

**TEDH. SENTENCIA DE 30.06.2005, BOSPHORUS
AIRWAYS, 45036/98 - DERECHO COMUNITARIO Y
CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

CARMEN ANTÓN GUARDIOLA*

- I. ANTECEDENTES DEL CASO.
- II. LA SENTENCIA DEL TEDH.
- III. EL ALCANCE DE LA SENTENCIA A LA LUZ DE LAS OPINIONES CONCORDANTES.
- IV. CONSIDERACIONES FINALES.

I. ANTECEDENTES DEL CASO

La sentencia dictada por la Gran Sala del TEDH, de 30 de junio de 2005, en el asunto *Bosphorus Airways c. Irlanda*¹, tiene su origen en la demanda introducida en 1998 ante el TEDH por la compañía aérea turca *Bosphorus Hava Yollari Turizm (Bosphorus Airways)* contra Irlanda, por el apresamiento por parte de las autoridades irlandesas de un avión, que la demandante había alquilado a la compañía aérea yugoslava JAT, mientras éste se encontraba en territorio irlandés para llevar a cabo operaciones de mantenimiento.

El apresamiento se llevó a cabo, en mayo de 1993², en aplicación del

* Doctora en Derecho. Profesora Colaboradora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universidad de Alicante.

¹ *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Aonim Sirketti c. Irlanda (Bosphorus Airways)* (GC), n.º 45036/98, CEDH 2005.

² En mayo de 1993 el avión fue inmovilizado por orden de las autoridades irlandesas y legalmente embargado el 8 de junio de 1993. Cuatro días antes, el 4 de junio, Irlanda adoptó el reglamento de ejecución del Reglamento comunitario 990/93, tras consultar al Comité de Sanciones de las Naciones Unidas (statutory instrument n.º 144).

Reglamento comunitario 990/93³, que recogía el régimen de sanciones decidido por la ONU contra la República Federal de Yugoslavia⁴. La empresa arrendataria, *Bosphorus Airways*, recurrió la Decisión del Ministro de Transportes irlandés ante la High Court de Dublín que, en su sentencia de 21 de junio de 1994, la anuló, por considerar que el Reglamento (CEE) 990/93 no era aplicable a la aeronave en cuestión. La sentencia fue apelada ante el Tribunal Supremo, que decidió presentar una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), acerca de si el Reglamento comunitario era de aplicación en este caso. La respuesta del TJCE fue positiva⁵. En su sentencia de 29 de no-

³ Reglamento (CEE) n.º 990/93 del Consejo, de 26 de abril de 1993, relativo al comercio entre la Comunidad Económica Europea y la República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro), *DO*, n.º L 102, de 28 de abril de 1993, p. 14. Dicho instrumento comunitario se adoptó, previo acuerdo de la Comunidad y sus Estados miembros, en el marco de la estructura de cooperación existente, entonces, en materia de política exterior, la Cooperación Política Europea, con el objetivo de disuadir a las Repúblicas de Serbia y Montenegro de continuar violando la integridad territorial y la seguridad de la República de Bosnia y Herzegovina, y para inducir a los serbios de Bosnia a cooperar en el restablecimiento de la paz en esta República. *Vid.* BOHR, S., «Sanctions by the United Nations Security Council and the European Community», *EJIL*, vol. 4, n.º 2, 256-268, pp. 260-262; PÉREZ-PRAT DURBÁN, L., «Sanciones económicas comunitarias. Dos casos paradigmáticos: las crisis yugoslava y libia», *GJ de la CE*, 1992, D-16, pp. 215-219; del mismo autor, *Cooperación Política y Comunidades Europeas en la aplicación de sanciones económicas internacionales*, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid 1991.

⁴ El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta, adoptó la Resolución 820 (1993), de 17 de abril, con el objeto de reforzar el embargo sobre las Repúblicas de Serbia y Montenegro, al considerar que las continuas actividades directas e indirectas de la RFY (Serbia y Montenegro) en la República de Bosnia y Herzegovina eran la causa principal de los dramáticos acontecimientos que se desarrollaron en la misma; y que la continuación de dichas actividades conduciría a nuevas e inaceptables pérdidas de vidas humanas y daños materiales, además de a una nueva violación de la paz y la seguridad en la región. En concreto, el párrafo 24 de la Resolución establecía que «todos los Estados se incauten de todos los buques, vehículos de carga, material rodante y aeronaves en que tengan intereses mayoritarios o de control, personas o empresas de la RFY (Serbia y Montenegro), o que realicen sus operaciones desde ella, y que esos buques, vehículos de carga, material rodante y aeronaves puedan ser decomisados por el Estado ejecutor si se determina que han violado las Resoluciones 713 (1991), 715 (1992), 787 (1992) o la presente Resolución».

⁵ STJCE de 30 de julio de 1996, As. C-84/95, *Rec.* p. I-3953. El TJCE consideró que, «con relación a un objetivo de interés tan fundamental para la Comunidad internacional como el que consiste en poner término al estado de guerra en la región y a las violaciones masivas de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario en la República de Bosnia-Herzegovina, no puede considerarse inadecuado o desproporciona-

viembre de 1996, el Tribunal Supremo irlandés, aplicó la decisión del TJCE y, declarando que se encontraba vinculado por la misma, resolvió a favor del Ministro.

El 30 de junio de 1997, habida cuenta de la relajación y del levantamiento del régimen de sanciones intervenidas entre 1994 y 1996, en el seno de las Naciones Unidas y en la Comunidad Europea, la aeronave fue restituida a la sociedad propietaria JAT. Consecuentemente, *Bosphorus Airways* perdió el alquiler correspondiente a los tres años en los que el aparato estuvo inmovilizado.

En marzo de 1997, *Bosphorus Airways* planteó el asunto ante la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos y, tras la entrada en vigor del *Protocolo n.º 11*, la demanda fue transmitida al TEDH. La demandante alegaba que la manera en que las autoridades irlandesas habían ejercido su poder de apreciación no era compatible con el *Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH o Convenio)* y violaba el artículo 1 del *Protocolo n.º 1*, que garantiza el derecho a la propiedad⁶. Cuatro años más tarde, el TEDH declaró el recurso admisible⁷. Dos años después, la Sala que debía ocuparse del asunto desistió en favor de la Gran Sala del

do el apresamiento de la aeronave de que se trata, propiedad de una persona establecida o que opera en la República Federal de Yugoslavia» (apartado 26). Para un comentario de esta sentencia *vid.* CAMPINS ERITJA, M., «La aplicación de las sanciones adoptadas por el Consejo de Seguridad por parte de la Comunidad Europea: Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 30 de julio de 1996 (*Bosphorus Hava Yollari Turzim ve Ticaret as v/ Minister for Transport, Energy and Communications*)», *REDI*, vol. XLVIII (1996), pp. 399-405; OLESTI RAYO, A., «Algunas cuestiones sobre la adopción de sanciones económicas por la Comunidad Europea contra la República Federativa de Yugoslavia (Comentario a las sentencias del TJCE de 30 de julio de 1996, asunto *Bosphorus*, y de 14 de enero de 1997, asunto *Centro-Com*)», *RDCE*, vol. 1 (1997), pp. 195-213.

⁶ El art. 1 del *CEDH* establece que: «Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio». Por su parte, el art. 1 del *Protocolo n.º 1* dispone que: «Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas».

⁷ CEDH, *Bosphorus Airways v. Irlanda*, Decisión de 13 de septiembre de 2001, n.º 45036/98.

Tribunal, que decidió el 30 de junio de 2005⁸. El número y la calidad de las partes autorizadas a presentar sus observaciones escritas testimonian la importancia del asunto⁹.

II. LA SENTENCIA DEL TEDH

Después de haber declarado sistemáticamente inadmisibles, por los motivos más diversos, las demandas en las que directa o indirectamente se ponía en tela de juicio al Derecho Comunitario derivado¹⁰, el TEDH decidió pronunciarse sobre la cuestión del control que debe ejercer sobre las medidas nacionales de ejecución del Derecho Comunitario, a través de una medida nacional de aplicación de este Derecho, en la que el Estado miembro no tiene ninguna capacidad de decisión e incluso su voto negativo en el Consejo no hubiera podido evitar el acto¹¹. En efecto, la medida nacio-

⁸ El tiempo transcurrido desde que se inició el procedimiento ante el Tribunal (1998) y la sentencia (2005) —que podría haber justificado la condena de las jurisdicciones de los Estados parte por violación del plazo razonable en que debe circunscribirse todo procedimiento judicial— da a entender que el asunto fue considerado por el TEDH como políticamente sensible.

⁹ Además de las Partes, el Presidente del Tribunal autorizó a intervenir, al Gobierno del Reino Unido, el Gobierno de Italia, la Comisión Europea y el Instituto de Derechos Humanos del Colegio de Abogados de París.

¹⁰ Para una visión actualizada de la jurisprudencia del TEDH en materia de Derecho Comunitario, *vid.* COHEN-JONATHAN, G., «L'adhésion de L'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme» en *Quel justice pour l'Europe? La Charte européenne des droits fondamentaux et la Convention pour l'avenir de l'Europe (Colloque Bordeaux, École Nationale de la Magistrature, 3 et 4 Octobre 2003)*, Bruxelles 2004, pp. 59-76.

¹¹ *Vid.*, entre otros, los comentarios a esta sentencia de BENOIT ROHMER, F., «A propos de l'arrêt Bosphorus Air Lines du 30 juin 2005: l'adhésion contrainte de l'Union à la Convention», *RTDH*, vol. 16 (2005), pp. 827-854; CACHO SÁNCHEZ, Y., «La aplicación de sanciones económicas a luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario a la Sentencia del TEDH de 30 de junio de 2005, asunto *Bosphorus Airways c. Irlanda*», *RGDE*, n.º 8, octubre 2005; CANO PALOMARES, G., «Un nuevo capítulo en el control del Derecho Comunitario por parte del Tribunal de Estrasburgo. (A propósito de la STEDH de 30 de junio de 2005, caso *Bosphorus Airways*)», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 74 (2006), pp. 317-333; KAUFF-GAZIN, F., «L'arrêt Bosphorus de la Cour européenne des droits de l'homme: quand le juge de Strasbourg pallie le retard du constituant de l'Union européenne en matière de protection des droits fondamentaux...», *L'Europe des Libertés*, vol. 17 (2005), (disponible en <http://l'europedeslibertes.u-strasbg.fr>).

nal contestada (el apresamiento de la aeronave) venía impuesta y predeterminada por un Reglamento comunitario; una norma dotada de alcance general, obligatoria en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro. El propio TEDH declaró que no existía ningún poder de apreciación por parte del Estado irlandés (pár. 148). Sin embargo, en el examen del artículo 1 del Convenio, al verificar que la medida litigiosa había sido aplicada por las autoridades irlandesas, en su propio territorio y en virtud de una decisión del Ministro de Transportes, el TEDH se considera plenamente competente, *rationae loci, rationae personae* y *rationae materiae* (pár. 137).

La afirmación es aparentemente inocua, sin embargo encierra una verdadera declaración de principio, en cuanto que afirma la competencia del TEDH sobre la totalidad del espacio jurídico europeo (desde el punto de vista espacial, personal y, también, material, es decir, sobre cualquier medida legislativa o administrativa de los Estados, aunque tenga su origen en la necesidad de observar sus obligaciones jurídico internacionales). Dicha declaración de competencia, realizada por una jurisdicción ajena al ordenamiento jurídico comunitario, implica la subordinación de este Derecho al *CEDH*, aunque la Comunidad Europea no esté vinculada por el mismo. La hipótesis es simple, pero la solución no deja de ser audaz, ya que aunque la Comunidad Europea no haya ratificado el *CEDH* la sitúa indirectamente bajo su control. En este sentido, creemos que la sentencia *Bosphorus* pretende motivar la adhesión de la Unión Europea al *CEDH*, en la medida en que la solución retenida por el TEDH produce, en cierta medida, consecuencias similares a la adhesión¹².

Establecida la competencia del Tribunal, había que determinar si Irlanda había incurrido en responsabilidad respecto del *CEDH* al apresar la aeronave, en cumplimiento de sus obligaciones comunitarias. En realidad, se trataba de determinar el poder de apreciación del Estado irlandés a la hora de aplicar el reglamento comunitario, cuestión que el Tribunal traslada al fondo del asunto, derivado del artículo 1 del *Protocolo n.º 1*. El Tribunal se separa así de la Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos, en el asunto *M & Co. c. RFA*, en la que ésta se declaró incom-

¹² En este sentido, BENOIT ROHMER, F., «A propos de l'arrêt Bosphorus Air Lines du 30 juin 2005: l'adhésion contrainte de l'Union à la Convention», *RTDH*, *loc. cit.*, pp. 830-838; CONSTANTINESCO, V., «C'est comme si c'était fait? (Observations à propos de l'arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme [Grande Chambre], *Bosphorus Airlines*, du 30 juin 2005)», *CDE*, n.º 3-4 (2006), 363-378, pp. 374-378.

petente *rationae materiae*, puesto que la RFA no gozaba de un verdadero poder de apreciación al tener que ejecutar una sentencia del TJCE¹³. Según la doctrina *M & Co.*, en ausencia de dicho margen, el TEDH analizaría si la Unión Europea ofrece una protección de los derechos fundamentales equivalente a la que ofrece el *CEDH* y, en caso afirmativo, se declararía incompetente *rationae materiae*¹⁴. Sin embargo, en *Bosphorus*, lo que antes se discutía en el plano de la competencia/admisibilidad ahora se traslada al fondo del asunto¹⁵, lo que implica que el Tribunal se aproxima a las relaciones entre el sistema convencional y el sistema comunitario con una visión diferente: siempre que los Estados adopten medidas nacionales de aplicación del Derecho Comunitario, independientemente de su margen de maniobra, están actuando como Estados parte en el Convenio, y sus acciones y omisiones no pueden escapar al control del Tribunal.

A partir de aquí, la situación será diferente según que el Estado tenga o no dicho poder de apreciación. Si dicho poder existe, el Estado miembro resultará plenamente responsable de sus actos respecto del *CEDH*. Si por el contrario, el acto nacional en el origen de la violación no es más que una simple y pura transcripción del Derecho Comunitario, o dicho de otro modo, si el Estado no tiene ningún margen de maniobra, no será responsable respecto del Convenio, a condición de que el Derecho Comunitario ofrezca una protección equivalente de los derechos fundamentales¹⁶.

¹³ *M & Co. c. República Federal de Alemania*, n.º 13258, Decisión de 9 de febrero de 1990, DR 64, p. 138. En este caso, la Comisión tuvo en cuenta, por un lado, la ausencia de poder de apreciación de la RFA y, por otro, utilizando la doctrina de la «protección equivalente», consideró que el sistema comunitario otorgaba una protección adecuada de los derechos del *CEDH* y, en consecuencia, no entró a juzgar el fondo del asunto.

¹⁴ En el asunto *Matthews*, el TEDH aplicó la misma doctrina, si bien dadas las diferencias con el presente caso —el Reino Unido tenía un cierto poder discrecional pues se trataba de un acto de Derecho Comunitario originario, el Anexo II del Acta Electoral Europea de 1976, y el derecho en cuestión del Convenio (derecho a participar en las elecciones a un cuerpo legislativo) no gozaba de una protección equivalente en el Derecho Comunitario— se declaró competente *rationae materiae* (*Matthews c. Reino Unido* [GC], n.º 24833, ECHR 1999-I, pár. 33).

¹⁵ CANO PALOMARES, G., «Un nuevo capítulo en el control del Derecho Comunitario por parte del Tribunal...», *Revista Vasca de Administración Pública*, loc. cit., p. 323.

¹⁶ La sentencia precisa así la jurisprudencia anterior del Tribunal relativa al Derecho Comunitario, según una lógica que a algunos autores les ha recordado la decisión «Solange II» del Bundesverfassungsgericht. En este sentido, la nota de jurisprudencia de JACQUÉ, J.-P., «CEDH. Arrêt de 30 juin 2005, grande chambre (requête n.º 4503698), Bosphorus Hava Yollari Turzim ve ticaret anonim sirketi c. Irlande, Droit Communautaire et Droit de la Convention européenne des droits de l'homme», *RTDE*, vol. 43-1 (2005), 749-768,

La primera etapa del razonamiento del Tribunal se dirige a la identificación del acto que se encuentra en el origen de la medida litigiosa, con el fin de determinar la posible responsabilidad del Estado irlandés. Sobre este punto, el Tribunal deja al margen la Resolución del Consejo de Seguridad y el reglamento de ejecución irlandés y considera que la «reglamentación» de los bienes de la demandante tiene su base legal y directa en el Reglamento 990/93¹⁷. Por otro lado, después de analizar detenidamente todas las decisiones adoptadas por las autoridades nacionales, estima que ninguna de ellas refleja un poder discrecional de apreciación, sino más bien el cumplimiento de sus obligaciones jurídico comunitarias, en particular las del artículo 8 del Reglamento¹⁸.

Una vez identificadas la base jurídica y el autor, el Tribunal se va a centrar en examinar si la medida adoptada era proporcional al fin perseguido; si existía alguna justificación posible de la violación del derecho basada en el interés general. Dadas sus anteriores conclusiones, el Tribunal entiende que el interés general perseguido por la medida en litigio

p. 763; BENOIT ROHMER, F., «A propos de l'arrêt Bosphorus Air Lines...», *RTDH*, *loc. cit.*, p. 827; Cfr. SCHORKOPF, F., «The judgment of the European Court of Human Rights in the Case of Bosphorus Hava Yolları Turzim v. Ireland», *German Law Journal*, vol. 6, n.º 9-1, September 2005, p. 4.

¹⁷ Según el Tribunal, la Resolución del Consejo de Seguridad sólo era pertinente para interpretar el Reglamento comunitario. En ningún caso podría constituir la base de la medida litigiosa puesto que no formaba parte del Derecho interno irlandés, de inspiración dualista en cuanto a la recepción del Derecho Internacional. ¿Qué hubiera ocurrido en un sistema monista? Sobre este aspecto, *vid.* las críticas a la sentencia de KAUFF-GAZIN, F., «L'arrêt Bosphorus de la Cour Européenne des droits de l'homme: quand le juge de Strasbourg pallie le retard de constituant de l'Union européenne en matière de protection des droits fondamentaux...», *loc. cit.*, p. 4.

¹⁸ *Vid.* párs. 145-148 de la sentencia. Respecto de la Decisión del Ministro de Transportes, el Tribunal concluye que las autoridades irlandesas estaban obligadas a embargar toda aeronave que les pareciese entrar en el ámbito de aplicación del Reglamento comunitario, Decisión que, además, fue confirmada posteriormente por el TJCE. Respecto del recurso de apelación planteado ante el Tribunal Supremo contra la sentencia de la High Court, considera que constituye el cumplimiento de la obligación comunitaria de cooperación leal, derivada del artículo 10 *TCE*. Por último, en cuanto a las decisiones del Tribunal Supremo, adoptadas antes y después del reenvío prejudicial, tampoco revelan, según el Tribunal, ningún poder real de apreciación ya que, por un lado, dicho órgano jurisdiccional, cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso, estaba obligado a plantear la cuestión prejudicial al TJCE. Por otro, las sentencias del TJCE son obligatorias, de manera que el Tribunal Supremo sólo podía constatar que el Reglamento era aplicable a la aeronave de la sociedad demandante.

reside en la ejecución, por parte de Irlanda, de las obligaciones jurídicas derivadas de su adhesión a la Comunidad Europea (pár. 150)¹⁹. De este modo, el Tribunal otorga la categoría de interés general al buen funcionamiento de una organización supranacional, como la Unión Europea, basada en nociones propias como la aplicación uniforme o la primacía, poniendo de manifiesto la importancia creciente que reconoce a la cooperación internacional y a la necesidad que se deriva de asegurar el buen funcionamiento de las organizaciones internacionales.

Verificada la concurrencia del interés general, el Tribunal aborda la tarea de determinar si se ha mantenido un justo equilibrio entre las exigencias de dicho interés y el interés lesionado de la sociedad demandante. Dicho de otro modo, procede al control de la compatibilidad de la medida comunitaria con el *CEDH*, precisando previamente dos aspectos que, tal y como revelan los párrafos 152 a 154 de la sentencia, el Tribunal pretende conciliar:

- Por una parte, el Tribunal aclara que el Convenio no prohíbe a las Partes contratantes transferir poderes soberanos a una organización internacional, aunque la organización, en tanto que no forme parte del Convenio, no podrá ver comprometida su responsabilidad en virtud del mismo, por los procedimientos o decisiones adoptadas por sus órganos.
- Al mismo tiempo, las Partes contratantes son responsables, respecto de las obligaciones del Convenio, de todas las acciones u omisiones de sus órganos, con independencia de que éstas deriven de su Derecho interno o de la necesidad de observar sus obligaciones jurídico internacionales.

El Tribunal estima que la transferencia de soberanía en general no exonera a los Estados de su responsabilidad respecto del Convenio en los ámbitos transferidos ya que, de no ser así, las garantías previstas en el mismo podrían ser limitadas o excluidas discrecionalmente y, por tanto, ser privadas de su carácter obligatorio y de su naturaleza concreta y efectiva. El Estado sigue siendo responsable en relación al Convenio de las obligaciones asumidas en virtud de tratados celebrados con posterioridad

¹⁹ El interés general retenido por el TEDH difiere del interés general apreciado por el TJCE, en su sentencia *Bosphorus* de 30 de julio de 1996 (*vid. supra*, n. 5) lo que, a nuestro juicio, se debe a la deliberada voluntad del TEDH de ignorar el Derecho Internacional General.

a la entrada en vigor del mismo, en este caso el Tratado de la Comunidad Europea o el Tratado de la Unión Europea.

Es en este momento cuando el Tribunal rescata la técnica de la «protección equivalente» del asunto *M & Co.* estableciendo que, una medida nacional adoptada en aplicación del Derecho Comunitario debe considerarse justificada, siempre y cuando, de manera constante, la organización en cuestión otorgue a los derechos fundamentales una protección al menos equivalente a la garantizada por el Convenio (pár. 155). No obstante, el Tribunal concreta más el test de la «protección equivalente» al incluir en la noción de «derechos fundamentales» tanto las garantías materiales como los mecanismos de control, esto es, las garantías procesales.

En cuanto al significado de «protección equivalente», el Tribunal indica que se trata de una protección «comparable» y no idéntica a la que ofrece la Convención, ya que exigir una protección idéntica podría ir en contra del interés de la cooperación internacional. En cuanto a la «constancia» de dicha protección, el Tribunal considera que ninguna decisión de equivalencia tiene carácter definitivo, reservándose la facultad de revisar si dicha protección continúa siendo equivalente, a la luz de los cambios pertinentes en la protección de los derechos humanos.

Al igual que en el asunto *M & Co.*, el margen de apreciación del Estado a la hora de aplicar el Derecho Comunitario o supranacional va a ser el criterio determinante para proceder o no al examen de la protección equivalente. La diferencia radica en que, hasta ahora, dicho examen se producía en la fase de la admisibilidad de la demanda y, ahora, se produce en el examen del fondo del asunto: Si el Estado, cuando ejecuta un acto de un ordenamiento supranacional como el comunitario, tiene un cierto margen de maniobra, la competencia del Tribunal será plena (*Cantóni*²⁰, *Matthews*²¹), mientras que si el Estado procede a la mera ejecución del Derecho Comunitario, sin detentar ningún margen de apreciación, el TEDH verificará si dicho ordenamiento garantiza de manera equivalente los derechos humanos, y en caso afirmativo, se abstendrá de controlar el respeto del Convenio por parte de la medida nacional. Si la organización ofrece una protección equivalente, cabe presumir que el Estado respeta las exigencias del Convenio cuando ejecuta obligaciones jurídicas resultantes de su adhesión a la organización.

Ahora bien, dicha presunción no es absoluta. En efecto, ésta puede ser

²⁰ *Cantoni c. France*, Sentencia de 15 de noviembre de 1996, n.º 17862/91, *Rec.* 1996-V.

²¹ *Vid. supra*, n. 14.

desvirtuada en un asunto determinado, si se aprecia que la protección de los derechos garantizados por el Convenio estaba viciada por una *insuficiencia manifiesta*. En ese caso, afirma el Tribunal, el papel del Convenio, en tanto que «instrumento constitucional del orden público europeo» en el ámbito de los derechos humanos, prevalecería sobre el interés de la cooperación internacional (pár. 156). Por tanto, si en un asunto concreto se demostrara la existencia de una insuficiencia manifiesta de la protección comunitaria, la presunción no jugaría.

En realidad, el sistema retenido deja entender que la protección comunitaria de los derechos fundamentales es equivalente, si bien permite al Tribunal reservarse el poder de ejercer su control si considera que, en un asunto concreto, la protección acordada por el Derecho Comunitario es manifiestamente insuficiente.

En el presente caso, partiendo del hecho de que Irlanda, al adoptar la medida litigiosa, no hizo más que ejecutar las obligaciones jurídicas que le incumbían por su pertenencia a la Comunidad Europea, el Tribunal pasa a someter, *in abstracto*, el sistema comunitario al test de la protección equivalente, constatando que el nivel de protección que ofrece el Derecho comunitario y de la Unión, en la actualidad, y en el momento de los hechos, era equivalente al ofrecido por el sistema convencional. Y puesto que la demandante no aportó argumentos para contradecir esta constatación, concluye que Irlanda no se apartó de las obligaciones que le incumbían respecto del *CEDH* cuando ejecutó aquellas que resultaban de su pertenencia a las Comunidades Europeas.

III. EL ALCANCE DE LA SENTENCIA A LA LUZ DE LAS OPINIONES CONCORDANTES

Dos opiniones concordantes sobre la solución retenida, aunque en realidad disidentes sobre el razonamiento seguido, ponderan la sentencia. Las críticas se centran, por un lado, en el examen *in abstracto* del sistema comunitario al que se libra el Tribunal, y por otro, al riesgo de creación de un doble estándar de protección de los derechos humanos en Europa.

Respecto de la primera crítica, en la opinión concordante común de los jueces Rozakis, Tulkens, Traja, Botoucharova, Zagrebelsky y Garlicki, éstos estiman que la conclusión del Tribunal respecto de la equivalencia del sistema comunitario de protección de los derechos humanos, procede de un análisis abstracto y global, excesivamente favorable a la Unión Europea,

por superficial y limitado. Sin embargo, dicha constatación no tiene nada de sorprendente. Quince años antes, la Comisión, en el asunto *M & Co.*, ya lo hizo. El Tribunal, por tanto, no podía más que constatar que el lugar y la importancia acordados a los derechos humanos en el seno de la Unión Europea, desde el *Tratado de Maastricht* hasta nuestros días, no ha hecho más que ir en aumento. Y así lo pone de manifiesto al repasar el proceso de codificación de los derechos fundamentales en el seno de las Comunidades Europeas, desde el reconocimiento por el TJCE de que éstos forman parte de los principios generales del Derecho Comunitario, hasta la proclamación solemne de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en diciembre de 2000, y su integración en el malogrado *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, firmado el 29 de octubre de 2004, que además, preveía la adhesión de la Unión Europea al Convenio.

Los seis Jueces consideran, además, que el Tribunal descuida o minimiza ciertos elementos que marcan una real diferencia y no permiten concluir, en todos los casos, en la existencia de una protección equivalente, subrayando el hecho de que el acceso de los particulares al TJCE es limitado y que la cuestión prejudicial no puede asimilarse a un recurso individual. En el mismo sentido, el Juez Ress, en su opinión concordante individual, se pregunta si el sistema comunitario de acceso a los recursos del TJCE es compatible con el artículo 6 del Convenio²².

Sobre este punto, las inquietudes de los Jueces nos parecen un poco exageradas, ya que el TEDH aborda de forma crítica el análisis de los mecanismos de garantía comunitarios y detecta las debilidades del sistema antes de concluir que éstas no son suficientes para revocar la presunción de equivalencia²³. En este sentido, aunque la mencionan, quizás los Jueces

²² No podemos sino aprobar que los Jueces nos recuerden la importancia acordada al derecho a un recurso individual, en un momento en el que en el propio sistema convencional se han introducido condiciones suplementarias de admisibilidad que restringen el acceso de los particulares al TEDH. En efecto, el art. 35 del *CEDH*, tal y como ha sido modificado por el *Protocolo n.º 14*, exige que el demandante haya sufrido un perjuicio importante y que el asunto plantee alguna cuestión grave relativa a la interpretación o la aplicación del Convenio o sus Protocolos, o una cuestión grave de carácter general.

²³ El Tribunal pone de manifiesto que los recursos que se ejercen ante el TJCE por las Instituciones y por los Estados miembros, constituyen un control importante del respeto de las normas comunitarias, que beneficia indirectamente a los particulares. Además, éstos pueden igualmente interponer ante el TJCE un recurso por responsabilidad extracontractual contra las Instituciones. Señala igualmente que es esencialmente a través de las jurisdiccio-

podrían haber meditado sobre el análisis realizado por el TJCE en la sentencia *Unión de Pequeños Agricultores*, relativo al carácter completo del sistema comunitario de recursos y, en particular, a los deberes que incumben a los jueces nacionales en ese ámbito²⁴.

Ciertamente, el sistema comunitario puede ser mejorado y sería deseable que así se hiciera. Además, en caso de ausencia manifiesta de equivalencia en la protección de un derecho, el TEDH renunciaría a aplicar la presunción de protección equivalente y ejercería su control.

Sobre este punto, el Juez Ress, en su opinión concordante individual, identifica tres disfunciones posibles del sistema comunitario que permitirían aplicar el criterio de la «insuficiencia manifiesta» y apreciar la violación del Convenio por parte del Derecho Comunitario: a) en ausencia de control jurisdiccional adecuado, por ejemplo, cuando el TJCE no sea competente para conocer el asunto²⁵; b) cuando el acceso de los particulares al TJCE haya sido objeto de una interpretación demasiado restrictiva; o c) cuando las garantías materiales del derecho protegido de que se trate hayan sido mal interpretadas o aplicadas. Este último caso, se referiría a aquellos asuntos en los que el TJCE se aparte de la interpretación ya establecida de un derecho por parte del TEDH.

Respecto de la segunda de las críticas, en su opinión concordante común, los Jueces temen, igualmente, que el criterio de la «insuficiencia manifiesta» permita a la Comunidad aplicar un estándar de protección, aunque formal y globalmente equivalente, inferior al del *CEDH*, y acabe creando en Europa un doble estándar de protección, según que los Estados parte pertenezcan o no a la Unión Europea²⁶. Se estaría fijando un nivel

nes nacionales que el sistema comunitario proporciona a los particulares un recurso para constatar la violación del Derecho Comunitario por un Estado miembro o por otro particular. Y finalmente, constata que el TJCE, a través del mecanismo de la cuestión prejudicial, controla la validez del Derecho Comunitario y su aplicación por parte de las jurisdicciones nacionales de los Estados miembros, incluidas las garantías en materia de derechos fundamentales (pár. 163).

²⁴ STJCE de 25 de julio de 2002, *Unión de Pequeños Agricultores c. Consejo*, As. C-50/00, *Rec.* p. I-6677.

²⁵ En esta situación podrían encontrarse la totalidad de las medidas del Segundo Pilar (Política Exterior y de Seguridad Común) y las del Tercer Pilar (Cooperación Policial y Judicial Penal) en las que el TJCE no sea competente, bien porque quedan excluidas en virtud del *Tratado de la Unión Europea*, o bien porque los Estados no hayan aceptado la jurisdicción facultativa del TJCE.

²⁶ La doctrina se ha hecho eco de este riesgo. *Vid.*, entre otros, KUHNERT, K., «Bosphorus-Double standard in European human rights protection?», *Utrecht Law Review*, vol. 2, Issue 2 (December) 2006, 177-189, pp. 186-188.

de exigencia relativamente bajo, en la medida que el Tribunal parece indicar que su control sobre el sistema comunitario será un control mínimo, limitado a la apreciación de una especie de «error» o insuficiencia manifiesta, que contrastaría con la naturaleza misma del *CEDH* como «denominador común europeo».

Frente a este riesgo, los propios autores de la opinión concordante común estiman, no obstante, que sería difícilmente comprensible llegar a esta situación en un momento en que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea —cuyo estatuto permanece incierto— incorpora el estándar del *CEDH* como el nivel mínimo de protección que, en todo caso, podrá ser superado por el de la Unión Europea²⁷.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

La sentencia *Bosphorus* abre un nuevo capítulo en las relaciones y la interacción entre el sistema europeo de protección de los derechos humanos y el sistema comunitario. Implica la afirmación de la competencia del TEDH sobre los Estados cuando aplican el Derecho Comunitario, aun cuando éstos no posean ningún margen de apreciación discrecional al hacerlo. Es cierto que el Derecho Comunitario goza de una presunción de compatibilidad ante el TEDH, pero también lo es que se trata de una presunción *iuris tantum*, ya que corresponde a ese Tribunal apreciar, en función de las circunstancias del caso, si se producen desviaciones o disfunciones respecto del *CEDH*. Dicha apreciación exige que el TEDH penetre en la interpretación del Derecho Comunitario, atacando así el monopolio del TJCE. Sin duda la sentencia propugna el desarrollo de la cooperación entre ambos Tribunales para evitar soluciones contradictorias²⁸.

La única cuestión que queda sin resolver es la de la competencia del TEDH sobre los actos estrictamente comunitarios, es decir aquellos actos de Derecho derivado que no son objeto de medidas nacionales de ejecución, cuya respuesta ha sido estratégicamente evitada en el asunto *Senator*

²⁷ *Vid.* art. II-112.

²⁸ En este sentido, la sentencia ha tenido una incidencia cierta sobre el informe relativo a las relaciones entre el Consejo de Europa y la Unión Europea, encargado por los Jefes de Estado y de Gobierno europeos del Consejo de Europa a Jean Claude Juncker, en la reunión de Varsovia de 16 y 17 de mayo de 2005. *Vid.* Rapport de Jean Claude Juncker (2006), «Conseil de l'Europe-Union Européenne: Une même ambition pour le continent européen», pp. 9-10. Disponible en http://assembly.coe.int/Sessions/2006/speeches/20060411_rapport_JCJuncker_FR.pdf

*Lines*²⁹, a la espera de una decisión sobre la adhesión de la Comunidad al *CEDH*. En este sentido, la sentencia *Bosphorus* constituye una invitación directa de adhesión al *CEDH*, al colocar a la Comunidad Europea en la peor de las situaciones posibles, la de ser cuestionada ante un Tribunal, en el que no tiene el estatuto de parte en el litigio, a través de la conducta de sus Estados miembros. Un sector del Tribunal parece mostrarse ya impaciente.

TEDH. SENTENCIA DE 30.06.2005, *BOSPHORUS AIRWAYS*, 45036/98.
DERECHOS COMUNITARIO Y CONVENIO EUROPEO
DE DERECHOS HUMANOS

RESUMEN: La sentencia *Bosphorus Airways c. Irlanda* marca una nueva etapa en las relaciones entre el Derecho Comunitario y el *CEDH*. Con un solo movimiento, el TEDH, por un lado, otorga al Derecho Comunitario un certificado de conformidad con el *CEDH*, por otro, somete al Derecho Comunitario al respeto del Convenio, aun cuando la Comunidad Europea no lo haya ratificado, al afirmar la competencia del TEDH para apreciar si éste presenta una «insuficiencia manifiesta» respecto del Convenio.

PALABRAS CLAVE: Competencia del TEDH. Aplicación de sanciones internacionales. Derecho Comunitario y Convenio Europeo de Derechos Humanos.

ECtHR JUDGMENT OF 30.06.2005, *BOSPHORUS AIRWAYS*, 45036/98.
EUROPEAN COMMUNITY LAW AND EUROPEAN CONVENTION
OF HUMANS RIGHTS

ABSTRACT: The *Bosphorus Airways v. Ireland* ruling sets a new stage in the relations between European Community Law and the ECtHR. With one move, on the one hand, it provides the European Community Law with a certificate of conformity with the ECtHR and on the other hand, it subordinates the European Community Law to the Convention, even though the Community has not ratified it, declaring the competence of the ECtHR over European Community Law to estimate if there is a «manifest deficiency» with regard to the Convention.

KEY WORDS: Competence of ECtHR, Application of international sanctions, Relations between the European Community Law and European Convention of Human Rights.

²⁹ Decisión de 3 de marzo de 2004, *DSR Senator Lines GMBH c. los quince Estados miembros de la Unión Europea*, n.º 56672/00, ECHR 2004-IV.

CourEDH. ARRÊT DU 30.06.2005, *BOSPHORUS AIRWAYS*, 45036/98.
DROIT COMMUNAUTAIRE ET CONVENTION EUROPÉENNE
DES DROITS DE L'HOMME

RÉSUMÉ: L'arrêt *Bosphorus Airlines c. Irlande* marque une nouvelle étape dans les relations entre le Droit Communautaire et la CourEDH. D'emblée, il octroie, d'une part, au Droit Communautaire un brevet de conformité avec la CourEDH, et d'une autre, il assujettit le Droit Communautaire au respect de la Convention, même si la Communauté Européenne ne l'a pas ratifiée, en affirmant la compétence de la CourEDH pour apprécier s'il présente une «insuffisance manifeste» à l'égard de la Convention.

MOTS CLÉS: Compétence de la CourEDH. Application des sanctions internationales. Relations entre le Droit Communautaire et la Convention Européenne des Droits de L'Homme.