

SOBRE EL SISTEMA UNIONISTA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA RUPTURA DE SU PRESUNCIÓN DE EQUIVALENCIA CON EL CEDH

JOSÉ MANUEL CORTÉS MARTÍN *

- I. INTRODUCCIÓN: LA AFIRMACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE EQUIVALENCIA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH.
- II. SU INVERSIÓN: DE *ULLENS DE SCHOOTEN* / BÉLGICA A *MICHAUD* / FRANCIA.
- III. SU ESENCIA: LA EXISTENCIA DE UN MECANISMO DE PROTECCIÓN.
- IV. SOBRE LAS POSIBLES INCOHERENCIAS E INCERTIDUMBRES DE LA PRESUNCIÓN.
- V. SOBRE SU CONTINUIDAD UNA VEZ VIGENTE LA ADHESIÓN DE LA UE AL CEDH.
- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN: LA AFIRMACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE EQUIVALENCIA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

Cuando un Estado miembro de una organización internacional carece de discrecionalidad en la ejecución de sus obligaciones comunitarias, el TEDH ha venido estableciendo —siguiendo el método *Solange*— una presunción *iuris tantum* de compatibilidad del Derecho de esa organización con los de-

* Profesor Titular de Derecho Internacional Público, Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla. Profesor *Jean Monnet* de Derecho e Instituciones de la Unión Europea. Profesor Visitante en el TMC Asser Instituut – La Haya (Países Bajos).

rechos protegidos en el CEDH si la organización otorgaba garantías equivalentes. Sin embargo, ante una «insuficiencia manifiesta» la Alta jurisdicción de Estrasburgo se reservaba la posibilidad de intervenir a través de un control estricto de la convencionalidad del Derecho de esa organización por la intermediación de sus Estados miembros partes en el CEDH¹. Fue en el asunto *Bosphorus* la primera vez que el TEDH aplicó esta doctrina², aunque ya

¹ Sobre esta doctrina pueden verse, entre otros: BENOÎT-ROHMER, F., «Bienvenue aux enfants de Bosphorus: la Cour européenne des droits de l'homme et les organisations internationales», *RTDH*, 2010, pp. 18 y ss.; CALLEWAERT, J., «The European Convention on Human Rights and European Union Law: A Long Way to Harmony», *European Human Rights Law Review*, 2009, n°6, pp. 768 y ss.; 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*, vol. 42-2006, n° 3-4, pp. 363-378; JACQUÉ, J. -P., «L'arrêt Bosphorus, une jurisprudence Solange II de la Cour EDH», *RTDH*, 2005, pp. 756 y ss.; GAJA, G., «The Review by the European Court of Human Rights of Member States' Acts Implementing European Union Law: 'Solange Yet Again?», en DUPUY, P.-M. / FASSBENDER, B. / SHAW, M. N. / SOMMERMANN, K.-P. (eds.), *Common Values in International Law: Essays in Honour of Christian Tomuschat*, Engel Verlag, Kehl, 2006, pp. 517-527.

² TEDH (GS), *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS / Irlanda*, Sentencia de 30 de junio de 2005, *Recueil des arrêts et décisions 2005-VI*, apdos. 155-156. Sobre este fallo pueden verse, entre otros, ECKES, C., «Does the European Court of Human Rights Provide Protection from the European Community?: The Case of 'Bosphorus Airways'», *European Public Law*, vol. 13-2007, n° 1, pp. 47-67; HOFMEISTER, F. / BODANSKY, D., «Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland ECHR review of national measure enforcing EC regulation implementing UN Security Council decision », *AJIL*, vol. 100(2006), n° 2, pp. 442-449. Aunque tanto en el fallo del Tribunal Constitucional alemán en el asunto *Solange* como en el dictado por el TEDH en el asunto *Bosphorus* se establecen presunciones de conformidad, una diferencia no menor entre ambos es que en el último, la presunción puede romperse sobre una base casuística, vid. en el mismo sentido TEDH [GS], *Waite & Kennedy / Alemania*, Decisión sobre la admisibilidad de 18 de febrero de 1999, § 63. Sin embargo, en el asunto *Solange* para que esta presunción pueda romperse el Tribunal Constitucional debe alcanzar la convicción de la existencia de un defecto estructural en la protección de los Derechos fundamentales a escala de la Unión. Con mayor claridad aún, puede verse el fallo del Tribunal Constitucional en el asunto *Honeywell Bremsbelag GMBH*, Sentencia de 26 de agosto de 2010, 2 BvR 2661/06; en el que esta Alta jurisdicción clarifica su propia doctrina sobre el ámbito del control de los actos *ultra vires* de la Unión en el sentido de la doctrina *Solange*, señalando que debe tratarse de una actuación de las instituciones de la Unión lo suficientemente seria como para cuestionar la transferencia de competencias del Estado alemán a esta organización internacional; y establece como novedad la obligación de referir una cuestión prejudicial al TJUE antes de realizar una declaración de estas características. Sobre este importante fallo, pueden verse, entre otros: CORTI VARELA, J. [et al.],

gozaba de algún precedente ante la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos³. E incluso podría pensarse que se encontraba implícita de una u otra forma en el principio de subsidiariedad del sistema paneuropeo de garantías⁴.

El propósito de semejante presunción es evitar que un Estado parte se vea confrontado a un dilema frente a obligaciones jurídicas procedentes de diversas fuentes. Asimismo, tiende a determinar los casos en los que el Tribunal de Estrasburgo en nombre de la cooperación internacional puede reducir la intensidad de su control, atenuación que sólo puede llevarse a cabo en la medida en que los derechos y garantías del CEDH se beneficien de un control «comparable» al desarrollado por el TEDH⁵. Sin embargo, esta equivalencia o lábel de legitimidad en materia de protección de Derechos fundamentales otorgado por el TEDH al sistema unionista no es ni mucho menos absoluto. En efecto, esta presunción sólo se aplica en los supuestos en que los Estados miembros se limitan a cumplir sin discrecionalidad sus obligaciones comunitarias, situación que no se da, por ejemplo, cuando los tribunales internos se limitan exclusivamente a aplicar una Sentencia prejudicial⁶. En segundo lugar, se refería exclusivamente al antiguo Primer pilar comunitario

«El control 'ultra vires' del Tribunal Constitucional Alemán: Comentario de la decisión de 06.07.2010 (2 BVR 2661/06, Honeywell)», *RDCE*, vol. 15 (2011), n° 40, pp. 827-852; PAYANDEH, M., «Constitutional review of EU law after Honeywell: Contextualizing the relationship between the German Constitutional Court and the EU Court of Justice», *CMLRev.*, vol. 48 (2011), n° 1, pp. 9-38; PLIAKOS, A., «Le contrôle «ultra vires» et la Cour constitutionnelle allemande: le retour au dialogue loyal », *RMCUE*, 2012, n° 554, pp. 21-28; WIESBROCK, A., «The implications of 'Mangold' for domestic legal systems: the «Honeywell» case», *Maastricht journal of European and Comparative Law*, vol. 18 (2011), n° 1-2, pp. 201 y ss.

³ Entre otros asuntos, Com. Eur. DH, *M. & Co. / Alemania*, n° 13258/87, Decisión de 9 de febrero de 1990, *DR* 67, p. 138.

⁴ En este sentido, el antiguo Presidente del TEDH, Jean Paul COSTA: «On the Legitimacy of the European Court of Human Rights' Judgments'», *European Constitutional Law Review*, vol. 7(2011), n° 2, pp. 173-182 (180). Sobre el principio de subsidiariedad del Convenio, puede verse, entre otros, PASTOR RIDRUEJO, J. A.: «Le principe de subsidiarité dans la Convention européenne des droits de l'homme», en BRÖHMER, J. (coord.): *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte: Festschrift für Georg Ress zum 70. Geburtstag am 21. Januar 2005*, Heymann, Köln, 2005, pp. 1077-1083.

⁵ TEDH, *Michaud/Francia*, n° 12323/11, Decisión sobre la admisibilidad de 6 de diciembre de 2012, §104; *POVSE/Austria*, n. 3890/11, Decisión sobre la admisibilidad de 18 June 2013, § 76.

⁶ TEDH, *Bosphorus*, § 157.

en sentido estricto y aunque hoy los pilares han desaparecido, no por ello pensamos que la presunción se aplique a todo el Derecho de la Unión, sino que dependerá de los ámbitos, del grado de discrecionalidad de la que gocen las autoridades nacionales y, especialmente, de la posibilidad de que el TJUE pueda intervenir para proteger los Derechos fundamentales. Cuanta más discrecionalidad deje este último en manos de los órganos jurisdiccionales nacionales, menos espacio habrá para aplicar la presunción⁷. Y finalmente siempre ha constituido una presunción *iuris tantum* que puede invertirse si en un determinado asunto se demuestra una deficiencia manifiesta de esta protección⁸, como así ha ocurrido recientemente⁹.

A pesar de sus limitaciones, lo cierto es que esta doctrina ha permitido ir salvando la mayoría de las incoherencias e incertidumbres del sistema unionista de protección de los Derechos fundamentales. Sin embargo, dos acontecimientos recientes vienen a cuestionar su continuidad. En primer lugar, el fallo del TEDH en el asunto *Michaud / Francia* en el que la jurisdicción de Estrasburgo detecta una insuficiencia manifiesta del sistema unionista de protección y, consiguientemente, rechaza su aplicación; desarrollo al que dedicaremos la primera parte de este trabajo. Y en segundo lugar, la adhesión de la Unión al CEDH, que aunque continúa siendo un arduo camino no exento de obstáculos e incertidumbres, el consenso alcanzado el pasado 5 de abril de 2013 entre los cuarenta y siete Estados partes del Consejo de Europa y la Unión sobre el proyecto de acuerdo constituye, sin lugar a dudas, un avance fundamental. Mucho se ha especulado sobre la continuidad de esta presunción una vez vigente esta adhesión dado que en opinión de algunos conduce a una diferencia de trato difícil de justificar entre el orden jurídico de la Unión y los ordenamientos de los Estados partes del CEDH, ajenos a la UE. Y a esta cuestión dedicaremos la segunda parte de este trabajo.

II. SU INVERSIÓN: DE *ULLENS DE SCHOOTEN / BÉLGICA* A *MICHAUD / FRANCIA*

Como se recordará, el primer fallo en el que el TEDH declaró la responsabilidad de un Estado miembro de la Unión debido a que no había velado

⁷ *Ibid.*, § 72.

⁸ *Ibid.*, §§ 155–156.

⁹ TEDH *Michaud/Francia*, nº 12323/11, Decisión sobre la admisibilidad de 6 de diciembre de 2012.

para que en el marco comunitario se estableciera una protección equivalente de los Derechos fundamentales fue en el asunto *Matthews / Reino Unido* fallado en 1999¹⁰. El TEDH estimó que el Derecho comunitario no ofrecía ninguna vía de recurso contra los instrumentos sobre los que se fundaba la restricción alegada por la demandante y que, como consecuencia de ello, no existía una protección equivalente a la prevista en el CEDH¹¹. Un razonamiento similar siguió el TEDH en el asunto *Bosphorus*, aunque dio un carácter más general al criterio de la equivalencia. Como después expondremos con más detalle, un elemento fundamental de esta doctrina es la existencia de un mecanismo de control del respecto de los derechos fundamentales de carácter equivalente. En la Unión, este mecanismo es desde la perspectiva del particular de naturaleza compleja, integrado por recursos directos ante el TJUE y por la cuestión prejudicial. La reducida legitimación de los particulares para controlar de forma directa ante el TJUE la legalidad de los actos de alcance general debe poder compensarse con la posibilidad de articular un recurso a nivel nacional dando la oportunidad al juez interno a plantear una cuestión prejudicial. Del buen funcionamiento de este equilibrio depende en gran medida la equivalencia del mecanismo de protección unionista. Y de ahí que el sistema de remisión prejudicial deba funcionar correctamente, lo cual no siempre ocurre debido a una interpretación abusiva de la teoría del acto

¹⁰ STEDH (GS) de 18 de febrero de 1999, *Matthews / Reino Unido*, demanda n° 24833/94. Sobre este fallo del TEDH puede verse, DE SCHUTTER, O. / LHOEST, O., «La Cour européenne des droits de l'homme juge du droit communautaire: Gibraltar, l'Union européenne, et la convention européenne des droits de l'homme», *CDE*, 2000, pp. 141 y ss. (208); SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I., «Sobre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Comunitario Europeo (a propósito del asunto *Matthews c. Reino Unido*)», *RDCE*, n° 3, n° 5, 1999, pp. 95-108.

¹¹ Estimando conculcado el Protocolo adicional n° 1, que obliga a los Estados Partes a reconocer los derechos consagrados por su artículo 3, ya se trate de elecciones puramente internas o de elecciones europeas, STEDH *Matthews / Reino Unido*, § 35. Un razonamiento similar puede observarse en el asunto *Waite & Kennedy*, en el que el TEDH examinó si el derecho de acceso a la jurisdicción había resultado indebidamente menoscabado por un Estado miembro de la Agencia Espacial Europea a la que concedió inmunidad en el marco de una serie de procedimientos judiciales en materia laboral. El Tribunal señaló: «(...) cuando los Estados crean organizaciones internacionales para cooperar en determinadas esferas de actividad o para reforzar su cooperación, y cuando atribuyen a esas organizaciones ciertas competencias y les otorgan inmunidades, la protección de los Derechos fundamentales puede resultar afectada. Ahora bien, sería incompatible con el fin y el objeto del Convenio que los Estados contratantes quedaran así exonerados de toda responsabilidad en relación con el Convenio en la esfera de actividad objeto de esa atribución», STEDH de 18 de febrero de 1999.

claro por parte de las jurisdicciones internas de última instancia¹², dando como resultado la ausencia de planteamiento de esta cuestión al TJUE.

En diversos asuntos, el TEDH ha tenido ya oportunidad de analizar la convencionalidad de la negativa de los tribunales internos de última instancia a plantear cuestiones prejudiciales. Y de forma general ha afirmado que el Convenio no garantiza que un asunto sea renviado a título prejudicial a otra instancia, sea nacional o internacional, dado que la tutela judicial efectiva, de la que el derecho de acceso a un tribunal constituye un aspecto particular, no es absoluta sino que se presta a limitaciones implícitamente admitidas, en particular, sobre las condiciones de admisibilidad del recurso, cuestión que debe ser reglamentada por el Estado, el cual goza a estos efectos de un cierto margen de apreciación¹³. Por consiguiente, el derecho de acceso a un tribunal vía cuestión prejudicial no es absoluto desde la perspectiva del CEDH, ni siquiera cuando la legislación nacional reserva un ámbito jurídico a la exclusiva apreciación de un tribunal y prevé para las demás jurisdicciones la obligación de someterle, sin reserva alguna, todas las cuestiones que se planteen¹⁴.

Sin embargo, el TEDH nunca ha excluido que el rechazo arbitrario del juez interno a plantear esta cuestión, ya sea ante jurisdicciones internas¹⁵ o ante la jurisdicción de la Unión¹⁶, pueda en ciertas circunstancias afectar a la equidad del procedimiento (artículo 6 CEDH), incluso si no se trata de un juez de última instancia¹⁷. Y esta arbitrariedad se daría cuando las normas aplicables no prevén excepción a la obligación de remisión, cuando el recha-

¹² STJCE de 6 de octubre de 1982, *CILFIT y Lanificio di Gavardo SpA / Ministerio de Sanidad*, 283/81, Rec. p. 3415.

¹³ Vid., entre otros, TEDH, *Brualla Gómez de la Torre / España*, Decisión de 19 de diciembre de 1997, *Recueil 1997-VIII*, p. 2955, § 33.

¹⁴ TEDH, *Coëme y otros c. Bélgica*, nº 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 y 33210/96, Decisión de 22 de junio de 2000, § 114, *CEDH 2000-VII*. Este asunto se refería al rechazo de la Corte de Casación belga a someter una cuestión prejudicial a la Corte de Arbitraje. Más allá de este contexto, lo cierto es que el TEDH aplica las mismas consideraciones a cualquier reenvío prejudicial.

¹⁵ TEDH, *Wynen/Bélgica*, nº 32576/96, §§ 41-43, *CEDH 2002-VIII; Ernst y otros/Bélgica*, 33400/96, Decisión de 15 de julio de 2003, § 74.

¹⁶ Vid., por ejemplo, *Sociedad Divagsa/España*, nº 20631/92, Decisión de la Com. Eur. DH de 12 de mayo de 1993, *Décisions et rapports 74, Desmots/Francia*, nº 41358/98, Decisión de 23 de marzo de 1999, *Dotta/Italia*, nº 38399/97, Decisión de 7 de septiembre de 1999; *Moosbrugger/Austria*, nº 44861/98, Decisión de 25 de enero de 2000, *John/Alemania*, nº 15073/03, Decisión de 13 de febrero de 2007.

¹⁷ Vid., en particular, TEDH, *Predil Anstalt S.A. / Italia*, nº 31993/96, Decisión de 8 de junio de 1999; TEDH, *Herma/Alemania*, nº 54193/07, Decisión de 8 de diciembre de 2009.

zo se basa en razones distintas a las que prevén sus normas; o, finalmente, cuando el rechazo no se motiva debidamente. Este último motivo ha sido añadido recientemente por el TEDH en los asuntos *Ullens de Schooten y Rezabek / Bélgica*¹⁸, aunque ya existía en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán¹⁹ y alguna vaga referencia se encontraba en la jurisprudencia de Estrasburgo²⁰, aunque nunca hasta ahora había sido exigido de forma tan categórica como un requisito dimanante del artículo 6 CEDH.

En el asunto *Ullens de Schooten* el TEDH abordó la negativa de la Corte de Casación y del Consejo de Estado belgas a plantear una cuestión prejudicial al TJUE. Los demandantes eran administradores de un laboratorio de biología clínica cuyas prestaciones eran reembolsables por el Instituto Nacional del Seguro de Enfermedad por Invalidez. Este laboratorio fue investigado y sus administradores perseguidos penalmente por infringir una norma interna que reservaba el ejercicio de este servicio a los titulares de ciertos diplomas, constituyéndose varias mutualidades en partes civiles como afectadas por el fraude. El Tribunal de Primera Instancia de Bruselas los condenó en 1996 a penas de prisión y al pago de indemnizaciones a las mutualidades. Tres años más tarde los procesados enviaron una queja a la Comisión Europea alegando que esta norma infringía la libre prestación de servicios, queja que fue compartida por el ejecutivo comunitario, que procedió a enviar un Dictamen motivado a Bélgica en 2002. Para evitar el recurso por incumplimiento ante el TJUE, este Estado miembro procedió a mo-

¹⁸ TEDH, *Ullens de Schooten and Rezabek / Bélgica*, nº 3989/07 y 38353/07, Decisión de 20 de septiembre de 2011. Sobre este asunto pueden verse, entre otros: DONNAY, L., «L'obligation incombant au juge de poser une question préjudicielle à la Cour de justice, élément vaporeux du procès équitable (obs/s. Cour eur. dr. h., Ullens de Schooten et Rezabek c. Belgique, 20 septembre 2011)», *RTDH*, 2013/96, pp. 887 y ss.; MILANO, L., «Incompétence de la Cour pour apprécier un refus de renvoi préjudiciel: CEDH, 20 sept. 2011, nº 3989/07 et 38353/07, Ullens de Schooten et Rezabek c. Belgique», *La Semaine juridique: édition générale* (JCP), vol. 85 (2011), nº 40, pp. 1758 y ss.; SCHMAUCH, M., «The Preliminary Ruling Procedure and the Right to a Fair Trial: Strasbourg Demands Reasoned Decisions from National Courts when they Refuse to Refer a case to the ECJ (Ullens de Schooten and Rezabek v. Belgium, ECtHR, judgment of 20 September 2011, applications 3989/07 and 38353/07)», *European Law Reporter*, 2011, nº 12, pp. 362-367.

¹⁹ Vid., entre otros, BROBERG, M. / FENGER, N., *Preliminary references to the European Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

²⁰ TEDH, *Canela Santiago / España*, nº 60350/00, Decisión sobre la admisibilidad de 4 de octubre de 2001: «En l'espèce, la Cour observe que le Tribunal suprême, (...) a estimé de manière raisonnée que les questions préjudicielles soulevées par le requérant ne portaient pas directement sur l'interprétation du règlement communautaire 3904/92, mais relevaient de son champ de compétence».

dificar su legislación en 2005 suprimiendo la exigencia de diploma para la explotación de estos laboratorios. Pese a ello, la Corte de Casación belga confirmó en 2006 las penas de prisión y aunque se trataba del órgano jurisdiccional de última instancia, rechazó plantear una cuestión prejudicial al TJUE basándose en una dudosa aplicación de la teoría del acto claro. En efecto, la Corte de Casación consideró que según el TJUE el principio de cosa juzgada debía prevalecer sobre la primacía del Derecho de la Unión, de lo que dedujo que un fallo firme de un tribunal interno no tenía por qué ser revisado²¹. Algo similar hizo el Consejo de Estado en 2007 en el marco de un asunto paralelo introducido por el Sr. Ullens de Schooten contra la suspensión de su laboratorio. Abusando nuevamente de la teoría del acto claro, este órgano jurisdiccional consideró que este laboratorio no constituía una empresa encargada de la gestión de un servicio de interés económico general, en el sentido del artículo 106 TFUE; y desde la perspectiva de la libre circulación de personas, manifestó que la situación controvertida constituía una situación puramente interna que no poseía ningún vínculo con el Mercado Único. Finalmente, estos ciudadanos demandaron a Bélgica ante el TEDH por infracción del artículo 6 § 1 CEDH.

Sobre la violación del derecho a un proceso equitativo, el TEDH recordó que el CEDH no garantizaba que un asunto fuera remiado a título prejudicial ante otra jurisdicción nacional o internacional. Sin embargo, y ésta es la mayor aportación de este fallo, el TEDH estimó que el artículo 6§1 CEDH obligaba a las jurisdicciones internas a motivar su decisión de no plantear una cuestión prejudicial, máxime cuando el derecho aplicable no admitía este rechazo más que de forma excepcional²². El Alto Tribunal de Estrasburgo estimó de manera singular que en ambos asuntos el rechazo a plantear la cuestión prejudicial había sido motivado, lo que le llevó a rechazar la violación del artículo 6§1 CEDH²³.

Dos aspectos hay que lamentar de este fallo. En primer lugar que por extemporáneo el TEDH no se pronunciara sobre la alegación de los demandantes relativa a la infracción del principio de contradicción en el procedimiento principal, al haber obviado el Consejo de Estado belga invitar a las partes a debatir el alcance de la jurisprudencia comunitaria en la que basó su decisión de no plan-

²¹ En los asuntos *Eco Swiss China* (C-126/97), de 1 de junio de 1999, y *Rosemarie Kapferer* (C-234/04), de 16 de marzo de 2006, el entonces TJCE concluyó en el marco de un contexto particular que el principio de cosa juzgada se imponía sobre el principio de primacía del Derecho de la Unión.

²² TEDH, *Ullens de Schooten y Rezabek/Bélgica*, § 60.

²³ *Ibid.*, § 63.

teamiento de la cuestión prejudicial por ausencia de duda interpretativa. En segundo lugar, el control de baja intensidad que el TEDH está dispuesto a desarrollar sobre esta cuestión, limitando su examen a un mero escrutinio administrativo de la existencia de motivación por parte del juez interno, aunque sin analizar los eventuales errores que puedan cometer en la interpretación o aplicación del derecho pertinente²⁴. En efecto, a pesar de los desarrollados argumentos de los demandantes sobre la errónea interpretación de la jurisprudencia comunitaria por parte de la Corte de Casación y del Consejo de Estado belgas²⁵, el TEDH se limitó a señalar que se trataba de «*un domaine qui échappe à la compétence de la Cour*»²⁶. Si bien es cierto que tanto su falta de competencia para analizar el derecho interno, como el carácter altamente técnico de la jurisprudencia del TJUE pueden disuadir al TEDH de analizar la corrección de las razones alegadas por las jurisdicciones internas, al menos, una indagación de carácter genérica sería necesaria. De haberla llevado a cabo, quizás el Tribunal de Estrasburgo habría caído en lo ilógico de mantener una pena de prisión pese a la modificación legislativa desarrollada en Bélgica, conculcando aparentemente un principio elemental como es el de la retroactividad favorable al reo, que el mismo CEDH protege en su artículo 7(1). Desde una perspectiva más general, nos preguntamos si este control sucinto y lacónico por parte del Alto Tribunal de Estrasburgo, limitado a un mero examen burocrático de la motivación del juez *a quo*, es suficiente para salvaguardar el sustrato material del derecho a una tutela judicial efectiva, en particular, cuando hay una errónea aplicación de la doctrina *Cilfit*. Y ello porque la mera referencia por parte de un órgano jurisdiccional nacional de última instancia a estas excepciones de la doctrina del acto claro y su escueta motivación serían suficientes para que su decisión escape a la arbitrariedad²⁷ y, consiguientemente, el Estado parte quede exonerado de responsabilidad en el marco del CEDH. Sin embargo, detengámonos por un momento en los hechos del asunto *Ullens de Schooten* y nos daremos cuenta de que una errónea aplicación de la teoría del acto claro logra pasar el filtro del respeto de la tutela judicial efectiva por parte del garante último de los Derechos fundamentales en Europa. En efecto, la Corte de Casación hizo caso omiso de la modificación legislativa y, en consecuencia, del principio de retroactividad favorable al reo; y

²⁴ *Ibid.*, § 61

²⁵ *Ibid.*, §§ 47-48 y 50-51.

²⁶ *Ibid.*, § 66.

²⁷ VALUTYTĖ, R., «State Liability for the Infringement of the Obligation to Refer for a Preliminary Ruling under the European Convention on Human Rights», *Jurisprudencia*, vol. 19(2012), n. 1, pp. 7-21.

se empeñó de forma torticera en aplicar los fallos del TJUE sobre el principio de cosa juzgada de los asuntos *Eco Swiss China*²⁸ y *Rosemarie Kapferer*²⁹, que se refieren a la firmeza de resoluciones administrativas, no penales. Sin embargo, omite referirse a fallos que expresamente se refieren a la retroactividad de la ley penal más favorable, como los recaídos en los asuntos *Bordessa*³⁰ o *Skanavi y Chryssanthakopoulos*³¹. E incluso tratándose de resoluciones administrativas, olvida abordar el fallo que probablemente sea el más importante en esta materia: el recaído en el asunto *Kühne & Heitz*, que obliga a un órgano administrativo a revisar una resolución firme en virtud del principio de cooperación leal para tomar en consideración la interpretación de la disposición pertinente del Derecho de la Unión efectuada entre tanto por el TJUE cuando se reúnan estas condiciones: Que según el derecho nacional disponga de esa facultad; que la resolución controvertida haya adquirido firmeza a raíz de un fallo de un órgano jurisdiccional de última instancia; que dicho fallo se haya basado en una errónea interpretación del Derecho de la Unión a la vista de la jurisprudencia posterior del TJUE; que se haya adoptado sin plantear una cuestión prejudicial; y, finalmente, que el interesado inste la revisión inmediatamente después de tener conocimiento de dicha jurisprudencia³².

Si bien es cierto que tal vez no existía un pronunciamiento explícito del TJUE sobre la cuestión controvertida en el asunto *Ullens de Schooten*, el Dictamen motivado de la Comisión ya debía haber alertado del carácter no pacífico de la norma nacional con el Derecho de la Unión. Actuando de esta forma, no nos cabe ninguna duda de que la Corte de Casación obvió su obligación de garantizar la plena eficacia del Derecho de la Unión, dejando inaplicada en caso de necesidad, por su propia iniciativa, cualquier disposición nacional contraria,

²⁸ STJUE de 1 de junio de 1999, *Eco Swiss China*, C-126/97, *Rec.* p. I-3055.

²⁹ STJUE de 16 de marzo de 2006, *Rosemarie Kapferer*, C-234/04, *Rec.* p. I-2585.

³⁰ STJCE de 23 de febrero de 1995, *Bordessa*, C-358 y 416/93, *Rec.* p. I-361.

³¹ STJCE de 29 de febrero de 1996, *Skanavi y Chryssanthakopoulos*, C-193/94, *Rec.* p. I-1943, apdo. 17: «*Resulta de este modo que el Juez nacional podría aplicar el principio, conocido en su Derecho nacional, de la retroactividad de la Ley penal más favorable y, por consiguiente, prescindir del Derecho nacional en la medida en que éste fuera opuesto a las disposiciones del Tratado.*»

³² STJCE de 13 de enero de 2004, *Kühne & Heitz*, C-453/00, *Rec.* p. I-837, apdo. 28. Esta doctrina sobre el equilibrio de la seguridad jurídica materializada en el principio de cosa juzgada, la autonomía procesal de los Estados miembros y la efectividad del Derecho de la Unión ha sido confirmada recientemente en la STJUE de 4 de octubre de 2012, *Byankov*, C-249/11 (aún no publicada en la *Rec.*), donde incluso si el interesado no procedió a recurrir la resolución el TJUE impone la revisión administrativa cuando aquella es manifiestamente contraria al Derecho de la Unión.

en particular de carácter procesal, sin esperar a su derogación previa³³. Y no menos deplorable fue la actuación del Consejo de Estado belga al rechazar también plantear esta cuestión, amparándose en que se trataba de una situación puramente interna; cuando en realidad pocas doctrinas del TJUE son tan inciertas como ésta última debido a su carácter potencialmente comunitario.

Este tenue control del derecho a un proceso equitativo en caso de ausencia de cuestión prejudicial y la autolimitación del garante último de los Derechos fundamentales en Europa al mero examen administrativo del razonamiento del juez *a quo* ha sido recientemente confirmado por el TEDH en el asunto *Fundación Madres de Srebrenica y otros*³⁴. Las demandantes habían pedido al Tribunal Supremo holandés que interrogara al TJUE sobre la interrelación entre la inmunidad jurisdiccional de NNUU y el principio de tutela judicial efectiva. El Tribunal Supremo holandés se limitó a afirmar que el planteamiento de esta cuestión era innecesario por carecer de fundamento para casar el fallo de la Corte de Apelación holandesa. Este escueto razonamiento es de forma extraña encontrado suficiente por el TEDH, que admitió el carácter redundante del planteamiento de la cuestión una vez que el juez *a quo* había decidido admitir el carácter absoluto de la inmunidad de NNUU³⁵. Sin embargo, consciente quizás de la escueta argumentación dada por el juez *a quo*, el TEDH añade su doctrina del artículo 6 § 1 CEDH, según la cual, aunque esta disposición obliga a los tribunales a motivar sus decisiones, no exige una respuesta detallada a cada alegación, ni el TEDH debe investigar si los argumentos han sido adecuadamente tratados³⁶. Este último fallo no hace sino confirmar el reducido control del derecho a un proceso equitativo que el TEDH está dispuesto a desarrollar sobre la ausencia de cuestión prejudicial, una prueba más de la deferencia explícita o implícita que la jurisdicción de Estrasburgo otorga de forma general al proceso de cooperación internacional y, de forma particular, al proceso de integración europea.

Poco después, el TEDH ha reiterado esta doctrina de la obligación de motivación de la negativa a plantear una cuestión prejudicial en el asunto *Michaud*

³³ STJUE de 5 de octubre de 2010, *Elchinov*, C 173/09, *Rec.* p. I 8889, apdo. 31.

³⁴ TEDH, *Madres de Srebrenica y otros / Países Bajos*, nº 65542/12, Decisión sobre la admisibilidad de 11 de junio de 2013.

³⁵ *Ibid.*, § 173.

³⁶ *Ibid.*, §. 174. Esta última doctrina sobre el artículo 6 CEDH puede verse, por ejemplo, en los asuntos del TEDH, *Kok/Países Bajos*, nº 43149/98, *ECHR 2000-VI*; *Van de Hurk / Países Bajos*, de 19 de abril de 1994, *Serie A*, nº 288, p. 20, § 61.

/Francia³⁷, aunque esta vez rechazó aplicar la presunción de equivalencia por cuanto el Consejo de Estado francés no motivó esta negativa. Se debatía en este asunto la confrontación entre el deber de secreto en las relaciones entre abogado y cliente protegida en el artículo 8 CEDH y la obligación de los abogados franceses de informar a las autoridades cuando sospechen sobre actividades de blanqueo de capitales, consecuencia de la incorporación en Francia de una serie de directivas dirigidas a luchar contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo³⁸. En virtud de estas directivas, los Estados miembros deben obligar a los profesionales liberales como notarios, abogados, auditores, contables o entidades de crédito a informar a las unidades de información financiera si sospechan que sus clientes desarrollan estas actividades, exponiéndose en caso contrario a sanciones disciplinarias. A fin de garantizar el respeto de los derechos del CEDH y del TUE, las directivas exceptúan de esta obligación a los auditores, contables externos y asesores fiscales que defiendan o representen en juicio a sus clientes en cuanto a la información que obtengan en el ejercicio de esta función. En ejecución de la norma francesa de incorporación de estas directivas, el Consejo francés de colegios de abogados adoptó en 2007 una reglamentación interna que preveía estas sanciones, norma que fue objeto de un recurso de anulación ante el Consejo de Estado por violación de los artículos 7 y 8 CEDH debido a su falta de precisión y previsibilidad, así como a la infracción del deber de secreto que deben guardar los abogados. En el marco de este asunto, el demandante solicitó el planteamiento de una cuestión prejudicial sobre la compatibilidad de esta declaración de sospecha con los derechos fundamentales, la cual fue rechazada debido a que la reglamentación

³⁷ TEDH, *Michaud/Francia*, *cit.* Sobre este fallo pueden verse, entre otros: FRICERO, N., «L'obligation de déclaration de soupçon est confirmée à l'article 8 de la Convention: CEDH, 5e sect., 6 déc. 2012, n° 12323/11, Michaud c. France», *Procédures, Revue mensuelle du JurisClasseur*, vol. 19(2013), n° 2, pp. 15-16; GRISAY, D., «Arrêt Michaud: la Cour européenne des droits de l'homme comme bouée de sauvetage de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne?: observations», *Revue de jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, vol. 125(2013), n° 13, pp. 733-743; PICHERAL, C., «Compatibilité avec le droit au secret professionnel des avocats de leur obligation de déclaration en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux: CEDH, 6 déc. 2012, n° 12323/11, Michaud c. France», *La Semaine juridique: édition générale* (JCP), vol. 86(2012), n° 52, pp. 2368 y ss.; SCHMAUCH, M., «Case-law from Strasbourg 2011: The End of the Bosphorus Presumption», *European Law Reporter*, 2012, n° 9, pp. 252-256.

³⁸ Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, *DO L 166/77*, de 28 de junio de 1991, reformada en 2001 (2001/97/CE) y en 2005 (2005/60/CE).

cumplía, en opinión del juez interno, con el estándar europeo de protección de los Derechos fundamentales. Ante esta negativa, el demandante en el litigio principal procedió a reproducir su recurso ante el TEDH.

Después de afirmar que la interferencia con el derecho a la confidencialidad en las relaciones entre abogado y cliente estaba «prevista por la Ley» y perseguía un fin legítimo, el Tribunal de Estrasburgo procedió a evaluar el principal argumento del Gobierno francés relativo a la presunción de equivalencia establecida en el asunto *Bosphorus*. Y he aquí donde este asunto adquiere un notable interés puesto que consideró que no había existido una protección equivalente de los Derechos fundamentales³⁹. Para alcanzar esta conclusión, el TEDH recordó los objetivos de esta presunción⁴⁰ y confirmó su plena vigencia con respecto a la Unión, máxime tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, que no sólo otorga a la Carta de Derechos Fundamentales (CDFUE) el mismo valor que los Tratados⁴¹, sino que reitera que los Derechos fundamentales, tal como son garantizados por el CEDH y resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, forman parte del Derecho de la Unión en tanto que principios generales⁴². A continuación reiteró lo afirmado en el asunto *Bosphorus* sobre la equivalencia global del mecanismo unionista de control del respeto de los Derechos fundamentales⁴³ y admitió nuevamente que aunque el acceso del particular al TJUE sea más restringido que el acceso al TEDH, en su globalidad acuerda una protección comparable a la ofrecida por el CEDH⁴⁴. Tras estas afirmaciones de carácter general, el TEDH procedió a evaluar si debía aplicar la presunción de equivalencia en este asunto, distinguiéndolo del asunto *Bosphorus* por dos motivos⁴⁵. En primer lugar, porque en este último se trataba de un Reglamento comunitario, norma directamente aplicable en los Estados

³⁹ TEDH, *Michaud / Francia*, § 115.

⁴⁰ *Ibid.*, § 104.

⁴¹ Proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000 (*DO* C 364, p. 1), modificada y dotada de valor jurídico vinculante con ocasión de la adopción del Tratado de Lisboa (*DO* 2007, C 303, p. 1).

⁴² TEDH *Michaud / Francia*, § 106.

⁴³ *Ibid.*, § 117.

⁴⁴ En primer lugar, porque los particulares se benefician del control de las normas de la Unión mediante los recursos ejercidos por los Estados miembros y por las instituciones de la Unión ante el TJUE. Y en segundo lugar porque tienen la posibilidad de hacer constatar una infracción al Derecho de la Unión ejercitando un recurso ante las jurisdicciones internas pudiendo estas jurisdicciones plantear una cuestión prejudicial al TJUE, *ibid.*, § 111.

⁴⁵ *Ibid.*, § 112.

miembros en todos sus elementos. Como consecuencia de ello, Irlanda no disponía de ningún margen de maniobra en la ejecución de las obligaciones dimanantes de su pertenencia a la Unión⁴⁶. En el asunto *Michaud*, por el contrario, se trataba de directivas, que dejan libertad de forma y de medios a los Estados miembros. En segundo lugar, y he aquí la razón más importante, en el asunto *Bosphorus* el mecanismo de control previsto por el Derecho de la Unión se había desarrollado plenamente puesto que el Tribunal Supremo irlandés planteó una cuestión prejudicial al TJUE y este último tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la protección del derecho de propiedad en el marco del Reglamento controvertido. En el asunto *Michaud*, por el contrario, el Consejo de Estado francés declinó solicitar esta cuestión que hubiese permitido al TJUE pronunciarse sobre la protección del artículo 8 CEDH⁴⁷, ni tampoco motivó esta negativa. Por consiguiente, el TEDH constata que este órgano jurisdiccional interno resolvió el asunto sin que el mecanismo internacional pertinente de control del respeto de los Derechos fundamentales, en principio equivalente al CEDH, desplegara íntegramente sus potencialidades, de lo que dedujo que la presunción de equivalencia no resultaba de aplicación⁴⁸. De forma extraña, sin embargo, ni siquiera evocó una condena a Francia por violación del artículo 6 CEDH, sino que procedió a analizar *in concreto* si la injerencia sobre el artículo 8 CEDH era necesaria⁴⁹, alcanzando la conclusión de que no constituía un ataque desproporcionado al secreto profesional teniendo en cuenta el fin legítimo perseguido y su particular importancia en una sociedad democrática⁵⁰.

⁴⁶ *Ibid.*, § 113.

⁴⁷ *Ibid.*, § 114. El TEDH observa que el asunto *Ordre des barreaux francophones et germanophone y otros / Consejo*, STJUE (GS) de 26 junio de 2007, C-305/05, el TJUE examinó la compatibilidad de la obligación de declaración de los abogados únicamente en relación con las exigencias del derecho a un proceso equitativo en el sentido del artículo 6 CEDH por lo que únicamente se pronunció en relación con los derechos del justiciable cliente del abogado. Sin embargo, en el marco del artículo 8 CEDH la cuestión es diferente puesto que se cuestiona no sólo los derechos del cliente del abogado en relación con esta disposición del Convenio sino también los del mismo abogado como ilustra el asunto *Kopp / Suiza*, Decisión de 25 de marzo de 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998 II; *Wieser y Bicos Beteiligungen GmbH/Austria*, nº 74336/01, *CEDH* 2007-IV, que trataba sobre escuchas telefónicas en un bufete de abogados en el marco de un procedimiento dirigido contra una sociedad cliente de este bufete.

⁴⁸ TEDH *Michaud / Francia*, § 115.

⁴⁹ *Ibid.*, § 116.

⁵⁰ *Ibid.*, § 131.

III. SU ESENCIA: LA EXISTENCIA DE UN MECANISMO DE PROTECCIÓN

Como ya sabemos, el TEDH ha venido aplicando la doctrina de la protección equivalente de forma sistemática frente a las alegaciones de violación de los derechos recogidos en el CEDH cuando los Estados miembros de una organización carecen de discrecionalidad al ejecutar sus actos normativos y la organización ofrece una protección comparable. Sólo en el asunto *Mathews* y, recientemente, en el asunto *Michaud*; el TEDH se ha negado a aplicar esta presunción, lo cual debe llevarnos a indagar sus similitudes y disimilitudes con el asunto *Bosphorus*.

Como se recordará, el asunto *Mathews* se refería a una disposición de Derecho originario como es el Acta relativa a la elección de los representantes al Parlamento Europeo por sufragio universal directo, que impedía a los habitantes de Gibraltar votar en las elecciones al PE. El TEDH falló que esta disposición infringía el artículo 3 del Protocolo 1 anexo al CEDH, que protege el derecho a elecciones libres. Por su parte, el asunto *Bosphorus* se refería al Derecho derivado y planteaba la responsabilidad de un Estado miembro de la Unión por la ejecución de un Reglamento que le obligaba, en la época de la guerra de los Balcanes, a secuestrar los bienes procedentes de la antigua Yugoslavia. En ambos pronunciamientos, el TEDH partió de dos principios. En primer lugar, que las partes contratantes son responsables de todo su sistema jurídico con independencia de la naturaleza o el origen de las disposiciones impugnadas. En segundo lugar, que si bien el CEDH permite a los Estados partes crear organizaciones internacionales y transferirles el ejercicio de parte de su soberanía, esa transferencia no les exime de responsabilidad frente al CEDH. En consecuencia, corresponde a esos Estados partes asegurarse que la organización gestionará el ejercicio de esas competencias de conformidad con el Convenio⁵¹. Sin embargo, a partir de ahí el TEDH alcanza conclusiones diferentes

⁵¹ TEDH, *Mathews*, § 32; *Bosphorus*, § 154. Esta jurisprudencia ha creado doctrina, constituyendo la *ratio legis* del artículo 61 sobre la elusión de obligaciones internacionales de un Estado miembro de una organización internacional en el marco de los artículos de la CDI sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, vid. Informe de la CDI, 63º período de sesiones (26 de abril a 3 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2011), doc. A/66/10, pp. 172-175. Sobre este proyecto, vid., entre otros, CORTÉS MARTÍN, J.M., *Las organizaciones internacionales: Codificación y Desarrollo progresivo de su responsabilidad internacional*, Premio Blas Infante de Investigación 2007, IAAP, Sevilla, 2008; «The Responsibility of Members Due to Wrongful Acts of International Organizations», *Chinese Journal of International Law*, vol. 12 (2013), nº 4, pp. 37-80.

en ambos fallos. Mientras que en *Matthews* procedió a realizar un análisis exhaustivo de la convencionalidad de la norma comunitaria, considerando que existía una violación del CEDH, en *Bosphorus* se abstuvo de realizar este análisis. Y un factor importante que explica esta diferente conclusión fue, sin duda, la posición del TJUE. Mientras que en el asunto *Matthews* el Tribunal de Estrasburgo observó que el TJUE carecía de jurisdicción respecto al Derecho originario⁵², en el asunto *Bosphorus* otorgó gran importancia tanto a las amplias competencias de las que dispone el TJUE para controlar la legalidad del Derecho derivado, como a su jurisprudencia sobre la protección de los Derechos fundamentales⁵³. Fue precisamente este último factor relacionado con el mecanismo unionista de protección de los Derechos fundamentales el que posiblemente justificó el establecimiento de esta presunción. De la misma forma, la comparación entre los fallos recaídos en los asuntos *Bosphorus* y *Michaud* confirma nuevamente la importancia del mecanismo de protección, es decir, la garantía procesal, en la articulación de esta doctrina. En efecto, mientras que en el asunto *Bosphorus* el Tribunal Supremo irlandés planteó la cuestión prejudicial al TJUE, dándole la oportunidad de pronunciarse sobre la protección del derecho de propiedad; en el asunto *Michaud* el Consejo de Estado francés descartó solicitarla, incluso si esta cuestión no había sido previamente resuelta por el TJUE. Por tanto, el TEDH constata que existe una deficiencia manifiesta del mecanismo unionista de protección, niega la aplicación de la presunción y procede a analizar si existía responsabilidad de Francia por violación del secreto profesional protegido en el artículo 8 CEDH.

Por consiguiente, parece que un elemento fundamental de la doctrina de la presunción de equivalencia es el derecho a un recurso jurisdiccional efectivo. Recordemos, en efecto, que un factor esencial para que en el asunto *Bosphorus* el TEDH considerara equivalente el sistema de recursos comunitarios fue la consideración del papel complementario que las jurisdicciones nacionales desempeñan en el marco de los mecanismos de control del Derecho de la Unión⁵⁴. A pesar de ello, en su voto concordante en este asunto el Juez Ress hizo valer que: «La Cour n'a pas soulevé la question de savoir si

⁵² TEDH, *Matthews*, § 33.

⁵³ TEDH, *Bosphorus*, §§ 73 y ss.; 159 y ss.

⁵⁴ TEDH, *Bosphorus*: «*De surcroît, c'est essentiellement par l'intermédiaire des juridictions nationales que le système communautaire fournit aux particuliers un recours leur permettant de faire constater qu'un Etat membre ou un autre individu a enfreint le droit communautaire (...). Certaines dispositions du traité CE ont prévu dès le départ un rôle complémentaire pour les juridictions nationales dans le cadre des mécanismes de contrôle communautaires (...)*», § 164.

cet accès restreint est réellement conforme à l'article 6§1 de la Convention et si, en particulier, les dispositions de l'ex-article 173 [actualmente 263 TFUE] ne devraient pas être interprétées plus largement à la lumière de l'article 6§1». Cabe deducir de todo ello que no parece haber sido ni mucho menos casual que la presunción se haya invertido precisamente en un asunto que trataba de la ausencia de planteamiento de una cuestión prejudicial puesto que parece constituir un aspecto esencial de aquella doctrina en cuanto elemento necesario del mecanismo unionista de protección de los Derechos fundamentales. Confirma, además, esta importancia la disposición introducida en el proyecto de acuerdo de adhesión de la Unión al CEDH para garantizar que el TJUE tenga la posibilidad de pronunciarse, si previamente no tuvo la oportunidad, sobre la compatibilidad de una disposición comunitaria con los Derechos fundamentales⁵⁵.

IV. SOBRE LAS POSIBLES INCOHERENCIAS E INCERTIDUMBRES DE LA PRESUNCIÓN

Aunque la doctrina del TEDH sobre la equivalencia no ha sido aplicada exclusivamente a la Unión, al haberla reproducido —como veremos— frente a otras organizaciones internacionales, no cabe duda de que representa una gran sensibilidad de esta Alta jurisdicción hacia las peculiaridades del proceso de integración europea, que puede justificarse entre jurisdicciones supremas que garantizan de manera independiente el respeto de ciertos derechos comunes. Sin embargo, lo cierto es que esta doctrina carece de claridad en algunos aspectos. Así parece ocurrir en relación con el concepto de «insuficiencia manifiesta»

⁵⁵ Vid. Art. 3.6 *Projet révisé d'accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, doc. 7+1(2012)008rev2, de 10 de junio de 2013. Con anterioridad, el TJUE publicó un documento de reflexión en el que hacía constar que para preservar la uniformidad en la aplicación del Derecho de la Unión, así como para garantizar la necesaria coherencia del sistema de tutela jurisdiccional de la Unión era preciso evitar que el TEDH llegara a resolver sobre la conformidad de un acto de la Unión con el CEDH sin que previamente el TJUE hubiera podido pronunciarse de forma definitiva sobre esa cuestión, por lo que el control externo por parte de los órganos del CEDH debía ir precedido de un control interno efectivo por parte de los tribunales de los Estados miembros y/o los de la Unión, vid. *Documento de reflexión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre determinados aspectos de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, de 5 de mayo de 2010, apdos. 6-7.

desconociéndose si debe implicar una infracción obvia del CEDH o también de carácter serio y grave. Si bien una violación grave sería ciertamente manifiesta, una violación manifiesta no tiene porqué ser grave. En su voto concordante al fallo del TEDH en el asunto *Bosphorus* el Juez Ress puso de manifiesto que la protección del CEDH sería manifiestamente deficiente si al decidir una cuestión clave el TJUE se apartara de la interpretación o la aplicación del CEDH o de sus protocolos, que haya sido bien establecida en su jurisprudencia por el TEDH, algo que parece improbable que llegue a ocurrir. Con todo, una diferente apreciación sobre la preponderancia de la norma de conflicto podría, en cambio, no ser del todo inusual. Tomemos como ejemplo el Espacio unionista de Libertad Seguridad y Justicia y evoquemos siguiendo a CALLEWAERT la confrontación entre el artículo 8 CEDH y un fenómeno devenido corriente en los últimos tiempos: la sustracción de menores tras la ruptura sentimental de una pareja⁵⁶. Estas sustracciones dan lugar a la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y/o el Reglamento Bruselas II bis⁵⁷, normas que concretizan el principio de retorno inmediato del menor sustraído. Suele ocurrir, sin embargo que esta ejecución inmediata se retrasa a veces⁵⁸. Si en semejantes circunstancias hay indicios serios de que el retorno podría conllevar un riesgo serio para el menor, el artículo 8 CEDH obligaría al juez nacional a desautorizarlo⁵⁹. Este enfoque del TEDH contrasta con algún fallo del TJUE, que parece privilegiar el aspecto procesal de la norma de conflicto sobre el sustrato material y conflictual que rodea estas situaciones desde la perspectiva de los Derechos fundamentales⁶⁰.

⁵⁶ CALLEWAERT, J., *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme: Une question de cohérence*, Cahiers du CEDIE, Working Papers, 2013/3, n. 16, pp. 1-16(12).

⁵⁷ Reglamento (CE) n. 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000, DOCE, n° L 338/1 de 23 de diciembre de 2003.

⁵⁸ Entre otras, TEDH, *Serghides / Polonia*, n° 31515/04, decisión de 2 de noviembre de 2010.

⁵⁹ TEDH, *Neulinger y Shuruk / Suiza* [GS], n° 41615/07, Sentencia de 6 de julio de 2010; TEDH, *Sneerson y Campanella / Italia*, n° 14737/09, Sentencia de 12 de julio de 2011; TEDH, *X. / Letonia*, n° 27853/09, Decisión de 13 de diciembre de 2011, TEDH, *M.R. y L.R. / Estonia*, n° 13420/12, Decisión de 15 de mayo de 2012; TEDH, *B. / Bélgica*, n° 4320/11, Decisión de 10 de julio de 2012.

⁶⁰ Entre otras, STJUE de 1 de julio de 2010, *Povse*, C-211/10 PPU, *Rec.* p. I-6673; de 22 de diciembre de 2010, *Zarraga*, C-491/10 PPU, *Rec.* p. I-14247. En el asunto *Povse* se trataba de un menor nacido en Italia de padre italiano y madre austriaca, el cual

Es cierto, sin embargo, que en otros asuntos el juez comunitario ha desarrollado un impecable examen de convencionalidad⁶¹. Con todo, la posible incongruencia —de existir— suele ser salvada por el TEDH apoyándose en la presunción de equivalencia⁶², de lo cual parece que puede deducirse que el carácter manifiesto de la insuficiencia parece que debe alcanzar un umbral elevado y serio de contradicción categórica entre ambos corpus jurisprudenciales para que la presunción deje de aplicarse⁶³. Por el contrario, el Juez Rozakis junto con otros jueces opinaron sobre este particular en otro voto concordante anexo al fallo en el asunto *Bosphorus* que a pesar la ausencia de definición, la deficiencia mani-

vivía en Austria con su madre contra la voluntad del padre. En el marco de un procedimiento destinado a determinar el ejercicio de la responsabilidad parental, un órgano jurisdiccional italiano ordenó la restitución del menor a Italia. El *Oberster Gerichtshof* (Tribunal Supremo de Austria) planteó varias cuestiones prejudiciales al TJUE sobre los motivos por los que la ejecución de dicha orden podría ser eventualmente denegada. Sin realizar un examen de la protección de la vida familiar del artículo 8 CEDH, aunque citando el artículo 24, apartado 3, de la Carta, que establece como uno de los derechos fundamentales del menor mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con sus padres, el TJUE consideró que en el Estado miembro de ejecución la orden de retorno no podía denegarse ni siquiera si existía un grave menoscabo del interés superior del menor, pudiendo sólo invocarse ante el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de origen a través de una eventual demanda de suspensión de la ejecución de la resolución.

⁶¹ Vid., por el contrario, STJUE de 5 de octubre de 2010, *J. McB. / L. E.*, C-400/10 PPU, Rec. p. I-8965, apdo. 53, que plantea un contexto fáctico similar. Sin embargo, en contraste con el asunto *Povse*, el TJUE teniendo en cuenta el artículo 52(3) de la CDFUE realiza y tiene en cuenta la jurisprudencia del TEDH.

⁶² En ejecución de esta Sentencia prejudicial, el juez austriaco denegó la suspensión del retorno del menor. Presentado recurso contra Austria ante el TEDH por violación del artículo 8 CEDH, el TEDH se limita a aplicar la presunción de equivalencia del asunto *Bosphorus* considerando que las autoridades austriacas se habían limitado a aplicar la Sentencia prejudicial del TJUE, TEDH, *POVSE/Austria*, n. 3890/11, decisión sobre la admisibilidad de 18 June 2013. Frente a la interesante alegación de que el TJUE no había realizado en realidad un análisis de la confrontación con el artículo 8 CEDH, el TEDH se limita a afirmar: «*It follows that the present case differs from the Bosphorus case in that the CJEU was not required to rule on the alleged violation of the applicants' fundamental rights. However, the CJEU made it clear that within the framework of the Brussels Iia Regulation it was for the Italian courts to protect the fundamental rights of the parties involved. Consequently, the applicants' rights have to be asserted before the Italian courts.*»

⁶³ Sobre el tema puede verse, entre otros, BEAUMONT, P. R., «The Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice on the Hague Convention on International Child Abduction», *RCADI*, 2009, pp. 235 y ss.

fiesta parecía establecer un umbral de control relativamente bajo, lo cual contrastaba en opinión de estos jueces con el escrutinio normalmente desarrollado por el TEDH. Sin embargo, si ésta hubiese sido realmente la intención del TEDH habría establecido el enfoque adoptado por el Tribunal Constitucional alemán en el asunto *Solange*, limitando la inversión de la presunción exclusivamente a la existencia de un defecto estructural en la protección unionista de los Derechos fundamentales y no una revisión pretoriana⁶⁴.

Hay que añadir, por otra parte, que tampoco esta doctrina ha estado exenta de incoherencias, alguna ya presente en el mismo asunto *Bosphorus*⁶⁵. Y ello porque si el TEDH hubiese apurado las consecuencias de los principios que afirmó en su fallo⁶⁶, habría debido examinar a pesar de la falta de membresía de la Unión el margen de maniobra de las instituciones en la ejecución de la Resolución del Consejo de Seguridad que constituía el trasfondo del Reglamento comunitario y en caso de ausencia controlar si NNUU otorgaba una protección equivalente a la concedida por el CEDH. Por otra parte, si aceptamos que un elemento esencial en la estructuración de esta presunción fue el hecho de que el mecanismo unionista de protección había funcionado, es decir, el TJUE tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la protección del derecho fundamental cuestionado; en otros casos, sin embargo, el TEDH aplicó esta presunción incluso si no hubo remisión prejudicial al TJUE. Así, en el asunto *Cooperativa de agricultores de Mayenne*⁶⁷, el Consejo de Estado francés tampoco procedió a plantear la cuestión pese a tratarse de la validez de una norma comunitaria, las cuales por definición no pueden ampararse en la teoría del acto claro; y, sin embargo, el TEDH aplicó la presunción considerando que no había una deficiencia manifiesta en la protección de los derechos de los demandantes.

También es llamativo el carácter desigual del escrutinio que el TEDH desarrolla cuando aplica esta doctrina. Para alcanzar la conclusión de que la Unión ofrecía una protección equivalente, el TEDH desarrolló en el asunto *Bosphorus* un amplio análisis del sistema comunitario procediendo a un es-

⁶⁴ Vid. *supra* nota 3.

⁶⁵ Algunas han sido destacadas, entre otros, por: LOCK, T., «Beyond *Bosphorus*: The European Court of Human Rights' Case Law on the Responsibility of Member States of International Organizations under the European Convention of human Rights», *Human Rights Law Review*, vol. 10(2010), n° 3, pp. 529-545.

⁶⁶ TEDH, *Bosphorus*, §§ 153-157.

⁶⁷ TEDH, *Cooperative des agriculteurs de Mayenne et Cooperative laitière maine-anjou / France*, 16931/04, Decisión sobre la admisibilidad de 10 de octubre de 2006.

tudio exhaustivo de sus elementos fundamentales⁶⁸ y semejante proceder llevó a cabo en otros asuntos⁶⁹. Por el contrario, en otros se contentó con endosar esta doctrina sin comprobar realmente la existencia de los elementos del test de equivalencia. Recordemos, en este sentido, el asunto *Biret / Francia*⁷⁰; en el que se debatía la ausencia de un proceso equitativo para una empresa que trató de desafiar la legalidad de dos directivas de la Unión que prohibían la importación de carne de vacuno tratada con hormonas, interdicción que contribuyó a la quiebra de la demandante. A pesar de que el Órgano de Apelación de la OMC sostuvo en 1998 que este embargo era contrario a las normas de esta organización, el entonces TJCE consideró que carecían de eficacia directa en el orden jurídico comunitario no sólo las normas de la OMC sino también los informes de su órgano de solución de controversias⁷¹, lo que impedía analizar no sólo el control de legalidad de las normas comunitarias, sino también la responsabilidad extracontractual de la Unión, que la empresa había exigido para intentar paliar sus pérdidas. La inadmisibilidad de sus recursos tanto ante el juez comunitario como en foro interno llevó a la empresa *Biret* a demandar a los Estados miembros de la época ante el TEDH alegando tanto la ausencia de un proceso equitativo por no haber tenido la oportunidad de controlar la legalidad de estas directivas comunitarias, como la infracción de su derecho de propiedad. En relación con la primera alegación, el TEDH consideró que se trataba de un déficit de protección jurisdiccional ofrecida por la entonces CE y, en consecuencia, no atribuible a Francia⁷². A continuación, el TEDH se limitó a reproducir lo afirmado en el asunto *Cooperativa des Agriculteurs de Mayenne* a pesar de que los hechos no eran en absoluto comparables. Una forma similar de proceder desarrolló el TEDH en el asunto *Gasparini/Italia y Bélgica*⁷³, en el que si bien procedió a analizar con cierto detalle la ausencia de publicidad del procedimiento

⁶⁸ *Bosphorus*, §§ 159-165.

⁶⁹ Vid., por ejemplo, TEDH, *Coöperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij / Países Bajos*, nº 13645/05, Decisión de 20 de enero de 2009.

⁷⁰ TEDH, *Biret / Quince Estados miembros de la UE*, n. 13762/04, Decisión sobre la admisibilidad de 9 de diciembre de 2008.

⁷¹ STJCE *Biret International / Consejo*, C-93/02 P, Rec. p. I-10497.

⁷² TEDH, *Biret / Quince Estados miembros de la UE*: ««Quant à une responsabilité éventuelle de la Communauté à cet égard, la Cour rappelle que cette organisation internationale n'a pas adhéré à la Convention et qu'elle ne peut donc voir sa responsabilité engagée au titre de celle-ci (...)».

⁷³ TEDH, *Emilio Gasparini / Italia y Bélgica*, 10750/03, Decisión sobre la admisibilidad de 12 de mayo de 2009.

ante la Cámara de Recursos de la OTAN (CROTAN), omitió aplicar los dos estadios del test *Bosphorus*. De hecho, en ningún apartado del fallo el TEDH afirma expresamente que la OTAN ofrezca una protección de los Derechos fundamentales equivalente al CEDH, todo lo más se deduce de la aplicación de esta doctrina a los hechos de este asunto. En su lugar, pasó a abordar directamente si era manifiestamente deficiente el mecanismo de conflictos de esta organización desarrollado por la CROTAN. Sin embargo, esta relajación del escrutinio parece que sólo debería estar justificada cuando la organización ofrece claramente una protección equivalente. Sólo entonces el TEDH puede tolerar deficiencias en la protección que no lleguen a ser manifiestas. Nada parecido parece que fue realizado frente a la OTAN.

Asimismo, en la jurisprudencia del TEDH puede observarse cierta ausencia de claridad en cuanto al grado de discrecionalidad de los Estados miembros para que pueda aplicarse la presunción. En el asunto *Bosphorus*, el Tribunal de Estrasburgo dejó claro que sólo se aplicaba cuando los Estados miembros no disponían de ningún margen de discrecionalidad en la ejecución de las normas de la organización internacional⁷⁴. Lo mismo reiteró en el asunto *Cooperativa de agricultores de Mayenne* tras realizar un análisis sustancial del Reglamento que establecía la tasa de corresponsabilidad en el sector lácteo, el cual claramente no dejaba ningún margen discrecional a los Estados miembros. Esta forma de proceder contrasta con la desarrollada en el asunto *Biret*, en el que el TEDH no sólo no menciona este requisito, sino que aplica la presunción a pesar de que los actos comunitarios sobre los que se fundamentaba el embargo eran directivas, lo cual puede ser entendido como un lapsus en la aplicación del requisito o como la constatación de la ausencia de discrecionalidad del Estado miembro a pesar de tratarse de una Directiva debido al carácter reglado y categórico de la prohibición de importación de carne de vacuno que las directivas establecían. Sin embargo, también en el asunto *Cantoni/Francia* la norma francesa reproducía textualmente lo previsto en la Directiva sobre medicamentos que se cuestionaba y, pese a ello, el TEDH atribuyó el ilícito a Francia⁷⁵, asumiendo por tanto que no se trataba de la ejecución de una obligación reglada.

⁷⁴ TEDH, *Bosphorus*, § 157.

⁷⁵ Es cierto, sin embargo, que la interpretación que hasta ese momento había realizado el TJUE de la Directiva cuestionada en este asunto otorgaba un amplio margen de discrecionalidad a los Estados miembros para que decidieran caso por caso qué debía entenderse por medicamento. Por ello, aunque el TEDH afirmó que el hecho de que el Código de salud pública francés se inspirara casi literalmente en la Directiva (CEE)

V. SOBRE SU CONTINUIDAD UNA VEZ VIGENTE LA ADHESIÓN DE LA UE AL CEDH

El Tratado de Lisboa y del Protocolo nº 14 anexo al CEDH despejaron los principales obstáculos que subsistían para que la Unión se adhiriera a este importante instrumento regional de protección de los Derechos humanos que constituye el Convenio de Roma, estableciendo los mimbres jurídicos necesarios para colmar una vieja aspiración⁷⁶. De culminarse, esta adhesión apor-

nº 65/65 no sustraía los hechos al imperio del artículo 7 del Convenio», *ibíd.*, § 30. Esto último llevó a algún autor a una interpretación exagerada, en particular, SIMON, D., «Des influénces reciproques entre CJCE et CEDH: Je t'aime, moi non plus», *Pouvoirs: Revue française d'études constitutionnelles et politiques*, 2001, nº 96, pp. 31-50 (39); afirmó apoyándose en este fallo que el TEDH ejercería su control incluso si un Estado miembro se limitaba a reproducir literalmente lo previsto en una Directiva. Sin embargo, el TEDH alcanzó su conclusión tras realizar un amplio repaso de la jurisprudencia del TJUE sobre la materia, que expresamente instaba a los Estados miembros a valorar caso por caso lo que debía constituir un medicamento; exponiendo sus fallos de 30 de noviembre 1983, *Van Bennekom*, 227/82, *Rec.* p. 3883; de 21 de marzo de 1991, *Delattre*, C-369/88, *Rec.* p. 1487; de 21 de marzo de 1991, *Monteil y Samanni*, 60/89, *Rec.* p. 1547; de 16 de abril de 1991, *Upjohn*, C-112/89, *Rec.* p. 1703; y, finalmente, de 28 octubre de 1992, *Ter Voort*, C-219/91, *Rec.* p. 5485.

⁷⁶ Sobre la adhesión de la UE al CEDH pueden verse entre otros, CARRILLO SALCEDO, J. A., «Una cuestión pendiente: La adhesión de las Comunidades Europeas al Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Anuario de Derecho Europeo*, 2002, pp. 109-116; 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», *RGDE* (Iustel), nº 22, 2010, pp. 1-53; JIMÉNEZ DE PARGA, M., «La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos», en COLNERIC, N. [et al.] (eds.): *Une communauté de droit - Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, BWV Berliner Wissenschafts, Berlín, 2003, pp. 127-136; PASTOR RIDRUEJO, J. A., «La adhesión de la Unión Europea a la Convención Europea sobre Derechos humanos y Libertades fundamentales», en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coord.): *El Tratado de Lisboa: La salida de la crisis constitucional*, Jornadas de la AEPDIRI celebradas en Madrid el 17 y 18 de diciembre de 2007, Iustel, 2008, pp. 151-157; *Id.*, «Sobre la adhesión de la Unión Europea a la Convención de Roma», *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2010, nº 43, pp. 43-51; PUENTE EGIDO, J., «¿Adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos?: cuestión disputada», en VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M. / SALINAS DE FRÍAS, A. (coords.): *Soberanía del Estado y Derecho internacional: Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2005, pp. 1119-1144; 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», *RDCE*, 2011, nº 38, pp. 99-128; STOFFEL VALLOTON, N., «La

tará legitimidad, seguridad jurídica y credibilidad al sistema unionista de protección de los Derechos fundamentales, integrando esta organización en el sistema paneuropeo de garantías y poniendo fin a las contradicciones que la situación actual plantea en la que el TEDH ejerce un escrutinio indirecto del Derecho de la Unión por la intermediación de sus Estados miembros. Y aunque desde el punto de vista de la plena efectividad de los derechos y libertades protegidos en el Convenio este escrutinio indirecto puede considerarse adecuado, constituye una solución incómoda para la Unión, principalmente por su falta de legitimación para defender como parte en el proceso la legalidad del acto de Derecho de la Unión, carencia procesal que la adhesión permitirá solucionar, salvaguardando al mismo tiempo la autonomía del Derecho de la Unión⁷⁷. Si a continuación abordamos la perspectiva material, creemos que es bastante improbable que esta membresía de la Unión llegue a desvelar demasiadas incompatibilidades entre el Derecho de la Unión y el Convenio, debido fundamentalmente a la importante labor armonizadora desarrollada por el TJUE, aunque no es descartable que la adhesión provoque una revisión o quizás un replanteamiento de esta doctrina de la protección equivalente. En efecto, como los interesantes votos particulares adjuntos al fallo del TEDH en el asunto *Bosphorus* pusieron de manifiesto, esta doctrina conduce a una diferencia de trato difícil de justificar entre el orden jurídico de la Unión y los ordenamientos de los Estados partes del CEDH ajenos a la UE. El CEDH exige, en efecto, que todas las partes sean tratadas en pie de igualdad, algo que el Juez Rozakis recordó en su voto particular en el asunto *Bosphorus*, refiriéndose al asunto *Loizidou/Turquía*⁷⁸. Teniendo en cuenta, además, que su aplicación no ha estado exenta de las contradicciones e incoherencias ya expuestas, quizás no sea descartable su desaparición una vez

adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: evolución de la cuestión, previsiones y posibles consecuencias», en *El Tratado de Lisboa: La salida de la crisis constitucional* en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coord.): *El Tratado de Lisboa: La salida de la crisis constitucional*, Jornadas de la AEPDIRI celebradas en Madrid el 17 y 18 de diciembre de 2007, Iustel, 2008, pp. 179-200.

⁷⁷ Sobre esta adhesión y el mecanismo del codemandado insertado en el proyecto de acuerdo, pueden verse, entre otros: 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», *Revue de Droit de l'Union Européenne*, 2011, n° 4, pp. 615-664.

⁷⁸ TEDH, *Loizidou / Turquía* (excepciones preliminares), 15318/89, Decisión de 23 de marzo de 1995, § 77.

vigente la adhesión o, al menos, su atenuación⁷⁹. Así lo han defendido algunos autores, señalando que el TEDH no debería tolerar un doble estándar⁸⁰ teniendo en cuenta que los Estados partes ajenos a la UE no se benefician de semejante presunción dispongan o no de un sistema de protección con garantías equivalentes al CEDH⁸¹ o que esta presunción iría más allá de lo estrictamente necesario para respetar las características específicas del Derecho de la Unión⁸².

Se trata, sin duda, de una posición respetable que sólo podrá ser respondida por el TEDH una vez vigente la adhesión. Un factor a tener en cuenta en este análisis es el artículo 52§3 de la CDFUE, que recordemos establece que en la medida en que este instrumento contenga derechos que se correspondan con los garantizados por el CEDH, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio⁸³. Es dudoso si esta disposición aún permitiría a

⁷⁹ También piensan que esta doctrina continuará tras la adhesión, aunque no como criterio de admisibilidad sino como estándar *rationae materiae*, basándose fundamentalmente en la no justiciabilidad del Derecho originario por el TJUE: DE HERTAND, P. / KORENICA, F., «The Doctrine of Equivalent Protection: Its Life and Legitimacy Before and After the European Union's Accession to the European Convention on Human Rights», *German Law Journal*, vol. 13(2012), nº 7, pp. 874-895. A favor de la redefinición de la doctrina y su generalización, vid. DE SCHUTTER, O., «The Two Lives of *Bosphorus*: Redefining the Relationships between the European Court of Human Rights and the Parties to the Convention», *CRIDHO Working Paper* 2013/6, <http://cridho.uclouvain.be>, pp. 1-32.

⁸⁰ Vid., por ejemplo, J.-F. FLAUSS, «Le double standard dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme: Fiction ou réalité?», en AUER, A., FLÜCKIGER, A., HOTTELIER, M. (eds.): *Les droits de l'homme et la Constitution: Études en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni*, Schulthess, Genève, 2007, pp. 135-153. Algún autor ha deplorado que esta deferencia no se ofrezca también a los sistemas de protección nacionales, vid. FENNELLY, N., «Human Rights and the National Judge: His Constitution; The European Union; The European Convention», *ERA Forum*, 2011, pp. 87 y ss. (102).

⁸¹ Vid., entre otros, BESSELINK, A.F.M., «The European Union and the European Convention of Human Rights after the Lisbon Treaty: From Bosphorus Sovereign Immunity to full Scrutiny under the Reform Treaty?», en BOEREFIJN, I., GOLDSCHMIDT, J.E. (eds.): *Changing Perceptions of Sovereignty and Human Rights: Essays in Honour of Cees Funtermann*, 2008, pp. 295-309; KAUFF-GAZIN, F., «L'arrêt Bosphorus de la CEDH: quand le juge de Strasbourg décerne au système communautaire un label de protection satisfaisante des droits fondamentaux », *Les Petites Affiches*, 2005, nº 234, p. 17; SUMNER, G., «We'll Sometimes Have Strasbourg: Privileged Status of Community Law Before the European Court of Human Rights», *Irish Studies Law Review*, vol. 16(2008), pp. 127 y ss.

⁸² Vid., en este sentido LOCK, T., «Walking on a Tightrope: The Draft ECHR Accession Agreement and the Autonomy of the EU Legal Order», *CMLRev.*, 2011, pp. 1025 y ss.; que realiza un dudoso análisis del tratamiento de la autonomía en el proyecto de adhesión de la UE al CEDH. Y así se expresó también la Comisión Internacional de

la Unión utilizar el margen de tolerancia que la presunción de equivalencia acuerda frente a una desviación que no constituya propiamente una insuficiencia manifiesta⁸⁴. Cosa distinta serían aquellos engendros institucionales creados recientemente entre los Estados miembros como sería el Mecanismo Europeo de Estabilidad⁸⁵ (MES). Siguiendo lo fallado por el TJUE en el asunto *Pringle* a sus actividades no se les aplica la Carta⁸⁶, doctrina que llama la atención dadas las importantes funciones que esta nueva organización tiene encomendadas y sus posibles fricciones con los derechos sociales protegidos no ya sólo en la Carta, sino en otros instrumentos que sí podrían resultar de aplicación a sus Estados partes. Y, sin embargo, carece de las garantías mínimas, en particular, una criticable ausencia de recursos directos para que los particulares puedan controlar la legalidad de sus decisiones⁸⁷. Bien es cierto, no obstante, que el estándar equivalente del derecho a un proceso equitativo debería poder ser colmado por las jurisdicciones supremas de sus Estados partes⁸⁸. Comoquiera que sea, la extraña negativa del TJUE no ya sólo a aplicar la CDFUE a las activi-

Juristas en el asunto *Senator Lines / Estados miembros de la UE*, exigiendo al TEDH el abandono de esta doctrina dada su falta de claridad, vid. TEDH [GS], *Senator Lines GmbH / EEM de la UE*, 56672/00, Decisión sobre la admisibilidad de 10 de marzo de 2004, *Reports of Judgments and Decisions 2004-IV*.

⁸³ STJUE de 5 de octubre de 2010, *J. McB. / L. E.*, C-400/10 PPU, *Rec.* p. I-8965, apdo. 53.

⁸⁴ Cf. CALLEWAERT, J., *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme: Une question de cohérence*, *Cahiers du CEDIE*, Working Papers, 2013/3, n. 16, pp. 1-16(12).

⁸⁵ El texto puede verse en www.european-council.europa.eu/media/639235/st00tscg26_en12.pdf, entrando en vigor el 1 de enero de 2013.

⁸⁶ STJUE de 27 de noviembre de 2012, *Pringle*, C-370/12, (aún no publicada en la *Rec.*), apdo. 180. Por el contrario, la Abogado General Kokott opinó que la Carta se aplicaba a los Estados miembros en el contexto del ESM y que las cuestiones prejudiciales de las jurisdicciones nacionales de última instancia eran suficientes para colmar las garantías del artículo 47 CDFUE (paras. 193-194 de sus Conclusiones). Sobre este importante fallo, pueden verse, entre otros: CRAIG, P., «*Pringle* and Use of EU Institutions outside the EU Legal Framework: Foundations, Procedure and Substance», *European Constitutional Law Review*, vol. 9(2013), n° 2, pp. 263-284; LOUIS, J. -V., «La Sentencia *Pringle*», *RGDE* (Iustel), 2013, n° 29, pp. 1-20; PEERS, S., «Towards a New Form of EU Law?: The Use of EU Institutions outside the EU Legal Framework», *European Constitutional Law Review*, vol. 9(2013), n° 1, pp. 37-72.

⁸⁷ Vid. art. 37(3) del Tratado constitutivo del MES, *supra* nota 86.

⁸⁸ Vid., *mutatis mutandis*, el fallo del TEDH en el asunto *Capital Bank / Bulgaria*, 49429/99, Sentencia de 24 de noviembre de 2005; en el que el Alto Tribunal de Estrasburgo condenó a este país por ausencia de recursos en el marco de un rescate bancario.

dades de esta nueva organización, siguiendo una formalista interpretación de su art. 51(1), sino de forma más general a los recortes económicos impuestos por los Estados miembros más afectados por la crisis económica y financiera⁸⁹, obviando que en el trasfondo no hay más que una «aplicación» de las medidas dictadas por el Consejo siguiendo los artículos 122 y 143 TFUE, pondrá a la jurisdicción de Estrasburgo más tarde o más temprano ante la difícil tesitura de aplicar la presunción de equivalencia a la gobernanza financiera de la Unión.

Y otro factor a tener en cuenta en el análisis de la continuidad de esta doctrina tras la adhesión será si aún existirá algún resquicio para su aplicación teniendo en cuenta que el proyecto de acuerdo garantiza al TJUE que siempre tenga la oportunidad de pronunciarse sobre la compatibilidad de un acto de la Unión con los Derechos fundamentales, si previamente no tuvo esta posibilidad⁹⁰. Aunque se trata de una disposición pensada para salvaguardar la autonomía del Derecho de la Unión⁹¹, no cabe duda que esta interpretación del TJUE debería dejar poco margen para que el TEDH reconozca una violación teniendo en cuenta el ya citado artículo 52§3 CDFUE.

Un análisis más general de la jurisprudencia del Alto Tribunal de Estrasburgo nos inclina a pensar que es improbable que el TEDH se desdiga de lo afirmado en el asunto *Bosphorus* acerca de las necesidades de la integración y de la cooperación en Europa, las cuales pueden justificar en determinadas parcelas un estándar de protección sólo equivalente⁹². Recordemos que en aquel asunto el TEDH dio tres razones para legitimar el principio de transferencia de competencias soberanas a una organización como la Unión:

⁸⁹ Vid., entre otros, Autos TJUE de 14 de diciembre de 2011, *Corpul Național al Polițiștilor*, C-434/11 (aún no publicado en la *Rec.*); de 10 mayo de 2012, *Corpul Național al Polițiștilor*, C-134/12, (aún no publicado en la *Rec.*); de 15 de noviembre de 2012, *Corpul Național al Polițiștilor*, C-369/12 (aún no publicado en la *Rec.*); de 7 de marzo de 2013, *Sindicato dos Bancários do Norte y otros*, C-128/12 (aún no publicado en la *Rec.*). Una crítica doctrinal puede verse, entre otros, en BARNARD, C., «The Charter in Time of Crisis: A Case Study of Dismissal», en COUNTOURIS, N. / FREEDLAND, M. (eds.): *Resocialising Europe in a Time of Crisis*, CUP, Cambridge, 2013, pp. 250-277.

⁹⁰ Vid. *supra* nota 56.

⁹¹ Para una visión conciliadora de este hipotético conflicto, vid, entre otros, EECKHOUT, P., «Human Rights and the Autonomy of EU law: Pluralism or Integration?», *Current Legal Problems*, vol. 66(2013), nº 1, pp. 169-202.

⁹² En este sentido, CALLEWAERT, J., «*Les voies de recours communautaires sous l'angle de la Convention européenne des droits de l'homme: la portée procédurale de l'arrêt Bosphorus*», en CAFLISCH, L. [et al.], *Human Rights, Democracy and the Rule of Law: Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, Dike, Nomos, Zurich, Baden-Baden, 2007, pp. 115-131 (130).

El principio *pacta sunt servanda*, la importancia de la cooperación internacional y el carácter supranacional de la Unión; ninguna de las cuales desaparecerán por efecto de la adhesión.

De esas tres razones, la que creemos que reviste mayor importancia es la necesidad de preservar el proceso de cooperación internacional. Y es que esta doctrina de la protección equivalente no es privativa de la Unión⁹³, sino que ha sido aplicada de forma explícita a otras organizaciones internacionales⁹⁴, entre otras, la OTAN, el Comité Oleícola Internacional⁹⁵, la Agencia Espacial Europea⁹⁶, la Oficina Europea de Patentes⁹⁷, la Corte Penal Internacional⁹⁸, etc. Otras veces, no se ha tratado tanto de una aplicación explícita de una presunción de equivalencia, sino de una sutil deferencia hacia este fenómeno de la cooperación internacional. Así ha ocurrido, por ejemplo, con NNUU, organización a la que a decir de algunos esta presunción aún no le sería aplicable⁹⁹, al menos de forma general; y, pese a ello, el TEDH declara: «(...)

⁹³ En el mismo asunto *Bosphorus* el TEDH se refería a las organizaciones internacionales en general y no de forma singular a la Unión, vid. TEDH, *Bosphorus*, §§ 154-156.

⁹⁴ Esta idea ya se encuentra en el asunto *Bosphorus* cuando al apreciar el interés general que podría justificar un ataque a un Derecho fundamental el TEDH puso de manifiesto la importancia del fenómeno de la cooperación internacional: «*La Cour reconnaît depuis longtemps l'importance croissante de la coopération internationale et la nécessité d'assurer le bon fonctionnement des organisations internationales*», idea repetida después en sus fallos en los asuntos *Waite y Kennedy*, §63 y 72; y *Al-Adsani*, §54. Con respecto, a la UE el TEDH afirmó que «*ces considérations sont décisives pour une organisation supranationale telle que la Communauté européenne*» (§150). Lo que el TEDH valorizó como interés general fue el mismo proyecto de integración europea al señalar: «*(...) l'exécution d'obligations juridiques par un État découlant de son adhésion à la Communauté européenne constitue un intérêt légitime revêtant un poids considérable*», TEDH *Bosphorus*, §150. En cambio, en su Sentencia en el asunto *Bosphorus*, de 30 de julio de 1996, el TJUE consideró como interés general de la comunidad internacional que se pusiera fin a la guerra en la antigua Yugoslavia y a las violaciones masivas de Derechos humanos y del Derecho internacional humanitario en la República de Bosnia-Herzégovina.

⁹⁵ TEDH, *López Cifuentes/ España*, n° 18754/06, Decisión de 7 de julio de 2009.

⁹⁶ TEDH [GS], *Waite y Kennedy/Alemania*, n° 26083/94, *ECHR 1999-I*.

⁹⁷ En el asunto *Rambus Inc. / Allemagne* - 40382/04, Décision 16 de junio de 2009 [Section V]. En este mismo asunto, el Tribunal Constitucional alemán previamente también aplicó esta presunción, *Rambus / EPO*, Decisión de 9 de junio de 2004. Y lo mismo hizo años antes la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos, *Lenzing AG c. Allemagne*, n° 39025/97, decisión de la Commission du 9 septembre 1998, non publiée.

⁹⁸ TEDH, *Djokaba Lambi Longa / Países Bajos*, 33917/12, Decisión de 9 de octubre de 2012.

⁹⁹ Vid., en este sentido, AUVRET-FINCK, J., «Le contrôle des décisions du Conseil de sécurité par la Cour européenne des droits de l'homme», in GREWE, C. [et al.] (eds.):

*lorsque doit être interprétée une résolution du Conseil de sécurité, il faut présumer que celui-ci n'entend pas imposer aux Etats membres une quelconque obligation qui contreviendrait aux principes fondamentaux en matière de sauvegarde des droits de l'homme*¹⁰⁰. Sólo a través de esta sutil deferencia hacia el proceso de cooperación internacional pueden entenderse no sólo esta doctrina que venimos considerando, sino alguna otra, como podría ser la relativa a la inmunidad absoluta de las organizaciones internacionales¹⁰¹. Si bien el TEDH ha hecho tradicionalmente depender el respeto del artículo 6 CEDH a la existencia de «*reasonable alternative for the protection of Convention rights*»¹⁰², lo cierto es que incluso cuando estos remedios alternativos no existen, se resiste a atribuir responsabilidad al Estado parte cuyos tribunales internos han reconocido esta inmunidad absoluta. Así ha ocurrido recientemente en el asunto *Fundación Madres de Srebrenica*¹⁰³ sobre la masacre ocurrida en este lugar en julio de 1995. A pesar de que el Acuerdo sobre el estatuto de las fuerzas de NNUU exigía establecer estos remedios alternativos¹⁰⁴, lo cierto es que nunca fue creada una comisión de reclamaciones¹⁰⁵. Y

Sanctions ciblées et protections juridictionnelles des droits fondamentaux dans l'Union européenne; équilibres et déséquilibres de la balance, Brussels, 2010, p. 214; así como el voto particular del Juez Malinverni en el asunto del TEDH[GS], *Nada / Suiza*, 10593/08, Sentencia de 12 septiembre de 2012, § 23.

¹⁰⁰ TEDH, *Al-Jedda / Reino Unido* [GS], n. 27021/08, CEDH 2011, § 102.

¹⁰¹ «(...) *The attribution of privileges and immunities to international organisations is an essential means of ensuring the proper functioning of such organisations free from unilateral interference by individual governments. The immunity from jurisdiction commonly accorded by States to international organisations under the organisations' constituent instruments or supplementary agreements is a long-standing practice established in the interest of the good working of these organisations. The importance of this practice is enhanced by a trend towards extending and strengthening international cooperation in all domains of modern society. Against this background, the immunity from domestic jurisdiction afforded to international organisations has a legitimate objective* (...)», entre otros, TEDH, *Waite y Kennedy*, § 63; *Madres de Srebrenica y otros / Países Bajos*, n° 65542/12, Decisión sobre la admisibilidad de 11 de junio de 2013, § 139.

¹⁰² TEDH [GS], *Waite y Kennedy/Alemania*, no. 26083/94, ECHR 1999-I; *Beer y Regan/Alemania*, n° 28934/95, Decisión de 18 de febrero de 1999.

¹⁰³ TEDH, *Madres de Srebrenica y otros / Países Bajos*, Decisión sobre la admisibilidad de 11 de junio de 2013, demanda n. 65542/12.

¹⁰⁴ Vid. Artículo 48 del Acuerdo sobre el estatuto de la fuerza de protección de NNUU en Bosnia y Herzegovina, de 15 de Mayo de 1993, 1722 UNTS 77; que exigía la creación de una comisión de reclamaciones.

¹⁰⁵ En cambio, NNUU sí impulsó la creación de un Defensor para Kosovo (*Ombudserson Institution for Kosovo*) y un Panel Consultivo de Derechos Humanos. Sobre los resul-

sin embargo, el TEDH se resistió a atribuir responsabilidad a los Países Bajos por infracción del artículo 6 CEDH, amparando su fallo en la reciente Sentencia de la CIJ en el asunto de las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*¹⁰⁶ y en un más que dudable paralelismo con la doctrina de la inmunidad del Estado soberano, sin tener en cuenta las diferencias entre ambos sujetos, en particular, en cuanto a la inexistencia de recursos alternativos en el seno de la gran mayoría de organizaciones internacionales.

De todos estos asuntos lo que creemos que puede deducirse es que el TEDH lo que trata de facilitar es el desarrollo de la cooperación internacional, proceso que se vería obstaculizado si sometiera sistemáticamente a un escrutinio exhaustivo todos los actos de las organizaciones internacionales de las que son miembros sus Estados partes. Se trata, sin duda, de una intención laudable, aunque desde otra perspectiva nos preguntamos si esta deferencia resulta en cierta medida excesiva y más bien la opción alternativa podría hacer evolucionar este fenómeno de la cooperación institucionalizada hacia procesos dotados de mayores garantías desde la perspectiva de la protección de los Derechos Humanos. Pensemos, por ejemplo, en el asunto *Segi y Gestoras Pro-Amnistía*, donde si bien el TEDH falló que los demandantes carecían de la cualidad de víctimas¹⁰⁷, la acusación velada de la carencia de un recurso jurisdiccional efectivo en los antiguos pilares intergubernamentales llevó seguramente al TJUE a realizar una interpretación extensiva del antiguo artículo 35 UE, que no preveía explícitamente la posibilidad de plantear cuestiones prejudiciales sobre las antiguas Posiciones Comunes¹⁰⁸. O pensemos en el epílogo del asunto *Mathews*, en el que si bien la firme oposición de nuestro país por la siempre controvertida cuestión territorial impi-

tados de este último puede verse, KLEIN, P., «Le panel consultif des droits de l'homme (Human Rights Advisory Panel) de la MINUK: Une étape dans le processus de responsabilisation des Nations Unies?», en KOHEN, M. / KOLB, R. / TEHINDRAZANARIVELO, D.L., *Perspectives of International Law in the 21st Century: Liber Amicorum Professor Christian Dominicé in Honour of his 80th Birthday*, Nijhoff, Leiden – Boston, 2012, pp. 225-256. Asimismo, el Anexo 6 del Acuerdo de paz de Dayton creó la Sala de Derechos Humanos para Bosnia y Herzegovina.

¹⁰⁶ CIJ, *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, (Alemania / Italia), Sentencia de 3 de febrero de 2012. Sobre este fallo, puede verse, entre otros, ESPÓSITO, C.: «Of Plumbers and Social Architects: Elements and Problems of the Judgment of the International Court of Justice in Jurisdictional Immunities of States», *Journal of Dispute Settlement*, vol. 4(2013), n° 3, pp. 439-456.

¹⁰⁷ TEDH, *Segi y otros & Gestoras Pro-Amnistia y otros / 15 Estados miembros de la UE*, 6422, 6422 y 9916/02, Decisión sobre la admisibilidad de 23 de mayo de 2002.

¹⁰⁸ STJCE de 27 de febrero de 2007, C-355/04 P, *Rec.* p. I-1662, apdo. 53.

dió la aprobación de la reforma del Acta de 1976, esto no impidió al TJUE interpretar el Derecho originario de conformidad con el fallo del TEDH¹⁰⁹. O recordemos el asunto *Senator Lines*, empresa que introdujo una demanda ante el TEDH contra los Estados miembros de la época, una vez que la suspensión cautelar de la multa impuesta por la Comisión le había sido denegada tanto en primera instancia¹¹⁰ como en casación¹¹¹. Entre la introducción de esta demanda y el fallo del TEDH, el entonces TPICE procedió a anular la multa impuesta por violación de sus derechos de defensa¹¹², lo que llevó al TEDH a fallar en el sentido ya conocido¹¹³. Si bien las soluciones en materia de tutela cautelar y sobre el fondo no tienen porqué coincidir, la simple posibilidad de un escrutinio desde Estrasburgo parece aportar un mayor grado de atención a las jurisdicciones comunitarias en materia de protección de Derechos fundamentales. O evoquemos, finalmente, la lucha contra la financiación del terrorismo internacional y la evolución del procedimiento de inclusión de sospechosos en la lista consolidada del Comité de Sanciones del Consejo de Seguridad hacia procesos más respetuosos con los Derechos Humanos¹¹⁴ gracias a fallos de jurisdicciones internacionales de carácter regional como el TEDH en asuntos como *Nada / Suiza*¹¹⁵, el TJUE

¹⁰⁹ STJCE de 12 de septiembre de 2006, *España / Reino Unido*, C-145/04, *Rec.* p. 1-7917.

¹¹⁰ Auto del Presidente del TPI de 21 de julio de 1999, *DSR-Senator Lines GmbH / Comisión*, T-191/98 R, *Rec.* p. II-2531.

¹¹¹ Auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 1999, *DSR-Senator Lines GmbH / Comisión*, C-364/99 P (R), *Rec.* p. I-8733.

¹¹² STPICE de 30 de septiembre de 2003, *Atlantic Container Line AB y otros / Comisión*, T-191, 212 y 214/98, *Rec.* p. II-3275.

¹¹³ TEDH, *Senator Lines GmbH / 15 EEMM de la CE*, nº 56672/00, Decisión sobre la admisibilidad de 10 de marzo de 2004.

¹¹⁴ La evolución en el Comité de Sanciones del Consejo de Seguridad de NNUU ha sido larga, desde la creación de los puntos focales a la creación de Ombudman, vid., entre otras, sus Resoluciones nº 1822 (2008), en la que se exige que los Estados Miembros que informen oportunamente a la persona o entidad que se proponga incluir en la Lista y adjunten a esa notificación el resumen de los motivos de la inclusión; nº 1989 (2011) sobre la posibilidad de presentar tal solicitud al Ombudman y el Anexo II de la Resolución 2083 (2012) y las disposiciones de la resolución 1452 (2002) relativas a las exenciones previstas. Vid., entre otros, DE WET, E.: «From Kadi to Nada: Judicial Techniques Favoring Human Rights Over United Nations Security Council Sanctions», *Chinese Journal of International Law*, vol. 12 (2013), pp. 1-19; HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M.: *La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas*, Tecnos, Madrid, 2008.

¹¹⁵ TEDH [GS], *Nada / Suiza*, nº 10593/08, Sentencia de 12 de septiembre de 2012, *Recueil des arrêts et décisions 2012*.

con la saga *Kadi*¹¹⁶ y algunos otros fallos o un órgano de control como el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas con informes como el establecido en el asunto *Sayadi y Vinck / Bélgica*¹¹⁷.

De la misma forma, el fallo del TEDH en el asunto *Michaud* debería hacer reflexionar tanto al TJUE como a la Comisión. Al primero, probablemente una razón de política judicial como la excesiva carga de trabajo desaconseja aún más la apertura de la legitimación de los particulares para controlar la legalidad de los actos de alcance general y de ahí su reciente fallo sobre la interpretación de los actos reglamentarios que no necesitan medidas de ejecución¹¹⁸, pero es indudable que otras soluciones habrá que inda-

¹¹⁶ STJUE (GS) de 18 de Julio de 2013, *Comisión y Consejo / Kadi*, C-584, 593 y 595/10 P, (aún no publicado en la *Rec.*); de 3 de septiembre de 2008, *Kadi y Al Barakaat*, C-402 y 415/05 P, *Rec.* p. I-6351. Vid., entre otros, BURCA, G.: «The European Court of Justice and the International Legal Order after ‘Kadi’», *HILJ*, vol. 51(2010), n° 1, pp. 1-49; RIPOL CARULLA, S.: «Los asuntos «Kadi, Yusuf, Chafiq Ayadi»: Cuestiones de Derecho internacional», *RVAP*, n° 82, 2, 2008, pp. 253-274; SANTOS VARA, J.: «El control judicial de las sanciones contra Al-Qaeda y los talibanes en la Unión Europea: ¿Un desafío a los poderes del Consejo de Seguridad?», *RDCE*, vol. 13(2009), n° 32, pp. 91-120.

¹¹⁷ Comité de Derechos humanos, Informe de 22 de octubre de 2008, Comunicación n° 1472/2006.

¹¹⁸ STJUE (GS) de 3 de octubre de 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami y otros / Parlamento y Consejo*, C-583/11 P (aún no publicada en la *Rec.*). Para comprender la problemática que se plantea, pueden compararse las Conclusiones de la Abogado General Kokott en este asunto, presentadas el 17 de enero de 2013, con las presentadas por el Abogado General Whatelet el pasado 29 de mayo de 2013, en el asunto C 133/12 P, *Stichting Woonlinie y otros/Comisión*. Sobre el tema puede verse, entre otros, CORTÉS MARTÍN, J.M., «Ubi ius, ibi remedium? – Locus Standi of Private Applicants under Article 230(4) EC at a European Constitutional Crossroads», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 11-2004, n° 3, pp. 233-261; «On the European Constitutional Crossroads: Towards Easing the Conditions for Standing of Individuals seeking Judicial Review of Community Acts?», *Michigan Journal of International Law*, vol. 12-2003, n° 1, pp. 121-168. Con todo, esta interpretación del TJUE sobre el concepto de «actos reglamentarios» y su complementariedad con la cuestión prejudicial de validez aún tendrá que ser testada por el TEDH en relación con el derecho a un recurso jurisdiccional efectivo (arts. 6 y 13 CEDH), en particular, a la luz de fallos como el recaído en el asunto *Posti y Rahko / Finlandia*, Sentencia de 24 de Septiembre de 2002, *Reports of Judgments and Decisions 2002-VII*, en el que el TEDH afirmó: «(...) Where a decree, decision or other measure, albeit not formally addressed to any individual natural or legal person, in substance does affect the ‘civil rights’ or ‘obligations’ of such a person or of a group of persons in a similar situation, whether by reason of certain attributes peculiar to them or by reason of a factual situation which differentiates them from all other persons, Article 6 § 1 may require that the substance of the decision or measure in question is capable of being challenged by that person or group before a ‘tribunal’ meeting the

gar¹¹⁹, además de una aplicación estricta de los requisitos de la teoría del acto claro¹²⁰, una recepción benévola de las cuestiones prejudiciales, profundizando en la presunción de su pertinencia¹²¹ incluso de aquellas planteadas ante los órganos jurisdiccionales internos en el marco de acciones declarativas que permiten a los particulares controlar de la legalidad de los actos de la Unión de alcance general y naturaleza legislativa incluso si ninguna medida nacional de ejecución ha sido aún adoptada, como así lo prevén algunos ordenamientos nacionales y que tal vez deberían generalizarse¹²²; sin

requirements of that provision», §53. Sobre esta complementariedad puede verse recientemente, entre otros, POPOV, A.: «La complémentarité entre les recours en annulation formés par des particuliers et les renvois préjudiciels en appréciation de validité avant comme après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne et l'accès au prétoire de l'Union européenne », *CDE*, 2012, n° 1, pp. 167-194.

¹¹⁹ De las múltiples propuestas avanzadas por la doctrina para descongestionar el TJUE y mejorar también, por qué no, la tutela judicial efectiva, creemos que la más interesante ha sido realizada por el Profesor RODRÍGUEZ IGLESIAS, vid. su reciente trabajo «L'évolution de l'architecture juridictionnelle de l'Union européenne», en *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law*, TMC Asser Press, The Hague, 2013, pp. 37-48 (47-48). En su opinión, un sistema de jurisdicciones descentralizadas por Estado miembro con estatuto comunitario, cuyas decisiones serían susceptibles de recurso ante el TJUE, sería la única solución eficaz frente a un aumento de las cuestiones prejudiciales que llegara a desbordar la capacidad del TJUE. En definitiva, una justicia comunitaria descentralizada de corte federal, propuesta que nos parece mucho más acertada que el aumento del número de jueces del actual TJUE.

¹²⁰ Sobre los problemas que plantea esta doctrina pueden verse, entre otros, FENGER, N. / BROBERG, M., «Finding Light in the Darkness: On the Actual Application of the acte clair Doctrine», *YEL*, vol. 30(2011), pp. 180-212; SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D., «Cilfit and Foto-Frost: Constructing and Deconstructing Judicial Authority in Europe», en POIARES MADURO, M. / AZOULAI, L. (eds.), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, OUP, Oxford, 2010, pp. 192-200; ambos partidarios de su flexibilización. Sin embargo, el asunto *Michaud / Francia* parece demostrar por el contrario una necesaria y estricta aplicación de sus condiciones por los órganos jurisdiccionales nacionales de última instancia.

¹²¹ Vid., por ejemplo, STJUE (GS) de 15 de enero de 2013, *Jozef Krizan y otros*, C-416/10.

¹²² Así lo hicieron, por ejemplo, las empresas demandantes en el procedimiento nacional que dio lugar a las cuestiones prejudiciales planteadas en el asunto *Omega Air*, las cuales interpusieron recursos contra las autoridades responsables de la aviación civil en el Reino Unido e Irlanda a fin de que fuera declarado inaplicable un Reglamento que les perjudicaba, aunque no les afectaba individualmente. Posteriormente, la High Court of Justice decidió suspender el procedimiento y plantear al TJUE las cuestiones prejudiciales que se dilucidaron en este asunto, STJCE de 12 de marzo de 2002, C-27 y 122/00, *Rec.* p. I-2569.

olvidar una profundización en la doctrina de la responsabilidad del Estado por infracción del Derecho de la Unión cuando aquella tiene su origen en los órganos jurisdiccionales internos exigiendo esta responsabilidad ante una simple violación de la obligación de remisión y no sólo si una resolución judicial incumple de manera particularmente grave y manifiesta el Derecho de la Unión¹²³. Por su parte, la Comisión debe controlar vía recurso por incumplimiento no ya sólo del artículo 267 TFUE, sino también de los artículos 47 CDFUE sobre la tutela judicial efectiva y 19, párrafo segundo, TUE en el que expresamente se recuerda los Estados miembros la obligación de establecer vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión, la peculiar aplicación que algunas jurisdicciones nacionales de última instancia hacen de esta teoría, superando definitivamente su absoluta falta de audacia en esta materia¹²⁴.

¹²³ STJCE de 30 de septiembre de 2003, *Köbler*, C 224/01, *Rec.* p. I 10239; de 13 de junio de 2006, *Traghetti del Mediterraneo SpA / Italia*, *Rec.* p. I-5177; de 24 de noviembre de 2011, *Comisión/Italia*, C-379/10, *Rec.* p. I-180. Aunque probablemente careciera de pertinencia, resulta descorazonador que en el asunto C-136/12 *Consiglio nazionale dei geologi* (STJUE de 18 de julio de 2013, aún no publicada en la *Rec.*), ante la cuestión de las circunstancias fácticas y jurídicas en las que la inobservancia por el órgano jurisdiccional nacional del artículo 267 TFUE, párrafo tercero, podría constituir una «infracción manifiesta del Derecho comunitario», el TJUE responda que carecía manifiestamente de pertinencia y resultaba hipotética en el marco del litigio principal, apdo. 35. Y lo más extraño es que lo ampara en que esta cuestión no había sido abordada por ninguna de las partes en el litigio principal cuando todo el fallo gira en torno a la independencia del juez nacional para redactar las cuestiones prejudiciales, *ibid.* Como tantos otros, es necesario que el TJUE arroje luz sobre este principio cuando el origen de la infracción se encuentra en los órganos jurisdiccionales internos.

¹²⁴ La Comisión ha considerado tradicionalmente que el recurso por incumplimiento no constituye un medio adecuado para revisar los fallos de las jurisdicciones nacionales de última instancia, salvo que rechacen sistemáticamente plantear cuestiones prejudiciales, prefiriendo la cooperación y el buen entendimiento, vid. sus respuestas a las preguntas parlamentarias nº 100/67 y nº 349/69 del Sr. Westerterp, *DO*, nº C 20/3, de 14 de febrero de 1970; y nº 608/78 del Sr. Alan Tyrrell, *DO*, nº C 28/8, de 31 de enero de 1979. De ahí que salvo un conato de recurso frente a Suecia, finalmente no presentado, nunca hasta ahora haya planteado un recurso por esta cuestión ante el TJUE. No obstante, los amantes de la historia recordarán a buen seguro el asunto *Cohn Bendit* ante el Consejo de Estado francés, de 22 de diciembre de 1978, y caerán rápidamente en la cuenta de que la falta de planteamiento de cuestiones prejudiciales lejos de ser un hecho anecdótico o casual, ralla en lo sistemático por parte de algunas jurisdicciones supremas.

VI. CONCLUSIONES

Con la doctrina de la protección equivalente el TEDH ha demostrado una deferencia particular para evitar situar a un Estado miembro frente a obligaciones internacionales contradictorias, demostrando una sensibilidad de esta Alta jurisdicción hacia las peculiaridades del proceso de integración europeo, que puede justificarse entre jurisdicciones supremas que garantizan de manera independiente el respeto de los mismos derechos. Salvo en caso de insuficiencia manifiesta, el análisis global de la jurisprudencia del Alto Tribunal de Estrasburgo nos inclina a pensar lo improbable de que esta jurisdicción se desdiga de lo que afirmado en el asunto *Bosphorus* acerca de las necesidades de la integración y la cooperación europeas, necesidades que puedan justificar en determinadas parcelas un estándar sólo equivalente. Ni las razones que dio en aquel asunto para legitimar el principio de transferencia de competencias soberanas a una organización como la Unión desaparecerán por efecto de la adhesión, ni el argumento dirigido a evitar el doble estándar parece plausible teniendo en cuenta las diferencias entre un Estado y una organización internacional. Y es que de aquellas razones, la que parece revestir mayor valor es la importancia que el TEDH otorga a la cooperación internacional, fenómeno que podría verse obstaculizado si sometiera sistemáticamente a escrutinio todos los actos de las organizaciones internacionales de las que son miembros sus Estados partes. Y esta deferencia le ha llevado a aplicar esta doctrina no sólo a la Unión, sino también a otras organizaciones internacionales. Con todo, nos preguntamos si en realidad esta deferencia resulta en cierta medida excesiva y más bien la opción alternativa haría evolucionar este fenómeno de la cooperación internacional institucionalizada hacia procesos dotados de mayores garantías desde la perspectiva de la protección de los Derechos humanos.

SOBRE EL SISTEMA UNIONISTA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA RUPTURA DE LA PRESUNCIÓN DE SU EQUIVALENCIA CON EL CEDH

RESUMEN: Con la doctrina de la protección equivalente el TEDH ha demostrado una deferencia particular para evitar situar a un Estado miembro frente a obligaciones internacionales contradictorias, demostrando una sensibilidad de esta Alta jurisdicción hacia las peculiaridades del proceso de integración europeo, que puede justificarse entre jurisdicciones supremas que garantizan de manera independiente el respeto de los mis-

mos derechos. Salvo en caso de insuficiencia manifiesta, el análisis global de la jurisprudencia del Alto Tribunal de Estrasburgo nos inclina a pensar lo improbable de que esta jurisdicción se desdiga de lo que afirmado en el asunto *Bosphorus* acerca de las necesidades de la integración y la cooperación europeas, necesidades que puedan justificar en determinadas parcelas un estándar de protección de los Derechos humanos sólo equivalente. Ni el argumento dirigido a evitar el doble estándar parece plausible teniendo en cuenta las diferencias entre un Estado y una organización internacional, ni las razones que dio en el asunto *Bosphorus* para legitimar el principio de transferencia de competencias soberanas a una organización como la Unión desaparecerán por efecto de la adhesión. Y es que de aquellas razones, la que parece revestir mayor valor es la importancia que el TEDH otorga a la cooperación internacional, fenómeno que podría verse obstaculizado si sometiera sistemáticamente a escrutinio todos los actos de las organizaciones internacionales de las que son miembros sus Estados partes. Y esta deferencia le ha llevado a aplicar esta doctrina no sólo a la Unión, sino también a otras organizaciones internacionales. Aunque se trata sin duda de una intención laudable, nos preguntamos si en realidad esta deferencia resulta en cierta medida excesiva y más bien la opción alternativa haría evolucionar el fenómeno de la cooperación institucionalizada hacia procesos dotados de mayores garantías desde la perspectiva de la protección de los derechos humanos.

PALABRAS CLAVE: Doctrina de la protección equivalente; insuficiencia manifiesta; *Bosphorus*; *Ullens de Schooten y Rezabek*; *Michaud*; cooperación internacional; adhesión de la UE al CEDH; Mecanismo Europeo de Estabilidad Financiera.

THE UNION SYSTEM OF HUMAN RIGHTS PROTECTION AND THE REVERSAL OF THE PRESUMPTION OF EQUIVALENT PROTECTION TO THAT OF THE ECHR

ABSTRACT: With the equivalent protection doctrine, the ECtHR has shown a particular deference in order to avoid placing Members of international organizations face to conflicting international obligations. Without any doubt, this international Court has demonstrated a great sensitivity to the peculiarities of the European integration process, approach which can be justified between supreme jurisdictions guaranteeing independently respect for the same rights. From an overall analysis of the ECHR Case Law, it can be deduced that except in case of manifest deficiency it seems highly unlikely that the ECtHR backtracks on this doctrine after the EU accession to the ECHR. And this because the arguments stated in *Bosphorus* on the needs of European cooperation and integration will remain valid after accession. As a result, they can justify just an equivalent human rights protection standard in certain areas of EU Law. Neither the argument addressed by the doctrine in order to avoid the double standard seem plausible, given the differences between international organizations and States, nor the reasons given by the ECtHR for the legitimacy of the principle of transfers of powers to an international organizations like the EU will disappear under the effect of EU accession to the ECHR. From these reasons, this of greater value is the importance the ECtHR provides to the international cooperation process, which could be hampered if it proceeded with a systematic review of all acts of international organiza-

tions. This deference has led to apply this doctrine not only to the EU but also to other international organizations. Without any doubt, this is certainly a laudable intention. However, from another perspective this deference is perhaps somewhat excessive. Surely, the alternative option would evolve the phenomenon of international institutional cooperation towards effective promotion and protection of human rights process-oriented.

KEY WORDS: Equivalent protection doctrine; manifest deficiency; *Bosphorus*; *Ullens de Schooten y Rezabek*; *Michaud*; international cooperation; EU accession to ECHR; European Mechanism Stability.

SUR LE SYSTÈME UNIONISTE DE PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME ET LE RENVERSEMENT DE LA PRESOMPTION DE SON EQUIVALENCE AVEC LA CEDH

RÉSUMÉ: Avec la doctrine de la protection équivalente, la Cour EDH a montrée une notable déférence, en évitant de placer un État membre à l'encontre des obligations internationales contradictoires. Et ceci démontre une grande sensibilité de cette juridiction envers les particularités du processus d'intégration européenne, laquelle peut être justifiées entre juridictions suprêmes qui assurent de manière indépendante le respect des mêmes droits. Sauf en cas d'une insuffisance manifeste, l'analyse globale de la jurisprudence de la Haute Cour de Strasbourg nous donne à penser qu'il est peu probable qu'elle aille à l'encontre de ce qu'elle a affirmé dans l'affaire *Bosphorus* sur les besoins de la coopération et de l'intégration européenne, lesquelles peuvent justifier une protection seulement équivalente. L'élimination de la présomption pour éviter le double standard ne semble pas plausible étant donné les différences entre un État et une organisation internationale. D'autre part, les raisons exposées par la Cour EDH dans l'affaire *Bosphorus* pour légitimer le principe du transfert de pouvoirs souverains à une organisation comme l'Union ne vont pas disparaître par effet de l'adhésion. Par contre, c'est le renforcement de la coopération internationale qui semble être de plus grande valeur pour la Cour EDH, phénomène qui pourrait être entravée sous un control systématique de tous les actes des organisations internationales. C'est pour cette raison que la Cour EDH a appliquée cette doctrine non seulement l'Union mais aussi à d'autres organisations internationales. D'un autre point de vue, on se demande si cette déférence est en fait quelque peu excessive et plutôt l'option alternative ferait évoluer ce phénomène de la coopération internationale institutionnalisée vers des processus dotés de plus des garanties sous la perspective de la protection des droits de l'homme.

MOTS CLÉS: Doctrine de la protection équivalente; insuffisance manifeste; *Bosphorus*; *Ullens de Schooten y Rezabek*; *Michaud*; coopération international; adhésion de l'UE à la CEDH; Mécanisme Européen de Stabilité Financière.

