mecanismo de codemandado no comporta ineluctablemente que el TEDH quede obligado a decretar, en tal supuesto, la responsabilidad conjunta y solidaria de demandado y codemandado, de ahí el potencial de los criterios antes apuntados, que no pretenden ser una guía definitiva<sup>66</sup>.

2. El segundo supuesto de activación, tendría lugar cuando se trata de demandas dirigidas y notificadas únicamente a la UE. En tal caso, los Estados miembros podrían instar convertirse en codemandados siempre que en la violación alegada del CEDH se suscitase un problema de compatibilidad entre el Derecho originario<sup>67</sup> y los derechos recogidos en el CEDH. La Unión

---

<sup>66</sup> Se ha especulado con que el hecho mismo de determinar si las autoridades nacionales gozan o no de margen de apreciación para la aplicación del Derecho de la Unión implicaría una injerencia en su autonomía interpretativa no tolerable por el TJUE. No obstante, hay que decir que ya antes de la adhesión y a los efectos de determinar su jurisdicción, el TEDH ha indagado para determinar si las autoridades nacionales disponían o no de tal margen de apreciación. De este modo, y de forma atípica se llegó al resultado alcanzado en el comentado asunto *Bosphorus*, consistente en atribuir a Irlanda la eventual responsabilidad derivada de la aplicación de un Reglamento comunitario. *De lege ferenda*, tras completarse la adhesión, el TEDH debería atribuir únicamente a la Unión Europea la eventual responsabilidad internacional en estos supuestos, en que se constata la ausencia de margen de apreciación para las autoridades nacionales, ya que éstas actúan como simples agentes en la aplicación del Derecho de la Unión. Vid. la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 30 de junio de 2005, *Bosphorus c. Irlanda*, *cit. supra*, así como la Decisión del TEDH de 9 de diciembre de 2008, *Biret International c. 15 Estados miembros de la Unión Europea*, *cit. supra*.

<sup>67</sup> El artículo 3 del Proyecto de instrumentos jurídicos para la adhesión se refiere a cualquier disposición recogida en el TUE o en el TFUE, así como cualquier otra disposición que tenga el mismo valor jurídico que dichos instrumentos, por tanto, abarca aquellos eventuales conflictos que pudieran surgir entre una disposición de la CDFUE y el CEDH. Esta mención abre la puerta a otra posible fuente de problemas que puede hallarse en los Protocolos, Anexos y Declaraciones anejas al Acta Final de la Conferencia intergubernamental por la que fue adoptado el Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007. Vid. MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., *Las Declaraciones en el Derecho Comunitario. Estudio de las Declaraciones a los Tratados y al Derecho derivado*, Tecnos, Madrid, 2005.

Europea, en caso de plantearse este conflicto normativo, estaría obligada a defender la compatibilidad con el CEDH de su propio derecho constitutivo, que le viene dado por sus Estados miembros que son sus creadores y los únicos capacitados para modificarlo en tanto que «señores de los tratados»<sup>68</sup>. Ahora bien, este hecho no les convertiría automáticamente en únicos responsables puesto que son las instituciones de la Unión, en especial el TJUE como intérprete último, quienes dotan de contenido al interpretar y aplicar el Derecho originario. Se trataría de que los Estados miembros pudieran coadyuvar a la Unión Europea en el proceso ante el TEDH para defender la compatibilidad del Derecho originario con el CEDH y también asumir la parte de la responsabilidad que correspondiera. Sería así más viable iniciar una revisión del Derecho originario en caso de venir motivada por la ejecución del fallo del TEDH. A la hora de determinar en este tipo de asuntos quién y en qué grado ejerce su jurisdicción en el sentido del artículo 1 CEDH, al TEDH podría resultarle de interés examinar si las instituciones de la Unión ejercieron o no un poder discrecional a la hora de interpretar y aplicar el Derecho de la Unión<sup>69</sup>. El TEDH deberá resolver la cuestión de si los 27 Estados miembros (28 a partir del 1 de julio de 2013 con Croacia) serían colectivamente responsables por haber conducido a la organización internacional mediante la redacción del Derecho originario a adoptar un acto contrario al CEDH. Para ello, el TEDH podría emplear como guía los artículos 57 a 62 del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales por Hechos Internacionalmente Ilícitos aprobado por la CDI en 2009, relativos a la responsabilidad de los Estados en conexión con los actos de una organización internacional<sup>70</sup>. En cualquier caso, como el propio

---

<sup>68</sup> Expresión proveniente del Tribunal Constitucional alemán (TCF): *Herren der Verträge*. Vid. por ejemplo, su Sentencia de 30 de junio de 2009, sobre la aprobación del Tratado de Lisboa, BVerfG, 2 BvE 2/08. Un comentario a la misma en CASTILLO DE LA TORRE, F., «La sentencia del Tribunal Constitucional federal alemán de 30.06.09, relativa a la aprobación del Tratado de Lisboa: Análisis y comentarios», *Revista de Derecho Comunitario Europeo RDCE*, n° 34, pp. 969-1010.

<sup>69</sup> Como se ha dicho, el hecho mismo de determinar el grado de discrecionalidad también podría, en algún caso, constituir una forma de inmiscuirse en la interpretación del Derecho de la Unión contraria a su autonomía interpretativa, LADENBURGER, C., «Vers l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme», *RTDE*, vol. 47, n° 1, 2011, p. 21.

<sup>70</sup> En particular su artículo 60 podría ser de utilidad: «A State member of an international organization incurs international responsibility if it seeks to avoid complying with one of its own international obligations by taking advantage of the fact that the

artículo 62 de dicho Proyecto indica, la distribución de responsabilidad en estos casos no es tajante y el hecho de que el Estado responda por los actos de la organización internacional no enerva la responsabilidad de la propia organización por dichos actos<sup>71</sup>.

El hecho de que solo se haya previsto como facultativa la institución del codemandado no deja de ser problemático por dos motivos: a) es posible que la parte a la que correspondería instar su participación como codemandada decida no hacerlo empleando su poder discrecional. Esta hipótesis iría en detrimento de la eficacia de la jurisdicción del TEDH; b) en caso de que los Estados miembros y la Unión Europea trasladasen su desencuentro respecto al alcance de sus respectivas competencias ante el TEDH, éste se hallaría en una posición particularmente incómoda desde el punto de vista de la no injerencia en la autonomía del Derecho de la Unión. Como propone De Schutter<sup>72</sup>, es posible garantizar un adecuado equilibrio entre la eficacia de los fallos del TEDH y la autonomía del Derecho de la Unión siempre y cuando en los supuestos que involucren al Derecho de la Unión en las demandas ante el TEDH se respeten dos elementos: a) la parte contra la que ha sido dirigida y comunicada la demanda debe tener el derecho de solicitar que la demanda se extienda bien al conjunto de Estados miembros bien a la Unión, de modo que las otras partes deban unirse obligatoriamente a la causa, según un mecanismo de intervención forzosa. Desde el punto de vista del principio de cooperación leal y su corolario el principio de unidad de representación internacional de la Unión algunos de los supuestos examinados requerirían que la intervención del codemandado fuese obligatoria y no meramente facultativa<sup>73</sup>; b) ante los riesgos expuestos de que los conflictos de competencias

---

organization has competence in relation to the subject matter of that obligation, thereby prompting the organization to commit an act that, if committed by the State, would have constituted a breach of the obligation». Piénsese *lato sensu* en la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 18 de febrero de 1999, *Matthews c. R. Unido*, nº 24833/94.

<sup>71</sup> Vid. Informe de la CDI, 61º Período de Sesiones, *cit. supra*.

<sup>72</sup> DE SCHUTTER, O., «L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme: feuille de route de la négociation», *Revue Trimestrielle des Droits de l'homme*, vol. 21, nº 83, 2010, pp. 555-562.

<sup>73</sup> Vid. LADENBURGER, C., «Vers l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme», *loc. cit.*, pp. 24-25. Por tanto, en el seno del ordenamiento de la Unión deberán fijarse las directrices que permitan identificar en qué supuestos la Unión o sus Estados miembros deben comparecer conjuntamente como parte codemandada ante el TEDH. Sobre las implicaciones del deber de cooperación leal, LASO PÉREZ, J., *La cooperación leal en el ordenamiento comunitario*, Colex, Madrid, 2000.

se trasladen al TEDH, éste debe tener la posibilidad de extender los efectos obligatorios de su fallo a todas las partes en el contencioso: tanto hacia aquellas a las que se había dirigido inicialmente la demanda como hacia aquellas que se hayan incorporado de forma voluntaria o forzosa. Dicha posibilidad de decretar la responsabilidad solidaria y conjunta, recogida en el artículo 3 del Proyecto de instrumentos jurídicos para la adhesión, respeta la autonomía del Derecho de la Unión<sup>74</sup>. La responsabilidad solidaria y conjunta sería una opción subsidiaria con respecto a que la Unión y sus Estados miembros propusieran durante el procedimiento un modo más preciso de reparto de responsabilidades con arreglo al propio Derecho de la Unión. Se trataría, en definitiva, de una válvula de escape para el Tribunal de Estrasburgo, que le evitaría tener que pronunciarse sobre el reparto de efectos obligatorios de su fallo cuando los hechos ilícitos se encuadren en ámbitos materiales donde la competencia de la Unión y la de los Estados miembros se yuxtaponen sin posibilidad de separación neta.

Un punto problemático previsto en el Proyecto de instrumentos jurídicos para la adhesión es el relativo a la necesidad de garantizar el pronunciamiento previo del TJUE sobre la compatibilidad con el CEDH de una disposición del Derecho de la Unión. Éste se ha contemplado para aquellos asuntos donde la Unión sea codemandada y el Tribunal de Luxemburgo no haya tenido oportunidad de conocer al haberse agotado el sistema de recursos internos mediante una acción indirecta contra el Derecho de la Unión, es decir, ante los órganos jurisdiccionales nacionales sin que estos hayan elevado la cuestión prejudicial (artículo 3.6 del Proyecto). Aunque la implicación previa del TJUE se plantea para salvaguardar la autonomía del Derecho de la Unión su principal utilidad podría consistir en dar la oportunidad al TJUE de pronunciarse *ex ante* sobre el reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros<sup>75</sup>. Lógica-

---

<sup>74</sup> «Therefore, the respondent and the co-respondent(s) may be jointly responsible for the alleged violation in respect of which a High Contracting Party has become a co-respondent. Should the Court find this violation, it is expected that it would ordinarily do so jointly against the respondent and the co-respondent(s); there would otherwise be a risk that the Court would assess the distribution of competences between the EU and its member States. The respondent and the co-respondent(s) may, however, in any given case make joint submissions to the Court that responsibility for any given alleged violation should be attributed only to one of them», *vid.* punto 54 de *III. Draft Explanatory report to the Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, CDDH-UE(2011)16, *cit. supra*.

<sup>75</sup> Al margen de que el pronunciamiento previo del TJUE se justifique o no por razón de preservar la autonomía del Derecho de la Unión, con independencia de los ries-

mente una opinión del TJUE sobre la compatibilidad con el CEDH de una disposición del Derecho de la Unión solo debería ser tomada en cuenta por el TEDH, pero un pronunciamiento *ad hoc* de aquél sobre la distribución de competencias debería ser seguido por este último a la hora de dictar el fallo y le permitiría distribuir la responsabilidad entre la Unión y los Estados miembros derivada de una eventual infracción de las disposiciones del CEDH y/o sus protocolos<sup>76</sup>.

En ausencia de tal pronunciamiento previo sobre la distribución de competencias y al margen de la posible activación del mecanismo de codemandado, hay dos *supuestos claros*<sup>77</sup> en los que el TEDH podría asignar la responsabilidad internacional, siguiendo los criterios sugeridos con anterioridad en este apartado, sin que se produzca necesariamente por ello una injerencia en el reparto competencial: a) el primero, cuando la eventual violación deriva directamente de una disposición del Derecho derivado de la Unión que no deja elección al Estado miembro que la ejecuta, en tal caso, la responsabilidad internacional debería asignarse en exclusiva a la Unión Europea; b) el segundo, cuando la violación del CEDH puede residenciarse en el contenido intrínseco de una disposición del Derecho originario de la Unión *in abstracto*, de modo que el CEDH se vería infringido independientemente de la manera concreta en que dicha disposición fuera interpretada y/o aplicada; ante tal situación, el conjunto de los Estados miembros debería ser colectivamente responsable, no pudiendo ser la Unión Europea internacionalmente responsable por los vicios inherentes a su propio derecho constitutivo que le viene dado.

No debe olvidarse que existen ciertos supuestos donde el TEDH contribuye a reforzar los mecanismos de garantía del Derecho de la Unión: por

---

gos de que pueda introducir dilaciones indebidas ante el TEDH, así como de las enormes dificultades que presentan las alternativas para su puesta en práctica y del escollo de hallar una base jurídica sin que se amplíen las competencias de la Unión, vid. LOCK, T., «EU Accession to the ECHR: Implications for Judicial Review in Strasbourg», *European Law Review*, nº 6, 2010, pp.787-795.

<sup>76</sup> Se ha dicho que el Reglamento del TEDH podría reformarse para que éste estuviera facultado a suspender el procedimiento y formular al TJUE la pregunta sobre la distribución de competencias que éste debería resolver en un plazo razonable siguiendo el ejemplo del artículo 57 del Reglamento del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, vid. CORTÉS MARTÍN, J. M., «Adhesión al CEDH y autonomía del Derecho de la Unión. Legitimación pasiva de la Unión y sus miembros y compatibilidad material», *loc. cit.*, pp. 25-26.

<sup>77</sup> Nótese el énfasis añadido así como el empleo figurado de esta expresión en lo sucesivo.

ejemplo, cuando se condena a un Estado por no ejecutar una Sentencia del TJUE<sup>78</sup>, o cuando se infringe algún derecho recogido en el CEDH o sus protocolos mediante la denegación por los órganos jurisdiccionales nacionales de la responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión<sup>79</sup>. En dichas ocasiones existe un interés potencialmente concurrente entre el TEDH y la UE, la acción es sinérgica y favorecedora del cumplimiento del Derecho de la Unión. Por ello, la Unión no tendría interés en coadyuvar al Estado miembro demandado ante el TEDH, más bien todo lo contrario; preferiría comparecer en el procedimiento para sostener la posición del demandante. Esta opción no ha sido contemplada hasta la fecha<sup>80</sup>.

#### IV. LA UNIÓN EUROPEA Y LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

##### 1. LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DEL TEDH EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA UNIÓN

Los Estados miembros y la Unión Europea deberán lograr un acuerdo en el seno del ordenamiento jurídico de la Unión para ejecutar aquellos fallos del TEDH en los que excepcionalmente se haya constatado su responsabilidad solidaria y conjunta. En aquellos supuestos donde el TEDH haya podido

---

<sup>78</sup> Sentencia del TEDH de 19 de marzo de 1997, *Hornsby c. Grecia*, nº 18357/91, en relación con la Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 1988, *Comisión c. Grecia*, C-147/86, *Rec.*, p. 1637.

<sup>79</sup> Sentencia del TEDH de 16 de abril de 2002, *Dangeville c. Francia*, nº 36677/97.

<sup>80</sup> El demandante podría tener un interés legítimo en que, por ejemplo, la Comisión Europea compareciese en el procedimiento ante el TEDH formulando observaciones escritas o participando en la fase oral para certificar que el Estado miembro demandado ha incumplido el Derecho de la Unión y que dicho incumplimiento verifica las condiciones establecidas en la jurisprudencia del TJUE originada en el asunto *Francovich*, vid. la Sentencia de 19 de noviembre de 1991, *Andrea Francovich c. República Italiana* y *Danila Bonifaci y otros c. República Italiana*, asuntos acumulados C-6/90 y 9/90, *Rec.*, p. I-5357. En la medida en que la participación de terceros prevista en el artículo 36.1 CEDH se limita a demandantes que sean nacionales de una parte contratante, y nada se ha dicho en el Proyecto de instrumentos jurídicos para la adhesión para permitir que la Unión pueda intervenir en virtud del ligamen de la ciudadanía europea, la única opción es que pudiera intervenir en virtud del artículo 36. 2 CEDH tras ser admitida por el Presidente del TEDH en interés de la buena administración de justicia. En este tipo de supuesto estaría sobrevolando el interés del TJUE en virtud del artículo 344 TFUE.

distribuir los efectos obligatorios de su fallo entre la Unión y los Estados miembros, pongamos por caso, gracias a una propuesta de estos durante el procedimiento o al pronunciamiento del TJUE, la ejecución por cada una de las partes contratantes en el CEDH de su respectiva parte del fallo se antoja más fácil de llevar a cabo. Dicho acuerdo vendría exigido además por el deber de cooperación leal (artículo 4.3 TUE), del cual el TJUE es árbitro último. Tras la adhesión, tanto la Unión como sus Estados miembros tendrán la obligación de crear los cauces adecuados para que las sentencias del TEDH puedan ser correctamente ejecutadas en sus respectivos ordenamientos. Dicha ejecución debe permitir la reparación plena de los derechos vulnerados en los términos que el TEDH fije en su sentencia. Los fallos del Tribunal de Estrasburgo carecen de ejecutoriedad *per se* en los ordenamientos jurídicos de las partes contratantes. Éstas contraen una obligación de resultado teniendo discrecionalidad a la hora de elegir los medios para su adecuada ejecución<sup>81</sup>. No obstante, hay casos en que el propio TEDH restringe la libertad de elección de que gozan los Estados, indicándoles la forma de ejecutar correctamente sus sentencias<sup>82</sup>. En casos excepcionales el TEDH ha sostenido que la naturaleza de la violación del CEDH presenta tal magnitud que no deja elección a la parte contratante respecto de la medida a adoptar para llevar a cabo la ejecución, procediendo el propio Tribunal a señalar la medida a adoptar<sup>83</sup>. Por su parte, las precisiones que el Comité de Ministros del Consejo de Europa efectúa en la supervisión y seguimiento de la ejecución de las sentencias al amparo del artículo 46.2 CEDH también son una fuente de limitación

---

<sup>81</sup> Las bases generales del problema, especialmente en su relación con el ordenamiento español, fueron lúcidamente expuestas por LIÑÁN NOGUERAS, D. J., «Los efectos de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Derecho español», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXXVII, n° 2, 1985, pp. 356-376.

<sup>82</sup> Un ejemplo elocuente es el asunto relativo a la condena a muerte al líder del Partido de los Trabajadores del Kurdistán, donde el TEDH tras concluir que se había vulnerado el artículo 6 CEDH, entendió que la forma más adecuada de reparación consistía en la celebración de un nuevo juicio o en la reapertura del procedimiento, vid. Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 12 de mayo de 2005, *Öcalan c. Turquía*, n° 46221/99, apartado 210. Debe verse, MORTE GÓMEZ, C., «Eficacia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en SOROETA LICERAS, J., (ed.), *La eficacia del Derecho internacional de los Derechos Humanos*. Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián vol. XI, Universidad del País Vasco, 2011, pp. 225-242.

<sup>83</sup> Así ocurrió en el asunto *Assanidzé c. Georgia*, donde el TEDH estableció que correspondía al Estado demandado asegurar la puesta en libertad del demandante a la mayor brevedad, vid. Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 8 de abril de 2004, n° 71503/01 §§ 202-203.

de la autonomía de las partes contratantes. La ejecución de las sentencias del TEDH puede exigir en el ordenamiento de la Unión medidas generales como la modificación, derogación o adopción de una medida legislativa, el cambio de una línea jurisprudencial o la modificación de una práctica administrativa, del mismo modo que ocurre en los ordenamientos del resto de partes contratantes. Junto con las medidas generales, la ejecución de las sentencias del TEDH suele requerir la adopción de medidas individuales, que son las tendentes a poner fin a la vulneración del derecho fundamental en el caso concreto, así como a borrar las consecuencias de la misma, para reponer al demandante, en la medida de lo posible, en la situación previa (*restitutio in integrum*). Cuando el ordenamiento jurídico de la parte demandada solo permite de forma inexacta eliminar las consecuencias perjudiciales de la violación consumada del CEDH, el TEDH tiene la posibilidad de obligar a la parte condenada a satisfacer a la víctima un importe como satisfacción equitativa (artículo 41 CEDH). En su Recomendación R(2000)2, de 19 de enero de 2000, el Comité de Ministros señalaba que hay casos excepcionales donde la única fórmula admisible de *restitutio in integrum* sería la revisión de un asunto o la reapertura de los procedimientos ante los tribunales internos cuando el TEDH ha constatado la existencia de una violación de las disposiciones del CEDH<sup>84</sup>. El Comité de Ministros anima a las partes en el CEDH a habilitar un cauce procesal específico en su legislación interna para permitir en estos supuestos la revisión de resoluciones firmes de sus órganos jurisdiccionales o la reapertura de procedimientos. Pese a que la acogida de esta recomendación ha sido dispar entre los Estados parte, la Unión deberá tomar nota de la misma especialmente en situaciones que afecten al artículo 6 CEDH<sup>85</sup>. Además, desde 2004 el TEDH viene empleando la técnica de dictar sentencias *piloto* como forma de aliviar su carga de trabajo evitando en situaciones estructurales de vulneración de un derecho recogido en el CEDH la prolifera-

---

<sup>84</sup> En particular: a) cuando tras el fallo del TEDH la víctima continúa soportando los perjuicios de la decisión interna impugnada, b) cuando del fallo del TEDH se desprenda que la decisión interna es incompatible en sustancia con el CEDH, o c) cuando la violación del CEDH derive de errores procedimentales de tal magnitud que hagan aparecer serias dudas sobre el resultado de la decisión interna controvertida.

<sup>85</sup> Por su parte, el TEDH en algunos asuntos incluye la denominada «fórmula Gençel», mediante la que invita al Estado demandado a posibilitar la reapertura del procedimiento interno en caso de infracción del derecho a un juicio justo, vid. la Sentencia del TEDH de 23 de octubre de 2003, Gençel c. Turquía, nº 53431/99, § 27. MORTE GÓMEZ, C., «Eficacia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *loc. cit.*, p. 242.

ción de contenciosos repetitivos<sup>86</sup>. En principio nada impide que el TEDH decida acudir a este procedimiento en caso de demandas formuladas contra la Unión Europea.

Cuando la ejecución de una sentencia del TEDH requiera medidas generales como puede ser la modificación o derogación de un acto legislativo o de un acto adoptado por las instituciones de la Unión y destinado a producir efectos jurídicos frente a terceros, serán en principio las instituciones competentes en virtud del reparto horizontal de poderes las que deberán encargarse de cumplir con las exigencias del fallo. Ante una eventual inacción de las instituciones de la Unión debe ponerse de manifiesto la escasa utilidad del recurso por anulación dada la importante restricción temporal a que el artículo 263 TFUE lo somete. En cambio, sin ser un mecanismo idóneo para remediar la situación estructural de incompatibilidad con el CEDH, la excepción de ilegalidad permitiría a cualquier parte en un litigio recurrir ante el TJUE para alegar la inaplicabilidad de un acto de alcance general adoptado por una de las instituciones, órganos u organismos de la Unión, cuando su modificación o derogación sea necesaria para dar cumplimiento a una sentencia del TEDH. No obstante, la excepción de ilegalidad permitiría cumplir con las exigencias de la sentencia del TEDH únicamente respecto de las partes en el litigio concreto, puesto que la sentencia en caso de estimación únicamente comporta la inaplicación del acto atacado en el litigio principal y en ningún caso su nulidad. Cabe plantearse si en caso de no llevar a término la modificación o derogación del acto controvertido cualquier persona física o jurídica podría recurrir por omisión ante el TJUE en los términos señalados en el artículo 265 TFUE *in fine*.

En relación con las medidas individuales, en aquellos supuestos donde la *restitutio in integrum* exija de modo excepcional la reapertura de un procedimiento ante los órganos jurisdiccionales internos o bien la revisión de una resolución judicial firme, una opción para permitir la adecuada ejecución podría

---

<sup>86</sup> En tal supuesto el TEDH identifica una demanda individual como prioritaria y paraliza la tramitación de las restantes demandas sustancialmente idénticas, así aprovecha su sentencia para dar a la parte demandada las indicaciones para que pueda establecer en el seno de su ordenamiento las vías de recurso o las modificaciones normativas necesarias para reponer a las demás personas afectadas en el disfrute efectivo de sus derechos. Sobre los asuntos *piloto*, SADURSKI, W., «Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments», *HRLR*, vol. 9, nº 3, 2009, pp. 397-453. Asimismo véase la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 22 de junio de 2004, *Broniowski c. Polonia*, nº 31443/96.

ser que los respectivos Reglamentos de procedimiento del Tribunal General (TG) y del Tribunal de Justicia fueran objeto de sendas modificaciones en su apartado relativo a recursos extraordinarios<sup>87</sup>: a) Para permitir a instancia del recurrente ante el TEDH la reapertura de los procedimientos, por ejemplo, cuando se haya vulnerado el derecho a un proceso equitativo, y la retroacción de actuaciones procesales venga exigida por la ejecución del fallo del TEDH; b) Para incluir entre los motivos de revisión de una sentencia la necesidad de reparar una violación de los derechos recogidos en el CEDH en los términos exigidos por el TEDH. No obstante, puede que estas modificaciones en sí mismas no bastaran, ya que parece desprenderse la necesidad de reformar el Derecho originario del tenor literal del artículo 19.3 TUE, que exige que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncie «de conformidad con los Tratados» únicamente en los casos previstos en ellos. Otra opción que debería explorarse es la que contempla el artículo 44 del Protocolo nº 3 añadido por el Tratado de Lisboa: esto es la posibilidad de que una sentencia condenatoria del TEDH pudiera considerarse como un hecho nuevo susceptible de permitir la admisibilidad de la demanda ante el TJUE de un procedimiento de revisión. Una vez admitida la demanda de revisión a partir de la existencia de un hecho nuevo, el procedimiento exigiría una nueva sentencia del TJUE. El marco temporal al que se circunscribe actualmente la demanda de revisión exige que no hayan transcurrido más de diez años desde la fecha de la sentencia cuya revisión se pretende, ni más de tres meses a partir del día en que el demandante tuviere conocimiento del hecho nuevo en que funda su pretensión de revisión (la eventual sentencia del TEDH)<sup>88</sup>.

## 2. LA UNIÓN EUROPEA Y LA SUPERVISIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DEL TEDH

La entrada en vigor del Protocolo Adicional nº 14 al CEDH, el 1 de junio de 2010, ha contribuido a reforzar las competencias del Comité de Mi-

---

<sup>87</sup> Véanse los artículos 98 a 100 de la Versión Consolidada del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, *DOUE C 177/1* de 2 de julio de 2010; así como los artículos 125 a 128 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal General, *DOUE C 177/37* de 2 de julio de 2010.

<sup>88</sup> Vid. Protocolo nº 3 añadido por el Tratado de Lisboa sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *DOUE C 83/210*, de 30 de marzo de 2010; asimismo el artículo 98 de la Versión Consolidada del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, *cit. supra*.

nistros en relación con la ejecución de las sentencias del Tribunal: el artículo 46.3 CEDH permite al Comité de Ministros solicitar por mayoría de dos tercios que el TEDH aclare los términos de una sentencia cuando no resulte claro identificar cuáles son las obligaciones que se derivan de la misma para la parte condenada. Además, en el artículo 46.4 CEDH se ha introducido una especie de recurso por incumplimiento ante la Gran Sala del TEDH<sup>89</sup>. La finalidad de esta nueva vía de recurso ante el TEDH es que la parte condenada ejecute adecuadamente el fallo debido a la presión política y diplomática, y sobre todo, al riesgo de una nueva sentencia condenatoria de la Gran Sala. En todas las funciones del Comité de Ministros descritas en relación con la supervisión de la ejecución de sentencias del TEDH<sup>90</sup>, ha previsto el Proyecto de instrumentos jurídicos para la adhesión la participación de la Unión como una parte contratante más<sup>91</sup>. Dadas las peculiaridades del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, el Proyecto de instrumentos jurídicos para la adhesión (artículo 7) establece la cautela de que el ejercicio del derecho de voto de la Unión y sus Estados miembros en el seno del Comité de Ministros no podrá llevarse a cabo en detrimento de sus funciones de supervisión al amparo de los artículos 39 y 46 CEDH:

1.—Cuando es supervisada la ejecución de un fallo relativo a la Unión únicamente, o a la Unión y uno o varios de sus Estados miembros, por exigencias del deber de cooperación leal, la Unión y sus Estados miembros deben expresar su posición y su voto de forma coordinada. Además, la expre-

---

<sup>89</sup> Éste requiere ser activado por mayoría de dos tercios en el Comité de Ministros y su finalidad es que el TEDH se pronuncie acerca de si la conducta de la parte demandada en la ejecución de un fallo anterior supone un nuevo incumplimiento del CEDH, en particular de las obligaciones del artículo 46 CEDH.

<sup>90</sup> No debe perderse de vista que en virtud del artículo 39.4 CEDH el Comité de Ministros también se encarga de controlar la ejecución de las decisiones del Tribunal relativas a los acuerdos amistosos alcanzados por las partes, así como de aquellas decisiones referidas a declaraciones unilaterales efectuadas por las partes contratantes y aceptadas por el Tribunal.

<sup>91</sup> No obstante, de todas las cuestiones relativas a la participación de la Unión Europea en las instancias de control del CEDH es ésta la que es susceptible de dar lugar a mayor número de problemas durante el proceso de ratificación del acuerdo de adhesión. A diferencia de cuestiones de más fácil solución, como sería la participación de una delegación del Parlamento Europeo con derecho de voto ante la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa a los efectos de elegir a los jueces del TEDH con arreglo al artículo 22 CEDH, entre los cuales se encontraría un juez permanente propuesto por la Unión con dedicación exclusiva a esta función jurisdiccional y con idéntico estatus a los jueces del resto de partes contratantes.

sión de la posición y el voto de forma coordinada por parte de la Unión y sus Estados miembros viene motivada por el intento de construir una diplomacia común que supone la PESC. Habida cuenta de que el número de votos del conjunto de Estados miembros seguiría la suerte del expresado por la propia Unión, su elevado número casi con seguridad impediría al Comité de Ministros conseguir la mayoría de votos necesaria para poder ejercer sus funciones de control<sup>92</sup>. Para evitar tal sabotaje de las funciones inherentes al Comité de Ministros, el Proyecto de instrumentos jurídicos para la adhesión incluye un no menos peligroso Proyecto de Regla nº 18<sup>93</sup>. Según dicho proyecto, las decisiones del Comité de Ministros en la supervisión se entenderían adoptadas siempre y cuando se obtuviera la pertinente mayoría de votos, teniendo para ello únicamente en cuenta el voto expresado por representantes de Estados parte que no son miembros de la Unión. Esta nueva regla podría dejar aspectos del ordenamiento jurídico de la Unión al albur de terceros Estados que podrían presentar sensibilidades jurídicas distintas a aquellas propias de los Estados miembros de la Unión.

2.—Cuando se examina el cumplimiento del fallo del TEDH dirigido contra un Estado miembro, se ha previsto que la Unión no podrá expresar su voto en el Comité de Ministros. El principal motivo debe ser evitar expandir las competencias de la Unión en materia de derechos fundamentales más allá de las que le han sido transferidas, ya que se trataría de situaciones puramente internas de sus Estados miembros. En estos casos, el resto de Estados miembros no tienen obligación por imperativo del Derecho de la Unión de expresar una posición ni un voto coordinados.

3.—Cuando las obligaciones que se supervisan pertenecen a una parte contratante diferente a la Unión o sus Estados miembros, el Proyecto de instrumentos jurídicos para la adhesión señala que del Derecho originario de la Unión no se deriva una obligación para los Estados miembros para expresar su posición y voto de forma coordinada. No es tan evidente que en el caso de que la Unión exprese su posición en relación con la supervisión de las obligaciones de un tercer Estado no estén sus Estados miembros obligados a

---

<sup>92</sup> Vid. Comité de Ministros del Consejo de Europa, 10 de mayo de 2006, *Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements*.

<sup>93</sup> La misma debería añadirse a las reglas del Comité de Ministros ya existentes sobre la supervisión y ejecución de sentencias y acuerdos amistosos. Vid. *II. Draft Rule to be added to the Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements*, CDDH-UE(2011)16, *cit. supra*.

seguirla en virtud de los artículos 3.5, 21.1 y 21.2 TUE en conjunción con el artículo 4.3 TUE relativo al deber de cooperación leal. En cualquier caso, sería el TJUE quien tenga la última palabra en este sentido. Lo cierto es que nada impide desde el punto de vista del Derecho de la Unión que los Estados miembros coordinen su voto en este tipo de supuestos.

Pese a las cautelas expuestas para evitar que tras la adhesión la Unión y sus Estados miembros desnaturalicen el ejercicio de las funciones inherentes al Comité de Ministros en la supervisión de la ejecución de fallos del TEDH, nada impide que la adhesión pueda ser percibida por Estados parte en el CEDH que no sean miembros de la Unión como un intento más de la Unión Europea por invadir y usurpar progresivamente áreas tradicionales de trabajo del Consejo de Europa<sup>94</sup>. El componente estratégico de la adhesión, visto como un intento de la Unión Europea de tomar el control político<sup>95</sup> en el Comité de Ministros, no es de extrañar que sea uno de los factores que pudiera suscitar recelos en los procesos nacionales de ratificación del acuerdo de adhesión en terceros Estados parte en el CEDH.

## V. CONCLUSIONES

Las negociaciones tendentes a la adhesión de la Unión Europea al CEDH han comenzado bajo la vigencia del Tratado de Lisboa y han desembocado en un primer Proyecto de instrumentos jurídicos para la adhesión que está integrado por 12 artículos que no pueden ser objeto de reserva. En 2012 se

---

<sup>94</sup> SCHUMACHER, B., «The Influence of the Council of Europe on the European Union: Resource Exchange and Domain Restriction as Venues for Inter-Institutional Influence», en COSTA, O., JORGENSEN, K. E., (eds.), *The Influence of International Institutions on the EU: When Multilateralism hits Brussels*, Palgrave MacMillan, 2012, pp. 186-206; asimismo JORIS, T., VANDENBERGHE, J., «The Council of Europe and the European Union: Natural Partners or Uneasy Bedfellows?», *The Columbia Journal of European Law*, vol. 15, nº 1, 2009, pp. 1-43.

<sup>95</sup> Dada la mayoría de representantes con derecho a intervenir en el Comité de Ministros que la Unión y sus Estados miembros aúnan, podrían aprovecharla para solicitar al TEDH, con arreglo al artículo 47 CEDH, la emisión de una opinión consultiva entre otras cuestiones, por ejemplo, sobre el alcance e implicaciones de la noción de jurisdicción del artículo 1 CEDH. De este modo, Estados miembros y Unión Europea extraerían algunas de las directrices necesarias para abordar el establecimiento de un marco general para permitir una adecuada ejecución de las sentencias del TEDH en el ordenamiento jurídico de la Unión.

ha iniciado una segunda etapa de negociaciones que demuestra que su contenido no ha cosechado la aceptación necesaria por parte de las 47 delegaciones, amén de la propia Unión Europea, que a la postre deberán manifestar su consentimiento en obligarse con relación al mismo. Además, de las asperezas de índole técnico-jurídica que deben todavía limarse durante las negociaciones, el acuerdo de adhesión deberá con casi total seguridad obtener el beneplácito del TJUE en dictamen previo desde el punto de vista del escrupuloso respeto a la autonomía normativa e interpretativa del Derecho de la Unión, antes de verse sometido a un arduo proceso de ratificaciones nacionales que con idéntica probabilidad podría verse encallado, pongamos por caso, en la Duma rusa<sup>96</sup>, como ocurriera recientemente con el Protocolo nº 14 al CEDH.

Trasladándonos a un escenario donde la adhesión fuese una realidad efectiva, se aprecia que tamaña complicación procedimental está a la altura de sus posibles implicaciones: la adhesión permitiría completar el sistema de recursos a disposición de los particulares en el ordenamiento jurídico de la Unión, podría traer consigo el final de la plácida era *Bosphorus*, quizá permitiría al Tribunal de Estrasburgo superar las constricciones que el TJUE experimenta en relación con el Derecho originario así como en el ámbito PESC, etc. En cualquier caso, el CEDH tendría un valor jurídico superior al correspondiente, con carácter ordinario, a los restantes acuerdos internacionales concluidos por la Unión, en buena medida, debido al apartado 3 del artículo 52 de la CDFUE.

En cuanto a la asignación de la eventual responsabilidad internacional originada en la aplicación del Derecho de la Unión, el TEDH deberá abstenerse de toda interferencia con el reparto competencial entre Unión y Estados miembros. Para ello el Proyecto de instrumentos jurídicos para la adhesión ha diseñado un mecanismo de codemandado, que hasta la fecha no ha obtenido el respaldo de todas las delegaciones. Pese a los numerosos interrogantes que plantea, cabe aplaudir que este mecanismo permita al TEDH declarar la responsabilidad conjunta y solidaria de los Estados miembros y la Unión en caso de constatarse la infracción del CEDH o de alguna de las disposiciones de aquellos de sus protocolos a los que la Unión finalmente se adhiera. Ahora bien, la responsabilidad conjunta y solidaria es sólo una posibilidad, y no resuelve totalmente el problema: se ha previsto con

---

<sup>96</sup> Vid. LOCK, T., «End of an Epic? The Draft Agreement on the EU's Accession to the ECHR», *Yearbook of European Law*, vol. 31, nº 1, 2012, pp. 162-197.

carácter facultativo. Por tanto, suscita dudas en cuanto a que constituya un adecuado equilibrio entre las exigencias de la autonomía del Derecho de la Unión, de un lado, y la efectividad de los fallos del TEDH, de otro. Desde luego es posible que el deber de cooperación leal que el Derecho de la Unión configura acabase convirtiendo la intervención del codemandado en obligatoria. Otro elemento previsto en el Proyecto de acuerdo para la adhesión controvertido que no cuenta con el crédito de todas las delegaciones es el relativo a la necesidad de pronunciamiento previo del TJUE. Además, existen fundadas dudas de que dicho pronunciamiento previo que privilegia al Tribunal de Luxemburgo venga exigido por la necesidad de preservar la autonomía del Derecho de la Unión<sup>97</sup>. La distribución de la responsabilidad internacional entre la Unión y sus Estados miembros debe disociarse del reparto competencial, por tanto, no habría problemas en que el TEDH asignara responsabilidades, ante una eventual declaración de infracción del CEDH en aplicación del Derecho de la Unión, cuando los Estados miembros y la Unión hubiesen manifestado durante el procedimiento su acuerdo en relación con el alcance de sus respectivas competencias; tampoco plantearía problemas la asignación si el TJUE hubiese arrojado luz sobre el reparto competencial aprovechando su pronunciamiento previo. Al margen de esta clarificación competencial sobrevenida y del eventual funcionamiento del mecanismo de codemandado, en la medida en que el TEDH es el competente para determinar la existencia de una violación de las obligaciones del CEDH, localizar aquella acción u omisión que la ha producido, e indicar la modalidad más adecuada de reparación, parece razonable que el Tribunal de Estrasburgo pueda distribuir la responsabilidad internacional derivada de su fallo al menos en dos *supuestos claros*, sin que ello comporte de forma inevitable atentado contra la autonomía del Derecho de la Unión ni injerencia en la distribución competencial<sup>98</sup>: a) cuando la violación pueda residenciarse en una

<sup>97</sup> Vid. LOCK, T., «Walking on a Tightrope: the Draft ECHR Accession Agreement and the Autonomy of the EU Legal Order?», *CMLR*, vol. 48, n° 4, 2011, 1025-1054.

<sup>98</sup> Dadas las limitaciones del mecanismo de codemandado, hasta la fecha previsto con carácter facultativo, sería posible que la demanda no fuera dirigida *prima facie* contra el sujeto que en última instancia debería asumir de forma íntegra la responsabilidad internacional en estos llamados *supuestos claros* y que además dicho sujeto no terminase convirtiéndose en parte codemandada en el procedimiento ante el TEDH. Dicha situación dejaría al TEDH entre la espada y la pared. Tal y como se contiene en el Proyecto de acuerdo de adhesión el mecanismo de codemandado no llega a establecer una verdadera responsabilidad conjunta y solidaria entre la Unión y los Estados miembros, la discrecionalidad otorgada para la comparecencia del sujeto teóricamente responsable permite que

obligación del Derecho derivado de la Unión que no deja lugar a alternativas a las autoridades del Estado miembro que la aplica (situación tipo *Bosphorus*), la responsabilidad debe asignarse a la Unión; b) cuando tal infracción pueda localizarse en exclusiva en una disposición del Derecho originario (no en su interpretación ni aplicación), la responsabilidad colectiva derivada del fallo debería atribuirse al conjunto de Estados miembros. Ninguna previsión en este sentido se ha hecho en el Proyecto de acuerdo de adhesión, lógicamente no se trata de vender la piel del oso antes de cazarlo: de ser preguntado al respecto el TJUE *ex ante* sería a todas luces reacio a admitir la distribución de responsabilidad propuesta para estos *supuestos claros*.

En cuanto a la ejecución de los fallos del TEDH que decreten una responsabilidad conjunta de la Unión y de uno o varios de sus Estados miembros, se requerirá un acuerdo en el seno del ordenamiento jurídico de la Unión por imperativo, además, del deber de cooperación leal (piénsese en el pago a la víctima de una satisfacción equitativa señalada conjuntamente por el TEDH). La adopción de medidas generales motivadas por la ejecución del fallo del TEDH se regirá, en primer lugar, por las reglas verticales de distribución de poderes (Unión-Estados miembros), y en segundo lugar, por las disposiciones de distribución horizontal del poder entre las instituciones de la Unión, en su caso. En supuestos donde la *restitutio in integrum* exija la reapertura de un procedimiento ante los órganos jurisdiccionales internos o bien la revisión de una resolución judicial firme, deberán explorarse las posibilidades que ofrecen los apartados relativos a los recursos extraordinarios en los respectivos Reglamentos de procedimiento del TG y del TJUE; así como deberá tenerse en cuenta la posibilidad de considerar una sentencia condenatoria del TEDH como hecho nuevo a los efectos de permitir la admisibilidad de la demanda ante el TJUE de un procedimiento de revisión. Es posible que dichas medidas individuales necesiten de una previa modificación del Derecho originario.

Como consecuencia de la adhesión y de las características del ordenamiento jurídico de la Unión, ésta y sus Estados miembros podrían obtener un notable incremento del dominio político en el Comité de Ministros del Con-

---

éste no llegue a ser parte en el procedimiento, y por tanto, puede imposibilitar que el TEDH pueda dirigir su fallo contra el sujeto adecuado (es decir, aquél capacitado para poner fin a la situación de violación del derecho fundamental), si éste decide no formar parte del procedimiento voluntariamente. Con estas limitaciones y cautelas debe tomarse la propuesta de distribución de responsabilidades para el TEDH formulada para los denominados *supuestos claros*.

sejo de Europa. Este factor podría suscitar recelos en los procesos nacionales de ratificación del acuerdo de adhesión en Estados parte en el CEDH no miembros de la Unión.

Por último, la adhesión de la Unión Europea al CEDH y su sometimiento al escrutinio externo del TEDH en materia de derechos fundamentales contribuirían a reforzar la credibilidad del discurso universal de protección y promoción de los derechos humanos que la Unión exhibe en su acción exterior y, desde luego, su eficacia. Además, este proceso ofrece un buen observatorio para repensar las relaciones Unión Europea-Consejo de Europa.

LA ADHESIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA AL CONVENIO DE ROMA.  
EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS  
DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS  
EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA UE

RESUMEN: La apertura de las negociaciones para la adhesión de la Unión Europea al CEDH bajo la vigencia del Tratado de Lisboa plantea numerosos interrogantes de índole técnico-jurídica y obstáculos que hacen prever un proceso largo, que muy probablemente podría requerir un dictamen previo del TJUE. En junio de 2011 fue adoptado un Proyecto de instrumentos jurídicos para la adhesión fruto de las negociaciones Consejo de Europa-UE. Un año más tarde, en junio de 2012, tomando como referencia su contenido, se ha iniciado una segunda etapa de negociaciones. El presente artículo analiza algunos aspectos del Proyecto como, por ejemplo, el mecanismo de codemandado, a partir de cuyo diseño e imperfecciones se pretende inferir reglas que permitan distribuir entre la Unión Europea y sus Estados miembros la responsabilidad internacional derivada del CEDH. También se analizan algunas de las consecuencias del principio de cooperación leal en la ejecución del CEDH en tanto que acuerdo mixto. Puede aventurarse que el CEDH no es un acuerdo internacional cualquiera y su celebración puede traer importantes transformaciones materiales e institucionales del Derecho de la Unión. La adhesión permitirá superar los límites que experimenta el escrutinio del TJUE sobre el ordenamiento de la Unión en materia de derechos fundamentales, además de completar las vías de recurso de este ordenamiento. Por último, se eliminará el inconveniente de atribuir a los Estados miembros eventuales infracciones al CEDH ocasionadas por las instituciones de la Unión.

PALABRAS CLAVE: Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea; Adhesión de la Unión Europea al CEDH; Responsabilidad internacional de la Unión Europea; Ejecución de las sentencias del TEDH; Cooperación leal

THE ACCESSION OF THE EUROPEAN UNION TO THE ROME CONVENTION.  
COMPLIANCE WITH THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS  
OBLIGATIONS WITHIN THE EUROPEAN UNION LEGAL ORDER

**ABSTRACT:** The opening of the negotiations for the EU's accession to the ECHR under the Lisbon Treaty has revealed many technical and legal challenges and obstacles which pave the way for a long process probably involving the prior opinion of the CJEU. In June 2011 a Draft of legal instruments on the accession of the European Union to the ECHR was adopted following the Council of Europe-EU negotiations. One year after, in June 2012, its content has been taken as a first step for the beginning of a second period of negotiations. This article analyzes some aspects of the Draft of legal instruments as, for instance, the co-respondent mechanism; taking into account its design and imperfections some rules are proposed for the division of the international responsibility stemming from the ECHR among the EU and its Member States. Furthermore, some aspects of the principle of loyal cooperation regarding the execution of the ECHR as a mixed agreement are described. It can be foretold that the ECHR is an international agreement that has no parallel and that it will bring relevant changes to the material and institutional features of the EU legal order. Accession may overcome the material limits inherent to the judicial review regarding fundamental rights in several areas of the EU legal order where the jurisdiction of the CJEU is restricted; moreover, accession will complete the available judicial remedies of this legal order. Finally, the hypothetical violations to the rights enshrined under the ECHR occasioned by EU institutions will no longer be attributed to its Member States, but to the EU itself.

**KEY WORDS:** Fundamental rights protection in the EU; European Union accession to the ECHR; International responsibility of the EU; Execution of judgments of the ECtHR; Loyal cooperation

L'ADHÉSION DE L'UNION EUROPÉENNE À LA CONVENTION DE ROME.  
L'ACCOMPLISSEMENT DES OBLIGATIONS DÉRIVÉES  
DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME  
DANS L'ORDRE JURIDIQUE DE L'UNION EUROPÉENNE

**RÉSUMÉ:** L'ouverture des négociations pour l'adhésion de l'Union Européenne à la CEDH dans le cadre du Traité de Lisbonne pose des nombreuses questions de nature technique-juridique et des obstacles qui font prévoir un procès long, qui pourrait impliquer l'avis préalable de la CJUE. En 2011 était adopté un Projet d'accord d'adhésion produit des négociations Conseil de l'Europe-UE. Un an plus tard, en juin 2012 son contenu a été pris comme référence pour l'ouverture d'une deuxième ronde de négociations. Cet article veut analyser certains aspects du Projet d'accord d'adhésion comme, par exemple, le mécanisme du codéfendeur et à partir de son dessin et défauts on proposera des règles pour distribuer la responsabilité internationale dérivée de la CEDH entre l'UE et ses États Membres. On analysera aussi quelques aspects du principe de coopération loyale qui influencent l'exécution de la CEDH en tant qu'accord mixte dans l'ordre de

l'UE. La CEDH est un accord international qui n'aura pas de parangon en ce qui concerne l'UE et il comportera des transformations remarquables à niveau matériel et institutionnel du Droit de l'Union. L'adhésion permettra dépasser les limites que la juridiction de la CJUE éprouve à l'heure de scruter certains aspects du Droit de l'Union pour les soumettre au contrôle du respect aux droits fondamentaux et en plus elle servira à compléter les voies de pourvoi que les personnes trouvent dans cet ordre juridique. Finalement, après l'adhésion les éventuelles infractions à la CEDH occasionnées par les institutions de l'Union ne seront plus attribuées à ses États Membres, mais à la propre Union comme telle.

MOTS CLÉS: Protection des droits fondamentaux dans l'UE; Adhésion de l'Union Européenne à la CEDH; Responsabilité internationale de l'UE; Exécution des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme; Coopération loyale