



UNIVERSIDAD DE GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

**LA UNIÓN EUROPEA Y EL
DERECHO INTERNACIONAL DE LOS
DERECHOS HUMANOS**

JOSÉ RAFAEL MARÍN AÍS,

GRANADA 2013,

DIRECTOR, JAVIER ROLDÁN BARBERO

Editor: Editorial de la Universidad de Granada
Autor: José Rafael Marín Aís
D.L.: GR 202-2014
ISBN: 978-84-9028-722-4

El doctorando José Rafael Marín Aís y el director de la tesis Francisco Javier Roldán Barbero garantizamos, al firmar esta tesis doctoral, que el trabajo ha sido realizado por el doctorando bajo la dirección de los directores de la tesis y hasta donde nuestro conocimiento alcanza, en la realización del trabajo, se han respetado los derechos de otros autores a ser citados, cuando se han utilizado sus resultados o publicaciones.

Granada a 10 de abril de 2013

Director/es de la Tesis

Doctorando

Javier Roldán Babero

José Rafael Marín Aís

La presente Tesis Doctoral es presentada para la obtención del Título de Doctor con la mención de Doctor Internacional en el marco del Programa Oficial de Posgrado en Derecho de la Universidad de Granada, bajo la dirección de F. JAVIER ROLDÁN BARBERO, Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Granada.

A Alejandra.

A mis padres, José y Elena.

Agradecimientos

Quisiera dejar constancia, en primer lugar, de mi enorme gratitud hacia todas las instituciones educativas y personas de las que he recibido formación, pues ellas han contribuido de forma más o menos directa a que este trabajo vea la luz.

Entre las personas que han contribuido de una forma esencial a mi labor investigadora, en primer lugar, debo destacar al director de este trabajo, el Prof. Dr. Roldán Barbero, quien ha hecho posible mi carrera universitaria y ha facilitado con sus inteligentes y agudas observaciones, que no se limitan a la mecánica corrección de las sucesivas entregas de la tesis, un espíritu de reflexión científica y humana permanente.

Hago extensiva dicha gratitud al resto de miembros del Departamento de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Granada, y en especial, al Prof. Dr. Liñán Nogueras, cuyo magisterio y afecto se han visto materializados en la formación de este equipo profesional, que posee un sólido espíritu de trabajo científico.

Este agradecimiento también se dirige al Instituto Universitario de Florencia, a la Academia de Derechos Humanos de Venecia, a la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo, y especialmente al Colegio de Europa de Brujas, lugares donde pude desarrollar mi labor investigadora de forma satisfactoria. Un recuerdo para los amigos del Colegio de Europa.

Un recuerdo muy especial para mis padres y a mi familia a quienes dedico este trabajo por todos los esfuerzos que han hecho para que éste sea posible, espero que el desarrollo del mismo sea para ellos recompensa suficiente por haber nacido en un tiempo y lugar donde estudiar, más que una posibilidad, era un privilegio. Por último, la mayor acreedora del desarrollo de este trabajo a nivel emocional es Alejandra, a quien agradezco enormemente el cariño diario, su infinita paciencia, su confianza en mí, y que haya compartido mis numerosos momentos de desaliento.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

Abreviaturas	10
Introducción.	12
a) Exposición de motivos y objetivos.	12
b) Delimitación material y formal de la noción de Derecho internacional de los Derechos humanos a los efectos de su estudio en relación con la Unión Europea. Cuestiones previas.	26
c) Plan de Exposición y estructura formal.	37
Capítulo I: Vinculación y contribución de la Unión Europea a la formación y desarrollo del Derecho internacional de los Derechos humanos.	54
1. Tratados internacionales pendientes de concluir por la Unión Europea: la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos.	56
1.1. <i>Antecedentes de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos.</i>	56
1.1. a) <i>La adhesión como “cuestión histórica” y la competencia externa de la Unión Europea.</i>	56
1.1. b) <i>El control mediato del TEDH sobre el ordenamiento jurídico comunitario y la presunción de protección equivalente establecida por la jurisprudencia Bosporus.</i>	60
1.2. <i>Procedimiento para la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos.</i>	68
1.3. <i>Negociaciones y principales interrogantes de la adhesión de la Unión Europea al CEDH.</i>	72
1.3. a) <i>El respeto de la autonomía y especificidad del ordenamiento de la Unión Europea y la distribución de competencias entre la Unión Europea y sus Estados miembros.</i>	75
1.3. b) <i>La participación de la Unión Europea en la composición de los órganos de control del CEDH.</i>	84
1.3. c) <i>El agotamiento previo de los recursos internos y la necesidad de pronunciamiento previo del TJUE en cuestiones que afectan al Derecho de la Unión.</i>	86
2. Tratados internacionales concluidos por la Unión Europea: la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.	91
2.1. <i>Antecedentes e ideas previas.</i>	91
2.2. <i>La competencia de la Unión Europea para la negociación y manifestación del consentimiento en obligarse en virtud de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.</i>	97

2.3. <i>Concurrencia de competencias de los Estados miembros y de la Unión Europea: el carácter mixto de la Convención. La incorporación de una declaración de competencias.</i>	106
2.4. <i>La participación de la Unión Europea en la negociación y adopción de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.</i>	109
2.5. <i>Autenticación y manifestación del consentimiento en obligarse en virtud de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad por parte de la Unión Europea.</i>	112
2.6. <i>Reflexiones sobre la exportación al ámbito universal del modelo de protección de los derechos de las personas con discapacidad de la Unión Europea.</i>	116
2.7. <i>Participación de la Unión Europea en los mecanismos de control y seguimiento de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.</i>	121
2.8. <i>¿Inicio de una nueva etapa para la protección internacional de los Derechos humanos en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea?</i>	125
3. La adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos y la conclusión por la Unión Europea de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ¿Casos aislados o manifestaciones de una nueva tendencia en la protección internacional de los Derechos humanos en el ordenamiento de la Unión Europea?	128
3.1. <i>Posibles razones político-jurídicas que militan en favor de la conclusión por parte de la Unión Europea de tratados internacionales para la protección de los derechos humanos.</i>	133
3.2. <i>Posibles fundamentos jurídicos de la competencia externa de la Unión Europea para la conclusión de tratados internacionales para la protección de los derechos humanos.</i>	142
3.3. <i>Algunos tratados internacionales para la protección de los derechos humanos cuya conclusión podría plantearse la Unión Europea dentro del respeto al principio de atribución de competencias.</i>	149
3.4. <i>Reflexiones finales en cuanto a la asunción de obligaciones por parte de la Unión Europea en materia de protección internacional de los derechos humanos por vía convencional: límites a la lógica del “cuanto más mejor”.</i>	162
4. La contribución de la Unión Europea al desarrollo de normas consuetudinarias relativas a la protección de los derechos humanos.	168
4.1. <i>Breve recorrido por la promoción de la protección internacional de los derechos humanos en la Acción Exterior de la Unión Europea.</i>	168
4.2. <i>Vinculación y contribución de la Unión Europea a la formación y desarrollo de normas consuetudinarias relativas a la protección internacional de los derechos humanos.</i>	175
4.3. <i>Reflexiones finales: el eterno retorno sobre la vieja cuestión de la legitimidad.</i>	185

5. ¿Sucesión funcional de la Unión Europea respecto de las obligaciones internacionales de los Estados miembros en materia de protección internacional de los Derechos Humanos?	193
Capítulo II: Recepción, jerarquía y aplicación del Derecho internacional de los Derechos humanos en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea.	204
1. Recepción del Derecho internacional de los Derechos humanos en el Derecho de la Unión Europea.	205
2. Rango jerárquico del Derecho internacional en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea.	217
2.1. <i>Primacía del Derecho internacional convencional de la Unión Europea sobre el Derecho interno de los Estados miembros.</i>	219
2.2. <i>Primacía del Derecho internacional convencional de la Unión Europea y del Derecho internacional consuetudinario sobre el derecho derivado.</i>	234
2.2.a) <i>Primacía del Derecho internacional convencional de la Unión Europea sobre su derecho derivado.</i>	234
2.2.b) <i>Una manifestación atenuada de la primacía del Derecho internacional convencional sobre el derecho derivado de la Unión Europea: el deber de interpretación conforme.</i>	242
2.2.c) <i>Peculiaridades de la primacía del Derecho internacional consuetudinario de ámbito general sobre el derecho derivado de la Unión Europea.</i>	245
2.2.d) <i>Precisiones finales sobre la primacía, respecto del derecho derivado de la Unión Europea, del Derecho internacional convencional y consuetudinario en materia de derechos humanos.</i>	248
2.3. <i>Las relaciones entre el Derecho internacional convencional y consuetudinario y el Derecho originario de la Unión.</i>	250
3. Eficacia directa de las disposiciones contenidas en los acuerdos internacionales concluidos por la Unión Europea.	274
3.1. <i>Cuestiones previas: aplicabilidad directa de los acuerdos internacionales, resoluciones de organizaciones internacionales y otras normas internacionales. Nociones de self-executing, invocabilidad, justiciabilidad y eficacia directa del Derecho internacional convencional.</i>	274
3.2. <i>Reconocimiento o no de eficacia directa a las disposiciones de los acuerdos internacionales concluidos por la Unión Europea en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.</i>	278
4. Estatus en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea de los acuerdos internacionales sobre derechos humanos concluidos únicamente por los Estados miembros.	294
4.1. <i>Consideraciones iniciales: la tradicional ausencia de sustantividad jurídico-internacional propia en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea de los</i>	

<i>acuerdos internacionales en materia de derechos humanos concluidos solo por los Estados miembros.....</i>	294
<i>4.2. El criterio de los Abogados Generales en relación con los tratados internacionales sobre derechos humanos concluidos únicamente por los Estados miembros.....</i>	309
<i>4.3. Repercusiones de la distinción entre los acuerdos internacionales sobre derechos humanos concluidos por todos los Estados miembros y aquellos concluidos por un grupo de Estados miembros. Eficacia y potencial en el ordenamiento jurídico de la Unión a la luz del artículo 53 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.....</i>	317
<i>4.4. Reflexiones en torno a los principios generales del derecho de la Unión y la costumbre internacional en materia de derechos humanos en el seno del ordenamiento jurídico de la Unión Europea.....</i>	329
<i>4.5. Aplicabilidad y potencial per se en el ordenamiento de la Unión Europea de los acuerdos internacionales de derechos humanos concluidos únicamente por los Estados miembros. Consideraciones a la luz de los principios de buena fe y cooperación leal.....</i>	332
Capítulo III: Ejecución en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea de acuerdos internacionales concretos destinados a la protección internacional de los derechos humanos. Los casos de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.....	337
1. Consecuencias de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para la Unión Europea y su ordenamiento jurídico.....	338
<i>1.1. Consideraciones iniciales: reparto de los efectos de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad entre la Unión Europea y sus Estados miembros.....</i>	338
<i>1.2. Exigencias de la unidad de representación internacional de la Unión Europea y directrices para la aplicación de la Convención: la adopción de un Código de conducta.....</i>	342
<i>1.3. Ejecución normativa y judicial de la Convención en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea.....</i>	346
<i>1.4. La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el contexto del Derecho internacional de los Derechos Humanos y su aplicabilidad en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea. Consideraciones finales.....</i>	361
<i>1.5. Aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en los Estados miembros: el caso de España.....</i>	368
2. Ejecución en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea del Convenio Europeo de Derechos Humanos.....	377

2.1. Consideraciones iniciales: aplicación normativa y judicial del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico de la Unión en vísperas de la adhesión.	377
2.2. Repercusiones para el ordenamiento jurídico de la Unión Europea derivadas de su adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos.....	381
2.3. ¿Distribución de la responsabilidad internacional pasiva derivada del Convenio Europeo de Derechos Humanos entre la Unión Europea y sus Estados miembros en la aplicación y ejecución del Derecho de la Unión?.....	385
2.3. a) La institución facultativa del codemandado.	389
2.3. b) La ejecución de las Sentencias del TEDH en el ordenamiento jurídico de la Unión.	399
2.4. Algunos ámbitos procesales, institucionales y materiales del Derecho de la Unión cuya compatibilidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos suscita dudas.....	407
3. La aplicación en el ordenamiento de la Unión Europea mediante actos jurídicos autónomos de un tratado internacional sobre derechos humanos en que todos sus Estados miembros son parte: el caso de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.....	416
3.1 La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y otros instrumentos internacionales y europeos relevantes para la protección de los derechos de la infancia en el ordenamiento de la Unión Europea.....	416
3.1. a) Relevancia de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y de otros instrumentos internacionales en el ordenamiento de la Unión Europea. Las novedades del Tratado de Lisboa.....	420
3.1. b) Instrumentos adoptados en el ámbito del Consejo de Europa de interés para la protección de los derechos de la infancia en la Unión Europea.....	426
3.2 La aplicación normativa y judicial de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y de otros instrumentos internacionales y europeos relevantes para la protección de los derechos de la infancia en el ordenamiento de la Unión Europea.....	430
3.3 La protección y promoción de los derechos de la infancia en la acción exterior de la Unión Europea.....	449
Conclusiones.....	455
Bibliografía citada:.....	473
Documentos, tratados internacionales y otros actos jurídicos:.....	519
Índice de Jurisprudencia:	548
Apéndice sobre la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos	572
Résumé et Conclusions en Français	576

Abreviaturas

ACP	Países de África, Caribe y Pacífico
ACTA	Acuerdo Comercial de Lucha contra la Falsificación
AGNU	Asamblea General de Naciones Unidas
AETR	Acuerdo europeo relativo al trabajo de los conductores de vehículos que efectúan transportes internacionales por carretera
APDIC	Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio
B.O.E.	Boletín Oficial del Reino de España
CDDH	Comité Director de Derechos Humanos del Consejo de Europa
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CDN	Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño
CDPD	Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CEEA	Comunidad Europea de la Energía Atómica
CERMI	Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad
CETS	Council of Europe Treaty Series
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CITES	Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres
CPJI	Corte Permanente de Justicia Internacional
CSCE	Conferencia para la Seguridad y la Cooperación en Europa
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
FAO	Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación
FRONTEX	Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea

GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio
GRETA	Grupo de expertos sobre la lucha contra la trata de seres humanos
JAI	Justicia y Asuntos de Interior
KFOR	<i>Kosovo Force</i>
MEDE	Mecanismo Europeo de Estabilidad
MINUK	Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMC	Organización Mundial de Comercio
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OSCE	Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa
OTAN	Organización del Tratado del Atlántico Norte
PESC	Política Exterior y de Seguridad Común
PCSD	Política Común de Seguridad y Defensa
PNR	<i>Passenger Name Record</i>
RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo
RGDE	Revista General de Derecho Europeo
SWIFT	Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication
TC	Tribunal Constitucional de España
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TPI	Antiguo Tribunal de Primera Instancia (actualmente Tribunal General de la Unión Europea)
TUE	Tratado de la Unión Europea
UNICEF	Fondo de Naciones Unidas para la Infancia
UE	Unión Europea

Introducción.

“La convicción de que una vez que se hayan eliminado los últimos obstáculos (ignorancia e irracionalidad, alienación y explotación, y sus raíces individuales y sociales) se iniciará por fin una verdadera historia humana, es decir, una cooperación universal armoniosa, es una forma secular de lo que constituye sin duda una necesidad permanente de la humanidad. Pero, si es cierto que no todos los fines humanos últimos son necesariamente compatibles, quizá sólo puede haber opciones no regidas por un principio decisivo, algunas de ellas dolorosas, tanto para el agente como para otros. De esto seguiría que la creación de una estructura social que evitase, como mínimo, alternativas moralmente inadmisibles y fomentase, como máximo, la solidaridad activa en la persecución de objetivos comunes, tal vez fuese lo mejor que pudiesen pretender alcanzar los seres humanos, si no se reprimen así demasiados objetivos humanos igualmente válidos”¹.

a) Exposición de motivos y objetivos.

Cualquier intento de aproximación a la realidad de carácter metajurídico que constituye el discurso relativo a la protección de los derechos humanos debe partir de la consideración de que esta parcela -que refleja algunas de las más elevadas aspiraciones ligadas a la noción de dignidad humana, de carácter moral e ideal, sobre todo, que el ser humano pretende alcanzar tanto en su dimensión individual como colectiva- también entraña un número nada desdeñable de riesgos y peligros que deben advertirse: desde la ideologización o instrumentalización del discurso de la protección de los derechos humanos, pasando por la demagogia o el cinismo más o menos disimulados², hasta su empleo maquiavélico, quijotesco o naif, el esnobismo, su banalización, o la en

¹ I. BERLIN, *El fuste torcido de la humanidad. Capítulos de historia de las ideas*, Ediciones Península, 3ª Edición, Barcelona, 1998, p. 220.

² Véase, M. KOSKENNIEMI, “Between Commitment and Cynism: Outline for a Theory of International Law as Practice” en *Collection of Essays by Legal Advisers of States, Legal Advisers of International Organisations and Practitioners in the Field of International Law*, Servicio de Publicaciones de Naciones Unidas, Nueva York, 1999, pp. 495-523, disponible en: <http://www.un.org/law/books/CollectionOfEssaysByLegalAdvisers.pdf>

ocasiones fatua retórica sentimental... Prácticamente toda postura que se enfrenta a este fenómeno implica un cierto e inevitable grado tanto de politización como de idealismo³, conceptos estos dos últimos que no tienen por qué ser necesariamente negativos.

Conscientes de estos riesgos -incluso tentaciones- y de la facilidad con que se entronca con ellos desde cualquier perspectiva, el presente trabajo tendrá una orientación principal y predominantemente jurídica y, asimismo firmemente comprometida con el ideal de la protección de los derechos humanos y su realización efectiva en la más ambiciosa de las dimensiones posibles. Este compromiso no puede sostenerse desde la neutralidad ni asepsia axiológica, claro está. No debe olvidarse, que la ciencia jurídica es, ha sido y será, una ciencia humana, con todas las limitaciones que ambos vocablos, por separado y como conjunto, conllevan⁴. Como apuntaba RODRÍGUEZ IGLESIAS la ciencia del Derecho y la aplicación del Derecho no pueden ser radicalmente disociadas, aun cuando en la actividad científica predomina la función de conocimiento sobre la práctica orientada a la solución de problemas concretos. Por tanto, una solución de encuentro entre ambas dimensiones resulta imprescindible en el presente trabajo⁵.

El Derecho internacional de los Derechos humanos aspira, en su filosofía más profunda, a la utópica tarea de convertir a cada ser humano individual en un fin en sí mismo, y no en un medio para el logro de otros fines cualesquiera. Es interesante resaltar desde el primer momento que el Derecho internacional de los Derechos humanos configura un *sistema normativo de carácter objetivo* que constituye la expresión de un interés común que todos los Estados y sujetos de Derecho internacional están obligados a respetar y promover⁶.

³ Ya sea a nivel consciente o inconsciente.

⁴ “Aunque el paradigma científico aplicado a las ciencias sociales se ha debilitado, todavía este adjetivo es un apelativo virtuoso y digno de ser reclamado como antónimo de “metafísico”, “abstracto”, “especulativo”...Justamente, se ha dicho corrientemente que la moral pertenece a la esfera de lo privado, de lo íntimo, en tanto que el Derecho, en cambio, supone una exteriorización y objetivación de las conductas”. Véase J. ROLDÁN BARBERO, “El consentimiento del Estado y la formación de los acuerdos internacionales”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004/2005, pp. 782-783.

⁵ G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, “Funciones de la doctrina en el Derecho Internacional”, en M. MEDINA, R. MESA, P. MARIÑO (coords.), *Pensamiento Jurídico y Sociedad Internacional -Libro-Homenaje al profesor D. Antonio Truyol Serra-*, Vol. II, Madrid, 1986, pp. 1067-1068.

⁶ Véase S. RIPOL CARULLA “La conciencia de la humanidad”, en A. J. RODRIGO, C. GARCÍA (eds.), *Unidad y Pluralismo en el Derecho internacional Público y en la Comunidad internacional, Coloquio en Homenaje a Oriol Casanovas, Barcelona, 21-22 de mayo de 2009*, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 472-494. El alcance general de la obligación de promover la protección universal de los derechos humanos puede inferirse tanto de la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas, *Declaración sobre los principios de Derecho internacional referentes a la relaciones de amistad y cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*, de 24 de octubre de 1970, A/RES/2625

¿Por qué estudiar la protección de los derechos humanos desde una perspectiva que tiene a la Unión Europea en el centro del objeto y sujeto de estudio y al Derecho internacional de los Derechos humanos como principal instrumento analítico? Entre las múltiples razones que justifican la intersección que se propone entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho internacional de los Derechos humanos, como principal herramienta metodológica del presente trabajo, amén de las que se irán descubriendo a lo largo del mismo, podemos citar:

- 1- *Una primera razón estiba en determinar si el Derecho de la Unión Europea posee a nivel de su Derecho originario una cláusula de apertura al Derecho internacional de los Derechos humanos, similar a las existentes en las constituciones nacionales de algunos de sus Estados miembros⁷; así como en verificar si las instituciones de la Unión y los Estados miembros poseen cuando interpretan y ejecutan el Derecho de la Unión un deber de interpretación conforme del mismo a los objetivos del Derecho internacional de los Derechos humanos. ¿En este orden de ideas, tienen los tratados internacionales de derechos humanos que vinculan a los Estados miembros un estatuto jurídico diferenciado con respecto al previsto para el resto de normas convencionales en el Derecho de la Unión?⁸*

(XXV), como de la Observación General N° 31 del Comité de Derechos Humanos relativa a la *Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, 80 ° Período de Sesiones, 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, apartado 2. Como la Corte Internacional de Justicia (CIJ) ha tenido ocasión de señalar, no todos los métodos son válidos para asegurar el respeto de los derechos humanos. Recuérdese el apartado 268 de su Sentencia de 27 de junio de 1986, *Asunto de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y en contra de Nicaragua*, Rec. 1986, p. 134: “*In any event, while the United States might form its own appraisal of the situation as to respect for human rights in Nicaragua, the use of force could not be the appropriate method to monitor or ensure such respect. With regard to the steps actually taken, the protection of human rights, a strictly humanitarian objective, cannot be compatible with the mining of ports, the destruction of oil installations, or again with the training, arming and equipping of the contras. The Court concludes that the argument derived from the preservation of human rights in Nicaragua cannot afford a legal justification for the conduct of the United States, and cannot in any event be reconciled with the legal strategy of the respondent State, which is based on the right of collective self-defence*”.

⁷ Véanse el artículo 10. 2 de la Constitución Española de 1978, o el artículo 16 de la Constitución de Portugal de 1976. A título ilustrativo puede reproducirse el artículo 20 de la Constitución de Rumanía de 1991: “*Article 20 (1) Constitutional provisions concerning the citizens' rights and liberties shall be interpreted and enforced in conformity with the Universal Declaration of Human Rights, with the covenants and other treaties Romania is a party to. (2) Where any inconsistencies exist between the covenants and treaties on the fundamental human rights Romania is a party to, and the national laws, the international regulations shall take precedence, unless the Constitution or national laws comprise more favourable provisions*”.

⁸ Se ha dicho que numerosos Estados miembros de la Unión Europea han alcanzado mediante su práctica judicial interna resultados equiparables a los obtenidos en España mediante la aplicación del artículo 10. 2

2-*Ante el desbordamiento del marco constitucional estatal en materia de derechos fundamentales y ante las dificultades crecientes que la noción de tradiciones constitucionales comunes presenta*⁹, en parte como una consecuencia de las sucesivas ampliaciones de la Unión, parece sensato que el juez comunitario deba explorar en mayor medida las posibilidades que el Derecho internacional de los Derechos humanos ofrece en la aplicación del Derecho de la Unión. Cuando se habla de protección de los derechos humanos en la época actual, el marco constitucional estatal se halla cada vez más limitado y sobrepasado por los acontecimientos; en este sentido se habla de que la protección de los derechos humanos ya no es una cuestión reservada al dominio exclusivo de los Estados, sino que progresivamente se ha ido estableciendo un derecho y un deber de vigilancia por parte de la Comunidad internacional, que puede llegar a ser incluso de injerencia, con arreglo a los lábiles principios de solidaridad y subsidiariedad. Sabido es que el modelo “pretoriano” de protección de los derechos humanos fundamentales articulado en su jurisprudencia por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE¹⁰) se ha nutrido de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros para identificar aquellos derechos fundamentales que merecían ser tutelados en calidad de principios generales en el Derecho de la Unión. Lógicamente las normas constitucionales relativas a la protección de los derechos fundamentales en los Estados miembros están fuertemente mediatizadas por el Derecho internacional de los Derechos humanos. El recurso al Derecho internacional de los Derechos humanos a nivel

de la Constitución Española: “*Se trata de ordenamientos que no han plasmado positivamente en sus textos constitucionales o Leyes Fundamentales la fórmula contenida en el artículo 10.2, pero no por ello se han podido sustraer al reconocimiento de que la interpretación de las normas internas sobre la materia, conforme a lo establecido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no es sino una consecuencia obligada y un resultado lógico de las crecientes exigencias de este sector del ordenamiento internacional, cuyas normas no sólo son cada vez más detalladas, sino que a su vez presentan más frecuentemente un carácter self-executing, y que no benefician ni se dirigen a los Estados, sino a los particulares, enriqueciendo su patrimonio jurídico, por lo que no es de extrañar que, de manera cada vez menos aislada, demanden que sea preservado por los órganos judiciales internos*”, C. F. PONCE MARTÍNEZ, *Tribunal Constitucional y Tratados de Derechos Humanos*, Egido, Zaragoza, 2002, pp. 139-144.

⁹ Ésta es una apreciación del autor a modo de hipótesis o asunción de partida sujeta, por tanto, a una presunción rebatible *iuris tantum*.

¹⁰ Con esta denominación nos referiremos tanto a la institución (Tribunal de Justicia de la Unión Europea) como al órgano jurisdiccional principal del sistema jurisdiccional de la Unión Europea (Tribunal de Justicia), véase la redacción del artículo 19 TUE.

constitucional ha sido, además, especialmente necesario en aquellos de los Estados miembros incorporados en las recientes y venideras ampliaciones de la Unión hacia Europa Central y Oriental¹¹, que en muchos casos han iniciado hace muy escasas décadas una transición hacia su conversión en Estados democráticos y de Derecho, donde los derechos humanos sean una auténtica realidad normativa¹². Lógicamente, en esta situación y ante la previsible

¹¹ Véase F. BENOÎT-ROHMER, “L’application de la Convention Européenne des Droits de l’homme dans les pays d’Europe centrale et orientale”, en *Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan—Libertés, Justice, Tolérance-*, Vol. I, Bruylant, Bruselas, 2004, pp. 218-237.

¹² Un asunto ilustrativo de este estado de cosas que se planteó tanto ante el TJUE como ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo TEDH), es el conocido como *Estrella Roja*, originado en Hungría. En este asunto el TEDH ponderó significativamente el hecho de que la incorporación a la Unión Europea minimizara el riesgo de restauración de la dictadura comunista, aunque, este dato no es *per se* garantía suficiente de que no puedan surgir otros riesgos de totalitarismo. Este caso tiene su origen en los procedimientos penales iniciados contra Attila Vajnai, a la sazón vicepresidente del Partido de los Trabajadores de Hungría. El Sr. Vajnai fue perseguido penalmente por haber exhibido ante un público numeroso, durante una manifestación organizada en Budapest en 2003, una estrella roja de cinco puntas de cartón de un diámetro de 5 cm. Estos hechos supusieron la imposición de una pena de prisión de un año. El condenado recurrió la pena impuesta y el órgano jurisdiccional superior decidió suspender el procedimiento y formular al TJUE una cuestión prejudicial, para preguntar básicamente si la disposición del Código Penal húngaro que sancionaba la utilización pública de dicho símbolo era compatible con el principio comunitario de no discriminación. El Tribunal de Justicia constató su falta de competencia absoluta en relación con los hechos que plantearon el litigio, al no estar según su criterio la normativa nacional húngara comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, ni presentar el objeto del litigio ningún elemento de conexión con ninguna de las situaciones contempladas en las disposiciones de los tratados. Por pueril que pueda resultar el ejemplo piénsese cuán diversa habría sido la respuesta del TJUE en el supuesto de haberse planteado el litigio respecto de una hipotética prohibición de la comercialización de alguna de las conocidas marcas de cerveza que emplean la estrella roja de cinco puntas como emblema comercial. En absoluto modificó la posición del TJUE el hecho, esgrimido por el tribunal remitente, de que en la República de Italia se permita que los partidos políticos de izquierda empleen sin estar sujetos a prohibición alguna, símbolos del movimiento obrero como la estrella roja. Lógicamente el pasado histórico nacional pesa en este tipo de asuntos y no es fácil posicionarse para un tribunal de ámbito supranacional. No obstante, el TEDH condenó a Hungría por violación del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Deben verse el Auto del TJUE de 6 de octubre de 2005, *Attila Vajnai*, asunto C-328/04, Rec. 2005, p. I-8577; así como la Sentencia del TEDH de 8 de julio de 2008, *Vajnai c. Hungría*, Recurso nº 33629/06. Del mismo modo puede producir perplejidad la lectura de la doble pregunta recientemente formulada por un tribunal de Rumanía en vía prejudicial al TJUE: A) “¿Infringe lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 221/2009 -en su versión modificada por el Tribunal Constitucional de Rumanía mediante resolución 1358, de 21 de octubre de 2010- el artículo 5 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos?”, B) “¿Se oponen el artículo 5 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos a una normativa nacional que permite limitar el derecho a recibir una reparación por el perjuicio moral sufrido de una persona que ha sido objeto de una condena política en virtud de una decisión contraria a disposiciones legales?”. Debe verse la Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunalul Argeş (Rumanía) el 20 de septiembre de 2011, *Boncea y otros c. Estado rumano representado por el Ministerio de Hacienda*, asunto C-483/11, (pendiente de publicación), Rec. 2011. Sorprende, cuando menos, en un doble sentido: por la tentativa de buscar auxilio político en el TJUE y por la búsqueda de una reprobación externa en materia de derechos humanos al propio Tribunal Constitucional rumano, que aparentemente había cerrado la posibilidad de indemnización por los perjuicios morales sufridos a personas condenadas por razones políticas durante el régimen de Nicolae Ceaucescu. El TJUE se declaró manifiestamente incompetente para resolver estas cuestiones, véase el Auto del TJUE de 14 de diciembre de 2011, *Boncea y otros c. Estado rumano*

insuficiencia de la noción de tradiciones constitucionales comunes, parece inevitable que el juez comunitario deba rastrear en mayor medida entre las obligaciones internacionales comunes y no comunes a los Estados miembros en materia de derechos humanos, ante cualquier tentativa de un desarrollo autónomo propio del ordenamiento jurídico de la Unión en materia de derechos fundamentales que pretenda resultar coherente. Uno de los propósitos del presente trabajo será explorar las vías que el Derecho de la Unión ofrece y puede ofrecer en este sentido.

3- *En sus relaciones con el resto del mundo la Unión Europea tiene el objetivo de promover la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos en armonía con el Derecho internacional general. En sentido amplio, la conceptualización y desarrollo de la protección de los derechos humanos presente en el modelo regional europeo parece la mejor candidata para ser reproducida e inspirar en mayor medida el modelo universal*¹³. Además, *la pervivencia ad intra del propio modelo regional europeo de protección de los derechos fundamentales parece estar cada día más supeditada al éxito en la realización de dicho objetivo en el contexto de una vertiginosa globalización económica contrapuesta a una pausada globalización jurídica*¹⁴. Con la reforma del Derecho originario de la Unión efectuada por el Tratado de Lisboa, la protección de los derechos humanos, con especial mención a los derechos del niño, así como el estricto respeto y la contribución al desarrollo del Derecho internacional general, se convierten en objetivos explícitos y centrales de la Unión Europea en sus relaciones exteriores¹⁵. De este enfoque

representado por el Ministerio de Hacienda, asuntos acumulados C-483/11 y C-484/11, (pendiente de publicación), Rec. 2011.

¹³ Dicha afirmación traduce una creencia de partida del autor.

¹⁴ *Ibid.* Como sostiene REMIRO BROTONS, la expresión *globalización* alude de hecho, por sí sola y sin adjetivar, a la globalización económica, a aquélla de las transacciones relativas a bienes, servicios y capitales. Su contrapeso debería venir, para lograr el equilibrio sin dar marcha atrás, de la mano de una *mundialización política y jurídica* equiparable mediante la mayor institucionalización de la sociedad internacional. Ello salvo que se defienda un orden internacional e interno donde el poder público quede confinado al mantenimiento del orden público y la mera beneficiencia, véase A. REMIRO BROTONS, “Crisis global y respuesta mundial”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 14, 2010, pp. 23-40. Con estas limitaciones se habla de *globalización jurídica*.

¹⁵ Véase el artículo 3.5 TUE. Igualmente reveladora es la ambiciosa redacción del artículo 21.1 TUE que establece como principios que debe afirmar y fomentar la Unión Europea en el resto del mundo: “*la democracia, el Estado de Derecho, la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, el respeto de la dignidad humana, los principios de igualdad y solidaridad y el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del Derecho internacional*”. Buena dosis

parece inferirse que el modelo regional europeo de protección de los derechos fundamentales¹⁶ sólo podrá sobrevivir si, en concurrencia con otros modelos regionales, sistemas de protección y modos de concebir los derechos humanos, logra consolidarse a nivel universal. Siguiendo la lógica de la evolución por selección natural darwiniana, parece que el modelo universal de protección de los derechos humanos está destinado a ser una proyección global de aquél de los regímenes particulares que teniendo una mayor aptitud de adaptación logre consolidarse e implantarse con carácter general (lógicamente con ciertas modificaciones con respecto al modelo regional original)¹⁷. De este enfoque de partida de la Unión Europea podría extraerse la idea de que el modelo universal final no será el producto de un mestizaje, o de una ósmosis entre los modelos regionales en liza, sino más bien un modelo surgido a imagen y semejanza del modelo particular que logre persuadir a los demás de su mayor necesidad y conveniencia para la garantía de los derechos humanos a nivel planetario. Para configurar un modelo global que constituya una expresión fiel de los valores e intereses particulares de la Unión Europea y sus Estados miembros, primero, debe proyectarse en el exterior la convicción de que dicho modelo funciona bien para la mayoría de los ciudadanos, y para lograr dicho objetivo debe comenzarse por lograr un amplio grado de

de esta responsabilidad corresponderá al recientemente nombrado Representante Especial de la Unión Europea para los Derechos Humanos y su equipo. Stavros Lambrinidis, ha recibido mandato para este puesto hasta el 30 de junio de 2014, a propuesta de la Alta Representante de la Unión Europea para la Política Exterior y de Seguridad Común de la Unión Europea, Catherine Ashton. Sin perjuicio de las funciones de ésta, el Representante Especial de la Unión Europea para los Derechos Humanos tendrá como cometido reforzar la eficacia y la notoriedad de la política de derechos humanos de la Unión y contribuir a la realización de sus objetivos en este campo. Véase la Decisión 2012/440/PESC del Consejo, de 25 de julio de 2012, por la que se nombra al Representante Especial de la Unión Europea para los Derechos Humanos, D.O.U.E. Serie L 200/21, de 27 de julio de 2012.

¹⁶ Cuando se habla de modelo regional europeo de protección de los derechos fundamentales se hace en sentido amplio incluyendo: el modelo de protección de los derechos fundamentales de la Unión Europea; el sistema de protección de los derechos humanos en el Consejo de Europa con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su cúspide; y el conjunto de sistemas constitucionales de protección de los derechos fundamentales de los Estados miembros de la Unión Europea.

¹⁷ “A universal system would result from the global projection of one of these regional systems. Which system prevailed would depend not on the intrinsic merit of the system but on the power of the particular region by which it was projected [...] The existence of a universal system has thus to be divorced from the particular method by which it came about”. No compartimos totalmente esta idea señalada por el juez M. SHAHABUDEEN, ya que el sistema que se proyecte a nivel universal no tiene por qué traducir necesariamente el sistema particular de una región dependiendo del grado de poder de ésta, además, y ello forma parte del propósito de este trabajo, creemos que la consolidación global de la proyección de un modelo regional sí dependerá en buena medida de la valía intrínseca de ese modelo particular, y sobre todo, de la capacidad de persuasión y de generar estímulos e incentivos favorables a dicho modelo en el resto de regiones del mundo. Véase M. SHAHABUDEEN, “The Evolution of the Global Legal Framework”, en M. SHAHABUDEEN (ed.), *Boutros Boutros-Ghali Amicorum Discipulorumque Liber: Paix, Développement, Démocratie*, Vol. 1, Bruylant, Bruselas, 1998, pp. 704-705.

convicción doméstica. Por supuesto el modelo triunfante no permanecerá tampoco puramente en su estatus genuino. Como presupuesto *ab initio* del presente trabajo consideraremos que el modelo europeo de protección de los derechos fundamentales es el mejor candidato¹⁸ para encarnarse como exponente universal de la protección de los derechos humanos¹⁹. De poco servirá a la Unión Europea posicionarse en este terreno como poseedor de la verdad única, o de dogmas insalvables, como tampoco le servirá tratar de imponer su visión desde un punto de vista estrictamente normativo. Más útil puede ser un intento sereno por convencer a otros actores internacionales de que los intereses propios o egoístas son los que convergen en mayor medida con los intereses ajenos y, sobre todo con los intereses comunes, mediante una estrategia basada en el multilateralismo y el apoyo a las instituciones internacionales que se encargan de la protección de los derechos humanos²⁰. Este alegato no puede derivar en una defensa a ultranza de la primacía del derecho del *hegemón*, pero parte del innegable origen eurocéntrico del

¹⁸ Desde luego la Unión Europea no está exenta de críticas que no ven coherencia en su política como pretendido “actor global” en materia de promoción de los derechos humanos. Las principales críticas se dirigen a la ausencia de una verdadera agenda normativa para la protección de los derechos humanos, así como hacia su excesivo énfasis en los intereses propios, estratégicos y guiados por el modelo funcionalista de integración económica, con una cada vez mayor preponderancia de la filosofía neoliberal centrada en la liberalización y apertura de nuevos mercados. Véase R. BURCHILL, “Assessing the EU’s position on human rights. Is it a desirable one?”, en J. E. WETZEL (ed.), *The EU as a “Global Player” in Human Rights?*, Routledge Research in Human Rights Law, 2011, pp. 17-31.

¹⁹ En relación con la influencia que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ejerce sobre la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha dicho: “*En todo caso, lo que se puede constatar es que la influencia del TEDH trasciende las fronteras del sistema regional europeo, a tal grado que se puede decir que su jurisprudencia constituye una fuente material de destacada relevancia en el ámbito americano, pues al incorporarse a la jurisprudencia de la Corte IDH, configura formalmente los ordenamientos jurídicos de este continente. Se está entonces ante un fenómeno de la globalización jurídica que, probablemente, será cada vez más acusado, también porque es de esperar que la Corte IDH comience a conocer un número mayor de temas que ya han sido tratados en el TEDH*”, véase A. GARRO, “La influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ejercicio de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Cuestiones Constitucionales*, n° 20, Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, pp. 191-227. En este sentido debe saludarse positivamente como paso incipiente la reciente adopción, el 19 de noviembre de 2012, de una Declaración de Derechos Humanos por los Jefes de Estado y de Gobierno de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN). Debe verse la Declaración de la Alta Representante de la Unión Europea para la Política Exterior y de Seguridad Común de la Unión Europea, Catherine Ashton, disponible en: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_Data/docs/pressdata/EN/foraff/133682.pdf

²⁰ Precisamente según DE BÚRCA lo que más caracteriza a la Unión Europea como actor internacional no es el trasvase de sus principios y valores en mayor medida que sus intereses, ni tampoco el predominio del *soft power* sobre el *hard power*, ni su mayor virtuosismo normativo. En su opinión, lo más característico es la tendencia a actuar colectivamente más que unilateralmente, así como el afán de establecer sistemas estables de gobernanza, véase G. DE BÚRCA, *EU External Relations: the Governance Mode of Foreign Policy*, Serie Unión Europea y Relaciones Internacionales, CEU Publicaciones, n° 62, 2012, disponible en: [http://www.idee.ceu.es/Portals/0/Publicaciones/Docuweb%2062%20UE%20\(2\).pdf](http://www.idee.ceu.es/Portals/0/Publicaciones/Docuweb%2062%20UE%20(2).pdf)

Derecho internacional de los Derechos humanos ²¹ , sin pretender necesariamente perpetuar el predominio de que hasta la fecha vienen gozando en el orden internacional los elementos occidentales, liberal-capitalistas, judeo-cristianos e, incluso, masculinos²². Este postulado parte, más bien, de la idea de que únicamente la universalización del Derecho internacional de los Derechos humanos permite, en el contexto de la globalización, la preservación de la diversidad humana, debido a la inherente tolerancia hacia la diferencia de este sector del Derecho internacional, con los límites intrínsecos ligados a la noción de dignidad humana. En este sentido, la principal divergencia existente entre los textos de derechos humanos elaborados a nivel regional de los Estados árabes e islámicos y los documentos universales y europeos sobre protección de derechos humanos radica precisamente en la fundamentación teológica de los primeros frente al planteamiento antropocéntrico de los segundos. En la práctica, en el contexto de estos países, la libertad religiosa (especialmente en lo que respecta al cambio de religión), la educación o la igualdad entre el hombre y la mujer, son algunas de las cuestiones que mayores dificultades plantean para la conceptualización universal de los derechos humanos²³. No obstante, no puede plegarse ante el relativismo

²¹ Véase C. LEBEN, “Y a-t-il une approche européenne des droits de l’homme?”, en P. ALSTON, M. BUSTELO, J. HEENAN (eds.), *L’Union Européenne et les Droits de l’Homme*, Bruylant, Bruselas, 2001, pp. 71-98. Desde el primer intento de internacionalizar la protección de los derechos humanos queda patente la fuerte inspiración europea y occidental, con la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos el 10 de diciembre de 1948 adoptada en París por la Asamblea General de Naciones Unidas. En palabras de GÓMEZ ISA: “Contó con 48 votos a favor, ningún voto en contra y 8 abstenciones (URSS, Bielorrusia, Ucrania, Checoslovaquia, Polonia, Yugoslavia, Sudáfrica y Arabia Saudí). Los países socialistas se abstuvieron por su desacuerdo con algunas partes de la Declaración, Arabia Saudí por mostrar ciertas reservas derivadas de sus tradiciones religiosas y familiares, y Sudáfrica por su radical desacuerdo con la inclusión de los derechos económicos, sociales y culturales. Recordemos que la mayoría de los países del Tercer Mundo seguían aún colonizados, por lo que ni formaban parte de las Naciones Unidas ni participaron en los debates, con la salvedad de los latinoamericanos, que además realizaron algunas aportaciones significativas”, véase F. GÓMEZ ISA, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Universidad del País Vasco, disponible en:

<http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/51>

²² M. J. AZNAR GÓMEZ, “La ‘Constitucionalización’ del Derecho internacional”, en A. J. RODRIGO, C. GARCÍA (eds.), *Unidad y Pluralismo en el Derecho internacional Público y en la Comunidad internacional, Coloquio en Homenaje a Oriol Casanovas, Barcelona, 21-22 de mayo de 2009*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 453.

²³ En el caso de los Estados árabes e islámicos las diferencias conceptuales en materia de derechos humanos, derivadas de su tradición cultural y del peso que la religión tiene en la vida política y social, se han intentado salvar básicamente a través de dos mecanismos: a) la participación progresiva de los Estados árabes en tratados internacionales para la protección de los derechos humanos se ha visto acompañada de la formulación de reservas a los mismos, con el objeto de subordinar el reconocimiento de derechos individuales a los mandatos de la *sharía*; b) estos Estados han promovido la formulación de declaraciones internacionales de derechos humanos alternativas a su conceptualización universal en el seno de organizaciones internacionales de carácter regional. Muchos de estos Estados han ratificado la

cultural la propagación del respeto a los valores, principios, derechos y libertades recogidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos e íntimamente ligados a la noción de dignidad humana²⁴. Desde luego la consecución de este ambicioso e indeterminado objetivo de la Unión Europea, sólo será posible mediante una estrategia de persuasión y convicción a sus interlocutores tanto en sus relaciones bilaterales como en los foros multilaterales (Asamblea General de Naciones Unidas o el nuevo Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas), lo que requiere una renovación e intensificación de las alianzas diplomáticas (algo que se intenta, por ejemplo, con Sudáfrica²⁵). A esta idea, que posiblemente concita ya un elevado grado de consenso, se pretende añadir en el presente trabajo la idea de que la pervivencia del modelo de protección de derechos fundamentales existente a día de hoy en el *Viejo Continente* dependerá en buena medida del éxito en el cumplimiento de este ambicioso objetivo de la Unión Europea en sus relaciones exteriores. Sin duda se trata de una cuestión de *tempo* que requiere que la progresiva globalización jurídica se vaya acompasando a la galopante globalización económica. Por todo ello podemos decir que para lograr una eficaz protección de los derechos humanos en la Unión Europea, así como el respeto a su universalidad y, sobre todo, a su indivisibilidad e interdependencia, el marco jurídico de la Unión Europea se ha visto también claramente sobrepasado: la solución pasa por reforzar el marco jurídico

Convención de Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y en su mayoría han formulado reservas tanto generales como concretas a su texto; a través de las mismas, han perseguido supeditar la aplicación de la norma internacional a su compatibilidad con la norma religiosa. Un análisis minucioso de la problemática relativa a la recepción del Derecho internacional de los Derechos humanos en los Estados árabes puede verse en V. L. GUTIÉRREZ CASTILLO, “Estados árabes y derechos humanos: la recepción y aplicación de la norma internacional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LXIV, nº 2, 2012, pp. 105-131.

²⁴ Debe verse R. J. DUPUY “Les droits de l’homme, valeur européenne ou valeur universelle”, en M. MEDINA, R. MESA, P. MARIÑO (coords.), *Pensamiento Jurídico y Sociedad Internacional -Libro-Homenaje al profesor D. Antonio Truyol Serra-*, Vol. I, Madrid, 1986, pp. 415-428.

²⁵ Como consecuencia de la quinta cumbre bilateral Unión Europea/Sudáfrica que tuvo lugar en Bruselas en septiembre de 2012 se lanzó el establecimiento de un diálogo político formal entre la Unión Europea y Sudáfrica sobre los derechos humanos. Dicho diálogo tendrá lugar con carácter anual alternativamente en el territorio de cada uno de los interlocutores, para tratar cuestiones relativas a: a) la protección, promoción, y respeto de los derechos humanos, el principio democrático, el Estado de Derecho, la gobernanza responsable, los procesos electorales...; b) la búsqueda de posiciones y enfoques comunes para defender en los foros internacionales; c) el desarrollo y búsqueda de alianzas comunes con Estados terceros para la promoción de los derechos humanos, el Estado de Derecho, la democracia, el buen gobierno..., etc. con arreglo a las posiciones comunes alcanzadas. Véase *Bulletin Quotidien Agence Europe* de 22 de noviembre de 2012, punto 35.

internacional²⁶. Quizá también la Unión Europea pueda ser en este terreno un “coloso con pies de barro”.

4- *En el momento actual la Unión Europea cuenta en su Derecho originario con los objetivos más profusos tanto ad intra como ad extra en materia de derechos humanos. Además, su propio catálogo de derechos fundamentales ha sido equiparado en valor jurídico al Derecho originario y la Unión ha recibido el mandato de adherirse al Convenio Europeo de Derechos Humanos. En este escenario el presente trabajo pretende determinar si otros tratados internacionales en materia de derechos humanos concluidos por los Estados miembros vinculan a la Unión Europea, y sobre todo si tienen posibilidades de aplicación normativa y judicial autónoma en su ordenamiento. El Derecho originario actual, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, cuenta con las disposiciones más ambiciosas en materia de derechos humanos y de derechos fundamentales que jamás haya tenido el ordenamiento jurídico de la Unión Europea. Actualmente la protección universal y la indivisibilidad de los derechos humanos constituye un objetivo central de la Unión en su acción exterior. Con anterioridad, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales constituía un objetivo limitado a determinados aspectos de las relaciones exteriores: la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) y la cooperación al desarrollo²⁷. Del mismo modo, ad intra, en el marco de una economía social de mercado altamente competitiva, la Unión Europea tiene el objetivo de combatir la exclusión social y la discriminación, así como de fomentar la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño (artículo 3.3 TUE)²⁸. Además, el Tratado de Lisboa ha dotado a la Unión Europea de un catálogo*

²⁶ Véanse: la Comunicación Conjunta de la Comisión Europea y de la Alta Representante de la Unión Europea para la Política Exterior y de Seguridad Común al Parlamento Europeo y al Consejo de la Unión, de 12 de diciembre de 2011, Derechos Humanos y Democracia en el centro de la Acción Exterior de la Unión Europea –Hacia un enfoque más eficaz, COM(2011) 886 final; asimismo el Consejo de la Unión Europea adoptó el 25 de junio de 2012 un Marco Estratégico y Plan de Acción de Derechos Humanos y Democracia para la Unión Europea, su texto está disponible en: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/EN/foraff/131181.pdf

²⁷ Véanse el antiguo artículo 11.1 TUE, previo a su modificación por el Tratado de Lisboa, así como el antiguo artículo 177.2 TCE.

²⁸ Compárese la decidida redacción del actual precepto con el tenor del antiguo artículo 2 TCE.

propio de principios, derechos y libertades fundamentales que, al margen de disputas políticas entre Estados miembros con mayor o menor entusiasmo, de un modo incontrovertible cuenta ¡por fin! con idéntico valor jurídico al de los Tratados constitutivos (artículo 6.1 TUE). Finalmente, el Tratado de Lisboa ha aportado la base jurídica necesaria para que la Unión Europea se convierta en parte contratante en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 6.2 TUE). En tercer lugar, se mantiene el recurso pretoriano a los principios generales del Derecho de la Unión como elemento para la sustanciación de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico de la Unión²⁹. Una de las cuestiones que el presente trabajo pretende abordar partiendo de este esquema es si -amén de las tradiciones constitucionales comunes y del Convenio Europeo de Derechos Humanos- otros tratados internacionales que vinculan a los Estados miembros en materia de derechos humanos, vinculan también a la Unión Europea, y sobre todo, si tienen posibilidades de aplicación normativa y judicial autónoma en el ordenamiento de la Unión.

5-La actual pérdida de apoyos en los foros multilaterales hacia las posiciones de la Unión Europea y sus Estados miembros en materia de derechos humanos coincide con una creciente desafección interna de la ciudadanía de la Unión y de los Estados miembros hacia las instituciones de la Unión y hacia las instituciones democráticas tradicionales de los Estados miembros. Dicha coincidencia es una manifestación de la enorme imbricación e interdependencia que existe en la época actual entre las dimensiones externa e interna de la protección de los derechos humanos de la Unión Europea³⁰. Cabe preguntarse si la Unión Europea goza de la competencia externa para convertirse en parte contratante en tratados internacionales para la protección de los derechos humanos, así como si su sometimiento al escrutinio externo de dichos mecanismos convencionales de protección permitiría mejorar la situación descrita. Paradójicamente, el escenario del que los derechos fundamentales salen teóricamente reforzados, descrito

²⁹ Véase D. J. LIÑÁN NOGUERAS, “Derechos Humanos y Libertades Fundamentales en la Unión Europea”, en A. MANGAS MARTÍN, D. J., LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 7ª Edición, Tecnos, Madrid, 2012, pp. 120-121.

³⁰ Nuevamente, se trata de un presupuesto de partida del presente trabajo.

inmediatamente atrás, que inaugura el Tratado de Lisboa, con su entrada en vigor, coincide con un momento en que el apoyo a las posiciones de la Unión Europea y sus Estados miembros en materia de derechos humanos en los foros multilaterales no goza de su mejor salud³¹. De forma paralela, hacia su interior la Unión Europea vive desde 2008, y, coincidiendo con las sucesivas crisis económico-financieras, uno de los momentos más delicados desde el punto de vista de la desafección ciudadana no sólo hacia el proyecto de integración europea y sus instituciones, sino hacia las propias instituciones democráticas tradicionales de los Estados miembros. Más allá de la casualidad o el azar, esta evidencia empírica confirma el cada vez más estrecho ligamen existente entre la vertiente externa y la vertiente interna de la política de derechos humanos de la Unión Europea. Ante esta situación cabe plantearse, en primer lugar, si -y a pesar de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y del intento por establecer una protección de los derechos fundamentales autónoma- deben el TJUE y el resto de las instituciones de la Unión aumentar el recurso al Derecho internacional de los Derechos humanos. En segundo lugar, pese al compulsivo y obstinado empeño de los Estados miembros por negar que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea o la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos impliquen la atribución a la Unión Europea de nuevas competencias en el terreno de los derechos fundamentales y, pese al pronunciamiento del TJUE en su célebre Dictamen 2/94³², uno de los propósitos centrales del presente trabajo será indagar y determinar si la Unión Europea tiene, dado el estadio actual de su ordenamiento jurídico, competencias para concluir tratados internacionales

³¹ Hace ya más de cuatro años un informe alarmaba sobre la pérdida de influencia de la Unión Europea y de sus Estados miembros tanto en la Asamblea General de Naciones Unidas, como en el Consejo de Derechos Humanos y en el Consejo de Seguridad en cuestiones relativas a los derechos humanos. En concreto se advertía de la pérdida de 41 antiguos aliados en las votaciones en asuntos de derechos humanos desde 1990. Al mismo tiempo se señalaba que este declive de la Unión Europea compartido con Estados Unidos, era paralelo a la evolución imparable en sentido contrario de China y Rusia, cuyas posiciones habían experimentado un notable incremento de concordancias en ese mismo periodo, superando claramente en apoyos a la Unión Europea. Como causas se apuntaban el excesivo tiempo perdido en la coordinación de las posiciones de los Estados miembros, así como una tendencia excesiva a mirar hacia el interior, junto con la incapacidad de proyectar su influencia en materia de derechos humanos. Debe verse, R. GOWAN, F. BRANTNER, *A global force for human rights? An audit of European power at the UN*, European Council of Foreign Relations, Londres, 2008.

³² Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996, Rec. 1996, p. I-1759, apartado 27: “*Procede señalar que ninguna disposición del Tratado confiere a las Instituciones comunitarias, con carácter general, la facultad de adoptar normas en materia de derechos humanos o de celebrar convenios internacionales en este ámbito*”.

destinados a la protección de los derechos humanos, hayan sido estos auspiciados en el seno de Naciones Unidas o del Consejo de Europa. A nadie escapa que en el estadio actual del proceso de integración europea, la magnitud e intensidad de las competencias cuyo ejercicio han transferido los Estados miembros a la Unión Europea afecta de lleno al disfrute real de los derechos humanos que los ciudadanos de los Estados miembros tienen reconocidos tanto en su particular derecho constitucional como en el Derecho internacional de los Derechos humanos. A tenor de esta realidad y del grado creciente de desafección ciudadana, sobre todo en algunos Estados miembros, parece difícilmente asumible, incluso desde un punto de vista puramente pragmático, la idea de que las instituciones de la Unión Europea gocen en relación con el ejercicio de tales competencias de una absoluta inmunidad de jurisdicción ante los mecanismos convencionales establecidos para la protección de los derechos humanos a nivel internacional y europeo. Hasta la fecha, han sido pocas las ocasiones en que se ha producido *un levantamiento del velo* en el sentido de verse examinada la compatibilidad de la actuación de las instituciones de la Unión Europea con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, y hasta la fecha siempre que así ha ocurrido ha sido a través de la figura interpuesta de sus propios Estados miembros³³. En tercer lugar, cabe plantearse si mejorarían la credibilidad y la efectividad del discurso de protección de los derechos humanos que la Unión Europea enarbola en su acción exterior en el caso de que su legitimidad fuese acreditada y puesta de manifiesto mediante el sometimiento a la auditoría y escrutinio externo del ordenamiento de la Unión Europea en términos de derechos humanos. En otras palabras: ¿sería más efectiva la Unión Europea en su objetivo de promover los derechos humanos en el resto del mundo si permitiese efectuar un escrutinio externo de su propio ordenamiento a los mecanismos convencionales para la protección de tales derechos establecidos tanto a nivel de Naciones Unidas como del Consejo de Europa? ¿Mejorarían los índices de ratificación de los tratados internacionales para la protección de los derechos humanos adoptados en el ámbito de Naciones Unidas y en el

³³ Véase en este sentido, por ejemplo, A. BULTRINI, “La responsabilité des Etats membres de l’Union européenne pour les violations de la Convention européenne des droits de l’homme imputables au système communautaire”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, n° 49, 2002, pp. 5-43.

ámbito del Consejo de Europa si la Unión Europea los ratificara? ¿Mejoraría su cumplimiento? ¿Tiene atribuida la competencia para ello la Unión Europea? ¿Admitiría el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dicha opción? En el lenguaje coloquial se dice que antes de dar lecciones hay que dar ejemplo, en este sentido, ¿necesita el *civilizador* ser *civilizado* antes?³⁴ ¿Se podría decir que la Unión Europea ya da ejemplo y está por tanto legitimada para dar lecciones en tanto que sujeto derivado de Derecho Internacional Público a la inmensa mayoría de las restantes organizaciones internacionales existentes?³⁵ El presente trabajo abordará dichas cuestiones considerando a priori que el compromiso explícito y formal de la Unión Europea con los mecanismos convencionales para la protección de los derechos humanos existentes tanto a nivel universal como a nivel regional, es deseable y positivo por igual, tanto para la dimensión externa como interna de su política de derechos humanos. En cualquier caso, como señala DUPUY, la autodisciplina no debe llegar al extremo del martirio masoquista como requisito *sine qua non* para poder entablar una acción exterior orientada a la promoción universal de los derechos humanos³⁶.

b) Delimitación material y formal de la noción de Derecho internacional de los Derechos humanos a los efectos de su estudio en relación con la Unión Europea. Cuestiones previas.

³⁴ Véase A. REMIRO BROTONS, *Civilizados, bárbaros y salvajes en el nuevo orden internacional*, McGraw-Hill, 1996. El término civilizador en el sentido figurado empleado podría estar a caballo entre las dos acepciones siguientes del concepto de civilización: a) Acción y efecto de civilizar un país, un pueblo, de perfeccionar las condiciones materiales y culturales en las que vive un pueblo; b) Estado de desarrollo económico, social, político y cultural, que han conseguido ciertas sociedades y que es considerado como un ideal a alcanzar por el resto. Véase, *El Atlas de las civilizaciones*, Le Monde Diplomatique, 2010, p. 15.

³⁵ Dos opiniones convencidas del sentido afirmativo que debe tener la respuesta a esta cuestión pueden verse en A. VON BOGDANDY, “The European Lesson for International Democracy: The Significance of Articles 9–12 EU Treaty for International Organizations”, *European Journal of International Law*, Vol. 23, nº 2, 2012, pp. 315-334; y en J. HABERMAS, “The Crisis of the European Union in the Light of a Constitutionalization of International Law”, *European Journal of International Law*, Vol. 23, nº 2, 2012, pp. 335-348.

³⁶ “If the passionate demand for self-scrutiny leads to paralysis, we should perhaps begin to wonder if we have not gone too far in our denunciations of those who appeal to the universal [...]”, P-M. DUPUY, “Some Reflections on Contemporary International Law and the Appeal to Universal Values: A Response to Martti Koskenniemi”, *European Journal of International Law*, Vol. 16, nº 1, 2005, p. 136.

¿De qué derechos humanos estamos hablando en el presente trabajo? En primer lugar, en el ámbito de Naciones Unidas nos referiremos con esta denominación fundamentalmente a los instrumentos que componen la denominada *Carta internacional de los Derechos Humanos*, que agrupa a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y de Derechos Civiles y Políticos, a los que habría que sumar sus respectivos protocolos facultativos. Continuando en este ámbito de Naciones Unidas, aludimos a otro importante abanico de tratados internacionales destinados a la protección de los derechos humanos así como a sus respectivos mecanismos convencionales de control y protocolos facultativos. Principalmente se trata de: la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 9 de diciembre de 1948; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984; la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989; la Convención sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 18 de diciembre de 1990; la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006; y la Convención para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 20 de diciembre de 2006. Éste sería el núcleo convencional básico para la protección de los derechos humanos en el ámbito de Naciones Unidas. Colateralmente se hará referencia a algunos de los tratados internacionales adoptados en el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), esenciales para la configuración del régimen relativo a los derechos sociales fundamentales de los trabajadores. En menor medida, y de forma completamente residual, se atenderá a los mecanismos extraconvencionales de protección de los derechos humanos existentes en el ámbito de Naciones Unidas, que no forman parte del objeto de este trabajo³⁷.

³⁷ Básicamente se trata de la labor del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, figura creada el 7 de enero de 1994 por la Asamblea General, mediante la Resolución 48/141(A/RES/48/141) y de los procedimientos públicos especiales ante el Consejo de Derechos Humanos, que sustituye a la antigua Comisión de Derechos Humanos, en virtud de la Resolución 60/251 de la Asamblea General de 15 de marzo de 2006 (A/RES/60/251). La base normativa de los procedimientos públicos especiales se halla en la Resolución 1235 (XLII) del Consejo Económico y Social de la ONU (ECOSOC), de 6 de junio de 1967, junto con la Resolución 1503 (XLVIII), de 27 de mayo de 1970. Ellas dan lugar al conocido como procedimiento 1503, un procedimiento de tratamiento de las comunicaciones sobre violaciones de derechos humanos caracterizado por la confidencialidad, cuya eficacia protectora para el particular no ha

En segundo lugar, nos centraremos en los tratados internacionales destinados a la protección de los derechos humanos elaborados en el seno del Consejo de Europa, principal pero no exclusivamente en dos de ellos: el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y la Carta Social Europea de Turín de 18 de octubre de 1961, ambos con sus respectivas y numerosas actualizaciones.

Por tanto, el presente trabajo como objeto de estudio desde el punto de vista formal tendrá estos instrumentos normativos, tratados internacionales principalmente, que constituyen el derecho positivo de los derechos humanos que, como gráficamente aclara SUDRE, no es más que la parte del iceberg que ya ha emergido, como consecuencia de la ebullición acumulada de numerosas sociedades civiles de diferentes épocas y lugares, y que constituye la plasmación normativa de las bases morales, filosóficas, políticas y de discusión diplomática que subyacen al sustrato material de este derecho³⁸.

La siguiente cuestión preliminar que debe abordarse es la relativa a la terminología. ¿Derechos humanos o derechos fundamentales y libertades públicas? En un primer momento se advierte que la terminología empleada en el ámbito de Naciones Unidas se centra en el término “derechos humanos”, mientras que en el ámbito de la Unión Europea y de los Estados miembros, *ad intra*, es predominante en la práctica hablar de “derechos fundamentales”. Es innegable el componente ético, la vocación *de lege*

sido satisfactoria, necesitando de una reforma que tuvo lugar en el año 2000; así como al procedimiento 1235, caracterizado por la publicidad, en los debates e informes y en las resoluciones, lo cual supone mayor eficacia en la presión internacional ulterior sobre el Estado. Al respecto, C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, “La Protección Internacional de los Derechos Humanos (I)”, en M. DÍEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 673-676. En mayor detalle sobre la reforma de los procedimientos especiales, J. GIFRA DURALL, “La reforma de los procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos: ¿Una mejora de los mecanismos extra convencionales?”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 17, 2009. Por su parte el nuevo Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha recibido críticas similares a su predecesora la Comisión de Derechos Humanos. Con respecto a la condicionalidad de la participación en el mismo se dice que “[...] no cumple las expectativas de una evaluación significativa y rigurosa, y, sobre todo, se aviene a una metodología muy idónea para un marco intergubernamental pero poco indicada si materialmente se trata de vigilar el nivel de respeto de los derechos humanos [...]”, véase J. BONET PÉREZ, “De la Comisión de Derechos Humanos al Consejo de Derechos Humanos: entre la continuidad y el cambio”, en A. BLANC ALTEMIR (ed.), *El proceso de reforma de las Naciones Unidas*, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 174-175. Por su parte, VILLÁN DURÁN se pronunció en su momento a favor de que los esfuerzos fueran orientados a que el Consejo de Derechos Humanos “[...] tenga la categoría de órgano principal y permanente de la Organización; tenga una composición universal; y disfrute de la misma visibilidad política que el Consejo de Seguridad, el ECOSOC o la Asamblea General”, véase C. VILLÁN DURÁN, “Luces y sombras del nuevo Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº12, 2006, p. 10.

³⁸ F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l’homme*, Presses Universitaires de France, París, 1989, pp. 9-11. Un estudio completo sobre los tratados internacionales de derechos humanos vigentes tanto en el sistema universal de Naciones Unidas como en el sistema regional europeo puede encontrarse en la obra colectiva, C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ (dir.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 4.ª ed., Dilex, Madrid, 2011.

ferenda así como la posible fundamentación iusnaturalista de la noción de “derechos humanos”. Además, del ámbito geográfico de que estemos hablando, salta a la vista una diferencia entre ambas nociones en cuanto al alcance de la titularidad del derecho: mientras que la universalidad y la inherencia a la condición de ser humano determinan la titularidad en el caso del término “derechos humanos”, en el caso de los “derechos fundamentales”, la titularidad aparece mediatizada y matizada por otros factores, como puede ser la vinculación a un Estado, la condición de ciudadano, residencia, etc. Dicha divergencia terminológica no es irrelevante, pues, como se irá viendo, puede tener trascendencia en términos de una mayor o menor justiciabilidad de los derechos. Partiendo de estas diferencias, consideramos más apropiada a los efectos del presente trabajo la noción de “derechos fundamentales” ya que, como señalaba el recordado PECES-BARBA, sin perder de vista la dimensión moral, “[p]uede abarcar las dos dimensiones en las que aparecen los derechos humanos, sin incurrir en los reduccionismos iusnaturalista o positivista”³⁹. En cualquier caso, como se reitera más adelante y como ocurre en el ámbito de la Unión Europea, ambas nociones están inextricablemente conectadas y en lo sucesivo se aludirá a ellas indistintamente.

Asumiremos como premisa de partida del siguiente trabajo y para sus propios fines que el Derecho Internacional Público constituye un sistema jurídico, sin ser ajenos a la profunda problemática que esta noción alberga. Como sinónimo de este término hablaremos de ordenamiento internacional, Derecho internacional, etc⁴⁰. Por su parte, tanto el Derecho de la Unión Europea como el Derecho internacional de los Derechos humanos constituyen regímenes internacionales establecidos como subsistemas especializados de Derecho Internacional Público. Lógicamente, resultaría peligroso efectuar una asimilación en cuanto al alcance y profundidad de las obligaciones que emanan de ambos subsistemas de Derecho Internacional Público. No puede ignorarse que la Unión Europea constituye un ejemplo único de organización supranacional (u organización internacional de integración regional) con atribuciones competenciales sin

³⁹ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, pp. 36-37.

⁴⁰ Véase A. REMIRO BROTONS, “La noción de regímenes internacionales en el Derecho Internacional Público”, en A. J. RODRIGO, C. GARCÍA (eds.), *Unidad y Pluralismo en el Derecho internacional Público y en la Comunidad internacional, Coloquio en Homenaje a Oriol Casanovas, Barcelona, 21-22 de mayo de 2009*, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 167-176. Una fundamentada crítica al empleo de la noción de *sistema* en tanto que próxima a la de *ordenamiento jurídico* puede verse en P. J. MARTÍN RODRÍGUEZ, “Sistema, fragmentación y contencioso internacional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 60, nº 2, 2008, pp. 457-489.

parangón, de mayor calado que las correspondientes a cualquier otra organización internacional de mera cooperación. Se habla, además, de un emergente Derecho Constitucional Europeo así como de la progresiva consitucionalización material experimentada por el Derecho de la Unión⁴¹. Pese a que el teórico poder constituyente sigue residiendo formalmente en los Estados miembros, sin que exista nada equiparable a un proceso constituyente, es perfectamente posible admitir que en la Unión Europea confluye el elemento iusinternacional junto con el elemento federal⁴². Ahora bien, el Derecho de la Unión Europea sigue constituyendo un subsistema de Derecho Internacional Público, pese a poder describirse como un ordenamiento jurídico complejo poseedor de especiales rasgos de autonomía que necesita, empero, de los ordenamientos internos de sus Estados miembros para su aplicación. En nuestra opinión no hay contradicción entre calificar al Derecho de la Unión de “ordenamiento jurídico” y sostener su naturaleza de subsistema incardinado en el Derecho Internacional Público. Aludiremos a él con dicha denominación, sin dejar de ser conscientes en ningún momento de que se trata de un complejo régimen internacional funcionalmente especializado cuyo principal propósito ha sido tradicionalmente lograr una estrecha integración económica entre los Estados miembros que lo componen. Se trata de un régimen autónomo de Derecho internacional que cuenta con un medio particularmente desarrollado para la solución obligatoria de las controversias surgidas en la interpretación y aplicación de los tratados constitutivos y de los actos normativos derivados. A la luz de las atribuciones que el TJUE ostenta en la interpretación y aplicación del Derecho de la Unión, no resulta descabellado plantearse si este régimen autónomo aspira a convertirse en un régimen *autosuficiente* o *autárquico*, por ejemplo, mediante una celosa política judicial que lo llevase a dejar de ser un *orden* internacional⁴³. Precisamente, en el polémico asunto *Kadi* el TJUE resolvió las

⁴¹ Véase A. ROSAS, L. ARMATI, *EU Constitutional Law, An Introduction*, Hart Publishing, Oxford - Portland, Oregon, 2010.

⁴² J. ROLDÁN BARBERO, “La naturaleza jurídica del Derecho Comunitario revisitada: la sombra del Derecho Internacional es alargada”, *RGDE*, nº 7, 2005.

⁴³ Parece claro que el TJUE es el más evolucionado de cuantos órganos jurisdiccionales internacionales se han creado en los diferentes subsistemas funcionales especializados existentes en el Derecho internacional. Su jurisdicción en la aplicación del Derecho de la Unión va acercándose cada vez más a las jurisdicciones constitucionales nacionales y se trata también de la jurisdicción internacional que ofrece los rasgos más próximos a los que corresponderían a un órgano jurisdiccional perteneciente a un ordenamiento jurídico autónomo, en comparación con los restantes sistemas de órganos jurisdiccionales internacionales que pueden encontrarse en el Derecho comparado de las organizaciones internacionales. No obstante, no se trata ni de un Tribunal Constitucional ni del órgano jurisdiccional de un sistema u ordenamiento jurídico de Derecho internacional verdaderamente autónomo. Véase J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, “Unidad y pluralismo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión

tensiones congénitas de la Carta de San Francisco entre el propósito de mantener la paz y la seguridad internacional y el propósito de proteger los derechos humanos a favor de este último⁴⁴. Para ello adoptó una posición calificada de *dualista* que ha suscitado enormes críticas, y para ello el TJUE, sin necesidad aparente de contravenir el artículo 103 de la Carta de San Francisco, controló la legalidad de una Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas de forma mediata a través del Reglamento comunitario destinado a dar aplicación a la misma en el ordenamiento de la Unión. El control que comportó la anulación del Reglamento, en lo relativo al demandante, fue efectuado por el TJUE a la luz de los derechos fundamentales tutelados en el ordenamiento de la Unión, paradójicamente con el CEDH como criterio hermenéutico de referencia para sostener la propia autonomía del Derecho de la Unión⁴⁵. No obstante, la posición del TJUE también ha sido percibida como conforme al Derecho internacional de los Derechos humanos⁴⁶, y sus secuelas se han valorado positivamente desde el punto de vista de las mejoras que han supuesto en las garantías individuales existentes en los procedimientos para la exclusión de las personas incluidas en las listas del Comité de Sanciones contra Al-Qaeda⁴⁷.

Europea. Hacia un refuerzo de la autonomía del Derecho de la Unión frente al Derecho Internacional”, en A. J. RODRIGO, C. GARCÍA (eds.), *Unidad y Pluralismo en el Derecho internacional Público y en la Comunidad internacional, Coloquio en Homenaje a Oriol Casanovas, Barcelona, 21-22 de mayo de 2009*, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 255.

⁴⁴ Como sujeto de Derecho Internacional Público la ONU está obligada a respetar determinadas obligaciones en materia de derechos humanos, ya sea por la vía de los artículos 1.1, 1.3, 55 y 56 de la Carta de San Francisco, ya sea en virtud del Derecho internacional general de carácter consuetudinario. Esto ha llevado a un sector de la doctrina a considerar que las decisiones del Consejo de Seguridad que violen las obligaciones en materia de derechos humanos son carentes de validez por ser contrarias a la propia Carta de San Francisco, véase A. TZANAKOPOULOS, “Collective Security and Human Rights”, en E. DE WET, J. VIDMAR (eds.), *Hierarchy in International Law. The Place of Human Rights*, Oxford University Press, 2012, p. 43. Como este autor apunta, una lectura rudimentaria de la estructura jerárquica normativa establecida por el Artículo 103 de la Carta implica que las decisiones del Consejo de Seguridad pueden tener primacía sobre las obligaciones en materia de derechos humanos, ya sean éstas derivadas de tratados o del derecho consuetudinario, con la salvedad de aquellas que vengan bajo la rúbrica del *ius cogens*, véase p.69.

⁴⁵ Entre la abundante e interesante literatura jurídica que ha propiciado este asunto pueden destacarse, L. BOISSON DE CHAZOURNES, “Les relations entre organisations regionales et organisations universelles”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye*, nº 347-2010, Martinus Nijhoff, 2011, pp. 348-398; así como L. HINOJOSA MARTÍNEZ, “Bad Law for Good Reasons: The Contradictions of the *Kadi* Judgment”, *International Organizations Law Review*, Vol 5, nº 2, 2008, pp. 339-357; igualmente, K. ZIEGLER, “Strengthening the Rule of Law, but Fragmenting International Law: The *Kadi* Decision of the ECJ from the Perspective of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, Vol. 2, nº 1, 2009, pp. 288-305.

⁴⁶ En este sentido debe verse la opinión del anterior Relator Especial de Naciones Unidas sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, M. SCHEININ, “Is the ECJ Ruling in *Kadi* Incompatible with International Law?”, *Yearbook of European Law*, Vol. 28, nº 1, 2009, pp. 637-653.

⁴⁷ Se ha pasado de una situación donde el Comité de Sanciones debía aceptar por unanimidad para ser efectiva cualquier petición de exclusión de una persona incluida en la lista consolidada a una situación

En este escenario debemos partir de otro presupuesto asintótico: se dice que el Derecho internacional de los Derechos humanos es un elemento de unidad material y de cohesión que ante esta situación de proliferación de regímenes de Derecho internacional especializados por razón funcional mantiene el vínculo de los mismos, su nexo, como eslabones atados al Derecho internacional general. Según esta perspectiva es posible un desarrollo armonioso, coherente e integrado del Derecho internacional como conjunto, y a ello debería contribuir el Derecho internacional de los Derechos humanos en tanto que Derecho internacional general, para aportar con sus objetivos transversales, soluciones que mitiguen las continuas contradicciones y antinomias que pueden aparecer entre los diferentes subsistemas que componen el sistema internacional general y que persiguen una disparidad y pluralidad de objetivos, que no necesariamente han de ser compatibles entre sí (medioambientales⁴⁸, económicos, de cooperación al desarrollo, etc.⁴⁹). Ante estos más que probables conflictos de regímenes particulares de Derecho internacional, el Derecho internacional de los Derechos humanos está llamado a desempeñar una labor subsidiaria en aras de la unidad material. El dibujo se complica aún más cuando esta pluralidad de regímenes de Derecho internacional, junto con el propio Derecho internacional de los Derechos humanos, deben insertarse todos ellos en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea. Parece inevitable tener que acudir entonces al criterio jerárquico, donde cabe esperar a priori que sea relevante el contenido material de las

donde el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas ha facilitado la exclusión de personas incluidas en la lista reforzando los poderes del *ombudsman*: de modo que si no hay consenso para rechazar la exclusión, una vez transcurridos 60 días desde la recomendación formulada por el *Ombudsman* para la exclusión de la lista de una determinada persona o entidad, ésta deviene efectiva. Ahora bien, este resultado podría evitarse si cualquiera de los miembros del Comité remite la cuestión al propio Consejo de Seguridad, en cuyo caso la exclusión de la lista necesitaría del voto afirmativo de 9 miembros del Consejo de Seguridad, sin el voto negativo de ninguno de sus miembros permanentes, que a través del veto podrían paralizar la exclusión sin tener que aducir motivos pertinentes. En cualquier caso, las recomendaciones independientes del *Ombudsman* (actualmente Kimberly Prost) dotan al procedimiento de un carácter cuasi-judicial que supone un contrapeso a la naturaleza diplomática de los procedimientos en el seno del Comité de Sanciones. Véase J. KOKOTT, C. SOBOTTA, “The Kadi Case -Constitutional Core Values and International Law- Finding the Balance?”, *European Journal of International Law*, Vol. 23, n° 4, 2012, pp. 1015–1024.

⁴⁸ Aunque el derecho del medioambiente ha ido entroncándose cada vez en mayor medida con el Derecho internacional de los Derechos humanos, los conflictos son todavía posibles, véase D. SHELTON, “Resolving Conflicts between Human Rights and Environmental Protection: Is there a Hierarchy?”, en E. DE WET, J. VIDMAR (eds.), *Hierarchy in International Law. The Place of Human Rights*, Oxford University Press, 2012, pp. 207-235.

⁴⁹ A. R. ZIEGLER, B. BOIE, “The Relationship between International Trade Law and International Human Rights Law”, en E. DE WET, J. VIDMAR (eds.), *Hierarchy in International Law. The Place of Human Rights*, Oxford University Press, 2012, pp. 272-299. Asimismo, A. LANG, *World Trade Law after Neoliberalism: Reimagining the Global Economic Order*, Oxford University Press, 2011.

obligaciones internacionales en liza⁵⁰. De nuevo, hemos topado con el conocido *mito de la plenitud, coherencia y unidad del ordenamiento jurídico*. ¿Cómo canalizar y vehicular estas tensiones dentro del ordenamiento jurídico de la Unión Europea?

El mayor riesgo de contradicción de objetivos en el ordenamiento jurídico de la Unión en el momento presente, seguramente no obedezca a la dicotomía entre seguridad y libertad, sino que parece venir de la propia naturaleza económica del proyecto de integración europea. En el momento presente parece haber llegado a su límite la idea de que los beneficios recíprocos de la liberalización de mercados entre los Estados miembros bastarían para conseguir un incremento generalizado de la riqueza y prosperidad de los Estados miembros que, *in foro interno*, estos procederían a posteriori a redistribuir conforme a sus prioridades y a sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos (especialmente económicos, sociales y culturales). Ahora más que nunca se aprecia el desequilibrio entre la dimensión social y la dimensión económica del proceso de construcción e integración. Las limitadas atribuciones competenciales a la Unión en materia social, han impedido que exista un mecanismo de control del respeto a los derechos sociales que permitiera verdaderamente contener la aparición de diferencias significativas entre los Estados miembros en cuanto a protección social. Hasta la fecha la viabilidad de los derechos sociales en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea parece reducida a atenuar el impacto de las libertades económicas fundamentales, quedando siempre subordinada aquélla a éstas⁵¹. El presente trabajo examinará si se han agotado todas las vías que el Derecho de la Unión ofrece para poder caminar en la línea que marca el objetivo del artículo 3.3 TUE relativo a la *justicia* y

⁵⁰ En el presente trabajo una de las cuestiones sobre las que se pretende arrojar luz es sobre la posición jerárquica del Derecho internacional de los Derechos humanos, por un lado, en el sistema internacional general, y por otro, en el Derecho de la Unión Europea. La propia Carta de San Francisco no desvela *prima facie* qué solución debe darse a un hipotético conflicto entre algunos de sus propósitos como el supuesto ya referido de contradicción entre el logro del mantenimiento de la paz y seguridad internacional y la protección de los derechos humanos. No es de extrañar que se haya editado una obra monográfica dedicada al estudio de la cuestión relativa a la determinación de la posible existencia de una jerarquía normativa en Derecho internacional en que los derechos humanos ocupen una posición superior, véase E. DE WET, J. VIDMAR (eds.), *Hierarchy in International Law. The Place of Human Rights*, Oxford University Press, 2012.

⁵¹ M. POIARES MADURO, “L'équilibre insaisissable entre la liberté économique et les droits sociaux dans l'Union Européenne”, en P. ALSTON, M. BUSTELO, J. HEENAN (eds.), *L'Union Européenne et les Droits de l'Homme*, Bruylant, Bruselas, 2001, pp. 465-489. Como puso de manifiesto este autor: “[L]e traité de Rome est conçu comme une constitution économique néo-libérale dont l'objectif est de protéger la liberté du marché contre la puissance publique et dont la légitimité sous-jacente tient à des opérations volontaires sur le marché et au renforcement de l'efficacité économique. D'autre part, l'intégration européenne a également été conçue comme la sauvegarde de l'État providence. Dans cette dernière perspective, l'Union européenne est la nouvelle instance devant laquelle les droits sociaux, qui ne sont plus viables au niveau national en raison de la concurrence économique entre les États, sont réaffirmés”, p. 465.

protección sociales. Desde luego parece que los derechos sociales están abocados a ser a nivel europeo o no ser⁵². En cualquier caso, las críticas que han sido dirigidas al TJUE por haberse olvidado de la *Europa social* parecen sujetas a un proceso inflacionario y, como sostiene ROSAS, deben reconducirse a su verdadera magnitud: pues difícilmente puede sostenerse que el TJUE haya favorecido sistemáticamente en la interpretación de la legislación comunitaria interpretaciones negativas para la protección de los trabajadores o de las personas desfavorecidas⁵³.

Dado el estado actual de la integración europea, sobre todo para aquellos Estados que forman o pretenden formar parte de la Unión Económica y Monetaria, resulta difícil hablar de soberanía real de los Estados en las materias fiscal y social, que a la postre resultan esenciales para poder dar cumplimiento a buena parte de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados miembros en materia de derechos humanos.

Como DE SCHUTTER señala:

*“Plus précisément, les réformes fiscales qui peuvent être envisagées aujourd’hui tendent systématiquement à privilégier les entreprises sur les ménages, et au sein même des impôts sur les revenus des particuliers, les tranches les plus riches de la population sur les tranches les plus pauvres. La mécanique est simple: ce sont les facteurs les plus mobiles (les entreprises et les particuliers ayant les revenus les plus élevés, qui bénéficient le plus de la mobilité au sein de l’Union européenne) que les États ont tendance à épargner le plus, puisque des niveaux de fiscalité trop élevés sur ces facteurs risqueraient de les inciter à s’établir ailleurs”*⁵⁴.

En términos reales y no formales ni jurídicos, se antoja casi un espejismo hablar de soberanía en materia fiscal y social, especialmente en el caso de aquellos Estados miembros (Grecia, Irlanda y Portugal) que se encuentran actualmente bajo el yugo de la

⁵² La Comisión Europea ha sostenido que precisamente las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros en materia de derechos sociales fundamentales (asumidas en el ámbito de la OIT y del Consejo de Europa) deberían amortiguar y reducir los efectos del dumping social entre Estados miembros, especialmente tras la ampliación de la Unión a los Estados procedentes de Europa Central y Oriental. Esto supone una continuación de la lógica de que la eficiencia traería consigo de forma automática la equidad y armonización de estándares de protección social, sin necesidad de que la Unión Europea tuviera que llevar a cabo dicha armonización. Véase O. DE SCHUTTER, “Le statut de la Charte Sociale Européenne dans le Droit de l’Union Européenne”, en *Chemins d’Europe. Mélanges en l’honneur de Jean Paul Jacqué*, Dalloz, París, 2010, pp. 254-255.

⁵³ A. ROSAS, “*Finis Europae Socialis?*”, en *Chemins d’Europe. Mélanges en l’honneur de Jean Paul Jacqué*, Dalloz, París, 2010, pp. 604-605. Bien es cierto que el papel de los derechos sociales fundamentales continúa siendo distinto en la jurisprudencia del TJUE al desempeñado por el resto de derechos fundamentales, véase en este sentido B. DE WITTE, “The Trajectory of Fundamental Social Rights in the European Union”, en G. DE BURCA, B. DE WITTE (eds.), *Social Rights in Europe*, Oxford University Press, 2005, pp. 153-168.

⁵⁴ O. DE SCHUTTER, “Le statut de la Charte Sociale Européenne dans le Droit de l’Union Européenne”, *op. cit.* p. 256.

tan, por desgracia, mediática *troika* por haber llegado a una situación económico-financiera tan calamitosa que les ha conducido a recibir asistencia financiera⁵⁵.

Sabido es que la política económica y la política fiscal no son neutras en términos de derechos humanos, y más bien al contrario, son dos importantes instrumentos que pueden limitar o favorecer su protección. En la medida en que ambas políticas de los Estados miembros están fuertemente condicionadas por la Unión Europea -una organización internacional con voluntad propia e internacionalmente imputable en términos de responsabilidad por sus propios actos-, ¿No debería la Unión asumir una parte correlativa de responsabilidad internacional en materia de derechos humanos en relación con sus Estados miembros?⁵⁶, ¿Satisfarían las reglas que regulan el régimen de la responsabilidad internacional en este tipo de supuestos las exigencias de autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión?, ¿Cabría atribuir a la Unión alguna responsabilidad internacional en materia de derechos humanos, en caso de que los Estados miembros incumplieran sus obligaciones en este ámbito, abocados por decisiones en materia de política económica, o expuestos a las consecuencias de una insuficiente arquitectura institucional para respaldar el funcionamiento de una moneda común?⁵⁷

En esta situación, al menos en algunos Estados miembros, como Grecia, la percepción popular es de un ligamen férreo entre la condicionalidad de la asistencia financiera y el deterioro de la situación en términos de derechos humanos. Aunque el

⁵⁵ Véase M. LÓPEZ ESCUDERO, “La Unión Europea ante la crisis económica y financiera”, *RDCE*, nº 39, 2011, pp. 353-366.

⁵⁶ CONWAY ha sostenido que pese a la frecuente caracterización de la Unión Europea como un *self-contained regime* su consideración como subsistema de Derecho Internacional Público no excluye la aplicación del Derecho internacional general de naturaleza consuetudinaria. Así, en determinados supuestos en relación con el Derecho de la Unión debería acudir al régimen de la responsabilidad internacional del Estado en Derecho internacional debido a la insuficiencia de las propias normas secundarias del ordenamiento jurídico de la Unión, véase G. CONWAY, “Breaches of EC Law and the International Responsibility of Member States”, *European Journal of International Law*, Vol. 13, nº 3, 2002, pp. 679-695. Piénsese en una situación donde un Estado miembro viola de forma grave y persistente sus obligaciones en materia de derechos humanos (incluyendo normas perentorias de *ius cogens*), en ese caso el resto de Estados miembros podrían (desde el punto de vista del Derecho internacional general) como contramedida suspender de forma justificada el cumplimiento de sus obligaciones de Derecho de la Unión hacia el Estado infractor, ya que de lo contrario el infractor se vería beneficiado de su posición de abuso en materia de derechos humanos debido al esquema de no reciprocidad en que se basa el Derecho de la Unión Europea. Dicho escenario podría plantearse de no reunirse la mayoría cualificada en el seno del Consejo de la Unión que contempla el artículo 7.3 TUE para poder suspender en relación con dicho Estado miembro infractor la aplicación de determinados derechos derivados de los Tratados.

⁵⁷ Una respuesta afirmativa a la atribución de responsabilidad a la Unión Europea, no en sentido jurídico, pero sí en el sentido de la equivocación en su planteamiento económico y de diseño de la arquitectura institucional y jurídica de la moneda común puede verse en J. E. STIGLITZ, *El precio de la desigualdad*, Taurus Pensamiento, Madrid, 2012.

impacto del presente no debe amplificarse hasta el punto de provocar ceguera en el análisis y de llevar a menospreciar los logros de la Unión en cuanto a progreso económico y social, no puede desdeñarse que la compleja situación económico-financiera actual está labrando el terreno para el brote de movimientos populares con posturas claramente eurofóbicas. Lógicamente, no toda la situación puede atribuirse al atino o desatino de la Unión Europea, no puede ignorarse el despertar económico de los gigantes, todavía hoy mal llamados *emergentes*, que no fueron en ningún momento durmientes, aunque sí estaban aletargados. De todos modos, ni las previsiones más pesimistas en el terreno económico que auguran para el balance de fuerzas entre Europa y China e India el retorno próximo a un escenario semejante al existente con carácter previo al estallido de la Revolución Industrial, pueden justificar la involución en términos de derechos humanos. En este sentido, parece difícil no atribuir a priori al menos una responsabilidad *in vigilando* a la Unión respecto de lo que acontece en sus propios Estados miembros. Del mismo modo que la miseria y el subdesarrollo no han podido ser alegados como pretexto jurídico válido para violar los derechos humanos - tanto de carácter civil y político, como de carácter económico, cultural y social- ni la más furibunda de las crisis económicas parece excusa para infringir el núcleo básico de los mismos⁵⁸. Ante el objetivo que la Unión Europea asume de combatir la exclusión social en su interior, en el territorio de los Estados miembros, las políticas que se han adoptado para afrontar las sucesivas crisis económico-financieras han suscitado voces de alarma tanto en el ámbito de Naciones Unidas, como del Consejo de Europa. Aunque también es sabido que las voces provenientes de la “gran familia” de Naciones Unidas pueden ser con frecuencia antitéticas o cuando menos contrapuestas. Como un estudio efectuado por Eurostat pone de manifiesto en 2011 el 24% de la población de los 27 Estados miembros (esto es 120 millones de personas) se encontraba en riesgo de sufrir pobreza o exclusión social⁵⁹.

Quizá la asfixiante situación económica de los Estados miembros de la Unión, que ha amenazado con hacer zozobrar a un proyecto que indudablemente ha mejorado el

⁵⁸ En todo caso serían las obligaciones económico-financieras del Estado las que podrían verse suspendidas temporalmente en caso de urgencia que amenazase la capacidad del Estado de proteger los derechos fundamentales de su población y los valores fundamentales de su sociedad, en tal sentido, J. CORTÉS MARTÍN, “El Estado de necesidad en materia económica y financiera”, *Anuario de Derecho Internacional*, Vol. XXV, 2009, pp. 119-173.

⁵⁹ Dichas cifras son especialmente alarmantes en Bulgaria (49%), Rumanía y Letonia (40%), Lituania (33%), Grecia y Hungría (31%). España con un 27% superaba en 2011 la media de los 27 en este indeseable campo. Véase Eurostat, 171/2012, de 3 de diciembre de 2012, disponible en: http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_PUBLIC/3-03122012-AP/EN/3-03122012-AP-EN.PDF

bienestar del *Viejo Continente*, sea un factor que ha propiciado que en 2012 la Unión Europea sea galardonada con el Premio Nobel de la Paz. Un dato que más allá de su valor simbólico y del reconocimiento a esta organización supranacional *sui generis* como la realización terrenal y tangible más próxima al ideal kantiano de *Pax Perpetua*, supone un bálsamo en toda regla al proyecto de integración europea en el momento en que más lo necesita. La Unión Europea es un proyecto que se ha visto hasta la fecha legitimado a posteriori por sus resultados. Dada la obligación que todos los Estados miembros tienen de destinar el máximo de recursos disponibles a la promoción de los derechos económicos, sociales y culturales recogidos en el Pacto de 1966⁶⁰, no es de extrañar que un Grupo de Expertos Independientes de Naciones Unidas dedicados a la pobreza extrema, la deuda externa y el establecimiento de un orden internacional equitativo haya advertido de la necesidad de que la Unión Europea no ignore esta obligación a la hora de llevar a cabo la reforma del sector financiero, puesto que desde 2008 a 2011 en el rescate de entidades pertenecientes al sector financiero se ha comprometido el equivalente a un 37% del *output* económico del conjunto de los Estados miembros⁶¹.

c) Plan de Exposición y estructura formal.

⁶⁰ Véase el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “*Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos*”.

⁶¹ Puede verse la noticia en la página de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *UN experts call for EU banking sector reform in line with States’ human rights obligations*, Ginebra, 5 de octubre de 2012, disponible en:

<http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=12630&LangID=E>

Del mismo modo debe observarse el conocido como informe *Liikanen* encargado por el Comisario de Mercado Interior y Servicios, Michel Barnier, para el estudio por parte de un Grupo de Expertos de Alto Nivel de las posibilidades de reforma del sector bancario en la Unión Europea. Dicho informe no contiene ninguna mención al impacto en términos de derechos humanos de la posible reforma, véase High-level Expert Group on reforming the structure of the EU banking sector, Bruselas, 2 de octubre de 2012, disponible en: http://ec.europa.eu/internal_market/bank/group_of_experts/index_en.htm

Sea o no a consecuencia de este compromiso financiero, lo cierto es que el mismo se ha visto temporalmente acompañado de una fuerte austeridad presupuestaria exigida a los Estados miembros para el cumplimiento de sus obligaciones asumidas en el marco de la Unión en materia de consolidación fiscal y de disciplina presupuestaria. Dicha contención del gasto público, cada Estado decide donde aplicarla, pero su margen de maniobra parece notablemente reducido en algunos casos, y la denominada austeridad dogmática o autoritaria ha sido percibida por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa como una amenaza para la democracia y para los derechos sociales. Véase la Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, 1884 (2012), *Austerity measures: a danger for democracy and social rights*, Estrasburgo, 26 de junio de 2012, disponible en: <http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewHTML.asp?FileId=18916&Language=EN>

Desde el punto de vista de su estructura formal la presente Tesis Doctoral se encuentra dividida en tres bloques temáticos o Capítulos, que pasamos a desglosar:

I- El PRIMER CAPÍTULO analiza en qué medida la Unión Europea ha intentado vincularse formalmente al Derecho internacional de los Derechos humanos, perteneciente tanto al ámbito de Naciones Unidas como al ámbito del Consejo de Europa, en los términos antes acotados. Este primer Capítulo que pertenece a la fase que denominaremos *ascendente*, también estudia con carácter indirecto e incidental de qué modo la Unión Europea en su acción exterior ha contribuido a la formación y el desarrollo del Derecho internacional de los Derechos humanos.

I. a) En un primer apartado del Capítulo, se aborda la problemática relativa a la vinculación formal de la Unión Europea al primer tratado de derechos humanos cuya conclusión se planteó: el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Se trata de una compleja cuestión que ha venido ocupando la atención de las dos organizaciones internacionales implicadas y de sus respectivos Estados miembros desde la década de los setenta (las antiguas Comunidades Europeas, hoy sucedidas por la Unión Europea, que cuenta con personalidad jurídico-internacional propia, y el Consejo de Europa). En este apartado se examinarán los principales problemas de carácter institucional, material y formal, especialmente desde el punto de vista del ordenamiento jurídico de la Unión, que plantean las negociaciones encaminadas a que la Unión Europea se convierta en la primera parte contratante en el Convenio Europeo de Derechos Humanos que es una entidad no estatal. Junto con el estado pendiente de las negociaciones para la celebración de este acuerdo internacional, y los detalles formales y técnicos del procedimiento de adhesión, se abordarán las principales cuestiones relativas a la integración de la Unión Europea en el sistema institucional de control y garantía del Convenio Europeo de Derechos Humanos: el sometimiento del ordenamiento jurídico de la Unión Europea al control externo del TEDH y sus implicaciones para la autonomía y especificidad de este ordenamiento, los supuestos de litisconsorcio pasivo entre la Unión y sus Estados miembros ante el Tribunal de Estrasburgo, o la participación de la Unión Europea y sus Estados miembros en el Comité de Ministros del Consejo de Europa a los efectos de controlar la ejecución de las sentencias del TEDH. La complejidad de dichas cuestiones no permite en el presente trabajo un análisis minucioso y exhaustivo; no

obstante, se ofrecerán las principales líneas necesarias para la comprensión de este ambicioso y necesario proyecto todavía pendiente. En todo el análisis estará latente la comparación entre la situación *ex ante* a la adhesión que vive el Derecho de la Unión ante el TEDH, sometido el primero a un cerco de control mediato e indirecto, a través de sus Estados miembros, ante el segundo, en lo que respecta a las obligaciones dimanantes del CEDH. Una cuestión subyacente e implícita que no será examinada en profundidad en la presente Tesis Doctoral es la más amplia relativa a las relaciones entre la Unión Europea y el Consejo de Europa. Puede lanzarse una cuestión en este sentido, no obstante, ¿son verdaderamente sinérgicas y de cooperación las relaciones entre ambas organizaciones internacionales?

I. b) Un segundo apartado de este primer Capítulo se destina a la conclusión ya efectuada por parte de la Unión Europea del primer tratado internacional destinado a la protección de los derechos humanos en que ésta se ha convertido en parte. Se trata además, del primer tratado internacional de derechos humanos del ámbito *onusiano* que cuenta con una organización internacional de integración de carácter regional como parte contratante: la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad adoptada en 2006. Sin suscitar el protagonismo en el debate político e institucional que ha recibido el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y sobre todo, de forma silenciosa, más ágil y eficaz, la Unión ha contribuido a la adopción de este tratado internacional, y se ha obligado formalmente en relación con el mismo desde 2010. Se indaga en este apartado en cuál ha sido el fundamento de la competencia externa de la Unión Europea para participar en las negociaciones y poder manifestar el consentimiento en obligarse en virtud de este tratado internacional. Finalmente se analizarán en este apartado la participación de la Unión, junto a sus Estados miembros, en la negociación y adopción de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, así como se intentará responder a cuestiones como: ¿cuál ha sido la contribución de la Unión a su contenido final en términos de *exportación normativa*?, o, ¿qué implicaciones tiene para el ordenamiento de la Unión participar en los mecanismos de control de este tratado internacional y por qué a diferencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos no ha sido necesaria una reforma previa del Derecho originario para la vinculación?

I. c) En un tercer apartado se plantea si a la luz de los precedentes (uno de ámbito regional europeo y otro de ámbito universal) de la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos y, sobre todo, de la conclusión de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, podría la Unión Europea vincularse a otros tratados internacionales de derechos humanos sin haber recibido la atribución competencial expresa para ello. Cabe plantearse si la Unión Europea tendría la competencia externa para concluir otros tratados internacionales de derechos humanos ya existentes y sobre todo si podría participar y promover la elaboración de nuevos y venideros tratados internacionales de derechos humanos, cuya conclusión pueda plantearse en el futuro siguiendo esta tendencia a la *especialización* de los derechos humanos hacia las necesidades singulares de colectivos humanos particulares (piénsese a título de ejemplo en los derechos de las personas mayores⁶²). Se exponen, a continuación, razones político-jurídicas que podrían sostener la necesidad o conveniencia de que la Unión se adhiera a otros tratados internacionales de derechos humanos. Inmediatamente después, tras una inmersión en la doctrina y jurisprudencia relativa a los aspectos competenciales de las relaciones exteriores de la Unión, se exponen posibles fundamentos jurídicos de la competencia externa de la Unión Europea para concluir otros tratados internacionales de derechos humanos, principalmente a partir de la doctrina de las competencias implícitas. Habida cuenta de estos resultados, se ofrece una lista, no exhaustiva, de posibles tratados internacionales a concluir por la Unión por su conexión sustantiva tanto con el derecho derivado material ya adoptado por la Unión como con las propias competencias de la Unión. Dicha lista ilustrativa enumera tratados internacionales tanto del ámbito de Naciones Unidas como del ámbito del Consejo de Europa, pero hay que señalar que hasta el momento, amén, de la ya examinada Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y del Convenio Europeo de Derechos Humanos,

⁶² No en vano se estima que en el año 2050 hasta 2000 millones de personas podrían pertenecer a esta categoría en el mundo. Dicha categoría parece una importante candidata a continuar la tendencia hacia una geometría variable o fragmentación dentro de los propios tratados internacionales destinados a la protección de los derechos humanos, véase F. MÉGRET, “The Human Rights of Older Persons: A Growing Challenge”, *Human Rights Law Review*, Vol. 11, nº 1, 2011, pp. 37-66. Asimismo debe verse la Observación General Nº 6, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores*, 13º Período de Sesiones, 1995, HRI/GEN/1/Rev.8, p.40.

únicamente hay tratados internacionales de derechos humanos que contemplen la potencial adhesión de la Unión Europea en el ámbito del Consejo de Europa. Por último, además de reflexionar acerca del posible inicio de una nueva tendencia en lo que respecta a la protección internacional de los derechos humanos en la Unión Europea, en este apartado también se incluyen unas reflexiones relativas a los pros y contras de la vinculación convencional de la Unión Europea en materia de derechos humanos.

I.d) El cuarto apartado intenta responder a la cuestión de si la Unión ha contribuido mediante su acción exterior al desarrollo de normas internacionales de carácter consuetudinario en materia de protección de los derechos humanos. De ser afirmativa la respuesta a la anterior cuestión, qué duda cabe de que la Unión Europea habría quedado vinculada así a tales normas obligatorias de origen consuetudinario en materia de protección de los derechos humanos. Para abordar esta cuestión se realiza un breve recorrido por la heterogénea práctica de la condicionalidad democrática y política de la Unión Europea en sus relaciones exteriores; con particular atención a la utilización de la denominada *cláusula de democracia y derechos humanos* en acuerdos internacionales de diversa índole (acuerdos de asociación, acuerdos de cooperación al desarrollo, etc.), así como, a la oferta de una preferencia en el tratamiento comercial a productos provenientes de ciertos países en vías de desarrollo, que está subordinada a la ratificación y cumplimiento por parte de estos terceros Estados de una lista de tratados sobre derechos humanos del ámbito de Naciones Unidas. Más que a los resultados tangibles, casuísticos y concretos de esta práctica brevemente esbozada, se prestará atención a los fundamentos normativos de carácter jurídico-internacional que permiten sostener la naturaleza consuetudinaria de las normas internacionales de protección de los derechos humanos que la Unión Europea esgrime en sus relaciones exteriores. El apartado finaliza con unas reflexiones en torno a la cuestión de la legitimidad de la Unión a la hora de promover el respeto universal a las normas internacionales para la protección de los derechos humanos. De forma adicional a lo ya anticipado en esta introducción, cabe indicar que el propósito de la presente Tesis Doctoral no es adentrarse en el debate, más propio de otras disciplinas, entre el universalismo y el relativismo en materia de derechos humanos.

I. e) El primer Capítulo se cierra con un quinto apartado destinado a estudiar posibles formas residuales y subsidiarias de vinculación de la Unión Europea al Derecho internacional de los Derechos humanos. Con dicha finalidad es rescatada una institución jurídica proveniente de la tradición romana y conocida en el Derecho de la Unión Europea, en relación con el GATT de 1947, que además, reviste una textura indeterminada en Derecho Internacional Público: se trata de la doctrina de la sucesión. Básicamente, se trata de explorar en qué medida -mediante la creación de un nuevo sujeto de Derecho Internacional Público (la Unión y sus predecesoras) y mediante la progresiva transferencia del ejercicio de poderes y prerrogativas soberanas- los Estados miembros han transferido también a la Unión parte de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Obligaciones que deben ser observadas por la Unión, con arreglo al Derecho Internacional Público (al margen de vinculación convencional o consuetudinaria), cuando ejerce las competencias que le han sido atribuidas por sus Estados miembros.

II. El SEGUNDO CAPÍTULO pretende sistematizar la recepción del Derecho internacional de los Derechos humanos, su posición jerárquica y su aplicabilidad en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea. Se trata de la denominada *fase descendente*, que pretende arrojar el marco teórico a partir del cual podamos determinar la mayor o menor aptitud del ordenamiento jurídico de la Unión para permitir el cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de protección de los derechos humanos asumidas por la Unión en tanto que sujeto de Derecho Internacional Público. Se trata de efectuar una radiografía de este subsistema de Derecho Internacional Público y extraer conclusiones que permitan enjuiciar el grado de recepción y aplicación de las normas internacionales de protección de los derechos humanos, así como identificar los principales condicionantes y obstáculos que éstas hallan en su aplicabilidad en el ordenamiento de la Unión, como vía no sólo para diagnosticar la salud de la Unión Europea en esta materia, sino también para mostrar los cauces por los que atraviesan las normas relevantes para la protección de los derechos fundamentales. Es por tanto este Capítulo una herramienta para apreciar el posible ajuste o desfase entre la vertiente exterior y la vertiente interior del discurso de protección de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Para ello debe apreciarse el papel que tienen las normas internacionales sobre derechos humanos, y los derechos fundamentales en general, en el

control de legalidad del derecho derivado que adoptan las instituciones de la Unión. Y debe estudiarse la justiciabilidad de los derechos fundamentales tanto en la aplicación centralizada como descentralizada del Derecho de la Unión.

II. a) En un primer apartado se estudia la recepción; para ello, más allá de los planteamientos teóricos que dividen a los ordenamientos en dos tipos (monistas o dualistas), se postula una metodología empírica y casuística, que intenta analizar los diferentes tipos de normas internacionales que pueden afectar a la protección de los derechos humanos en el ordenamiento de la Unión, así como su modalidad de recepción en el mismo. Partiendo del presupuesto de que el ordenamiento de la Unión puede calificarse de *monista moderado*, se repasan, en primer lugar, las reglas relativas a la recepción de tratados internacionales concluidos por la Unión. Dichas reglas son válidas tanto para tratados internacionales sobre derechos humanos que la Unión pueda concluir (Convenio Europeo de Derechos Humanos, Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad), como para tratados internacionales concluidos por la Unión que pueden afectar negativamente a la protección de los derechos humanos (PNR, SWIFT, ACTA, etc.)⁶³. Del mismo modo se intenta clarificar el régimen para la recepción de normas internacionales de origen consuetudinario, así como de los actos unilaterales de organizaciones internacionales (por ejemplo, Naciones Unidas) en que la Unión Europea no es miembro, pero sí lo son sus Estados miembros; piénsese en las Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas adoptadas en la lucha contra el terrorismo internacional y su repercusión en materia de derechos fundamentales.

⁶³ Se trata respectivamente: del Acuerdo PNR -Passenger Name Record- con Estados Unidos; en segundo lugar, del Acuerdo internacional de la Unión con Estados Unidos sobre el tratamiento y transferencia de datos de mensajería financiera a efectos del Programa de Seguimiento de la Financiación del Terrorismo (SWIFT); y en tercer lugar, del Acuerdo Comercial de Lucha contra la Falsificación, acuerdo multilateral del que pretendían convertirse en partes contratantes tanto la Unión como sus Estados miembros. Nos remitimos a lo que sobre los mismos será expuesto en secciones posteriores del presente trabajo. Por otra parte, el marco teórico reflejado para la recepción del Derecho internacional convencional también resulta válido en relación con acuerdos internacionales cuya conclusión pueda plantearse la Unión Europea y que resulten positivos desde el punto de vista de los derechos fundamentales, por su contribución a reforzar la protección de algunos de los llamados *derechos de tercera generación*. Paradigmático es el caso del medio ambiente, cuestión que solo desde un punto de vista incidental se abordará en el presente trabajo. Un ejemplo de este tipo de tratados internacionales susceptibles de afectar positivamente a los derechos humanos lo encontramos en el Protocolo de Nagoya de 2010 sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica de Naciones Unidas, en cuyo artículo 33 se prevé que las organizaciones regionales de integración económica, como la Unión Europea, puedan convertirse en partes contratantes.

II. b) El segundo apartado pretende aclarar cuál sería la posición jerárquica del Derecho internacional convencional y consuetudinario en el ordenamiento de la Unión Europea, así como las repercusiones de dicha estructuración en términos de derechos fundamentales.

Primero se analiza la primacía de los acuerdos internacionales concluidos por la Unión sobre el derecho estatal de los Estados miembros, que lógicamente es susceptible de generar reservas por parte de los tribunales constitucionales de los Estados miembros en áreas sensibles para la protección de los derechos fundamentales. En este sentido se razona en qué medida el Convenio Europeo de Derechos Humanos, una vez fuere parte integrante del ordenamiento de la Unión tras la adhesión, vería mejorados su estatus y aplicabilidad en el ordenamiento jurídico de algunos de los Estados miembros en tanto que acuerdo internacional concluido por la Unión: ¿Tendría el Convenio Europeo de Derechos Humanos una posición jerárquica *supraconstitucional* en los ordenamientos estatales, una vez completada la adhesión de la Unión al mismo?

A continuación se analiza en qué medida los acuerdos internacionales concluidos por la Unión, de un lado, y el Derecho internacional consuetudinario, de otro, tienen primacía sobre el derecho derivado adoptado por las instituciones de la Unión. ¿En qué condiciones dicha primacía implica que la norma internacional se convierte en parámetro de legalidad del derecho derivado de la Unión? Cuando el conflicto entre las disposiciones de un tratado internacional concluido por la Unión y su derecho derivado se presenta ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, y el juez nacional no puede resolver el conflicto mediante la conciliación interpretativa de ambas normas, debe remitir una petición prejudicial al TJUE, que retiene el monopolio en el control centralizado de la validez del derecho derivado de la Unión. Como se verá, el TJUE ha otorgado enorme importancia a la aptitud de eficacia directa de las disposiciones del acuerdo internacional para que puedan ser parámetro de la validez de una norma de derecho derivado de la Unión. ¿Es la eficacia directa de la disposición de un acuerdo internacional siempre un requisito inexcusable para la determinación de la invalidez de una norma del derecho derivado de la Unión? ¿También en materia de derechos fundamentales? ¿Modifican los principios generales del Derecho de la Unión o la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea estos presupuestos? También se

estudia el deber de interpretación conforme del derecho derivado a las disposiciones de los acuerdos concluidos por la Unión, como manifestación de la primacía de la norma convencional atenuada y alternativa al control de legalidad.

Por otra parte, es interesante hacer notar las peculiaridades que la primacía del Derecho internacional general de carácter consuetudinario sobre el derecho derivado de la Unión presenta en los términos en que ha sido reconocida por el TJUE, que la ciñe al estricto test del *error manifesto* a la hora de determinar la invalidez de los actos de las instituciones de la Unión.

En tercer lugar, dentro de este apartado se pretende analizar desde el punto de vista jerárquico las relaciones entre el Derecho originario de la Unión y los acuerdos internacionales concluidos por la Unión, de un lado, y el Derecho internacional consuetudinario, de otro. Los derechos fundamentales equiparados en posición jerárquica al Derecho originario, suponen en primer lugar, una barrera a la Unión para la asunción por vía convencional de obligaciones contrarias a su respeto en sus relaciones exteriores. Como guardianes para depurar el ordenamiento de la Unión de compromisos internacionales contrarios a los derechos fundamentales, hallamos al TJUE con el mecanismo del control previo *ex* artículo 218.11 TFUE, y al Parlamento Europeo, cuya aprobación resulta necesaria para que la Unión pueda manifestar su consentimiento en obligarse en relación con determinados acuerdos internacionales, en virtud del artículo 218.6 a) TFUE. La regla nos dice que el Derecho originario prevalece sobre los acuerdos internacionales concluidos por la Unión, pero ¿es esto cierto en relación con acuerdos internacionales destinados a la protección de los derechos humanos como la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad o el Convenio Europeo de Derechos Humanos?, ¿cuál es su relación con los tratados constitutivos, quedarían subordinados a ellos en posición jerárquica dentro del ordenamiento jurídico de la Unión?, es decir, ¿podrían contravenirse sus disposiciones en aplicación y desarrollo del Derecho originario?, ¿cambia en algo la respuesta la equiparación en valor jurídico a los tratados constitutivos de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que opera el artículo 6.1 TUE? Dichas cuestiones necesitan respuesta para efectuar una panorámica completa acerca de la posición jerárquica de las normas sobre protección de derechos fundamentales en el ordenamiento de la Unión Europea.

Por último, se evidenciará en este apartado que el TJUE, en un reciente asunto que enfrentaba a *Hungría y Eslovaquia*, ha permitido con rotundidad que el Derecho internacional general de naturaleza consuetudinaria pueda constituir un motivo de derogación admisible a una de las libertades fundamentales vinculadas al estatuto de ciudadanía, como es la libertad de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, que se recoge en el artículo 21 TFUE. Este asunto ofrece, en principio, oportunidades por explorar para la aplicabilidad en el ordenamiento de la Unión de las normas internacionales destinadas a la protección de los derechos humanos que tengan naturaleza consuetudinaria, manteniendo su sustantividad jurídico-internacional intacta, y por tanto, al margen de la figura de los principios generales del Derecho de la Unión, a la que tradicionalmente ha recurrido el TJUE en su jurisprudencia.

Ante el rol todavía no completamente diáfano a desempeñar por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cabe preguntarse si será ésta un freno o un elemento que acelere la penetración del Derecho internacional de los Derechos humanos en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea. Enormemente enigmática es la disposición horizontal que contiene el artículo 53 de la Carta:

“Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros”.

¿Estamos en presencia de una cláusula de apertura al Derecho internacional de los Derechos humanos en calidad de estándar mínimo asumido como pauta hermenéutica, al estilo del artículo 10.2 de la Constitución Española?⁶⁴

II. c) El tercer apartado de este segundo Capítulo aborda la importante cuestión de la justiciabilidad de los derechos fundamentales, empleando como herramienta

⁶⁴ Recuérdese su tenor literal: *“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”*. Véase D. J. LIÑÁN NOGUERAS, “La protección de los Derechos Humanos en la Constitución Española (Comentario al artículo 10.2)”, *International Law Association (Sección española)*, Boletín informativo, nº 9, marzo 1982.

de análisis principalmente la jurisprudencia y doctrina del TJUE sobre la eficacia directa de las disposiciones de los acuerdos internacionales concluidos por la Unión Europea. Como preludeo se exploran las nociones terminológicas frecuentemente asimiladas de aplicabilidad directa, invocabilidad, justiciabilidad y eficacia directa de los acuerdos internacionales, resoluciones de organizaciones internacionales y otras normas internacionales. Dichas nociones técnicas resultan esenciales para la realización y garantía efectiva de los derechos fundamentales atribuidos por los diferentes textos normativos, que, al menos en el modelo europeo, carecen de sentido si no van acompañados de la protección judicial de su contenido básico. Recuérdese, además, la importancia que la jurisprudencia del TJUE viene dando a la eficacia directa de la disposición de la norma convencional para que ésta pueda operar como parámetro de validez del derecho derivado en su aplicación descentralizada, eso sí, previo pronunciamiento prejudicial del TJUE que conserva el monopolio en el control centralizado de la legalidad del derecho adoptado por las instituciones de la Unión. En este apartado, partiendo de la jurisprudencia del TJUE relativa al derecho de la OMC (incluyendo el derecho convencional derivado) y relativa a la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, se intentan extraer nociones que puedan resultar extrapolables a la posible eficacia directa en el ordenamiento de la Unión de los tratados internacionales que la Unión Europea concluya en la esfera de la protección de los derechos humanos, tal y como sería el caso del Convenio Europeo de los Derechos Humanos o de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. ¿Gozarían de eficacia directa en el ordenamiento de la Unión las sentencias del TEDH?

II. d) El cuarto apartado de este Capítulo se pregunta por el estatus en el ordenamiento de la Unión de aquellos tratados internacionales sobre derechos humanos que han sido concluidos, no por la Unión propiamente, sino por sus Estados miembros. Partiendo de la tradicional ausencia de sustantividad jurídico-internacional propia de dichos tratados internacionales en el ordenamiento de la Unión Europea, dada su incorporación mediata a través de la figura de los principios generales del Derecho de la Unión en el modelo “pretoriano”, se pretenden explorar posibilidades para su aplicabilidad a la luz de la experiencia en la jurisprudencia del TJUE con otros tratados internacionales concluidos solo por los Estados miembros y no por la organización supranacional. ¿Influye el principio

de cooperación leal en que las instituciones de la Unión Europea deban respetar las obligaciones internacionales de los Estados miembros en materia de derechos humanos?, ¿es el comportamiento del TJUE equiparable al del TEDH en lo que se refiere a su receptividad y permeabilidad a los tratados internacionales de derechos humanos, otros que el CEDH, concluidos por sus Estados miembros?, ¿pueden funcionar *per se* los tratados internacionales comunes a los Estados miembros (verbigracia el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), pero no concluidos por la Unión Europea, como un parámetro de legalidad del derecho derivado de la Unión?

Dentro de este apartado se presta particular atención a las conclusiones de los Abogados Generales, con la intención de determinar si en su argumentación y razonamiento estos han sido más permeables y sensibles a los instrumentos internacionales para la protección de los derechos humanos de lo que ha sido el propio Tribunal.

También debemos preguntarnos si a los ojos del ordenamiento de la Unión Europea, y sobre todo, de la jurisprudencia del TJUE en su modelo “pretoriano”, existe alguna diferencia entre aquellos tratados internacionales en materia de derechos humanos que vinculan a *todos* los Estados miembros frente a aquellos tratados en que únicamente algunos Estados miembros son parte. ¿Efectúa alguna discriminación la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea entre ambas categorías de tratados, que deba ser respetada por el TJUE? ¿Constituyen los principios generales del Derecho de la Unión en materia de derechos fundamentales una manifestación particular y autónoma de una costumbre internacional de carácter regional?, ¿Son acaso una vía más a través de la cual el TJUE preserva la autonomía y uniformidad del ordenamiento jurídico de la Unión Europea?

Después de estos análisis, ¿ofrece el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, alguna vía no explorada como resquicio para la aplicabilidad potencial (no sólo judicial, sino especialmente normativa) de los tratados y resto de normas internacionales que vinculan a los Estados miembros en materia de derechos humanos?

III. Llegamos al TERCER CAPÍTULO, donde continuando con la denominada *fase descendente*, nos planteamos en concreto la problemática ligada a la aplicación y ejecución normativa y judicial, especialmente de tres tratados internacionales destinados

a la protección de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico de la Unión. Cada uno de ellos refleja una tipología diferente de tratado internacional sobre derechos humanos, tanto por su estatus en el ordenamiento de la Unión, como por el tipo de derechos que tutela, o bien debido a su modalidad particular de ejecución: a) el primero es la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, tratado internacional que ya ha sido concluido por la Unión, y que, por tanto, forma parte integrante de su ordenamiento. Se trata de un tratado internacional que recoge tanto derechos civiles y políticos, como derechos económicos, sociales y culturales; b) en segundo lugar, y ya en el ámbito regional europeo, hallamos el Convenio Europeo de Derechos Humanos. La adhesión de la Unión al mismo se ve facilitada en buena medida por la atención privilegiada que el TJUE ya ha dispensado a este tratado internacional así como a la jurisprudencia del TEDH. Es un tratado internacional que a diferencia del anterior recoge fundamentalmente derechos civiles y políticos, cuya titularidad es general, se predica de cualquier persona, con independencia de que ciertas categorías humanas puedan recibir una protección más avanzada en otros tratados internacionales específicos; c) en tercer lugar, también en el ámbito de Naciones Unidas, encontramos un tratado internacional que vincula a todos los Estados miembros de la Unión, pero del que la Unión Europea no se ha convertido en parte contratante, se trata de la Convención sobre los derechos del niño de 1989. No obstante, el interés de este tratado internacional radica en que la Unión Europea, dentro del alcance de las competencias que tiene atribuidas, ha dado aplicación a este tratado internacional en su ordenamiento jurídico mediante actos jurídicos autónomos. ¿Confirma este caso la idea de que los tratados internacionales de derechos humanos que vinculan a los Estados miembros, pero en los que la Unión no es parte contratante, pueden tener en el Derecho de la Unión una aplicación autónoma, sin perder su fundamento jurídico-internacional, de forma diferenciada a la fórmula de los principios generales?

III. a) En el primer apartado, dedicado a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se estudia el reparto de los efectos obligatorios de este acuerdo internacional entre la Unión Europea y sus Estados miembros, tratándose de un acuerdo internacional mixto de carácter incompleto, ya que presenta la notable peculiaridad de no haber sido ratificado por la totalidad de los Estados miembros de la Unión. Igualmente se analizan las repercusiones de la

exigencia de unidad de representación internacional que han sido abordadas para este tratado internacional mediante la adopción de un Código de Conducta. La aplicación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad supone, por lo tanto, un buen terreno para la observación empírica del funcionamiento real e implicaciones del principio y deber bidireccional de cooperación leal entre los Estados miembros y la Unión. En el campo de la aplicación normativa, se analizan las implicaciones, que, sobre todo en el terreno del derecho derivado, han venido motivadas por el desarrollo normativo de la Convención. Hay que decir que el ordenamiento jurídico de la Unión no era yermo en materia de derechos de las personas con discapacidad, con anterioridad a la conclusión de la Convención de Naciones Unidas. No obstante, hasta la fecha no se ha adoptado ningún acto normativo destinado específicamente a dar aplicación y ejecución integral a las obligaciones internacionales dimanantes de este tratado en el ordenamiento de la Unión. Sí que existen, empero, modificaciones ya ultimadas del derecho derivado que han tenido en cuenta la Convención. En este sentido se proponen algunos cauces para que el TJUE, siguiendo al TEDH, pueda suplir en su jurisprudencia la falta de desarrollo normativo a la hora de dar aplicación plena a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el ordenamiento jurídico de la Unión. ¿Resultan de aplicación las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en los litigios entre particulares, a la luz de la jurisprudencia del TJUE en materia de no discriminación por razón de la edad?, ¿se ha iniciado ya la tendencia a *privatizar* el alcance de la responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones de respeto en materia de derechos fundamentales? En relación con los derechos económicos, sociales y culturales atribuidos a las personas con discapacidad, cabe formular diversas cuestiones: ¿cómo se han comportado las sucesivas perspectivas financieras plurianuales?, ¿existe alguna dotación en el Presupuesto de la Unión Europea específicamente destinada a las necesidades de las personas con discapacidad?, ¿la llamada “regla de oro del equilibrio presupuestario” establecida en el Derecho de la Unión condiciona de algún modo los recursos disponibles que los Estados miembros pueden destinar a cumplir con las obligaciones dimanantes de la Convención? Por último, y puesto que se trata de un acuerdo internacional mixto, se propone un análisis de la aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las

Personas con Discapacidad en España, como ejemplo ilustrativo de la aplicación en un Estado miembro. Para ello, se efectúa un repaso sobre las principales modificaciones normativas que han venido motivadas por la ejecución de este tratado internacional. También se analizan los principales motivos de preocupación y recomendaciones formuladas a España por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su evaluación inicial, que fue llevada a cabo en septiembre de 2011.

III.b) El segundo apartado está centrado en la problemática que traerá consigo la ejecución plena del Convenio Europeo de Derechos Humanos, una vez se complete la adhesión, y las principales transformaciones que producirá en el ordenamiento jurídico de la Unión. En buena medida se trata de un ejercicio de prognosis que tiene en la incertidumbre su principal inconveniente. No obstante, las herramientas de predicción parten de la singular posición que el TJUE ya ha otorgado al Convenio Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento de la Unión, así como de algunos ejemplos que evidencian el intento de las instituciones de la Unión de anticipar su aplicación en el terreno de los actos normativos. Inmediatamente después se aborda la difícil cuestión del reparto de la responsabilidad internacional pasiva derivada de la aplicación y ejecución del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico de la Unión. En este sentido se examina la institución del codemandado, propuesta en el Proyecto de Acuerdo para la adhesión con carácter facultativo, para vehicular los numerosos supuestos de litisconsorcio pasivo que pueden darse ante la jurisdicción del TEDH entre la Unión Europea y sus Estados miembros, con motivo de la aplicación del Derecho de la Unión. Numerosas cuestiones pendientes aparecen en este terreno, ¿existen diferencias entre la aplicación del Derecho originario y la correlativa del derecho derivado?, ¿es relevante la existencia de un margen de apreciación en la aplicación del Derecho de la Unión para la atribución de responsabilidad internacional?, ¿quién debe determinar la existencia de dicho margen?, ¿el TEDH?, ¿debe darse la palabra al TJUE a los efectos de salvaguardar la autonomía del Derecho de la Unión en estos supuestos?, ¿qué nos dice el deber de cooperación leal al respecto?, entre muchas otras. A continuación se examinan las peculiaridades que el ordenamiento jurídico de la Unión presenta para la ejecución de los fallos del TEDH. Dentro de la ejecución, su control político, que corresponde al Comité de Ministros del Consejo

de Europa, también muestra cuestiones interesantes desde el punto de vista estratégico para la Unión Europea y su objetivo de promoción universal del respeto a los derechos humanos: ¿Otro escenario para el intento de entendimiento en este campo con Rusia? En última instancia, sin ánimo de exhaustividad, se alude a algunos ámbitos materiales del Derecho de la Unión actual cuya configuración se presenta problemática desde el punto de vista de la jurisprudencia del TEDH. A estos efectos, y a modo de ejemplo, ¿cómo influirá la adhesión en el contro jurisdiccional de la Política Exterior y de Seguridad Común?

III.c) El tercer apartado, pretende ilustrar, con el ejemplo de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, la aplicación autónoma en el ordenamiento jurídico de la Unión de un tratado internacional en materia de derechos humanos que vincula a todos sus Estados miembros. La aplicación normativa y judicial de carácter autónomo se presenta así como una forma alternativa a la conclusión del tratado internacional por la Unión Europea, y también como una forma plausible, en principio, de solventar las dificultades relativas a la participación de la Unión en tratados sobre derechos humanos que no preveían la participación en ellos de una organización internacional. Además, la aplicación de la Convención sobre los derechos del niño responde a la necesidad de dar los pasos orientados a la consecución de los nuevos objetivos que el Tratado de Lisboa ha incorporado en el Derecho primario para la Unión, tanto hacia el interior de sus Estados miembros, como para sus relaciones con el resto del mundo. Junto con la Convención sobre los derechos del niño de 1989, se estudian otros instrumentos internacionales, tanto del ámbito de Naciones Unidas como del ámbito del Consejo de Europa, que pueden ser relevantes para la Unión Europea a la hora de proteger los derechos del niño. Algunos de estos tratados internacionales ya han sido concluidos por la Unión Europea; otros habilitan que la Unión pueda convertirse en parte contratante, opción que la Unión ha declinado ejercer por el momento. A continuación, se aborda la aplicación normativa y judicial de la Convención sobre los derechos del niño en el ordenamiento de la Unión, prestando especial atención a las observaciones generales emitidas por su mecanismo de control: el Comité sobre los derechos del niño. Particular motivo de preocupación reviste en este sentido la situación de los miles de menores no acompañados de un adulto responsable que llegan al territorio de los Estados miembros procedentes de terceros países. Pese a la continua reiteración formal del respeto al interés superior

del niño, pilar esencial de la Convención de Naciones Unidas de 1989, lo cierto es que el derecho derivado actual adoptado en el marco de la política común en materia de asilo parece albergar mayores resquicios para la detención de los menores acompañados que no han cometido infracción penal alguna de los que el Derecho internacional permite. En cualquier caso, ante las situaciones de internamiento de menores en los Estados miembros en el contexto de la política común en materia de asilo e inmigración, continuamente bajo sospecha de no respetar los estándares internacionales, no existe noticia de que la Comisión Europea haya iniciado un procedimiento por infracción del Derecho de la Unión. Dos de los instrumentos normativos de la Unión que se examinan de un modo más detenido en este apartado se encuentran en el punto de mira, bajo sospecha de no reflejar adecuadamente las garantías que el Derecho internacional exige para la protección adecuada de los derechos del niño: se trata de la denominada “Directiva del retorno” y de la “Directiva de reagrupación familiar”, esta última objeto de un interesante recurso de anulación ante el TJUE por parte del Parlamento Europeo, resuelto en 2006. En otro orden de ideas, ¿cumple la Unión Europea la exigencia de visibilidad presupuestaria de los derechos del niño que en opinión del Comité sobre los derechos del niño se deriva de la Convención de 1989?

Este apartado finaliza con un esbozo de las principales áreas de la acción exterior de la Unión Europea relevantes para la protección de los derechos del niño, así como de las directrices estratégicas de que la Unión se ha dotado en este sentido.

IV. Se termina finalmente con unas CONCLUSIONES.

Capítulo I: Vinculación y contribución de la Unión Europea a la formación y desarrollo del Derecho internacional de los Derechos humanos.

La contribución de la Unión Europea al desarrollo del Derecho internacional de los Derechos humanos será examinada en el presente Capítulo desde el prisma de la fase ascendente relativa a la participación de la Unión Europea en la elaboración de tratados internacionales de derechos humanos (como es el caso de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad) y también relativa a la manifestación de su consentimiento en quedar obligada por las disposiciones de un tratado internacional relativo a la protección de derechos humanos (como ha ocurrido con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y como previsiblemente ocurrirá con el Convenio Europeo de Derechos Humanos). Se tratará de reflexionar acerca de si son éstas las únicas manifestaciones donde en un futuro podrá desarrollar la Unión su actividad convencional dentro del campo de la protección de los derechos fundamentales⁶⁵, o si es posible plantearse que pueda concluir otros tratados internacionales en la materia. En cualquier caso, en esta fase ascendente con la participación en la negociación y ulterior manifestación del consentimiento en obligarse en virtud de normas convencionales destinadas a la protección de los derechos humanos

⁶⁵ Como se señaló en la Introducción, pese a la divergencia terminológica que entraña diferencias de contenido entre las nociones de “derechos humanos” y “derechos fundamentales”, en este trabajo se utilizarán de forma prácticamente indistinta, del mismo modo que ha hecho en su jurisprudencia el TJUE o del modo que un amplio sector de la doctrina ha convenido en realizar. Sirva de ejemplo del uso indistinto de ambas nociones en la jurisprudencia del TJUE la Sentencia de 3 de mayo de 2005, *Berlusconi y otros*, asuntos acumulados C-387/02, C-391/02 y C-403/02, Rec. 2005, p. I-3565, apartado 67. Nótese que las diferencias de matiz semántico entre ambas pueden referirse: a su fundamentación (iusnaturalista o positivista), a su titularidad (derechos de la persona humana/derechos vinculados a la categoría jurídica de ciudadano o la condición de nacional), o a su ámbito de protección (ordenamiento internacional/interno). Véanse, J. MARTÍNEZ DE PISÓN, *Tolerancia y Derechos Fundamentales en las sociedades multiculturales*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 173-179; asimismo, F. RUBIO LLORENTE, “Mostrar los derechos sin destruir la Unión (Consideraciones sobre la Carta de derechos Fundamentales de la Unión Europea)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, nº 64, 2002, pp. 13-52; y E. DECAUX, “Les droits fondamentaux en droit international”, *L’actualité juridique-Droit Administratif*, agosto 1998, pp. 66-73. Una importante aproximación filosófica y lingüística a estos términos en G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, op. cit., pp. 21-38. Sobre la cuestión terminológica con mayor conexión con el ordenamiento jurídico de la Unión Europea debe verse J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, “Droits fondamentaux: quelle place dans l’architecture de l’Union”, en *Chemins d’Europe. Mélanges en l’honneur de Jean Paul Jacqué*, Dalloz, París, 2010, pp. 263-278, donde la autora deja abierta *in fine* la siguiente cuestión: “N’y a-t-il pas une sorte d’imposture à recourir si largement en droit positif à la notion de droit fondamental sans jamais en définir la signification et la portée, ou bien est-ce de l’essence des droits fondamentaux, un élément de leur dynamisme potentiel, que de demeurer non circonscrits?”

también puede discutirse en qué medida la Unión mediante su práctica está contribuyendo a su vez a la formación de normas consuetudinarias en la materia: precisamente debido a las dificultades para deslindar la fase ascendente de la fase descendente relativa a la recepción y ejecución de las normas consuetudinarias, será abordada nuevamente esta cuestión en el siguiente Capítulo.

1. Tratados internacionales pendientes de concluir por la Unión Europea: la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

1.1. Antecedentes de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

1.1. a) La adhesión como “cuestión histórica” y la competencia externa de la Unión Europea.

El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁶⁶ (Convenio Europeo de Derechos Humanos o simplemente CEDH) ha sido desde la década de los setenta, a partir del asunto *Rutili*⁶⁷, un texto normativo privilegiado en la jurisprudencia del TJUE para la identificación de los derechos fundamentales tutelados bajo la categoría de principios generales en el ordenamiento jurídico comunitario. Tanto su empleo en la jurisprudencia como la introducción del debate sobre una posible adhesión de las Comunidades Europeas al CEDH aparecen con la clara intención de vencer las reticencias de los tribunales constitucionales alemán e italiano a aceptar la primacía del derecho comunitario sobre sus ordenamientos constitucionales internos; dicha negativa a aceptar la prevalencia del derecho comunitario europeo fue formulada por los tribunales constitucionales en tanto no quedase garantizada en aquél una protección de los derechos fundamentales de sus nacionales como mínimo equivalente a la dispensada por el derecho constitucional nacional⁶⁸. Esta rebeldía intenta también ser calmada por medio de un compromiso

⁶⁶ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y que entró en vigor el 21 de septiembre de 1970.

⁶⁷ Sentencia de 28 de octubre de 1975, *Rutili c. Ministre de l'intérieur*, asunto C-36/75, Rec. 1975, p. 1219, apartado 32. Nótese que el TJUE emplea el CEDH por primera vez a partir del momento en que no sólo éste se encontraba en vigor en el orden internacional, sino fundamentalmente a partir del momento en que todos los Estados miembros habían procedido a su ratificación, siendo Francia el último (3 de mayo de 1974).

⁶⁸ Una de las principales reacciones de Tribunales constitucionales nacionales provino del Tribunal Constitucional Federal de Alemania en el asunto *Solange I* de 1974 (Sentencia de 29 de mayo de 1974, BVerfGE 37, p. 271), donde el Tribunal de Karlsruhe se reservaba la facultad de ejercer el control de constitucionalidad sobre el Derecho comunitario derivado en el sentido que éste hubiera sido interpretado por el TJUE fruto del diálogo prejudicial, pudiendo inaplicar la norma comunitaria en caso de conflicto con los derechos fundamentales establecidos en la Ley Fundamental, en tanto la Comunidad no se hubiera dotado de un catálogo de derechos aprobado por un Parlamento y con vigencia efectiva. En su Sentencia de 22 de octubre de 1986, *Solange II*, BVerfGE 73, p. 339, el Tribunal Constitucional alemán rechazó el control de constitucionalidad del derecho derivado en tanto quedase garantizado en el ámbito comunitario un nivel de protección de los derechos fundamentales equivalente al de la Ley Fundamental alemana. Por

interinstitucional manifestado en la célebre Declaración común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión sobre los derechos fundamentales, de 5 de abril de 1977, en la que las tres instituciones destacan la importancia de proteger los derechos fundamentales, en particular como resultan de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y del CEDH. Aparece así la *histórica* cuestión de la adhesión que se remonta al Memorándum de la Comisión de 1979⁶⁹, donde ésta por primera vez considera que la adhesión debe complementar la labor de protección de los derechos fundamentales llevada a cabo por el TJUE en su jurisprudencia. El *Proyecto Spinelli*⁷⁰, de 14 de febrero de 1984, contenía la ambiciosa propuesta de debatir en un plazo de cinco años desde su adopción sobre la adhesión de la Unión Europea tanto a la CEDH como a la Carta Social Europea, así como a los Pactos de 1966 de Naciones Unidas relativos a derechos civiles y políticos por un lado, y relativos a los derechos económicos, sociales y culturales por otro; igualmente este proyecto de reforma del Derecho originario preveía que la Unión adoptase en idéntico plazo su propio catálogo de derechos fundamentales. De modo que la apuesta por un texto normativo propio de la Unión Europea destinado a la protección de los derechos fundamentales se ha barajado como no excluyente y sí como compatible y complementaria con respecto a la adhesión de la Unión Europea a tratados internacionales de derechos humanos. Hasta la fecha no ha existido ninguna propuesta concreta tan avanzada ni tan decidida de reformar el Derecho originario para favorecer la adhesión de la Unión Europea a múltiples tratados internacionales de derechos humanos que encarnase como el *Proyecto Spinelli* las ideas de universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos. Desde

su parte la Sentencia de 27 de diciembre de 1973 de la Corte Costituzionale Italiana, en el asunto *Frontini*, estableció que, en caso de que una hipotética interpretación aberrante de la ley italiana que autorizaba la ratificación de los tratados constitutivos la hiciera colisionar con los principios constitucionales fundamentales, el Tribunal velaría por la compatibilidad constante del Tratado con dichos principios constitucionales. Fuera del control de constitucionalidad quedaba, en cambio, el Derecho comunitario derivado considerado infra-constitucional (Sentencia de 27 de diciembre nº 183, *Frontini*, Giurisprudenza Costituzionale, 1973. p. 2401). Véase una exposición detallada y un análisis de las implicaciones de esta jurisprudencia en G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, U. WOELKER, “Derecho Comunitario, Derechos Fundamentales y control de constitucionalidad: La decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán de 22 de octubre de 1986”, *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 14, nº 3, 1987, pp. 667-686. Igualmente revelador para comprender por qué se decide incorporar los derechos fundamentales al proceso de integración europea resulta, D. J. LIÑÁN NOGUERAS, “Derechos Humanos y Unión Europea”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 373-381.

⁶⁹Propuesta de la Comisión al Consejo de Memorándum sobre la adhesión de las Comunidades Europeas a la Convención sobre la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, de 4 de abril de 1979 (Volúmenes 2-79 del Boletín de las Comunidades Europeas: Suplemento), Bruselas, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1983.

⁷⁰ Proyecto de Tratado de Unión Europea y Resolución adoptados por el Parlamento Europeo el 14 de febrero de 1984 en Estrasburgo.

que la Comisión abordó por vez primera la cuestión de la adhesión de la Unión al CEDH en su Memorandum de 1979, tanto el Parlamento Europeo como la Comisión han abogado firmemente porque ésta sea llevada a cabo⁷¹.

Ante la inexistencia de una atribución competencial expresa para que la Unión llevase a cabo la adhesión, la posible existencia de competencia externa para la celebración del CEDH suscitaba dudas que llevaron al Consejo a solicitar al Tribunal de Justicia un dictamen previo al amparo del entonces apartado 6 del artículo 228 TCE acerca de la compatibilidad de la adhesión con el Derecho originario. En su Dictamen 2/94 el TJUE señaló que ninguna norma atribuía a la Comunidad, con carácter general, la facultad para adoptar normas en materia de derechos humanos o celebrar convenios internacionales en este ámbito⁷². Pese a esta afirmación del Tribunal, los derechos humanos progresivamente se fueron convirtiendo en un importante elemento de las relaciones exteriores: de la Política Comercial Común y de la Política Exterior y de Seguridad Común de la Unión Europea desde el comienzo de los años 90⁷³. Finalmente, el TJUE señaló que debido a la *envergadura constitucional* que implicaría que la Unión se integrase en el sistema institucional del CEDH, la adhesión únicamente sería posible a través de una modificación del Tratado que otorgase a la Unión la competencia expresa, siendo de todo punto insuficiente el recurso a la doctrina de las competencias implícitas así como el uso de la cláusula de imprevisión competencial entonces recogida en el artículo 235 TCE (actual 352 TFUE)⁷⁴.

⁷¹ El Parlamento Europeo se pronunció de forma favorable a la adhesión por vez primera en una Resolución de 22 de abril de 1979; posteriormente dio su apoyo a la adhesión en las Resoluciones de 18 de enero de 1994 (en la que se manifiesta que la adhesión de la UE al CEDH es compatible con el mantenimiento de su propio catálogo de derechos) y de 16 de marzo de 2000. Por su parte la Comisión reiteraría su propuesta de adhesión de la Comunidad el 19 de febrero de 1990, Doc. SEC (90) 2087 final; y de nuevo el 26 de octubre de 1993 insistió en ella en el documento de trabajo titulado “La adhesión de la Comunidad al Convenio Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento jurídico comunitario”, estudiando en él una posible base jurídica para la adhesión. Véase A. G. CHUECA SANCHO, “Por una Europa de los Derechos Humanos: la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en N. FERNÁNDEZ SOLA (coord.), *Unión Europea y Derechos Fundamentales en perspectiva constitucional*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 40.

⁷² Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996, *cit. supra*, apartado 27.

⁷³ Véanse A. ROSAS, “The European Union and Fundamental rights/Human rights”, en C. KRAUSE, M. SCHEININ (eds.), *International Protection of Human Rights: A Textbook*, Turku/Åbo, Institute for Human Rights of the Åbo Akademi Universtiy, 2009, pp. 464-474; y J.H.H. WEILER, S. C. FRIES, “A Human Rights Policy for the European Community and Union: The Question of Competences”, en P. ALSTON, M. BUSTELO, J. HEENAN (eds.), *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, 1999, pp. 147-166.

⁷⁴ Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996, *cit. supra*, apartado 35. Véase un comentario sobre esta decisión del Tribunal en C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, “Comunidad Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: ¿El fin de una vieja polémica? (Comentario al Dictamen 2/94 del TJUE de 28 de marzo de 1996)”, *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 23, n° 3, 1996, pp. 817-838; asimismo, O. DE SCHUTTER, Y. LEJEUNE, “L’Adhésion de la Communauté à la Convention Européenne des Droits de

Finalmente, las dudas en cuanto a la competencia externa de la Unión para la adhesión quedaron despejadas con el mandato que contenía el fallido Proyecto de Tratado constitucional en su artículo I-7.2: “*La Unión procurará adherirse al Convenio...*”, éste mandato comportaba una obligación de conducta⁷⁵, que en el Tratado de Lisboa recibe una redacción más tajante, formulándose como obligación de resultado en el artículo 6.2 TUE: “*La Unión se adherirá al Convenio Europeo...*”⁷⁶. Por su parte, el obstáculo que suponía para la Unión su condición de organización internacional, a la hora de convertirse en parte contratante del CEDH, ha sido superado con el nuevo artículo 59.2 del CEDH reformado por el Protocolo nº 14 CEDH, en vigor desde junio de 2010, y que muestra la voluntad política para llevar a cabo la adhesión desde el lado del Consejo de Europa: “*La Unión Europea podrá adherirse al presente Convenio*”⁷⁷. El sustrato político de esta aceptación por todos los Estados miembros del Consejo de Europa de que la Unión pueda adherirse al sistema del CEDH indica que no hay ningún Estado que tenga una objeción fundamental a la misma, ni tan siquiera Rusia que fue el último Estado en ratificar el Protocolo nº 14. Desde luego la aceptación de la Duma de la posibilidad de adhesión inaugura un nuevo escenario posible en el diálogo Unión Europea-Rusia en materia de derechos humanos.

l'homme. À propos de l'avis 2/94 du T.J.C.E.”, *Cahiers de Droit Européen*, nº 5 y 6, 1996, pp. 555-606 ; también sobre este Dictamen, G. GAJA, “Opinion 2/94”, *Common Market Law Review*, Vol. 33, 1996 pp. 973-989. WEILER y FRIES presentan una visión crítica de esta decisión del Tribunal de Justicia, preguntándose por qué la adhesión al CEDH implica esa presunta relevancia constitucional que no se observó respecto de la pertenencia a la OMC con sus mecanismos de solución de controversias comerciales, así como se señala el hecho de que la mayoría de Estados miembros se hayan convertido en partes contratantes del CEDH sin tener por ello que proceder a una expresa reforma constitucional, véase J.H.H. WEILER, S. C. FRIES, “A Human Rights Policy for the European Community and Union: The Question of Competences”, *op. cit.*, p. 150.

⁷⁵ J. ROLDÁN BARBERO, “La Carta de Derechos Fundamentales de la UE: su Estatuto Constitucional”, *RDCE*, nº 16, 2003, p. 987.

⁷⁶ No obstante, no debe obviarse, como se verá más adelante, que la culminación de dicha obligación de resultado no depende por entero de los Estados miembros de la Unión Europea, sino que se hace depender en última instancia de la voluntad del conjunto de Estados que integran el Consejo de Europa.

⁷⁷ Pese a estar resuelta la cuestión de la competencia externa de la Unión para adherirse al CEDH, la adhesión es una materia a la que se han dedicado y se siguen dedicando numerosos estudios doctrinales puesto que plantea numerosos interrogantes técnico-jurídicos pero también de orden político y cuenta con sus defensores y detractores que la consideran superflua. Pueden verse entre otros: A. FERNÁNDEZ TOMAS, “La adhesión de las Comunidades Europeas al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos: un intento de solución al problema de la protección de los Derechos fundamentales en el ámbito comunitario”, *Revista de Instituciones Europeas*, nº 3, 1985, pp. 701-721; M. JIMÉNEZ DE PARGA, “La adhesión de la UE al CEDH”, en N. COLNERIC, y otros (eds.), *Une communauté de droit - Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias-*, BWV Berliner Wissenschafts, Berlín, 2003, pp. 127-136; J. A. PASTOR RIDRUEJO, “Sobre la adhesión de la Unión Europea a la Convención de Roma”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2010, nº 43, pp. 43-51.

1.1. b) El control mediato del TEDH sobre el ordenamiento jurídico comunitario y la presunción de protección equivalente establecida por la jurisprudencia *Bosphorus*.

Entre las objeciones a la adhesión que se han barajado se encuentra el argumento de que la UE ya se encontraba vinculada jurídicamente con respecto al CEDH, al haber recibido este instrumento una consideración privilegiada por parte del TJUE en su jurisprudencia relativa a la protección de los derechos fundamentales, en la cual el propio CEDH ha sido objeto de una atención singular a la hora de identificar mediante la fórmula de los principios generales del Derecho de la Unión qué derechos fundamentales son tutelados por dicho ordenamiento jurídico.

En cualquier caso, al margen de que la Unión pueda estar obligada internacionalmente por el CEDH antes de la adhesión, bien por la vía de sus propios actos bien debido al carácter de norma consuetudinaria del CEDH o como se ha llegado a decir por sucesión⁷⁸, lo cierto es que el no haberse procedido a la adhesión formal entraña un doble perjuicio puesto que los Estados miembros son responsables del respeto a las obligaciones del Convenio aun en áreas donde el ejercicio de la competencia se ha transferido a la organización supranacional: a) por un lado el TEDH ha controlado de forma mediata, de forma indirecta, en algunos supuestos el respeto al CEDH en la aplicación y ejecución del Derecho de la Unión por parte de sus Estados miembros, aun en supuestos donde apenas existe margen de apreciación para estos, sin posibilidad de que la Unión pueda concurrir como parte litigante para defender su posición⁷⁹, b) ante la inexistencia de una legitimación pasiva de la Unión en el sistema

⁷⁸ Véase, P. PESCATORE, "Treaty-making by the European Communities", en F. JACOBS, S. ROBERTS, *The effects of Treaties in domestic law*, Sweet & Maxwell, Londres, 1987, p. 187.

⁷⁹ En el asunto *Cantoni* el TEDH no excluyó que Francia pudiera infringir el principio de legalidad penal al trasponer a su derecho penal "casi palabra a palabra" una directiva comunitaria, Sentencia del TEDH de 15 de noviembre de 1996, *Cantoni c. Francia*, Recurso nº 17862/91, apartado 30. En la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 18 de febrero de 1999, *Matthews c. R. Unido*, Recurso nº 24833/94, el TEDH considerando que no respetaba el derecho recogido en el artículo 3 del Protocolo nº 1 al CEDH condenó a Reino Unido por no permitir a una ciudadana británica residente en Gibraltar ejercer el derecho de voto en las elecciones al Parlamento Europeo. Un comentario crítico puede verse en: L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, "Sobre el Derecho internacional de los Derechos humanos y Comunitario Europeo (A propósito del asunto *Matthews C. Reino Unido*)", *RDCE*, nº 5, 1999, pp. 95-108. Asimismo, O. DE SCHUTTER, O. L'HOEST, "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", *Cahiers de Droit Européen*, nº 2, 2000, pp. 141-214. En este caso el TEDH constató que la violación por la que se condena a Reino Unido emana de la conjunción del Anexo II al Acto de 1976 junto con la reforma del Derecho originario de la Unión operada por el Tratado de Maastricht que consolida al Parlamento Europeo como cuerpo legislativo. En su opinión, el Acto de 1976 constituye un tratado internacional concluido libremente en el marco del ordenamiento jurídico comunitario por Reino Unido, pero éste no goza de un nivel de escrutinio suficiente por parte del TJUE para garantizar un nivel de protección adecuado al

de control del CEDH, los individuos que han entendido sus derechos vulnerados por alguna decisión o actuación de las instituciones de la Unión Europea han interpuesto una demanda contra todos sus Estados miembros, que en ningún caso ha sido admitida por el TEDH y que deja abierta la cuestión de si deben ser considerados los Estados miembros colectivamente responsables por actos de la Unión Europea que resulten directamente aplicables en los órdenes jurídicos internos⁸⁰.

Cuestión distinta y que no resuelve esta cuestión, es que el TEDH se haya declarado incompetente con posterioridad *ratione personae* respecto de una demanda interpuesta

derecho contenido en el artículo 3 del Protocolo nº 1 al CEDH (véase el apartado 33 de la Sentencia). Con posterioridad el TJUE, con ocasión de un recurso por incumplimiento tuvo ocasión de constatar que Reino Unido no había infringido el Derecho de la Unión Europea: el TJUE tomó nota de la intención de Reino Unido de dar pleno cumplimiento a la Sentencia del TEDH en el asunto *Matthews*, manifestada en un acuerdo bilateral entre Reino Unido y España, en el que el primero se comprometía a introducir los cambios necesarios para permitir que el electorado gibraltareño vote en las elecciones al Parlamento Europeo, véase, la Sentencia de 12 de septiembre de 2006, *España c. Reino Unido*, asunto C-145/04, Rec. 2006, p. I-7961.

⁸⁰ Véase por ejemplo la Decisión del TEDH de 4 de julio de 2000 que declara inadmisibile *ratione materiae* un recurso contra una decisión de la Comisión Europea en materia de competencia en el asunto *Société Guérin Automobiles c. 15 Estados miembros de la Unión Europea*, Recurso nº 51717/99. Resulta interesante también la decisión del TEDH de inadmitir una demanda contra los 15 Estados miembros en 2002 en el asunto *Segi*: se trataba de una demanda presentada contra la Posición Común del Consejo Nº 2001/931/PESC de 27 de diciembre de 2001 sobre la Aplicación de medidas específicas para combatir el terrorismo, D.O.U.E. Serie L 344/93, de 28 de diciembre de 2001. El TEDH consideró que la Posición Común no añadía nuevos poderes a los Estados miembros que pudieran ser ejercidos contra los demandantes, véase la Decisión de 23 de mayo de 2002, *Segi y otros*, y *Gestoras Pro-Amnistía y otros c. 15 Estados miembros de la Unión Europea*, Recursos acumulados nº 6422/02 y 9916/02. En el asunto *Senator Lines* esta sociedad de navegación marítima demandó a los 15 ante el TEDH a resultados de una multa interpuesta contra ella y otras sociedades por la Comisión Europea el 16 de septiembre de 1998 por infracción de las reglas de competencia; en este caso de forma muy astuta el TEDH esperó para pronunciarse sobre la admisibilidad de la demanda a que el TPI (ahora Tribunal General) se pronunciase sobre el recurso interpuesto ante él por la misma sociedad, y éste anuló la multa impuesta a Senator Lines de este modo el TEDH declaró la demanda inadmisibile al no poder sostenerse la cualidad de víctima de la sociedad demandante. Véanse la Sentencia del TPI de 30 de septiembre de 2003, *Atlantic Container Line AB y otros c. Comisión*, asuntos acumulados T- 191/98, T-212/98 a T-214/98, Rec. 2003, p. 3275 y la Decisión de la Gran Sala del TEDH de 10 de marzo de 2004 en el asunto *Senator Lines c. 15 Estados miembros de la Unión Europea*, Recurso nº 56672/00. En esta decisión del TEDH resultan de gran interés las observaciones que formuló la Comisión Internacional de Jueces: « *La CIJ estime que la Cour doit admettre la possibilité d'une responsabilité des Etats membres pour les actes des organes des organisations internationales dont ils sont membres. Il serait inacceptable que des violations des droits fondamentaux puissent demeurer sans redressement au simple motif que leur auteur serait un organe international établi par un Etat, et non l'Etat lui-même. Il conviendrait d'éviter que les Etats puissent se soustraire à leurs obligations en transférant des pouvoirs à des organisations internationales. La doctrine de la « protection équivalente » appliquée à l'époque par la Commission devrait être abandonnée, compte tenu du manque de clarté concernant la manière dont elle doit s'appliquer dans un certain nombre de circonstances* ». Sobre el impacto del CEDH en los procedimientos por infracción de normas de la competencia puede verse, D. WAELBROECK, D. FOSSELARD, "Should the Decision-Making Power in EC Antitrust Procedures be Left to an Independent Judge? The impact of the European Convention of Human Rights on EC Antitrust Procedures", *Yearbook of European Law*, Vol. 14, nº 1, 1994, pp. 111-142. Véase también: S. SANZ CABALLERO, "El control de los actos comunitarios por el TEDH", *RDCE*, Año 5, nº 10, 2001, pp. 473-513. Asimismo, S. SANZ CABALLERO, "Interferencias entre el Derecho Comunitario y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Luxemburgo versus Estrasburgo: ¿Quién es la última instancia de los derechos fundamentales en Europa?)", *RDCE*, nº 17, 2004, pp. 117-160.

en relación con acciones u omisiones atribuibles a sendas misiones establecidas en el seno de la ONU para Kosovo: la MINUK como órgano subsidiario de la organización, y la KFOR, creada sobre la base de una autorización del Consejo de Seguridad en el marco del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas y con la responsabilidad operacional delegada a la OTAN. Lógicamente en este caso los demandantes no podían –como sí ocurre en el caso de la Unión Europea- dirigir su reclamación contra todos los miembros de dichas organizaciones internacionales, ya que todos ellos a los que cabría imputar una hipotética autoría mediata no son en su totalidad partes contratantes en el CEDH (algo que sí es común en cambio a todos los miembros de la Unión Europea)⁸¹. GAJA ha señalado que en lugar de considerar que el control y autoridad última sobre la KFOR residía en el Consejo de Seguridad puesto que sólo la responsabilidad operacional había sido delegada, el TEDH debería haber aplicado el criterio sugerido por la CDI del control efectivo que habría permitido atribuir la conducta de los contingentes nacionales asignados a la KFOR bien a los Estados aportantes, bien a la propia OTAN (caso este último en el que se habría llegado igualmente a un resultado de inadmisibilidad *ratione personae*)⁸².

De igual modo la adhesión permitiría despejar, entre otras muchas que planean sobre el ordenamiento de la Unión, la incógnita que el asunto *Connolly*⁸³ planteó: es decir, si se ajustaría a las exigencias del derecho a un proceso equitativo (artículo 6.1 CEDH), en el caso concreto, la denegación de la posibilidad de formular observaciones escritas a

⁸¹ Decisión de la Gran Sala del TEDH de 2 de mayo de 2007, *Behrami y Saramati c. Francia, Alemania y Noruega*, Recursos acumulados nº 71412/01 y nº 78166/01. Sobre este asunto véanse: A. SARI, “Jurisdiction and International Responsibility in Peace Support Operations: The Behrami and Saramati Cases”, *Human Rights Law Review*, Vol. 8, nº 1, 2008, pp. 151-170; asimismo, en terminos muy críticos M. MILANOVIC, T. PAPIĆ, “As Bad as It Gets: The European Court of Human Rights Behrami and Saramati Decision and General International Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 58, 2009, pp. 283-286. Del mismo modo, en la desesperada demanda interpuesta por el antiguo Presidente iraquí Saddam Hussein, en relación con su detención y posterior juicio tras el traspaso de poderes al Gobierno provisional, el TEDH se declaró incompetente al no establecerse por el demandante suficientemente el grado de jurisdicción de los Estados demandados que formaban parte de una coalición internacional de fuerzas capitaneada por Estados Unidos (los demandados eran miembros del Consejo de Europa y entre ellos abundantes miembros de la Unión Europea en el momento de acaecer los hechos). Véase la Decisión del TEDH de 14 de marzo de 2006, *Saddam Hussein c. Albania, Bulgaria, Croacia y otros 18 Estados*, Recurso nº 23276/04.

⁸² G. GAJA, *Séptimo Informe del Relator Especial sobre la responsabilidad de Organizaciones internacionales*, adoptado por la CDI en su 61º Período de Sesiones, Ginebra 4 de mayo a 5 de junio y 6 de julio a 7 de agosto de 2009, apartado 26.

⁸³ Decisión del TEDH de 9 de diciembre de 2008, *Connolly c. 15 Estados miembros de la Unión Europea*, Recurso nº 73274/01. La misma fue confirmada por la Decisión de 16 de junio de 2009, *Rambus Inc. c. Alemania*, Recurso nº 40382/04.

las conclusiones presentadas por el Abogado General⁸⁴ para la sustanciación de un recurso de casación que el recurrente -antiguo funcionario de la Comisión Europea- había interpuesto contra una Sentencia del Tribunal General de la Unión; lógicamente en este caso el TEDH no ostentaba competencia *ratione personae* para pronunciarse sobre la existencia de tal violación al no ejercer ninguno de los Estados miembros su jurisdicción, en el sentido que contempla el CEDH, dentro del procedimiento sustanciado ante los órganos jurisdiccionales de la Unión⁸⁵. Sin embargo, en un asunto posterior sustancialmente idéntico pero en el que una de las partes en el procedimiento ante el TJUE era un Estado miembro, el TEDH consideró como suficiente, y no como meramente teórica, la garantía que contiene el artículo 61 de las reglas de procedimiento del TJUE que prevé que éste pueda ordenar la reapertura del juicio oral una vez oído el Abogado General; no obstante, la cuestión sigue sin clarificar puesto que el TEDH evitó entrar de lleno en ella con una artificiosa presunción jurídica que será analizada seguidamente⁸⁶, y además, es indicativa de hasta qué punto puede haber matices interpretativos entre la jurisprudencia de ambos tribunales si se tiene en cuenta que el TJUE había señalado con anterioridad, con ocasión del asunto *Emesa Sugar*, que la jurisprudencia del TEDH en el caso *Vermeulen* no resulta aplicable a las conclusiones de los Abogados Generales, precisamente debido al vínculo orgánico y funcional que

⁸⁴ Pueden verse sendas Conclusiones del recordado Abogado General RUIZ-JARABO COLOMER, presentadas el 19 de octubre de 2000, *B. Connolly c. Comisión*, en los asuntos acumulados C- 273/99 y C-274/99, Rec. 2000, p. I- 1575 y p. I-1611, respectivamente.

⁸⁵ Sobre este asunto relativo al antiguo funcionario de la Comisión Europea, autor del libro *The rotten heart of Europe. The dirty war for Europe's Money* que le valió la apertura de un procedimiento disciplinario y la suspensión, puede verse, T. LOCK, "Walking on a tightrope: The draft ECHR accession agreement and the autonomy of the EU legal order", *Common Market Law Review*, Vol. 48, nº 4, 2011, pp. 1025-1054.

⁸⁶ Decisión del TEDH de 20 de enero de 2009, *Kokkelvisserij c. Países Bajos*, Recurso nº 13645/05. El TEDH declaró inadmisibile la demanda, al considerar que el demandante no había logrado demostrar la existencia de una protección "*manifiestamente deficiente*" de su derecho a un proceso equitativo. Este elevado estándar de prueba fue establecido en aplicación de la presunción rebatible de que el ordenamiento de la Unión consagra una protección equivalente a la del CEDH. En su razonamiento, al no ser la Unión parte contratante en el CEDH, el TEDH imputó el procedimiento prejudicial al Estado miembro, que habría sido el responsable en caso de apreciarse vulneración del derecho a un proceso equitativo. Esta atribución de responsabilidad se debe, según el TEDH, al inexorable nexo que existe entre el procedimiento prejudicial y el procedimiento principal ante los órganos judiciales nacionales que están obligados a seguir la opinión autoritativa del TJUE. Para mantener la presunción de protección equivalente, el TEDH dio gran peso a las Conclusiones de la Abogada General SHARPSTON, presentadas el 28 de junio de 2007, *Gouvernement de la Communauté Française y Gouvernement wallon c. Gouvernement flamand*, asunto C-212/06, Rec. 2007, p. I-01683, en las que según la interpretación del TEDH la posibilidad de que el TJUE ordene la reapertura del juicio oral una vez oído el Abogado General es aceptada como factible, véase su apartado 157. Véase igualmente la Versión Consolidada del Reglamento de Procedimiento del TJUE, D.O.U.E. Serie C 177/1, de 2 de julio de 2010. Como se verá más adelante, una vez se complete la adhesión de la Unión al CEDH no habrá motivo jurídico alguno para mantener esta presunción a favor del Derecho de la Unión y el TEDH podrá entrar a fondo en este tipo de cuestiones o similares que se planteen siempre que no concurran otros motivos para la inadmisión.

existe entre el TJUE y el Abogado General⁸⁷. Pese a que sería deseable un pronunciamiento explícito del TEDH que levantara definitivamente la duda, mientras tanto pueden destacarse estas palabras del Abogado General RUIZ-JARABO, en cuya opinión esta figura es plenamente compatible con el CEDH:

*“Su intervención en los procedimientos sustanciados ante el Tribunal de Justicia se ajusta a las exigencias del derecho a un procedimiento contradictorio, previsto en el apartado 1 del artículo 6 del Convenio de Roma, tal como ha sido interpretado por el TEDH. El status de miembro del Tribunal de Justicia y su actuación totalmente imparcial con respecto a las partes y al margen de cualquier interés que no sea la correcta aplicación del derecho de la Unión hacen que no resulte aplicable al abogado general la jurisprudencia Vermeulen, Lobo Machado y Kress del TEDH”*⁸⁸.

Dejando al margen éstas y otras áreas de incertidumbre que aportan fundamento a la necesidad de que la Unión culmine la adhesión, se constata que a pesar de que en los últimos años asistimos a una progresiva aproximación recíproca y deferencia entre las jurisprudencias de Estrasburgo y de Luxemburgo⁸⁹, no puede descartarse que en el

⁸⁷ El TJUE consideró que el hecho de que las partes no puedan formular observaciones en respuesta a las conclusiones presentadas por el Abogado General no supone infracción de los derechos recogidos en el artículo 6.1 CEDH. El TJUE se apartó de la línea seguida por el TEDH en el asunto *Vermeulen*, debido a la diferente naturaleza jurídica del Abogado General que forma parte de la propia Institución del Tribunal, a diferencia de la figura existente en Derecho belga del *ministère public* que encarna una autoridad ajena a la del órgano judicial. Véanse, la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 20 de febrero de 1996, *Vermeulen c. Bélgica*, Recurso nº 19075/91; así como el Auto del TJUE de 4 de febrero de 2000, *Emesa Sugar c. Aruba*, asunto C-17/98, Rec. 2000, p. I- 665, apartados 2 y 16 especialmente. En mayor profundidad, F. BENOÎT-ROHMER, “L’affaire Emesa Sugar: l’institution de l’avocat général de la Cour de justice des Communautés Européennes à l’épreuve de la jurisprudence Vermeulen de la Cour européenne des droits de l’homme”, *Cahiers de droit européen*, Vol. 37, nº 3-4, 2001, pp. 403-426.

⁸⁸ D. RUIZ-JARABO COLOMER, *La Justicia de la Unión Europea*, Thomsom Reuters, Pamplona, 2011, p. 276.

⁸⁹ RODRÍGUEZ IGLESIAS y DEL VALLE GÁLVEZ han minimizado la importancia de los conflictos interpretativos existentes entre ambas jurisdicciones y que durante la década de los 90 fueron exagerados por un cierto sector de la doctrina, véase G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS y A. DEL VALLE GÁLVEZ, “El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales”, *RDCE*, Vol. 1, nº 2, 1997, pp. 329-376. Desde la década de los 90 el TJUE ha comenzado a efectuar referencias individualizadas a sentencias del TEDH, y por su parte el TEDH ha comenzado a utilizar la CDFUE como elemento auxiliar en la interpretación del CEDH, el ejemplo más significativo se halla en la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 11 de julio de 2002, *Goodwin c. Reino Unido*, Recurso nº 28957/95, donde el TEDH se apoyó en la redacción aparentemente neutra del artículo 9 de la CDFUE para precisar el alcance del derecho a contraer matrimonio del artículo 12 del CEDH. Un estudio del impacto de la CDFUE en la jurisprudencia reciente del TEDH, como elemento de modernización del CEDH y manifestación de un *consenso europeo sobre derechos fundamentales* puede verse en: F. BENOIT-ROHMER, “L’Union Européenne et les droits fondamentaux depuis l’entrée en vigueur du Traité de Lisbonne”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Vol. 47, nº 1, 2011, pp. 157-160. Este fenómeno ha sido descrito por ROSAS como *gradual rapprochement* entre ambos sistemas, véase: A. ROSAS, “Fundamental Rights in the Luxembourg and Strasbourg courts”, en C. BAUDENBACHER et al. (eds.), *The EFTA Court: Ten Years On*, Oxford, Hart Publishing, 2005, pp. 168-172. Asimismo: J. CALLEWAERT, “The European Convention on Human Rights and European Union Law: A Long Way to Harmony”, *European Human Rights Law Review*, nº 6, 2009, pp. 768-783. La Declaración 2 aneja al

futuro y sobre todo una vez completada la adhesión aparezca alguna colisión puntual entre el TJUE y el TEDH⁹⁰.

Una delicada manifestación de esta deferencia mutua se encuentra en la decisión del TEDH en el asunto *Bosphorus*⁹¹ adoptada en un momento en que el proceso de ratificación del Tratado Constitucional europeo atravesaba un momento crítico y que muestra una clara voluntad del TEDH de no entorpecer la entrada en vigor de este Tratado que por primera vez incorporaba una base jurídica expresa para la adhesión⁹²: recordando las observaciones de la Comisión Internacional de Juristas en *Senator Lines*, el TEDH precisó que mediante la transferencia del ejercicio de sus poderes soberanos a

Acta Final de la Conferencia que adoptó el Tratado de Lisboa, relativa al artículo 6.2 TUE, hace constar la existencia de un *diálogo* regular entre el TJUE y el TEDH, *que podrá fortalecerse cuando la Unión se adhiera* al CEDH.

⁹⁰ Especialmente durante la década de los noventa se han registrado algunas interferencias entre los dos altos tribunales internacionales. Así mientras que el TJUE consideró en el asunto *Hoescht* que el domicilio empresarial no se incluía dentro del ámbito de protección del derecho al respeto del domicilio familiar (artículo 8 CEDH), el TEDH decidió en sentido contrario tres años más tarde en el asunto *Niemietz*, provocando a su vez que el TJUE modificara su posición en el asunto *Roquette Frères* (véanse las Sentencias del TJUE de 21 de septiembre de 1989, *Hoescht c. Comisión*, asuntos acumulados C-46/87 y C-227/88, Rec. 1989, p. 2859, apartado 17; así como de 22 de octubre de 2002, *Roquette Frères*, asunto C-94/00, Rec. 2002, p. I-9011, apartado 29; y la Sentencia del TEDH de 16 de diciembre de 1992, *Niemietz c. Alemania*, Recurso nº 13710/88, apartados 29 y 31). De un modo similar mientras que el TJUE no encontró en el asunto *Orkem* una base para extraer del artículo 6 CEDH un derecho a no declarar contra sí mismo en el ámbito de las investigaciones en materia de Derecho de la competencia, todo lo contrario estipuló el TEDH en un asunto resuelto cuatro años más tarde que traía causa de un proceso penal por infracción de la normativa aduanera (Sentencia del TJUE de 18 de octubre de 1989, *Orkem c. Comisión*, asunto C- 374/87, Rec. 1989, p. 3283; en contraste con la Sentencia del TEDH de 25 de febrero de 1993, *Funke c. Alemania*, Recurso nº 10588/83, apartado 44). Por otra parte, mientras que el TJUE consideró en el asunto *ERT* que la existencia de un monopolio de televisión en un Estado miembro no era contraria a la libertad de expresión garantizada por el artículo 10 CEDH, el TEDH se pronunció en sentido contrario en el asunto *Lentia* (Sentencia del TJUE de 18 de junio de 1991, *ERT c. DEP*, asunto C-260/89, Rec. 1991, p. I-2925; y la Sentencia del TEDH de 24 de noviembre de 1993, *Informationsverein Lentia et al. c. Austria*, Recursos acumulados nº 3914/88, nº 15041/89, nº 15717/89, nº 15779/89 y nº 17207/90). Con independencia de que dichas contradicciones puedan verse aminoradas o ensanchadas en sede interpretativa, las mismas han sido puesto de relieve por J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, “Viejos y nuevos problemas en el espacio europeo de los derechos humanos: reflexiones a propósito de la necesaria cooperación judicial efectiva entre el TJUE y el TEDH”, en M. J. AZNAR GÓMEZ (coord.), J. CARDONA LLORENS, J. PUEYO LOSA, J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J. M. SOBRINO HEREDIA (eds.), *Estudios de Derecho Internacional y Derecho Europeo en Homenaje al Profesor Manuel Pérez González*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 812.

⁹¹ Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 30 de junio de 2005, *Bosphorus c. Irlanda*, Recurso nº 45036/98. Sobre la misma puede verse C. ANTÓN GUARDIOLA, “TEDH. Sentencia de 30 de junio de 2005, *Bosphorus Airways*, 45036/98 -Derecho Comunitario y Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *RDCE*, nº 28, 2007, pp. 943-957. El TJUE tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el mismo asunto años atrás en cuestión prejudicial y no encontró violación de ningún derecho recogido en el CEDH, véase la Sentencia de 30 de julio de 1996, *Bosphorus Hava*, asunto C-84/95, Rec. 1996, p. I-3953. No en vano la doctrina se ha referido a la decisión del Tribunal de Estrasburgo calificándola de *Solange II* evocando de forma análoga la confianza que el Tribunal Constitucional alemán depositó en este caso en el sistema comunitario de protección de derechos fundamentales, véase, J. P. JACQUÉ, “Droit Communautaire et Convention européenne des droits de l’homme, L’Arrêt Bosphorus, une jurisprudence “*Solange II*” de la Cour européenne des droits de l’homme?”, *Revue Trimestrielle de Droit Européenne*, Vol. 41, nº 3, 2005, pp. 749-767.

⁹² C. COSTELLO, “The Bosphorus Ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe”, *Human Rights Law Review*, nº 6, 2006, p. 88.

una organización internacional como la Unión Europea los Estados parte en el CEDH no quedan exentos de respetar las obligaciones jurídicas derivadas de éste y por tanto los actos de la UE no son inmunes al escrutinio jurisdiccional del TEDH⁹³. En este caso, la sociedad demandante atacaba la ejecución por parte de Irlanda de un Reglamento comunitario que se limitaba a implementar una Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas relativa a sanciones adoptadas contra la República Federal Yugoslava en 1993. Irlanda había realizado un acto de apresamiento de una aeronave que se encontraba en su territorio y que había sido arrendada por una compañía turca (Bosphorus) a la compañía aérea nacional yugoslava (JAT). El Estado miembro se limitó a ejecutar un Reglamento comunitario que no dejaba margen de apreciación y que a su vez implementaba una Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas⁹⁴. El TEDH estableció una presunción *iuris tantum* de que el sistema de protección de los derechos fundamentales establecido en el pilar comunitario de la Unión Europea ofrecía una protección que podía ser considerada equivalente a la ofrecida por el sistema del CEDH. El TEDH estableció a favor del Derecho comunitario un trato más indulgente y privilegiado en relación con los demás Estados parte en el CEDH, requiriendo un estándar más elevado de prueba para apreciar que un acto de Derecho comunitario supone una violación de uno de los derechos del CEDH. Únicamente es rebatible esta presunción en aquellos casos donde se aprecia que la protección ofrecida por el Derecho comunitario es *manifiestamente deficiente*⁹⁵. Hasta la fecha no ha sido constatada por el TEDH dicha deficiencia manifiesta en el modelo de protección de derechos fundamentales establecido por el Derecho comunitario. Como ha quedado patente en asuntos posteriores sustanciados ante el Tribunal de Estrasburgo, éste no se ocupa *motu proprio* de examinar la existencia de tal deficiencia, más bien, la carga de la prueba de la misma parece pesar sobre la parte recurrente⁹⁶. Una vez se haya producido la adhesión de la UE al CEDH no habrá razón para mantener este

⁹³ Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 30 de junio de 2005, *Bosphorus c. Irlanda*, *cit. supra.*, apartado 154.

⁹⁴ En más detalle: F. HOFFMEISTER, "Case note on Bosphorus v. Ireland", *American Journal of International Law*, Vol. 100, nº 2, 2006, pp 442-449.

⁹⁵ Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 30 de junio de 2005, *Bosphorus c. Irlanda*, *cit. supra.*, apartados 156 y 165. Nótese que esta presunción trae causa de la establecida por la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos en relación con el ordenamiento comunitario tratándose de la ejecución a nivel nacional de una medida sobre Derecho de la competencia, véase la Decisión de 9 de febrero de 1990, *M & Co. c. Francia*, Recurso nº 13258/87.

⁹⁶ T. LOCK, "Beyond *Bosphorus*: The European Court of Human Rights' Case Law on the Responsibility of Member States of International Organisations under the European Convention on Human Rights", *Human Rights Law Review*, Vol. 10, nº 3, 2010, p. 541.

privilegio injustificado hacia el Derecho de la Unión que supondría la ruptura de la igualdad en las condiciones de aplicación del CEDH en relación con las demás partes contratantes⁹⁷. El TEDH eludió en este asunto pronunciarse acerca de si esta presunción de protección equivalente al sistema del CEDH podría predicarse o no del sistema de Naciones Unidas o de otras organizaciones internacionales⁹⁸. A través de dicha presunción, el TEDH ha mostrado una especial sensibilidad hacia el proceso de integración puesto en marcha por el ordenamiento de la Unión⁹⁹. Esta jurisprudencia que permitiría un *levantamiento del velo* en casos de una deficiencia manifiesta en la protección de los derechos recogidos en el CEDH, no fue seguida por el TEDH en los asuntos *Behrami y Saramati* respecto de acciones finalmente atribuibles a la ONU en el marco del Capítulo VII de la Carta de San Francisco¹⁰⁰. En cambio, de forma sorprendente el TEDH aplicó la segunda parte del test que contiene la balsámica presunción establecida en *Bosphorus* en el asunto *Gasparini c. Italia y Bélgica*, relativo a una disputa en el marco de la relación laboral entre la OTAN y uno de sus empleados: en tal caso, al igual que en el de la ONU, y a diferencia de la UE, no todos los Estados miembros de la organización internacional eran partes en el CEDH, por lo que, de haber encontrado el TEDH una violación del CEDH, como se ha sostenido, habrían resultado indirectamente responsables Estados, como EEUU o Canadá, que no son partes contratantes en el CEDH. El Tribunal únicamente constató en este caso que no existía una deficiencia manifiesta en la protección, por supuesto, sin sostener que la OTAN ofrezca con carácter general una protección equivalente a la del CEDH¹⁰¹.

En vísperas de que se complete la adhesión, la presunción establecida en *Bosphorus* sigue generando jurisprudencia interesante a los efectos de delimitar la responsabilidad

⁹⁷ O. DE SCHUTTER, “L’adhésion de l’Union européenne à la Convention européenne des droits de l’homme: feuille de route de la négociation”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’homme*, Vol. 21, nº 83, 2010, p. 544.

⁹⁸ En relación con la ONU, se ha dicho que la atribución de hechos potencialmente ilícitos funciona como un argumento circular que permite escapar a toda cuestión de atribución de responsabilidad a los Estados miembros, puesto que el TEDH no ha empleado explícitamente el test de la protección equivalente en relación con los actos que son atribuibles a la organización internacional universal, véase L. BOISSON DE CHAZOURNES, “Les relations entre organisations regionales et organisations universelles”, *loc. cit.*, pp. 365-366.

⁹⁹ J. M. CORTÉS MARTÍN, “Adhesión al CEDH y autonomía del Derecho de la Unión. Legitimación pasiva de la Unión y sus miembros y compatibilidad material”, *RGDE*, nº 22, 2010, p. 7.

¹⁰⁰ Decisión de la Gran Sala del TEDH de 2 de mayo de 2007, *Behrami y Saramati c. Francia, Alemania y Noruega*, *cit. supra.*, apartado 151.

¹⁰¹ T. LOCK, “Beyond *Bosphorus*: The European Court of Human Rights’s Case Law on the Responsibility of Member States of International Organisations under the European Convention on Human Rights”, *loc. cit.*, p. 540, así como p. 543. Véase la Decisión del TEDH de 12 de mayo de 2009, *Gasparini c. Italia y Bélgica*, Recurso nº 10750/03.

entre los Estados miembros y la Unión en relación con las obligaciones del CEDH¹⁰²: en el reciente asunto *M.S.S.*, decidido tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el TEDH ha mantenido la presunción de *protección equivalente*, matizando que ésta se refiere al *primer pilar* del Derecho de la Unión; no obstante, esta sentencia ha sido el detonante para que los Estados miembros de la Unión y las instituciones hayan tomado más *en serio* la necesidad de reabrir el diseño no sólo del conocido como *Reglamento Dublín II*, sino también de todo el planteamiento y filosofía que sostiene al sistema europeo común de asilo: ya que este caso ha puesto de manifiesto que no puede mantenerse la asunción de que el traslado de demandantes de asilo entre Estados miembros sea siempre seguro¹⁰³.

1.2. Procedimiento para la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El procedimiento de adhesión, una vez terminadas las negociaciones sobre el acuerdo internacional de adhesión entre la Unión Europea y el Consejo de Europa y sus respectivos Estados miembros, requiere:

- Del lado de la Unión Europea, el texto resultante debe recibir el voto unánime de los Estados miembros representados en el Consejo (artículo 218.8 TFUE), la previa aprobación del Parlamento Europeo (artículo 218.6.a-II TFUE), siendo posible someter su compatibilidad con los Tratados antes de su entrada en vigor a dictamen previo del TJUE (artículo 218.11 TFUE), y finalmente, el acuerdo internacional requiere la aprobación de todos los Estados miembros

¹⁰² F. BENOÎT-ROHMER, “Bienvenue aux enfants de Bosphorus : la Cour européenne des droits de l’homme et les organisations internationales”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’homme*, Vol. 21, n° 81, 2010, pp. 19-38.

¹⁰³ Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, Recurso n° 30696/09, apartado 338. Véase P. MALLIA, “Case of *M.S.S. v. Belgium and Greece*: a Catalyst in the Re-Thinking of the Dublin II Regulation”, *Refugee Survey Quarterly*, Vol. 30, n° 3, pp. 107–128; el TEDH se enfrenta a la friolera de 960 casos similares debido a la aplicación de los automatismos del sistema de Dublín por autoridades de Países Bajos, Finlandia, Bélgica, Reino Unido y Francia. En 2008, la Comisión Europea previendo el colapso de los sistemas nacionales de asilo de algunos Estados miembros elaboró una propuesta de modificación de este reglamento para preservar los automatismos del sistema junto con una adecuada garantía de los derechos de los demandantes de asilo, debe verse, M. DÍAZ CREGO, “El asunto *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, de 21 de enero de 2011: ¿hacia un replanteamiento del sistema de Dublín tras la condena del TEDH?”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n° 40, 2011, pp. 523-552.

con arreglo a sus respectivos ordenamientos constitucionales (artículo 218.8 TFUE).

- Del lado del Consejo de Europa, el acuerdo de adhesión deberá ser aprobado por el Comité de Ministros y ratificado por sus 47 Estados miembros. El Comité de Ministros también deberá aprobar aquellas enmiendas que se introduzcan en el texto del CEDH y que requerirán igualmente la ratificación por parte de los 47 Estados miembros del Consejo de Europa. Obviamente, entre ellos se encuentran los 27 Estados miembros de la Unión Europea. Como veremos más adelante, debe tenerse en cuenta la posibilidad de que la Unión también pueda adherirse a aquellos protocolos al CEDH que hayan sido ratificados por todos los Estados miembros, por tanto debe respetarse la atribución competencial externa, de modo que esto complica considerablemente un proceso de adhesión que se prevé extraordinariamente complejo y que arroja numerosas dudas de índole técnico-jurídica¹⁰⁴.

La aquiescencia al acuerdo de adhesión debería ser expresada por el Comité de Ministros por mayoría de dos tercios de acuerdo con los artículos 4, 5, 15 y 20 del Estatuto del Consejo de Europa de 5 de mayo de 1949. En principio cabría preguntarse si sería necesario que para adherirse al CEDH la Unión Europea se convirtiera también en miembro del Consejo de Europa, puesto que ahora mismo todos los Estados parte en el CEDH son miembros del Consejo de Europa y todos los miembros del Consejo de Europa son parte en el CEDH. Además, el seguimiento de la aplicación y la ejecución de las obligaciones derivadas del CEDH que corre a cargo del Comité de Ministros (el artículo 54 del CEDH se remite a los poderes otorgados al Comité de Ministros en el Estatuto del Consejo de Europa), así como la participación de la Unión en los mecanismos de control del CEDH o en la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, podrían requerir una modificación del Estatuto del Consejo de Europa que haría necesario que la Unión depositara el instrumento de aceptación del Estatuto del Consejo de Europa ante su Secretario General para poder completar la adhesión. No obstante, de momento esta hipótesis es meramente teórica y no se ha planteado en la práctica¹⁰⁵:

¹⁰⁴ S. SANZ CABALLERO, “Crónica de una adhesión anunciada: algunas notas sobre la negociación de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *RDCE*, nº 38, 2011, p. 105.

¹⁰⁵ Véase R. A. WESSEL, “The Legal Framework for the Participation of the European Union in International Institutions”, *Journal of European Integration*, Vol. 33, nº 6, 2011, p. 623. A día de hoy se ha dicho que resulta claro que la Unión no se convertirá en un miembro del Consejo de Europa, en este

ahora bien, la posición de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa es favorable a la adhesión de la Unión Europea al Estatuto del Consejo de Europa, así como a otros convenios internacionales relativos a la protección de los derechos humanos elaborados en su ámbito, partiendo del precedente de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad recientemente concluida por la Unión (en relación con el cual nos remitimos al apartado siguiente donde se examina en detalle)¹⁰⁶. Dicho planteamiento requeriría un análisis minucioso de la competencia externa de la Unión en la medida en que el Consejo de Europa es una organización internacional regional de fines generales que incluye entre sus fines no sólo la cooperación política y la promoción de los derechos fundamentales sino también la cooperación social, cultural y científica, jurídica o administrativa¹⁰⁷; su competencia

sentido X. GROUSSOT, T. LOCK, L. PECH, "EU Accession to the European Convention on Human Rights: a Legal Assessment of the Draft Accession Agreement of 14th October 2011", *European issues, Fondation Robert Schuman, Policy Paper*, n° 218, 2011, p. 8.

¹⁰⁶ La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha invitado recientemente al Comité de Ministros a estudiar la adhesión de la Unión Europea al Estatuto del Consejo de Europa y a otros de sus convenios internacionales en materia de derechos humanos, como cuestiones separadas y adicionales a la adhesión al CEDH; todo ello, considerando que el Tratado de Lisboa establece el marco legal adecuado, véase, el Informe del Comité de Asuntos Políticos de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Doc. 12713, Ponente Kerstin Lundgren, *The impact of the Lisbon Treaty on the Council of Europe*, Estrasburgo, 16 de septiembre de 2011, así como la posterior Recomendación 1982 (2011) de la Asamblea Parlamentaria formulada el 5 de octubre de 2011. El Parlamento Europeo ha expresado en cambio su posicionamiento a favor de reforzar la presencia de la Unión en el Consejo de Europa y su estatuto de observador en el mismo, así como la necesidad de que la Unión participe en el Comité para la Prevención de la Tortura, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia y la Comisión europea para la eficacia de la justicia, véase la Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de mayo de 2011, sobre la UE como actor global: su papel en organizaciones multilaterales, (2010/2298(INI)) A7-0181/2011.

¹⁰⁷ Precisamente para aprovechar las sinergias entre la UE y el Consejo de Europa, así como para diversificar y profundizar en la cooperación entre ambas organizaciones internacionales con objetivos comunes no sólo en materia de derechos fundamentales sino también en ámbitos como la juventud, la educación y la cultura, aparece un informe elaborado por Jean-Claude Juncker que aboga claramente porque la Unión se hubiera convertido en miembro del Consejo de Europa en 2010; véase, Doc. 10897, *Council of Europe - European Union: "A sole ambition for the European continent". Report by Jean-Claude Juncker, Prime minister of the Grand Duchy of Luxembourg to the attention of the Heads of State or Government of the Members of the Council of Europe*, 11 de abril de 2006,

disponible en: http://www.coe.int/t/der/docs/RapJuncker_E.pdf. Según el punto de vista de SANZ CABALLERO, la adhesión de la UE al CEDH debe quedar desvinculada del hecho de que la UE se convierta en miembro del Consejo de Europa, véase S. SANZ CABALLERO, "Crónica de una adhesión anunciada: algunas notas sobre la negociación de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos", *loc. cit.*, p. 107. Debe tenerse en cuenta que el 16 de abril de 2003, el Secretario General del Consejo de Europa, Walter Schwimmer invitó a la Unión a convertirse en miembro asociado del Consejo de Europa, véase al respecto: O. DE SCHUTTER, "L'adhésion de l'Union européenne à la Charte sociale européenne révisée", *EUI Working Paper LAW*, n° 2004/11, Florencia, 2004. Con carácter más general sobre las relaciones entre ambas organizaciones internacionales puede consultarse el Memorandum de Entendimiento entre el Consejo de Europa y la Unión Europea, adoptado en la Sesión 117ª del Comité de Ministros, en Estrasburgo, los días 10-11 de mayo de 2007, CM (2007)74. El Derecho originario se ha hecho eco de las estrechas relaciones entre ambas organizaciones internacionales, de este modo el artículo 220 del TFUE señala que la Unión Europea establecerá todo tipo de cooperación adecuada con el Consejo de Europa.

se define por tanto de forma negativa quedando únicamente fuera de su ámbito la defensa¹⁰⁸.

En cualquier caso, sea condición necesaria o no para la adhesión de la Unión Europea al CEDH, no puede olvidarse, como DE SCHUTTER recuerda, que este debate se inscribe en un marco más amplio: el relativo a las relaciones entre la Unión Europea y el Consejo de Europa; y de forma aún más amplia, la inserción de la Unión Europea en el Derecho internacional de los Derechos humanos¹⁰⁹.

Se puede aventurar que la adhesión de la Unión al CEDH todavía dará mucho que hablar puesto que el acuerdo internacional que lo permite requiere no sólo la manifestación de la voluntad favorable de las dos organizaciones internacionales implicadas (UE y Consejo de Europa), sino también el consentimiento unánime de sus respectivos Estados miembros.

Una vez se haya completado la adhesión de la Unión Europea al CEDH, podrá considerarse que estamos ante un *acuerdo mixto* desde el punto de vista del Derecho de la Unión puesto que los derechos regulados en él pueden verse afectados por actuaciones que recaigan en áreas materiales donde la competencia de la Unión y sus Estados miembros es concurrente; ahora bien, el acuerdo internacional vehicular, necesario para llevar a cabo la adhesión, es un acuerdo complejo, *sui generis*, un acuerdo solo de la Unión que presenta la particularidad de requerir, además de su adopción por unanimidad en el Consejo y la aprobación del Parlamento Europeo, la aprobación de todos los Estados miembros con arreglo a su respectivo orden constitucional de la Decisión del Consejo relativa a la celebración del acuerdo; por tanto hay una duplicidad, una doble necesidad de confirmación para los Estados miembros de la Unión: tanto en el seno del Consejo como en sus respectivos órdenes constitucionales

¹⁰⁸ Artículo 1 apartado d) del Estatuto del Consejo de Europa.

¹⁰⁹ O. DE SCHUTTER, "L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme: feuille de route de la négociation", *loc. cit.*, p. 570. Como este autor indica, el Anexo I a la Declaración Final adoptada con ocasión de la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros del Consejo de Europa celebrada en Varsovia los días 16 y 17 de mayo de 2005, contiene las Líneas Directrices relativas a las relaciones entre el Consejo de Europa y la Unión Europea: en ellas se incita a que partiendo de las competencias atribuidas a la Unión, tanto la adhesión de la Unión a otros tratados elaborados bajo el seno del Consejo de Europa, como la mayor implicación de la Unión en los mecanismos del Consejo de Europa, sean objeto de examen detallado. Por su parte el Parlamento Europeo sin referirse abiertamente a que la Unión se incorpore al Consejo de Europa sí se posicionó a favor de ahondar e intensificar la cooperación entre la Unión y los organismos especializados del Consejo de Europa para lograr la coherencia y complementariedad de la protección de los derechos humanos a nivel paneuropeo, en concreto, el Parlamento Europeo cree conveniente que la Unión participe en los trabajos del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa; véase la Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de mayo de 2010, sobre los aspectos institucionales de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, D.O.U.E. Serie C 161 E/72, de 31 de mayo de 2011.

internos. Por parte del Consejo de Europa, la adhesión requiere que el Comité de Ministros adopte el acuerdo de adhesión¹¹⁰, y que hagan lo propio los 47 Estados miembros del Consejo de Europa (27 de los cuales son los Estados miembros de la Unión), pero a su vez los mismos 47 Estados parte en el CEDH (de nuevo entre ellos los 27) deben prestar su consentimiento a todas aquellas modificaciones que puedan derivarse para el texto del CEDH del proceso de adhesión. El proceso es indicativo del enorme consenso interinstitucional e intergubernamental que debe conseguirse para que la adhesión sea llevada a término y sea no sólo una opción sino *el destino*, como señaló la Vicepresidenta de la Comisión Europea REDING¹¹¹.

1.3. Negociaciones y principales interrogantes de la adhesión de la Unión Europea al CEDH¹¹².

El negociador en nombre de la Unión Europea es la Comisión Europea, su mandato de negociación fue aprobado por el Consejo JAI de 4 de junio de 2010¹¹³. Dicho mandato es para negociar con los 47 Estados parte en el CEDH. Por su parte, el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 26 de mayo de 2010 dio mandato de negociación *ad hoc* a su Comité Director de Derechos Humanos (CDDH). El Consejo de Europa ha designado un equipo negociador compuesto por un grupo de catorce Estados, entre los cuales se encuentran siete Estados miembros de la UE¹¹⁴. Ésta es una singularidad más de la adhesión que hace que pueda resultar paradójico e incluso incómodo¹¹⁵ para la Comisión tener que negociar frente a los Estados miembros, acostumbrada a negociar

¹¹⁰ Por mayoría de dos tercios, si se aplican analógicamente las reglas de voto del Estatuto de Londres relativas a la invitación de un nuevo Estado a convertirse en miembro del Consejo de Europa o relativas a la conclusión de acuerdos internacionales en nombre del Consejo de Europa.

¹¹¹ Viviane Reding, “Towards a European Area of Fundamental Rights: The EU's Charter of Fundamental Rights and Accession to the European Convention of Human Rights”, *High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights* Interlaken, 18 February 2010, Nota de Prensa de 19 de febrero de 2010, disponible en:

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/10/33&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

¹¹² En relación con las cuestiones de última hora que hayan podido afectar al presente apartado como consecuencia del desarrollo de las negociaciones debe verse el Apéndice sobre la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos, contenido al final del presente trabajo.

¹¹³ Decisión del Consejo de 4 de junio de 2010 autorizando a la Comisión para que negocie un acuerdo de adhesión al CEDH (Doc. 10817/10, EXT 2 (27.09.2010)). Véase la Recomendación para una Decisión del Consejo autorizando a la Comisión a negociar la adhesión al CEDH, (SEC (2010) 305 final/2), de 17 de marzo de 2010.

¹¹⁴ Alemania, Finlandia, Francia, Letonia, Países Bajos, Reino Unido y Rumanía. Los otros Estados que componen el grupo negociador sin ser miembros de la Unión Europea son: Albania, Armenia, Croacia, Noruega –a quien corresponde la presidencia del grupo-, Rusia, Suiza y Turquía.

¹¹⁵ S. SANZ CABALLERO, “Crónica de una adhesión anunciada: algunas notas sobre la negociación de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *loc. cit.*, p. 105.

los acuerdos internacionales en nombre de la Unión sin que haya representación de los Estados miembros en la contraparte y teniendo atribuciones para coordinar la posición de los Estados miembros. Cabe preguntarse hasta qué punto los Estados miembros de la Unión que integran el grupo de negociación designado por el Consejo de Europa están obligados por el principio de cooperación leal (artículo 4.3 TUE) a coincidir o facilitar la posición de la Comisión Europea y no contravenir las líneas rojas de su mandato de negociación, más aún si cabe tratándose la adhesión de la Unión al CEDH en el nuevo artículo 6.2 TUE de una obligación de resultado. Tras la primera reunión del CDDH durante los días 15 a 17 de junio de 2010, a la vista queda que no existió coordinación de forma previa a nivel de la UE entre las posiciones de los Estados miembros presentes en el grupo negociador, y además, ciertas delegaciones individuales de Estados miembros mostraron en la primera reunión su discrepancia respecto de algunas de las directrices de negociación que había adoptado el Consejo de la UE¹¹⁶. Entre los meses de junio de 2010 y julio de 2011, el grupo negociador compuesto por catorce Estados del lado del Consejo de Europa (CDDH-UE) y su contraparte, la Comisión Europea, han mantenido hasta ocho reuniones de trabajo que han desembocado en junio de 2011 en la redacción de un Proyecto de instrumentos jurídicos para la adhesión de la UE al CEDH¹¹⁷ con vistas a ser adoptados por el Comité de Ministros del Consejo de Europa. Con arreglo al artículo 218.10 TFUE el Parlamento Europeo ha debido recibir información de todos los avances realizados durante este periodo.

En junio de 2012, siguiendo las instrucciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa, el CDDH ha acordado la reapertura de las negociaciones para la adhesión¹¹⁸ con el objeto de abordar el estudio de ciertas modificaciones propuestas por la Comisión Europea al Proyecto de instrumentos jurídicos para la adhesión que había sido acordado

¹¹⁶ Nota transmitida por la Presidencia del Consejo a las Delegaciones de 22 de junio de 2010, *Outcome of discussions in the CDDH, Council of Europe, on 15-17 June 2010; coordination in International Organizations*, Doc. 11394/10, Bruselas, 22 de junio de 2010.

¹¹⁷ Véase la versión final: *Draft legal instruments on the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, CDDH-UE (2011)16, Estrasburgo 19 de Julio de 2011. Asimismo, puede consultarse el informe que el CDDH remite al Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre estos instrumentos jurídicos tras haber examinado durante los días 12 a 14 de octubre de 2011 el trabajo llevado a cabo por el grupo de catorce Estados y la Comisión Europea a lo largo de sus ocho reuniones: *Report to the Committee of Ministers on the elaboration of legal instruments for the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, CDDH(2011)009, Estrasburgo, 14 de octubre de 2011.

¹¹⁸ Véanse: CDDH, Report from the 75th meeting, 19-22 June 2012, CDDH (2012) R75, Estrasburgo 1 de julio de 2012; asimismo, Comité de Ministros del Consejo de Europa, “1145th meeting, 13 June 2012 – Decisions Adopted, item 4.5”, CM/Del/Dec (2012) 1145, Estrasburgo, 15 de junio de 2012.

en 2011¹¹⁹. Dichas negociaciones, que no se limitarán a tales modificaciones, serán llevadas a cabo mediante un nuevo grupo ad hoc (47 + 1), compuesto por los 47 Estados miembros del Consejo de Europa autorizados por el CDDH, junto con la Comisión Europea que ha dado su visto bueno a este proceso¹²⁰. El mandato de este nuevo grupo sería finalizar los instrumentos jurídicos necesarios para la adhesión sobre la base del trabajo del anterior grupo CDDH-UE. Para ello las delegaciones participantes han podido someter a consideración otras propuestas de modificación del Proyecto de acuerdo de adhesión hasta el 1 de septiembre de 2012. Las reuniones segunda, tercera y cuarta de este nuevo grupo ad hoc han tenido lugar en Estrasburgo durante los días 17 a 19 de septiembre, 7 a 9 de noviembre de 2012, y 21 a 23 de enero de 2013, respectivamente¹²¹. Del mismo modo se ha previsto que los instrumentos jurídicos negociados por este grupo sean rendidos en primer lugar al CDDH que los examinará en reunión ordinaria (éstas tienen lugar dos veces por año) antes de transmitirlos al Comité de Ministros. Por su parte, el representante de Rusia ha mostrado claramente su preferencia por el anterior Proyecto de acuerdo de 2011, que a su juicio contiene un justo equilibrio entre las especificidades del ordenamiento jurídico de la Unión y su incorporación al CEDH en igualdad de condiciones con el resto de partes contratantes. Por parte de la Unión Europea, como parecen sugerir los documentos del Consejo de la

¹¹⁹ Por el momento, el Consejo de la Unión Europea no ha revelado qué aspectos del Proyecto de acuerdo de adhesión son aquellos en cuya modificación están interesados la Unión o sus Estados miembros. No obstante, algunas delegaciones nacionales han mostrado ya su preocupación con respecto a la no afectación de sus competencias, el alcance del mecanismo de codemandado (que será abordado más adelante) o el ejercicio de sus derechos de voto en el Comité de Ministros a la hora de supervisar la ejecución de sentencias del TEDH contra la Unión. Véase la Nota transmitida por la Presidencia del Consejo a las Delegaciones de 6 de diciembre de 2011, *Accession of the Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. State of play*, Doc. 18117/11, Bruselas, 6 de diciembre de 2011.

¹²⁰ First Negotiation Meeting Between the CDDH and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Doc 47+1(2012)R01, Estrasburgo, 21 de junio de 2012.

¹²¹ Véanse igualmente, Second Negotiation Meeting Between the CDDH ad hoc negotiation group and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Doc 47+1(2012)R02, Estrasburgo, 19 de septiembre de 2012; Third Negotiation Meeting Between the CDDH ad hoc negotiation group and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Doc 47+1(2012)R03, Estrasburgo, 9 de noviembre de 2012; Fourth Negotiation Meeting Between the CDDH ad hoc negotiation group and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Doc 47+1(2013)R04, Estrasburgo, 23 de enero de 2013, todos ellos disponibles en: http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accession/Meeting_reports_en.asp

Durante los días 2 a 5 de abril de 2013 ha tenido lugar la quinta reunión. En relación con la misma debe verse el Apéndice sobre la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos, contenido al final del presente trabajo.

Unión, las negociaciones en esta segunda ronda serán llevadas a cabo por la Comisión Europea en interés tanto de la propia Unión como de sus Estados miembros¹²².

A continuación, serán examinados los principales ámbitos que desde el punto de vista técnico-jurídico han suscitado mayor interés en las negociaciones, así como mayor debate doctrinal:

1.3. a) El respeto de la autonomía y especificidad del ordenamiento de la Unión Europea y la distribución de competencias entre la Unión Europea y sus Estados miembros.

En primer lugar, desde la perspectiva de la UE se ha mirado con recelo la interpretación que el TEDH viene haciendo de la doctrina de las *obligaciones positivas* que supone que una parte del CEDH pueda ser condenada por la violación de este tratado aun en el caso de haberse abstenido de actuar, por no haber puesto todos los medios a su alcance para evitar que se produjera una infracción a alguno de los derechos recogidos en el CEDH¹²³: la Unión Europea ha mostrado su preocupación porque esta interpretación pudiera afectar al reparto competencial entre ella y sus Estados miembros. Este temor dio lugar a la cautela que se contiene tanto en el artículo 6.2 TUE como en el Protocolo nº 8 sobre el artículo 6.2 TUE relativo a la adhesión de la UE al CEDH: en ambos se reitera que ni la adhesión ni el acuerdo de adhesión afectarán a la distribución de competencias entre la Unión y sus Estados miembros ni a las atribuciones de las instituciones de la Unión. Finalmente, el Proyecto de acuerdo de adhesión de la UE al CEDH, en su artículo 1.2, se hace eco de esta preocupación y dispone que en modo alguno la adhesión pueda requerir que la Unión adopte actos o medidas para los cuales no tenga atribuida la competencia con arreglo al Derecho de la Unión.

Otro punto sobre el que llama la atención el Protocolo nº 8 al Tratado de Lisboa es el relativo a la necesidad de garantizar que los recursos sean interpuestos de forma adecuada bien contra la Unión, bien contra sus Estados miembros o contra ambos. Uno de los principales motivos que justifican y aconsejan la adhesión de la UE al CEDH

¹²² Nota transmitida por la Presidencia del Consejo a las Delegaciones de 6 de diciembre de 2011, *Accession of the Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. State of play*, *loc. cit.*

¹²³ Con más detalle sobre las obligaciones positivas véase, J. M. CORTÉS MARTÍN, “Adhesión al CEDH y autonomía del Derecho de la Unión. Legitimación pasiva de la Unión y sus miembros y compatibilidad material”, *loc. cit.*

radica en la necesidad de someter de forma adecuada al control jurisdiccional externo del TEDH el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados parte en el CEDH en todas aquellas áreas pertenecientes a su competencia soberana; es decir, se pretende evitar que mediante la transferencia progresiva del ejercicio de dichas competencias de titularidad soberana a una organización de carácter supranacional (la Unión Europea en este caso) se produzca una disminución en el nivel de protección de los derechos contenidos en el CEDH en aquellos dominios cuyo ejercicio es transferido, así como evitar la aparición de zonas grises en la protección: en estas áreas correspondientes a competencias cuyo ejercicio había sido transferido a la Unión, los Estados miembros han seguido siendo internacionalmente responsables debido a que el TEDH no tiene competencia *ratione personae* para conocer de una demanda formulada en la que la Unión Europea sea el demandado¹²⁴.

Finalmente, para evitar la intromisión del TEDH en el reparto de competencias entre la Unión y sus Estados miembros, sin necesidad de efectuar una compleja declaración de competencias similar a la que el Consejo de la Unión presentó en el caso de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad o sin remitirse a la vaga delimitación competencial que efectúa el propio TFUE, se ha optado por articular el principio de responsabilidad conjunta y solidaria¹²⁵ entre la Unión y sus Estados miembros en ciertos asuntos que puedan tener relación con el ordenamiento jurídico de la Unión: para ello el Proyecto de acuerdo de adhesión introduce en su artículo 3 la institución facultativa del codemandado que distingue dos supuestos:

¹²⁴ No obstante, un sector de la doctrina se muestra escéptico con respecto a la necesidad de que la Unión se adhiera al CEDH para paliar las carencias de ciertos espacios donde los derechos fundamentales puedan resultar ignorados, considerando la adhesión más como una cuestión de *política jurídica*, véase D. J. LIÑÁN NOGUERAS, “Derechos Humanos y Unión Europea”, *loc. cit.*, p. 393. La ausencia de jurisdicción *ratione personae* respecto de las Comunidades Europeas en relación con el ejercicio de poderes soberanos transferidos por los Estados contratantes en el CEDH fue decretada por vez primera por la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos en su Decisión de 10 de julio de 1978, *Confédération française démocratique du travail c. Comunidades Europeas*, Recurso nº 8030/77.

¹²⁵ La responsabilidad solidaria aparece cuando la Unión Europea y sus Estados miembros no están de acuerdo sobre el alcance de sus respectivas responsabilidades respecto de una violación del CEDH; de este modo se garantiza la autonomía del Derecho de la Unión al asegurar que los conflictos relativos al alcance de la distribución de competencias entre la Unión y sus Estados miembros son reglados en el seno del ordenamiento de la Unión; véase O. DE SCHUTTER, “L’adhésion de l’Union européenne à la Convention européenne des droits de l’homme : feuille de route de la négociation”, *loc. cit.*, pp. 555-562. Debe tenerse en cuenta asimismo que la responsabilidad solidaria y conjunta es la solución que la Convención de Montego Bay sobre Derecho del Mar de 1982 preveía para el caso en que la organización internacional y sus Estados miembros no efectuasen una comunicación relativa a sus respectivas competencias en un plazo razonable o si lo hacían de forma contradictoria, véase: G. GARZÓN CLARIANA, “L’Union européenne et la Convention de 1982 sur le droit de la mer”, *Revue belge de droit international*, 1995, pp. 36-45.

- En aquellas demandas presentadas contra uno o varios Estados miembros, la Unión podrá concurrir como codemandada junto con los Estados miembros, tras ser notificada por el TEDH, en aquellos casos donde se plantee la compatibilidad con el CEDH de algún precepto de Derecho de la Unión, o dicho de otro modo: cuando la violación de un derecho recogido en el CEDH sea evitable ignorando una obligación dimanante del Derecho de la Unión.
- En aquellas demandas en que la Unión Europea sea la demandada, podrán incorporarse como codemandados los Estados miembros, siempre y cuando se plantee la compatibilidad del CEDH con una norma perteneciente al Derecho originario de la Unión. En caso de que una disposición del Derecho originario estuviera en contradicción con el CEDH se entiende que la responsabilidad alcanzaría a los 27 Estados miembros: aunque la virtualidad práctica de un procedimiento con tal número de codemandados es difícilmente imaginable.

Los detalles técnicos de este mecanismo de codemandado deberán ser precisados en una regulación a nivel interno de la Unión Europea para detallar en qué medida la intervención de la Unión o de los Estados miembros como codemandados puede convertirse en una obligación derivada de las exigencias del principio de cooperación leal¹²⁶, ya que en el Proyecto de acuerdo de adhesión únicamente es contemplado como facultativo este mecanismo, a instancia de la parte interesada en la intervención y tras ser decidido como conveniente por el TEDH¹²⁷. El principal fallo de este mecanismo es precisamente ese carácter facultativo, puesto que tal y como se ha diseñado aun cuando el TEDH invita a participar como codemandados bien sea a la Unión, bien a uno o varios Estados miembros, estos tienen siempre la posibilidad de rechazar personarse en la causa. Este diseño podría mermar la eficacia de las sentencias del TEDH y además podría llevar al TEDH a tener que pronunciarse sobre quién es el responsable de una vulneración del CEDH, pudiendo inmiscuirse, por tanto, en el reparto competencial entre Estados miembros y Unión y pudiendo atentar contra la autonomía de este ordenamiento: imagínese que el demandante solo dirigió su demanda contra un Estado miembro y que el TEDH constata que el origen de la infracción se encuentra en un acto nacional de aplicación de una disposición de un Reglamento de la Unión que no dejaba

¹²⁶ C. LADENBURGER, “Vers l’adhésion de l’Union européenne à la Convention européenne des droits de l’homme”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Vol. 47, n° 1, 2011, pp. 24-25.

¹²⁷ También se ha previsto que el mecanismo pueda activarse a instancia del TEDH, pero en este caso la parte invitada debería aceptar personarse.

margen de discreción, pero que en ese supuesto la Unión declinó convertirse en parte codemandada ¹²⁸. Para evitar este riesgo y consolidar un verdadero sistema de responsabilidad conjunta y solidaria (desde el punto de vista procesal) compatible con la autonomía del Derecho de la Unión que permita una mayor eficacia del sistema del TEDH, debería articularse también el derecho de la parte demandada (sea la Unión o alguno o varios de sus Estados miembros) a solicitar que las otras partes se incorporen como codemandadas según un mecanismo de *intervention forcée* ¹²⁹. Dicho mecanismo obligatorio no entrañaría una atribución de responsabilidad solidaria y conjunta desde el punto de vista sustantivo, sino que permitiría evitar que el TEDH hiciese responsable a una Parte por el ejercicio de competencias que no le pertenecen o no controló de forma efectiva ¹³⁰. Como se ha dicho, este mecanismo podría desarrollarse mediante una regulación interna en el seno del ordenamiento de la Unión con base en el principio de cooperación leal, o bien incorporarse al acuerdo de adhesión directamente: de este modo, será posible crear una verdadera responsabilidad solidaria y conjunta en sentido procesal ¹³¹ que permita reglar dentro del ordenamiento de la Unión -respetando su autonomía- los conflictos que puedan surgir entre ésta y sus Estados miembros respecto del alcance de sus respectivas responsabilidades con respecto a las obligaciones dimanantes del CEDH. Éstos serían dirimidos de acuerdo con el principio de cooperación leal y la distribución de competencias; extremos ambos de los que el árbitro último sería el TJUE. Asimismo, el propio Derecho de la Unión deberá regular detalles relativos a la ejecución de las Sentencias del TEDH, que pueden suponer la obligación de proceder a la satisfacción equitativa, o pueden comportar la intervención a

¹²⁸ T. LOCK, “Walking on a tightrope: The draft ECHR accession agreement and the autonomy of the EU legal order”, *loc. cit.*

¹²⁹ O. DE SCHUTTER, “L’adhésion de l’Union européenne à la Convention européenne des droits de l’homme : feuille de route de la négociation”, *loc. cit.*, p. 556.

¹³⁰ J. M. CORTÉS MARTÍN, “Adhesión al CEDH y autonomía del Derecho de la Unión. Legitimación pasiva de la Unión y sus miembros y compatibilidad material”, *loc. cit.*, p. 34.

¹³¹ Se trataría de maximizar la eficacia de la demanda individual y sus posibilidades reforzando la seguridad jurídica sin prejuzgar la responsabilidad de la Unión y de sus Estados miembros en cuanto al fondo. No es de extrañar (sin perjuicio del deber de cooperación leal y de las exigencias de la unidad de representación internacional de la Unión) que en áreas de competencia compartida entre los Estados miembros y la Unión Europea la discrepancia entre ellos en cuanto a la atribución del hecho ilícito se residencie ante el propio TEDH. En tal caso como CORTÉS MARTÍN propone: “*Si la violación del Convenio se refiere a un ámbito en los que las competencias de la organización y sus miembros concurren sin que sea posible establecer una línea divisoria, tal vez el TEDH debería hacer responsables a ambos y que después dilucidaran de común acuerdo las consecuencias concretas del fallo del TEDH*”, *ibid.*, pp. 33-34. Un supuesto tal supondría admitir en sentido sustantivo la responsabilidad solidaria y conjunta de Unión Europea y Estados miembros con carácter excepcional, de modo que las exigencias de la autonomía del Derecho de la Unión les impondrían a ambos la obligación de acordar en el seno del ordenamiento de la Unión el modo apropiado para dar ejecución a la Sentencia del TEDH, de forma acorde con las competencias asumidas y ejercidas por aquellos en el caso concreto.

posteriori del TJUE por vía de un recurso por incumplimiento o de anulación (para dichas cuestiones nos remitimos al TERCER CAPÍTULO del presente trabajo).

En un sentido más específico, cabe hablar de la autonomía interpretativa del Derecho de la Unión que parece derivarse tanto del Protocolo nº 8 al Tratado de Lisboa como de los artículos 19 TUE y 344 TFUE¹³²: ésta conlleva que el TJUE tenga la última palabra en la interpretación del Derecho de la Unión, tanto originario como derivado, y que el TEDH no se atribuya la facultad de inmiscuirse en la interpretación del contenido de principios estructurales del Derecho de la Unión o de afectar al monopolio jurisdiccional del TJUE en el enjuiciamiento de la validez de los actos de derecho derivado¹³³. Este temor fue uno de los elementos centrales en la decisión que el TJUE adoptó en el Dictamen 2/94. Como es sabido, el Dictamen 1/91 no excluyó la posibilidad de que la Unión como resultado de su actividad convencional en sus relaciones internacionales quedase sometida a la opinión de un órgano jurisdiccional creado para la interpretación y aplicación de las disposiciones de un acuerdo internacional en el que la Unión es parte¹³⁴. Desde el punto de vista del Derecho internacional se ha dicho que el derecho interno puede ser abordado como un simple hecho desprovisto de significación normativa¹³⁵: esto da perfecto sentido a la posición del TEDH que en reiteradas ocasiones ha señalado que la responsabilidad primordial de interpretar y aplicar el derecho interno corresponde a las autoridades nacionales y singularmente a los tribunales nacionales¹³⁶, limitándose el rol del TEDH, una vez completada la adhesión, a comprobar la compatibilidad de las disposiciones de Derecho de la Unión con el articulado del CEDH y los Protocolos Adicionales a que finalmente se adhiera la UE, sin interpretar en ningún caso el Derecho de la Unión ni afectar a su autonomía¹³⁷.

¹³² T. SCHELLING, "The Autonomy of the Community Legal Order: An Analysis of Possible Foundations", *Harvard International Law Journal*, Vol. 37, nº 2, 1996, p. 389: "Interpretive autonomy means that only the institutions of the particular legal order are competent to interpret the constitutional legal rules of that order". Véase igualmente, R. BARENTS, *The Autonomy of Community Law*, Kluwer Law International, La Haya, 2004.

¹³³ Éste fue reconocido explícitamente en la Sentencia de 22 de octubre de 1987, *Foto-Frost*, asunto C-314/85, Rec. 1987, p. 4199.

¹³⁴ Dictamen 1/91, de 14 de diciembre de 1991, Rec. 1991, p. I-6079, apartado 40. Un comentario al mismo puede verse en A. DEL VALLE GÁLVEZ, "La especificidad del ordenamiento comunitario. Comentario a los Dictámenes 1/91 y 1/92 del TJCE sobre el Espacio Económico Europeo", *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 20, nº 1, 1993, pp. 155-193.

¹³⁵ Sentencia de la CPJI, de 25 de mayo de 1926, *Intereses alemanes en la Alta Silesia polaca (fondo)*, Serie A, nº 7.

¹³⁶ Sentencia del TEDH de 24 de abril de 1990, *Huwig c. Francia*, Recurso nº 11105/84, apartado 28.

¹³⁷ F. TULKENS, "Pour et vers une organisation harmonieuse", *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Vol. 47, nº 1, 2011, pp. 29-31.

Por último, el Proyecto de acuerdo de adhesión prevé que la Unión acceda al CEDH, así como a su Protocolo Adicional y a su Protocolo nº 6, para ello se propone la pertinente reforma del artículo 59.2 CEDH. Ambos son protocolos ratificados por todos los Estados miembros, pero contienen derechos (como el derecho a la educación o la abolición de la pena de muerte que constituye uno de los ejes prioritarios de lucha en la acción exterior de la Unión Europea) respecto de los cuales pese a estar también recogidos en la CDFUE no resulta una tarea fácil a priori determinar la competencia externa de la Unión. La asunción por parte de la Unión de dichos Protocolos Adicionales al CEDH únicamente comportará obligaciones para la Unión dentro del marco de las competencias que le hayan sido atribuidas por los Estados miembros.

Por su parte, la Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo había recomendado -con independencia de su ratificación por los Estados miembros- que la Unión acceda a todos los protocolos relativos a derechos recogidos en la CDFUE (en particular los Protocolos 1, 4, 6, 7, 12 y 13)¹³⁸. En cualquier caso, parece garantizado, como señala el Protocolo nº 8 al Tratado de Lisboa relativo a la adhesión, que la situación interna de los Estados miembros respecto del CEDH, en particular en relación con sus protocolos, no se verá afectada por la adhesión. En la medida en que el Proyecto de acuerdo de adhesión en su artículo 1.2 contempla que la Unión quede vinculada a los Protocolos Adicionales nº 1 y 6, una vez seguido el enjundioso procedimiento previsto en el artículo 218 TFUE para la adopción global del acuerdo de adhesión bastaría y no debería repetirse este procedimiento en relación con la adhesión a cada uno de los Protocolos señalados.

La adhesión no implica un sometimiento jerárquico del TJUE al TEDH, sino que entre ambos tribunales se establece una relación de *especialización*¹³⁹: el TJUE y sus decisiones quedarían sometidos al control jurisdiccional externo del TEDH¹⁴⁰. En nada se ve mermada la necesidad de la adhesión por la existencia de la CDFUE: ésta resulta análoga en su situación a la de los catálogos de derechos fundamentales que en su orden interno presentan otros Estados parte en el CEDH y por tanto, complementaria su

¹³⁸ Véase, Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo, Ponente Ramón Jáuregui Atondo, Informe sobre los aspectos institucionales de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, (2009/2241 (INI)) A7-0144/2010, Bruselas, 6 de mayo de 2010.

¹³⁹ Este término que puede parecer eufemístico, alude al hecho de que el TJUE quedaría subordinado a la opinión del TEDH en aquellas materias relativas a los derechos recogidos en el CEDH, siendo en ese ámbito material por razón de su especialización superior la posición jerárquica del TEDH.

¹⁴⁰ Así lo permite el propio TJUE en el Dictamen 1/91, de 14 de diciembre de 1991, *cit. supra*, apartado 39.

función; mientras que la posición del TJUE frente al TEDH, sería *prima facie* análoga a la de un Tribunal Constitucional o Supremo de los restantes Estados que son parte en el CEDH¹⁴¹.

La adhesión implicará una necesaria cooperación más frecuente y regular entre TEDH y TJUE, y supondrá que el CEDH sea para el TJUE algo más que una *fuerza de inspiración*, una verdadera obligación internacional, cuyo respeto será exigible a todas las medidas, acciones u omisiones atribuibles a las instituciones de la Unión, a sus órganos, oficinas o agencias, así como a las personas que actúen en nombre de aquella¹⁴². Pese a que el mandato de negociación dado a la Comisión recuerda que no se verán afectados por la adhesión ni el limitado *locus standi* de las personas físicas y jurídicas en el recurso de anulación (artículo 263.4 TFUE), ni el limitado alcance de la jurisdicción del TJUE en materia de PESC (artículo 275 TFUE)¹⁴³ o de Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal (artículos 276 TFUE y 10.1 del Protocolo nº 36 sobre disposiciones transitorias), lo cierto es que ninguna referencia se recoge en el proyecto de acuerdo de adhesión a las particularidades de estas áreas; y en ningún caso puede interpretarse que las instituciones, órganos y agencias de la Unión o sus Estados miembros estén exentos de respetar las disposiciones del CEDH en tales áreas, ni mucho menos puede interpretarse que la jurisdicción del TEDH en estas áreas estará sujeta a constricciones similares a las que experimenta el TJUE una vez se produzca la adhesión.

No debe pasarse por alto el hecho de que el TJUE no tiene atribuciones para verificar la validez del Derecho originario de la Unión a la luz de las normas de derechos fundamentales, únicamente puede en caso de conflicto buscar una interpretación conciliadora o instar a los Estados miembros a la revisión de los tratados de acuerdo con el artículo 48 TUE. El TEDH podrá, en cambio, pronunciarse sobre la compatibilidad de una disposición de los Tratados de la Unión con el CEDH. Pretender lo contrario sería

¹⁴¹ Como se verá, a favor del TJUE se han barajado durante las negociaciones del acuerdo para la adhesión ciertos privilegios, que no se contemplan respecto de los altos tribunales de las restantes partes contratantes en el CEDH.

¹⁴² A. TIZZANO, “Quelques réflexions sur les rapports entre les cours européennes dans la perspective de l’adhésion de l’Union à la Convention EDH”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Vol. 47, nº 1, 2011, pp. 9-19.

¹⁴³ Un ejemplo donde el TJUE ha confirmado recientemente en virtud de este precepto la conformidad de medidas restrictivas con los derechos fundamentales a la defensa, a la tutela judicial efectiva y a la propiedad, se encuentra en el asunto relativo a las medidas restrictivas selectivas adoptadas por la Unión en el ámbito PESC y dirigidas contra las personas que obstaculizasen el proceso de paz y reconciliación nacional en Costa de Marfil. Dichas personas habían sido designadas de forma autónoma por la Unión y no a expensas del Consejo de Seguridad ni de su Comité de Sanciones. Véase la Sentencia de 15 de noviembre de 2012, *Consejo c. N. Bamba*, asunto C-417/11 P, (pendiente de publicación), Rec. 2012.

tanto como defender un privilegio hacia la Unión Europea del que no gozan las restantes partes en el CEDH, cuyas normas incluso de rango constitucional están sujetas al escrutinio del TEDH.

Existe la posibilidad de que la Comisión Europea, el Consejo, el Parlamento Europeo o cualquier Estado miembro decida someter el acuerdo de adhesión a dictamen del TJUE, de acuerdo con el artículo 218.11 TFUE, para que éste se pronuncie sobre su compatibilidad con el Derecho originario de la Unión (una vez sea aprobado el proyecto de acuerdo por el Comité de Ministros del Consejo de Europa y quede por tanto fijado su texto de forma definitiva): existe igualmente el riesgo de que el Proyecto de acuerdo de adhesión no satisfaga las exigencias de la autonomía del Derecho de la Unión que el TJUE ha erigido en sus dictámenes 1/91¹⁴⁴, 1/00¹⁴⁵ y 1/09¹⁴⁶, y por tanto, para completar la adhesión deba ser revisado. Ello debido a que el TJUE rechaza la posibilidad de que un órgano jurisdiccional ajeno al sistema jurisdiccional de la Unión se atribuya la posibilidad de interpretar y determinar el contenido del Derecho originario y derivado de la Unión¹⁴⁷. Aunque debe quedar claro que éste no es el caso del TEDH: éste no se encargará de interpretar y aplicar el Derecho de la Unión, sino únicamente de verificar si la interpretación y aplicación tanto del Derecho originario como del derecho derivado de la Unión que realizan sus instituciones, órganos y agencias o sus Estados miembros vulnera o no alguna de las obligaciones dimanantes del CEDH¹⁴⁸.

Ahora bien, mantener una visión sacralizada de la autonomía del Derecho de la Unión y su ordenamiento jurídico resultará de escasa virtualidad a la luz de la experiencia del asunto *M.S.S.*, que ha demostrado, aun antes de producirse la adhesión, que el TEDH es competente para determinar que la aplicación del derecho derivado de la Unión llevada a cabo por un Estado miembro es susceptible de violar el CEDH aunque se realice eligiendo una de las opciones que el Reglamento de la Unión le deja válidamente dentro de su propio margen de discreción: por tanto, aquello que fue previsto como facultativo por las instituciones de la Unión en un acto legislativo se convierte en obligatorio en el

¹⁴⁴ Dictamen 1/91, de 14 de diciembre de 1991, *cit. supra*.

¹⁴⁵ Dictamen 1/00, de 18 de abril de 2002, Rec. 2002, p. I-3493.

¹⁴⁶ Dictamen 1/09 de 8 de marzo de 2011, Rec. 2011, p. I-1137.

¹⁴⁷ T. LOCK, “Walking on a tightrope: The draft ECHR accession agreement and the autonomy of the EU legal order”, *loc. cit.*, pp. 1025-1054. Véase el Dictamen 1/00, de 18 de abril de 2002, *cit. supra*, apartados 11-13.

¹⁴⁸ El TEDH, en ningún caso, tendrá ni la capacidad ni la intención de imponer la interpretación que él haga del Derecho de la Unión, en el momento en que se pronuncia sobre su contenido, a los órganos del sistema jurisdiccional de la Unión, véase, O. DE SCHUTTER, “L’adhésion de l’Union européenne à la Convention européenne des droits de l’homme: feuille de route de la négociation”, *loc. cit.*, pp. 550-553.

caso concreto por exigencias del CEDH¹⁴⁹. Prueba de la relativa autonomía del Derecho de la Unión es su permeabilidad al razonamiento del TEDH en este asunto: ésta se manifiesta en las conclusiones presentadas por el Abogado General en un asunto sustancialmente idéntico que ha llegado por vía prejudicial al TJUE procedente de los órganos jurisdiccionales de Reino Unido y que recogen íntegro el razonamiento del Tribunal de Estrasburgo, que, además, ha sido seguido de forma rigurosa y escrupulosa por el propio TJUE¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, *cit. supra*. En este asunto el TEDH condenó a Bélgica por vulnerar el artículo 3 CEDH al dictar la orden para el traslado del recurrente (un nacional afgano que solicitó asilo en Bélgica) a Grecia, debido a las deficiencias del sistema griego de asilo que le colocaban en serio riesgo de sufrir *refoulement*. Bélgica ordenó el traslado a Grecia del demandante de asilo por ser este último el primer país a través del que realizó la entrada en el territorio de un Estado miembro de la Unión y por tanto el responsable para examinar la solicitud de asilo de acuerdo con la aplicación de los criterios contenidos en el denominado *Reglamento Dublín II*; igualmente Bélgica fue condenada por infracción del artículo 13 CEDH en conjunción con el artículo 3 CEDH, al no proveer un recurso efectivo contra la decisión de expulsión hacia Grecia, no obstante el solicitante recurrió al TEDH antes de ser trasladado a Grecia. Por tanto, el Reglamento dejaba margen de apreciación a Bélgica para trasladar al demandante de asilo a Grecia o acudir a la disposición facultativa de su artículo 3.2 que le permite convertirse en el Estado responsable de la solicitud de asilo (disposición conocida como *sovereignty clause*). Precisamente, Bélgica es condenada por no haber recurrido a esta disposición para impedir el traslado a Grecia del demandante de asilo, o bien haber impedido el traslado expulsándole a otro Estado intermedio parte en el CEDH donde no corriera el riesgo de *refoulement*. El mensaje resultante es que cuando el Estado responsable del examen de la solicitud de asilo -de acuerdo con los criterios fijados por *Dublín II*- presenta un sistema de asilo deficiente que puede exponer al demandante a los riesgos del *refoulement*, el otro Estado miembro en que el solicitante se halla debe recurrir imperativamente a la cláusula de soberanía y examinar él la solicitud para impedir su traslado al teóricamente responsable (véase la Sentencia del TEDH de 7 de julio de 1989, *Soering*, Recurso nº 14038/88, apartado 91). Deben verse el Reglamento (*Dublín II*) 343/2003/CE del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país, D.O.U.E. Serie L 50/1, de 25 de febrero de 2003; y la Propuesta presentada para su reforma por la Comisión, COM(2008) 820 final, Bruselas, 3 de diciembre de 2008, que contempla la suspensión temporal de los traslados a Estados miembros cuyo sistema de asilo atraviesa por dificultades de capacidad. Queda por ver si la misma satisface las exigencias del CEDH. Sobre este importante asunto, S. MORGADES GIL, “TEDH – Sentencia de 21.01.2011 (Gran Sala), M.S.S. c. Bélgica y Grecia, 30696/09 – «Artículos 3 y 13 CEDH – Prohibición de tortura y penas o tratos inhumanos o degradantes – Reglamento (CE) Nº 343/2003 de determinación del Estado responsable del examen de una solicitud de asilo (Dublín II)» – El funcionamiento efectivo de la política europea de asilo ante la garantía del derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes del CEDH”, *RDCE*, nº 41, 2012.

¹⁵⁰ Véanse las Conclusiones de la Abogada General TRSTENJAK, presentadas el 22 de septiembre de 2011, *N.S. c. Secretary of State for the Home Department*, asunto C-411/10, (pendiente de publicación), Rec. 2011; así como la Sentencia de 21 de diciembre de 2011, *N.S. c. Secretary of State for the Home Department y M.E. y otros c. Refugee Applications Commissioner*, asuntos acumulados C-411/10 y 493/10, (pendiente de publicación), Rec. 2011. Un comentario en, P. GARCÍA ANDRADE, “La responsabilidad de examinar una solicitud de asilo en la UE y el respeto a los derechos fundamentales: comentario a la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2011 en los asuntos N.S. y M.E. y otros”, *RGDE*, nº 27, 2012.

1.3. b) La participación de la Unión Europea en la composición de los órganos de control del CEDH.

El Proyecto de acuerdo de adhesión ha previsto en su artículo 6 que una delegación del Parlamento Europeo participe con derecho de voto ante la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa cuando ésta ejerza sus funciones de elección de los jueces bajo el artículo 22 CEDH. Se atribuye al Parlamento Europeo el mismo número de representantes que tenga atribuidos la parte más representada de acuerdo con el artículo 26 del Estatuto del Consejo de Europa. El proyecto de acuerdo se ha decantado porque la Unión tenga un juez permanente en el TEDH y, dedicado en exclusividad, no puede tratarse de un juez que ejerza sus funciones además en el sistema jurisdiccional de la Unión. Dicho juez, que tendrá idéntico estatus y deberes al resto de jueces de los demás Estados parte en el CEDH, será elegido de una lista presentada por la Unión Europea por mayoría de votos en la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa donde participará una delegación de la Unión. La Unión tendrá un juez permanente en el sistema del TEDH, y no un juez que interviniera únicamente en aquellos asuntos en los que estuviera involucrada la aplicación del Derecho de la Unión. Queda por decidir a nivel interno de la Unión cuál será el procedimiento para designar a los componentes de la terna de candidatos a juez; el Parlamento Europeo ya ha manifestado su deseo de tener un papel similar en su designación al que ostenta de acuerdo con el artículo 255 TFUE respecto de los candidatos a ejercer funciones de juez en el TJUE¹⁵¹. Se ha advertido del riesgo de que un Estado miembro cuente con dos representantes de su nacionalidad en la formación del TEDH debido a que probablemente el juez elegido en representación de la Unión Europea ostente la nacionalidad de uno de sus Estados miembros. En tal supuesto deberían arbitrarse los mecanismos procesales que impidan que en la formación del Tribunal puedan aparecer dos jueces que ostenten la nacionalidad del Estado parte demandado¹⁵².

El Proyecto de acuerdo de adhesión establece que la Unión Europea participará en el Comité de Ministros para desempeñar aquellas funciones que le son propias en relación con el CEDH: principalmente la supervisión de la ejecución de las sentencias del

¹⁵¹ Véase la Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de mayo de 2010, *cit. supra*.

¹⁵² “*Since the EU judge will most probably have the nationality of an EU Member State that fortunate Member State will have two of its nationals represented on the ECtHR. This may lead the Strasbourg Court to revise its internal procedures in order to avoid a situation where two judges of the same nationality sit on the same case brought against the High Contracting Party in respect of which these judges have been elected*”, véase, X. GROUSSOT, T. LOCK, L. PECH, “EU Accession to the European Convention on Human Rights: a Legal Assessment of the Draft Accession Agreement of 14th October 2011”, *loc. cit.*, p. 8.

TEDH, los arreglos amistosos y la solicitud de dictámenes consultivos. Cuando el Comité de Ministros supervisa el cumplimiento de obligaciones relativas a la Unión Europea, o bien a la Unión Europea y uno o más de sus Estados miembros, existe la obligación de que la Unión y todos sus Estados miembros expresen su posición y voten de una forma coordinada. Igualmente, cuando el Comité de Ministros examina el cumplimiento de obligaciones del CEDH que incumben únicamente a un Estado miembro de la Unión Europea, por falta de competencia en ese área, el proyecto de acuerdo dispone que la Unión debe abstenerse de expresar su opinión y de votar; no existiendo una obligación de que los Estados miembros actúen en este caso de forma coordinada. Del mismo modo, dicha obligación de coordinación no existe cuando la labor del Comité de Ministros examina el cumplimiento de obligaciones que incumben únicamente a terceros Estados no miembros de la Unión. En todo caso debe garantizarse que cuando la Unión y los Estados miembros coordinen su posición y voto en el seno del Comité de Ministros no lo hagan para frustrar el cumplimiento de la función de este órgano impidiendo el control de la ejecución de las sentencias del TEDH. Probablemente la UE participará representada por medio de la Comisión, quizá el miembro de esta institución que dirija la cartera sobre derechos fundamentales, justicia y ciudadanía será el encargado¹⁵³.

Como el Parlamento Europeo constata, la adhesión de la UE no resuelve el mayor problema que amenaza al sistema de demandas individuales del TEDH: el elevadísimo número de asuntos pendientes ante el TEDH y el crecimiento de las demandas individuales. Sin embargo, el mayor rigor introducido para la admisibilidad tras la entrada en vigor del Protocolo nº 14 al CEDH el 1 de junio de 2010, puede ayudar a frenar y corregir esta tendencia que amenaza la sostenibilidad del sistema¹⁵⁴. En cualquier caso, no parece que la adhesión de la Unión pueda resultar nociva desde este punto de vista.

¹⁵³ S. SANZ CABALLERO, “Crónica de una adhesión anunciada: algunas notas sobre la negociación de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *loc. cit.*, p. 114.

¹⁵⁴ De los 4 Estados que aglutinan un 54 % de los asuntos pendientes ante el TEDH (Rusia, Turquía, Italia y Ucrania) solo uno de ellos es miembro de la Unión Europea. Los datos sobre el rendimiento del TEDH en 2012 apuntan una disminución progresiva del número de asuntos pendientes (en torno a 128.000) como consecuencia del aumento de la capacidad de detección y filtrado de demandas manifiestamente inadmisibles, véase *Bulletin Quotidien Agence Europe* de 26 de enero de 2013, punto 30.

1.3. c) El agotamiento previo de los recursos internos y la necesidad de pronunciamiento previo del TJUE en cuestiones que afectan al Derecho de la Unión.

De conformidad con la idea de subsidiariedad¹⁵⁵, el TEDH sólo podrá conocer de aquellas demandas que sean presentadas una vez el sistema interno de recursos del Derecho de la Unión haya sido agotado. Obviamente, en aquellos casos en que la demanda de un individuo se dirige directamente contra un acto de las instituciones europeas el pronunciamiento previo del Tribunal General de la Unión Europea y del TJUE -en casación- será necesario para que la demanda sea admisible por el TEDH. Los problemas aparecen, como los presidentes de ambos tribunales COSTA y SKOURIS señalaron en enero de 2011, en aquellos casos en que el Derecho de la Unión no admite acción directa ante las jurisdicciones comunitarias: cuando la posible violación de un derecho garantizado en el CEDH aparece en un acto de aplicación o de implementación del Derecho de la Unión realizado por un Estado miembro¹⁵⁶. En este caso de acciones indirectas, existe el riesgo de que una demanda llegue al TEDH sin que la última instancia jurisdiccional del sistema de la Unión -el TJUE- haya tenido la oportunidad de pronunciarse de forma previa, ello es debido al carácter básicamente facultativo del

¹⁵⁵ J. A. PASTOR RIDRUEJO, “La subsidiariedad, principio estructural del Derecho internacional de los Derechos humanos”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004/2005, pp. 37-50. Cuestión distinta y que ha suscitado preocupación desde el punto de vista de la Unión es si su sistema de legitimación activa para acceder al sistema jurisdiccional de la UE satisface en todos los casos los requisitos del artículo 13 CEDH relativos a la obligación de establecer un sistema de recursos nacionales efectivos frente a las violaciones de los derechos recogidos en el CEDH, en este sentido PASTOR RIDRUEJO expone sus dudas cuando dice “*habrá que examinar cuidadosamente si el sistema procesal de la Unión Europea dispone en todos los casos de ese tipo de recursos. De no ser así, esos recursos deberán ser instaurados*”, véanse J. A. PASTOR RIDRUEJO, “La adhesión de la Unión Europea a la Convención Europea sobre derechos humanos y libertades fundamentales”, en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.), *El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis constitucional*, Iustel-AEPDIRI, Madrid, 2008, pp. 154-155; asimismo, J. A. PASTOR RIDRUEJO, “La interrelación de los sistemas de protección de los derechos fundamentales”, en E. ÁLVAREZ CONDE, V. GARRIDO MAYOL (dir.), *Comentarios a la Constitución Europea*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 1665. El propio TEDH señaló como una de las debilidades del mecanismo de protección de los derechos fundamentales del ordenamiento de la Unión el limitado *locus standi* otorgado a los particulares para acceder a la jurisdicción, debe verse la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 30 de junio de 2005, *Bosphorus c. Irlanda*, *cit. supra.*, apartado 162. Por otra parte, la responsabilidad principal en el establecimiento de vías de recurso efectivo en el sentido del artículo 13 CEDH recae en los órganos jurisdiccionales nacionales dentro del sistema jurisdiccional de la Unión Europea. Esta idea se refleja en el nuevo artículo 19 TUE y fue anticipada por el TJUE en la Sentencia de 25 de julio de 2002, *Unión de Pequeños Agricultores c. Consejo*, asunto C-50/00 P, Rec. 2002, p. I-6677, apartado 42: “[...] los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados, en toda la medida de lo posible, a interpretar y aplicar las normas procesales internas que regulan la interposición de los recursos de modo que las personas físicas y jurídicas puedan impugnar judicialmente la legalidad de cualquier resolución o de cualquier otra medida nacional por la que se les aplique un acto comunitario de alcance general, invocando la invalidez de dicho acto”.

¹⁵⁶ Comunicación conjunta de los presidentes Costa y Skouris, Estrasburgo y Luxemburgo, 24 de enero de 2011. Disponible en: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/02164A4C-0B63-44C3-80C7-FC594EE16297/0/2011Communication_CEDHCJUE_EN.pdf

planteamiento de una cuestión prejudicial para los órganos judiciales nacionales que sólo en última instancia están obligados a formularla: pudiendo estos en esta fase incluso eludir tal obligación mediante el recurso y abuso de la doctrina de *l'acte clair* o de la ausencia de duda razonable¹⁵⁷. Debe tenerse en cuenta que en este tipo de supuestos el TEDH ha considerado que cuando el órgano judicial nacional no formula la petición prejudicial el mecanismo de control de respeto a los derechos fundamentales instaurado en el seno del sistema jurisdiccional de la Unión no goza de la presunción de protección equivalente a la del CEDH, ya que ante la ausencia de pronunciamiento del TJUE dicho mecanismo se ve privado de la posibilidad de desplegar todo su potencial¹⁵⁸. En este sentido, el TEDH en su jurisprudencia ha censurado el rechazo de elevar la cuestión prejudicial al TJUE, por parte de un órgano jurisdiccional nacional llamado a pronunciarse en última instancia, cuando es efectuado de forma arbitraria, por ser contrario a la equidad del proceso (artículo 6.1 CEDH)¹⁵⁹.

¹⁵⁷ El propio TEDH, en su Sentencia de 20 de septiembre de 2011, *Ullens de Schooten y Rezabek c. Bélgica*, Recursos n° 3989/07 y n° 38353/07, ha constatado que el artículo 6.1 CEDH no consagra un derecho al planteamiento de la cuestión prejudicial por los órganos jurisdiccionales nacionales cuya decisión no es susceptible de ulterior recurso. Estos pueden recurrir a los supuestos previstos en la jurisprudencia *Cilfit* para eludir tal obligación (es decir, cuando estimen que la cuestión no es pertinente, la disposición de Derecho de la Unión haya sido objeto de interpretación previa por el TJUE, o bien cuando la aplicación de la disposición controvertida de Derecho de la Unión no dé lugar a duda razonable alguna, véase la Sentencia del TJUE de 6 de octubre de 1982, *Cilfit*, asunto C-283/81, Rec. 1982, p. 3415). El TEDH se hace eco de esta importante jurisprudencia del TJUE y la reafirma en este asunto extendiendo a los órganos jurisdiccionales en última instancia el deber de motivar cuando consideren que la petición prejudicial no es pertinente (véanse los apartados 56-60). Por otra parte, el TJUE se ha opuesto recientemente a una normativa nacional que configure el incidente de constitucionalidad con un carácter prioritario en la medida en que tenga por efecto limitar el ejercicio de la facultad o de la obligación del resto de órganos jurisdiccionales de elevar la cuestión prejudicial al TJUE con arreglo al artículo 267 TFUE: “*En efecto, si el carácter prioritario de un procedimiento incidental de control de constitucionalidad condujera a la derogación de una ley nacional que se limitara a adaptar el Derecho nacional a las disposiciones imperativas de una directiva de la Unión a causa de la falta de conformidad de esa ley con la Constitución nacional, el Tribunal de Justicia podría quedar privado, en la práctica, de la posibilidad de realizar, a petición de los tribunales del fondo del Estado miembro considerado, el control de la validez de dicha directiva en relación con los mismos motivos inherentes a las exigencias del Derecho primario, y en especial de los derechos reconocidos por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a la que el artículo 6 TUE confiere el mismo valor jurídico que se reconoce a los Tratados*”, véase la Sentencia de 22 de junio de 2010, *Melki*, asuntos acumulados C-188/10 y C-189/10, Rec. 2010, p. I-5667, apartado 55.

¹⁵⁸ Véase la Sentencia del TEDH de 6 de diciembre de 2012, *Michaud c. Francia*, n° 12323/11, apartados 105-116 (no definitiva a 29 de enero de 2013). En este asunto se cuestionaba el deber de los abogados de efectuar declaración de sospecha. Dicho deber había sido establecido en diversas directivas comunitarias destinadas a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y en sus respectivas normas internas de transposición. El *Conseil d'État* francés consideró que la compatibilidad del deber de declaración de sospecha con el artículo 8 CEDH no ofrecía lugar a dudas y por tanto declinó elevar al TJUE una petición prejudicial. En esta situación el TEDH entró a ejercer el control llegando a la conclusión de que no había infracción del artículo 8 CEDH. Cabe preguntarse a quién correspondería la eventual responsabilidad internacional de haberse planteado este mismo asunto una vez completada la adhesión.

¹⁵⁹ Sentencia del TEDH de 22 de junio de 2000, *Coëme et autres c. Belgique*, Recursos n° 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 y 33210/96, apartado 114. Debe recordarse que de modo similar, en su

Esta peculiar situación del ordenamiento de la Unión llevó a TIMMERMANS a plantear la introducción de algún mecanismo que sin necesidad de reformar los Tratados existentes permitiera realizar una consulta con carácter previo al control externo llevado a cabo por el TEDH para permitir al TJUE realizar un control interno en aquellos casos en que la jurisdicción nacional en última instancia no hubiese accedido a realizar la remisión prejudicial¹⁶⁰. TIMMERMANS descartaba la introducción de un mecanismo formal que otorgara al TEDH la posibilidad de realizar una remisión prejudicial al TJUE en aquellos casos donde la conformidad del Derecho de la Unión con el CEDH estuviese en entredicho, puesto que tal mecanismo podría llevar a una colisión directa entre jurisdicciones al no quedar obligado el Tribunal de Estrasburgo por la opinión del Tribunal de Luxemburgo. El Proyecto de acuerdo de adhesión se ha decantado por introducir una opción acorde con las visiones de TIMMERMANS, COSTA y SKOURIS: precisamente, teniendo en cuenta que las partes en un litigio pueden sugerir únicamente la cuestión prejudicial, no es ésta considerada como uno de los recursos previos que necesitan agotar a los efectos del artículo 35 CEDH, y por tanto se prevé que en aquellos asuntos donde la Unión interviene como codemandada, el TJUE tenga la oportunidad de pronunciarse con carácter previo al TEDH sobre la conformidad con el CEDH de la provisión de Derecho de la Unión de que se trate. Este procedimiento interno de carácter informal y flexible deberá ser puesto en marcha por la Unión, garantizando que puedan formular sus observaciones ante el TJUE las partes en el litigio principal. En ningún caso vinculará al TEDH la opinión vertida por el TJUE aunque el primero se comprometería a tenerla en cuenta (no estaría vinculado, en el sentido de que el TEDH podría encontrar una infracción del CEDH donde el TJUE no la hubiera encontrado). Este mecanismo deberá sustanciarse en un corto periodo de tiempo

Sentencia 58/2004, de 19 de abril, el Tribunal Constitucional español estimó un recurso de amparo debido a la decisión del Tribunal de la instancia de inaplicar el Derecho interno por supuesta incompatibilidad con el Derecho comunitario. El Tribunal Constitucional consideró que dicha decisión, sin haber planteado previamente la cuestión prejudicial, suponía desconocer las garantías que integran el contenido del derecho fundamental a un proceso debido. Sobre este particular: M. FRAILE ORTIZ, “Negativa del juez nacional a plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº7, 2004, p. 461; también, J. I. UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, “El ‘recurso’ a la prejudicial (234 TCE) como ‘cuestión’ de amparo”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 11, 2004, pp. 441-474; P. J. MARTÍN RODRÍGUEZ, “La cuestión prejudicial como garantía constitucional: a vueltas con la relevancia constitucional del Derecho Comunitario. (A propósito de la STC 58/2004, de 19 de abril, asunto tasa fiscal sobre el juego)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 24, nº 72, 2004, pp. 315-346; asimismo, J. ROLDÁN BARBERO, E. DÍEZ PERALTA, “Tribunal Constitucional Español y Derecho Comunitario (2003-2005)”, *RDCE*, nº 23, 2006, pp. 113-114.

¹⁶⁰ C. TIMMERMANS, *The Court of Justice of the EU, a Human Rights Court?*, Annual Lecture King’s College, Londres, 6 de mayo de 2010.

para evitar dilaciones innecesarias en el procedimiento ante el TEDH (seis a ocho meses)¹⁶¹. El principal escollo jurídico radica en cómo atribuir una nueva función al TJUE sin necesidad de modificar el Derecho originario¹⁶² y sin contravenir la disposición del propio artículo 6.2 TUE que recuerda que la adhesión no modificará las competencias de la Unión tal y como resultan de los tratados: respecto de los actos legislativos de la Unión, la Comisión tiene a su disposición discrecional el mecanismo del artículo 263 para buscar la implicación previa del TJUE cuando un asunto haya sido admitido ante el TEDH y se haya planteado la conformidad del Derecho de la Unión con el CEDH¹⁶³. Finalmente, se ha dicho que este mecanismo para permitir el pronunciamiento previo del TJUE no es realmente necesario para preservar la autonomía del ordenamiento de la Unión¹⁶⁴: no debe olvidarse que los órganos jurisdiccionales nacionales son órganos del sistema jurisdiccional de la Unión encargados de la aplicación ordinaria del Derecho de la Unión –incluyendo a nuestro Tribunal Constitucional-¹⁶⁵; y no debe desdeñarse que aunque el TJUE no se haya

¹⁶¹ Véase, *Report to the Committee of Ministers on the elaboration of legal instruments for the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, cit. supra. La base jurídica del mecanismo podría hallarse en el desarrollo reglamentario tanto del procedimiento acelerado, así como del procedimiento de urgencia (para la tramitación de peticiones prejudiciales relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia) que han sido previstos en el artículo 23 bis del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, D.O.U.E. Serie C 83/210, de 30 de marzo de 2010. De este modo se evitaría tener que reformar el Derecho originario.

¹⁶² Según MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, sería posible regular esta cuestión en el propio acuerdo de adhesión ya que el TJUE ha admitido la posibilidad de que en un acuerdo internacional concluido por la Unión se otorguen nuevas competencias al TJUE, véase el Dictamen 1/00, de 18 de abril de 2002, cit. supra. En este sentido J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, “Viejos y nuevos problemas en el espacio europeo de los derechos humanos: reflexiones a propósito de la necesaria cooperación judicial efectiva entre el TJUE y el TEDH”, *op. cit.*, p. 803.

¹⁶³ La Comisión podría interponer dicho recurso de anulación con ocasión de haber sido invitada la Unión a personarse como *codemandado*, con el objeto de evitar una condena y remediar *in foro interno* el asunto (de existir probabilidades elevadas de condena, aunque bien es cierto que no podría remediarse el efecto de *res judicata* de las decisiones firmes de órganos judiciales nacionales en aplicación del acto controvertido). Por supuesto, la jurisdicción del TJUE relativa al control de legalidad no estaría limitada a los derechos fundamentales. Por el contrario, el pronunciamiento del TJUE podría llegar en casación contra la decisión del Tribunal General por la vía del artículo 263.4 TFUE en el caso de aquellos actos: que tengan un destinatario, o susceptibles de afectar de forma directa e individual la posición jurídica del particular, así como de los actos reglamentarios que afecten directamente a un particular y que no incluyan medidas de ejecución.

¹⁶⁴ T. LOCK, “Walking on a tightrope: The draft ECHR accession agreement and the autonomy of the EU legal order”, *loc. cit.*

¹⁶⁵ En el caso del ordenamiento jurídico español, en aquellos asuntos relativos a derechos fundamentales recogidos en el CEDH susceptibles de amparo constitucional –como es el caso de la tutela judicial efectiva artículos 24.1 CE y 6.1 CEDH– el agotamiento previo de los recursos internos debe necesariamente incluir al Tribunal Constitucional, que recientemente ha admitido su condición de órgano encargado de la aplicación ordinaria del Derecho de la Unión al elevar una cuestión prejudicial al TJUE sobre la entrega de los detenidos juzgados en rebeldía. Véase “El TC pregunta al Tribunal de la UE sobre la entregade detenidos juzgados en rebeldía”, *Iustel Diario del Derecho*, 1 de julio de 2011, disponible en: http://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1050800. Asimismo sobre el Auto del Tribunal Constitucional español debe verse A. AGUILAR CALAHORRO, “La primera cuestión

pronunciado con carácter previo, los órganos judiciales nacionales lo habrán hecho necesariamente como requisito para el agotamiento de los recursos internos. Tampoco debe soslayarse que la cuestión prejudicial no es uno de los mecanismos que los particulares están obligados a instar para lograr el agotamiento previo de los recursos internos. En cualquier caso, la introducción de este mecanismo no deja de ser indicativa de un privilegio hacia la Unión Europea y su máximo órgano jurisdiccional del que no gozan los restantes Estados parte en el CEDH.

Los detalles de este mecanismo están por perfilar puesto que el Proyecto de acuerdo de adhesión guarda silencio acerca de si el mismo se activaría o no previa notificación e invitación del TEDH: lo lógico sería que el TEDH en el mismo momento en que notifica a la Unión -sobre la existencia de un asunto en que se plantea si el acto de aplicación por parte de un Estado miembro del Derecho de la Unión es compatible o no con el CEDH- para que pueda personarse como codemandada, invite al TJUE también a pronunciarse para poner en marcha este mecanismo de *revisión interna*. No obstante, dicha invitación por parte del TEDH también podría ofrecer reparos desde el punto de vista de la autonomía del Derecho de la Unión, puesto que podría verse como una injerencia al prejuzgar el reparto de responsabilidad ante una eventual infracción del CEDH. En cualquier caso, este pronunciamiento previo del TJUE podría aprovecharse para que éste arrojase luz sobre el reparto de competencias y responsabilidades entre Unión y Estados miembros en el asunto concreto: lógicamente la mayor dificultad radicaría en que dicha opción no se traduzca en dilaciones indebidas para el procedimiento principal en detrimento de las garantías del demandante.

prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Auto del Tribunal Constitucional 86/2011, de 9 de junio”, *Revista Española de Derecho Constitucional Europeo*, nº 16, 2011, pp. 471-512. Véase igualmente la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado, D.O.U.E. Serie L 81/24, de 27 de marzo de 2009. Este asunto muestra en todo su potencial el denominado sistema *multinivel* de protección de los derechos fundamentales en Europa: podrían concurrir el TEDH, el TJUE y el TC pronunciándose sobre idéntico asunto y empleando para ello tres parámetros normativos diferentes pero inexcusablemente interrelacionados, el CEDH, la CDFUE y la Constitución Española. Véanse sobre este asunto las Conclusiones del Abogado General BOT presentadas el 2 de octubre de 2012, *Melloni*, asunto C-399/11, (pendiente de publicación), Rec. 2013, así como la Sentencia de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, asunto C-399/11, (pendiente de publicación), Rec. 2013.

2. Tratados internacionales concluidos por la Unión Europea: la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

2.1. Antecedentes e ideas previas.

La adopción de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹⁶⁶ (CDPD en adelante) supone un importante paso en la llamada “*pluralización de los derechos humanos*” como tendencia hacia la creciente atención que el Derecho internacional de los Derechos humanos presta a las necesidades de grupos o categorías humanas específicas: ésta sigue la línea iniciada entre otros para la eliminación de la discriminación racial y la discriminación contra la mujer, la protección de los derechos del niño, los derechos de los trabajadores migratorios y los derechos de los pueblos indígenas¹⁶⁷.

En los tratados internacionales destinados a la protección de derechos humanos se manifiesta una ausencia de mención explícita a los derechos de las personas con discapacidad -tan solo el Convenio sobre los derechos del Niño se refiere al niño

¹⁶⁶ Adoptada por unanimidad junto con su Protocolo Facultativo mediante Resolución de la AGNU 61/611, el 13 de diciembre de 2006, A/RES/61/611.

¹⁶⁷ F. MÉGRET, “The Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights?”, *Human Rights Quarterly*, n° 30, 2008, p. 495. Sobre los derechos de los pueblos indígenas, queda abierta la puerta a la adopción futura de un tratado internacional específico en el seno de la ONU, en cuya elaboración siguiendo el precedente de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad pudiera participar la Unión Europea. Véase la reciente *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, adoptada mediante la Resolución de la AGNU 61/295 de 13 de septiembre de 2007 por 143 votos a favor con 4 votos en contra (Australia, Canadá, EEUU, Nueva Zelanda), A/RES/61/295. Por su parte encontramos en el ámbito de la OIT el Convenio n° 169, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de 1989, que ha sido recientemente ratificado por España y publicado en el B.O.E. núm. 58 de 8 de marzo de 2007, p. 9923. Ténganse en cuenta estos datos para reflexionar acerca de la posible existencia de una norma consuetudinaria en este ámbito que sirva de apoyo a la tenue labor de promoción de los derechos de los pueblos indígenas que la Unión ha llevado a cabo en su acción exterior, y también como ejemplo de un posible nuevo sector incipiente y en expansión en esta tendencia hacia la especificación de los derechos humanos. No en vano el Reglamento 1007/2009/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, sobre el comercio de productos derivados de la foca, D.O.U.E. Serie L 286/36, de 31 de octubre de 2010, invoca en su Preámbulo la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas con objeto de no perjudicar los intereses sociales y económicos de la población inuit ligados a sus derechos de caza tradicional. Sobre el paso que supone la CDPD hacia la especificación de los derechos humanos puede verse también, J. CARDONA LLORENS, “Derechos Humanos y Personas con Discapacidad en el Marco de las Naciones Unidas: ¿Hacia un Cambio de Rumbo?”, en R. ZERBINI RIBEIRO (ed.), *Rumbos del Derecho internacional de los Derechos humanos. Estudios en Homenaje al Profesor Antônio Augusto Cançado Trindade*, Porto Alegre, Fabris, 2005, pp. 491-550.

“mental o físicamente impedido” en su artículo 23¹⁶⁸- que ocasiona una incompleta realización de sus derechos al estar basado el paradigma de los tratados de derechos humanos “en la norma de la persona sin discapacidad”¹⁶⁹.

En la aparición de un régimen internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad ha tenido gran influencia el denominado enfoque *social*¹⁷⁰ hacia la discapacidad cuyo origen se ubica en el activismo por los derechos de las personas con discapacidad en Reino Unido durante los años 60¹⁷¹. En el histórico modelo *médico* las personas con discapacidad quedaban relegadas a ser objeto de la caridad y de un tratamiento paternalista, de modo que el énfasis recaía en la aflicción generada por su particular condición de impedimento, así como en tratar de cambiar a estas personas para adecuarlas a la norma social y sus estructuras¹⁷². El modelo *social*, tendente al logro de la igualdad sustantiva, sostiene que las desventajas que reducen la calidad de vida de las personas con discapacidad derivan no de su diferente condición física, mental o emocional -es decir, no son intrínsecas al ser humano- sino que son evitables consecuencias derivadas de su percepción social y de patrones discriminatorios que tienden a perpetuar tanto las instituciones como las estructuras de la sociedad¹⁷³.

¹⁶⁸ R. KAYNESS, P. FRENCH, “Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *Human Rights Law Review*, Vol. 8, n° 1, 2008, pp. 12-13. Véanse también, I. BIEL PORTERO, *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 102; así como T. HAMMARBERG, “The rights of the disabled children: the UN Convention on the rights of the child”, en T. DEGENER, Y. KOSTER-DREESE (eds.), *Human Rights and Disabled Persons. Essays and Relevant Human Rights Instruments*, Dordrecht, Boston, Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 147-158.

¹⁶⁹ R. KAYNESS, P. FRENCH, “Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *loc. cit.*, p. 14.

¹⁷⁰ Un análisis de la Convención a la luz del paso del modelo *médico* de discapacidad hacia el modelo *social* puede verse en A. LAWSON, “The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities; New Area or False Dawn?”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Vol. 34, n° 2, pp. 563-621.

¹⁷¹ Según DE BÚRCA, el origen de esta concepción se sitúa en Estados Unidos en movimientos por los derechos civiles, expandiéndose hasta el Reino Unido donde fue ampliamente aceptada durante los años 70 y 80. La legislación *American with Disabilities Act* de 1990 fue un gran exponente de este enfoque en Estados Unidos, véase G. DE BÚRCA, “The EU in the Negotiation of the UN Disability Convention”, *European Law Review*, Vol. 35, n° 2, 2010, pp. 183-184.

¹⁷² R. KAYNESS, P. FRENCH, “Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *loc. cit.*, pp. 5-7.

¹⁷³ “The social model of disability contrasts with the more traditional medical model of disability, in emphasizing that the disadvantages which arise from the variation in the physical, mental and emotional characteristics of human beings are not intrinsic to their human condition, but are the consequence of avoidable social and relational impediments which reduce the quality of life of people with disabilities and different levels of ability”, en G. DE BÚRCA, “The EU in the Negotiation of the UN Disability Convention”, *loc. cit.*, p. 184.

Los primeros desarrollos relativos a la discapacidad en Derecho internacional de los Derechos humanos tuvieron lugar en los dominios del *soft law*¹⁷⁴ y reflejaban aún el enfoque *médico* hacia la discapacidad¹⁷⁵. Las instituciones europeas se hicieron eco y comenzaron a aumentar progresivamente su interés por la situación de las personas con discapacidad a través de la política social¹⁷⁶.

El vuelco hacia el enfoque *social* tiene lugar con el establecimiento del Programa de Acción Mundial para los Impedidos en 1982¹⁷⁷. En la década de los noventa¹⁷⁸, encontramos dos textos internacionales de diversa índole que van a ser fundamentales para inspirar la acción de las instituciones comunitarias europeas en pro de los derechos de las personas con discapacidad: se trata de la Declaración y el Programa de Acción de Viena de 1993¹⁷⁹ y de las Normas Uniformes de Naciones Unidas sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad del mismo año¹⁸⁰. La reacción consistió en la adopción en julio de 1996 por parte de la Comisión Europea de la Comunicación sobre la Igualdad de Oportunidades de las Personas con Minusvalía¹⁸¹,

¹⁷⁴ Resolución de la AGNU 2856 (XXVI), *Declaración de los Derechos del Retrasado Mental*, de 20 de diciembre de 1971, A/RES/2856 (XXVI); y Resolución de la AGNU 3447 (XXX), *Declaración de los Derechos de los Impedidos*, de 9 de diciembre de 1975, A/RES/3447 (XXX).

¹⁷⁵ R. KAYNESS, P. FRENCH, “Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *loc. cit.*, p. 14.

¹⁷⁶ I. BIEL PORTERO, “El primer Tratado de Derechos Humanos celebrado por la Unión Europea: La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *RGDE*, nº 21, 2010, p. 3. Asimismo, L. WADDINGTON, *From Rome to Nice in a Wheelchair. The Development of a European Disability Policy*, Europa Law Publishing, Groningen, 2006.

¹⁷⁷ Resolución de la AGNU 37/52, de 3 de diciembre de 1982, A/RES/37/52. Véase R. KAYNESS, P. FRENCH, “Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *loc. cit.*, p. 15.

¹⁷⁸ Indicativo del creciente interés por la discapacidad y de su consideración como un asunto de derechos humanos es el informe final preparado en 1993 por el Sr. Leandro Despouy, Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, *Los derechos humanos y las personas con discapacidad* (E/CN.4/Sub.2/1991/31), publicación de las Naciones Unidas, Nº de venta: S.92.XIV.4. En este informe se proponía la creación de un *ombudsman* internacional.

¹⁷⁹ “Es menester prestar especial atención a la no discriminación y al disfrute, en igualdad de condiciones, por parte de los discapacitados de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, incluida su participación activa en todos los aspectos de la sociedad”, apartado 22, la Declaración y el Programa de Acción de Viena fueron aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993.

¹⁸⁰ Resolución de la AGNU 48/96, de 20 de diciembre de 1993, A/RES/48/96. Esta resolución fue criticada por albergar reminiscencias de la llamada concepción *médica* de la discapacidad, puede verse en R. KAYNESS, P. FRENCH, “Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *loc. cit.*, p. 16.

¹⁸¹ Comunicación de la Comisión sobre la Igualdad de Oportunidades de las Personas con Minusvalía de 30 de julio de 1996, COM (96) 406 final. Nótese que el término *Minusvalía* es el resultante de la traducción, en la versión inglesa se habla de *Persons with Disabilities*. Asimismo las Normas Uniformes de Naciones Unidas hablan de *personas con discapacidad*. En este documento puede apreciarse que el Consejo había adoptado diversas recomendaciones con anterioridad para promover la igualdad de oportunidades en el empleo y la formación profesional de personas con discapacidad, y la integración de niños con discapacidad en la enseñanza. Asimismo, existieron diversos programas (HELIOS) de cooperación entre Estados miembros y el Fondo Social Europeo también había contribuido a la

así como en diciembre del mismo año en la adopción de una Resolución por parte del Consejo sobre la Igualdad de Oportunidades de las Personas con Minusvalía¹⁸². En 1997 el Tratado de Ámsterdam introdujo en el artículo 13 TCE el poder para que las instituciones pudieran combatir la discriminación por una serie de motivos que incluían por primera vez en el Derecho originario la discapacidad; ésta fue la base jurídica para la adopción en 2000 de una Directiva dirigida a combatir la discriminación en el ámbito del empleo y la ocupación, entre otros motivos por razón de discapacidad¹⁸³.

En la introducción de la diferenciación entre “*discriminación directa*” y “*discriminación indirecta*” que efectúa la Directiva 2000/78/CE resulta claro el influjo del Derecho internacional de los Derechos humanos: en particular, de la Observación General Nº 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales cuando habla de discriminación *de jure o de facto*, de discriminación directa y de formas más “*sutiles*” de discriminación¹⁸⁴. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece una obligación general de eliminar la discriminación por razón de discapacidad, remarca las especiales dificultades que hallan las personas con discapacidad en la realización de sus derechos y explicita un catálogo de derechos económicos, sociales y culturales¹⁸⁵. Mientras que el Comité de Derechos Humanos, sin referirse explícitamente a la aplicación del Pacto de Derechos Civiles y Políticos a las

promoción de la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad. Véase la Decisión del Consejo 93/136/CEE, de 25 de febrero de 1993, por la que se aprueba el tercer programa de acción comunitaria para las personas minusválidas (HELIOS II 1993-1996), D.O.U.E. Serie L 56/30, de 9 de marzo de 1993. En mayor detalle, F. AST, “Les droits sociaux fondamentaux des personnes handicapées dans l’Union Européenne”, en *Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan -Libertés, Justice, Tolérance-*, Vol. I, Bruylant, Bruselas, 2004, pp. 79-97.

¹⁸² Resolución del Consejo y de los representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros, reunidos en el seno del Consejo de 20 de diciembre de 1996 sobre la igualdad de oportunidades de las personas con minusvalías, D.O.U.E. Serie C 12/1, de 13 de enero de 1997.

¹⁸³ Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, D.O.U.E. Serie L 303/16, de 2 de diciembre de 2000. Véase M. D. BLÁZQUEZ PEINADO, “No discriminación en razón de la discapacidad: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a la luz de la Directiva 2000/78, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación”, en M. J. AZNAR GÓMEZ (coord.), J. CARDONA LLORENS, J. PUEYO LOSA, J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J. M. SOBRINO HEREDIA (eds.), *Estudios de Derecho Internacional y Derecho Europeo en Homenaje al Profesor Manuel Pérez González*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 1385-1404.

¹⁸⁴ Observación General Nº 5, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Las Personas con Discapacidad*, 11º Período de Sesiones, 1994, HRI/GEN/1/Rev.8, pp. 29-39, apartado 15. Téngase en cuenta que la Directiva 2000/78/CE, *cit. supra*, invoca en su Preámbulo como fuente de inspiración el Pacto sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales en lo que respecta al derecho de toda persona a estar protegida contra la discriminación.

¹⁸⁵ *Ibid.*

personas con discapacidad¹⁸⁶, se posicionó en su Observación General N° 18 a favor de la igualdad sustantiva exigiendo a los Estados Parte la adopción de “*disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación*”¹⁸⁷.

Por su parte, dentro del derecho propiamente europeo de los derechos fundamentales, en diciembre del año 2000, puede verse reflejada la influencia en las instituciones comunitarias de toda esta actividad y debate en el plano internacional al ser solemnemente proclamada la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE)¹⁸⁸ donde se reitera en su artículo 21 la prohibición de discriminación por razón de discapacidad y se introduce el derecho a la integración social y profesional de las personas discapacitadas en su artículo 26. De este modo la Carta corrige la tradicional omisión a los derechos de las personas con discapacidad en los tratados internacionales de derechos humanos¹⁸⁹. Pese a ser la Carta un instrumento de *soft law* hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, sí que influyó en el compromiso de las instituciones europeas con el modelo *social* de discapacidad que terminó de fraguarse en el Plan de Acción Europeo para las personas con discapacidad¹⁹⁰ y supuso la integración de la dimensión de discapacidad en las políticas comunitarias¹⁹¹.

¹⁸⁶ R. KAYNESS, P. FRENCH, “Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *loc. cit.*, p. 14.

¹⁸⁷ Observación General N° 18, Comité de Derechos Humanos, *No discriminación*, 37° Período de Sesiones, 1989, HRI/GEN/1/Rev.8, pp. 213-215, apartado 10.

¹⁸⁸ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, D.O.U.E. Serie C 83/389, de 30 de marzo de 2010.

¹⁸⁹ Ahora bien, como afirma el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Las Personas con Discapacidad*, *cit. supra*, apartado 6, otros instrumentos regionales de derechos humanos habían recogido estos derechos con anterioridad: “...la *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos* (párrafo 4 del artículo 18); y el *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales* (art. 18)...”. Véase también F. MÉGRET, “The Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights?”, *loc. cit.*, p. 502.

¹⁹⁰ Comunicación de la Comisión, de 30 de octubre de 2003, Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad: un plan de acción europeo, COM (2003) 650 final, 4. Véase L. WADDINGTON, “A New Era in Human Rights Protection in the European Community: The Implications of the United Nations’ Convention on the Rights of Persons with Disabilities for the European Community”, *Maastricht Faculty of Law Working Paper*, n° 4, 2007, p. 10.

¹⁹¹ Debe señalarse que con anterioridad la Comisión ya había comunicado su intención de que la Comunidad Europea participase activamente en la consecución de un instrumento jurídico internacional de carácter vinculante para tutelar de forma adecuada los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad: véase la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, Hacia un instrumento jurídicamente vinculante de las Naciones Unidas para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, de 24 de enero de 2003, COM(2003) 16 final.

Naciones Unidas estima que aproximadamente un 10 % de la población mundial está afectada de algún tipo de discapacidad¹⁹², presumiendo que haya una relación directamente proporcional entre la edad media de una población y el número de personas con discapacidad se comprende que ésta no es una cuestión baladí para los Estados desarrollados¹⁹³ ni tampoco para los Estados miembros de la Unión Europea. ¿De dónde surgió la necesidad de un instrumento jurídico vinculante? A lo largo del tiempo se puso de manifiesto la insuficiencia de los tratados de derechos humanos con ambiciones de abarcar a todo el género humano para lograr la plena realización de los derechos que las personas con discapacidad tenían en ellos reconocidos¹⁹⁴. Por tanto, un instrumento jurídico internacional vinculante dirigido a combatir en origen los problemas estructurales que generan discriminación buscando la plena y efectiva inclusión y participación de las personas con discapacidad se presentaba como ineludible¹⁹⁵. Ello explica que en diciembre de 2001 la Asamblea General decidiera abrir el proceso para el diseño de una propuesta de Convención amplia para proteger los derechos de las personas con discapacidad siguiendo la iniciativa presentada por la delegación mexicana¹⁹⁶. Para ello la misma Resolución estableció un Comité Especial abierto a la participación de cualquier Estado miembro u observador de Naciones Unidas interesado¹⁹⁷. En esta situación la Comisión Europea manifestó su intención de que la entonces Comunidad Europea¹⁹⁸ participara en la negociación e impulsó a la Convención como forma de dar contenido a los preceptos de su reciente Carta de Derechos Fundamentales y como estímulo y complemento a la actividad de sus Estados miembros y candidatos a la adhesión.

¹⁹² Véase la DISTAT, la base de datos de estadísticas de Naciones Unidas sobre discapacidad, disponible en <http://unstats.un.org/UNSD/Demographic/sconcerns/disability/disab2.asp>

¹⁹³ Observación General N° 5, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *cit. supra*, apartado 1.

¹⁹⁴ F. MÉGRET, “The Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights?”, *loc. cit.*, pp. 497 y 500. Asimismo, T. J. MELISH, “The UN Disability Convention: Historic Process, Strong Prospects, and Why the U.S. Should Ratify”, *Human Rights Brief*, Vol. 14, n° 2, 2007, p.44.

¹⁹⁵ *Ibid.*, pp. 508-510.

¹⁹⁶ Resolución de la AGNU 56/168, de 19 de diciembre de 2001, *Convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad*, A/RES/56/168.

¹⁹⁷ *Ibid.*, punto 1.

¹⁹⁸ La Comunidad Europea fue quien negoció y firmó la CDPD, pero con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa la Unión Europea sucedió a la Comunidad Europea en todos sus derechos y obligaciones, y fue ésta quien depositó el instrumento de confirmación oficial de la Convención tras el reconocimiento de su personalidad jurídica internacional en el artículo 47 TUE. Con anterioridad al Tratado de Lisboa la personalidad jurídica se atribuía a la Comunidad Europea (antiguo art. 281 TCE). En lo sucesivo entiéndase que bajo las menciones y referencias a la Unión Europea se incluye a la antigua Comunidad Europea.

2.2. La competencia de la Unión Europea para la negociación y manifestación del consentimiento en obligarse en virtud de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En este punto cabe comenzar recordando el célebre Dictamen 2/94 del TJUE¹⁹⁹ relativo a la posible adhesión de la entonces Comunidad Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos, donde el Tribunal señaló que ninguna norma del Derecho originario otorgaba, *con carácter general*, a las instituciones europeas la facultad de celebrar convenios internacionales en materia de derechos humanos²⁰⁰. Igualmente el Tribunal denegó tanto la posibilidad de que el CEDH pudiera celebrarse a través de competencias implícitas²⁰¹ como de que pudiera concluirse a través del uso de la cláusula de imprevisión competencial prevista hoy en el artículo 352 TFUE debido a que la *envergadura constitucional* de la adhesión implicaba que ésta únicamente podría ser llevada a cabo mediante la modificación del Derecho originario²⁰². Pese a que el Tribunal no se posicionó a favor del reconocimiento de una competencia externa amplia de la Unión en el área de los derechos humanos, su razonamiento no permite extraer conclusiones definitivas que cierren la puerta a la futura celebración de acuerdos internacionales de derechos humanos²⁰³.

El Derecho originario actual de la Unión no contempla ninguna competencia explícita que permita a la Unión adherirse a un Tratado de derechos humanos con la única salvedad del artículo 6.2 TUE donde se prevé que la Unión *se adherirá* al CEDH.

Por lo tanto, la competencia de la Unión Europea para participar en la negociación y celebración de la CDPD debe buscarse mediante la *doctrina de las competencias implícitas y del paralelismo de competencias internas y externas*²⁰⁴ en el marco de las competencias internas atribuidas a la Unión en el ámbito de la lucha contra la discriminación (artículo 13 TCE). Dichas competencias ya habían sido ejercidas en el

¹⁹⁹ Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996, *cit. supra*.

²⁰⁰ *Ibid.*, apartado 27.

²⁰¹ *Ibid.*, apartado 28.

²⁰² *Ibid.*, apartado 35.

²⁰³ P. EECKHOUT, *EU External Relations Law*, 2nd Edition, Oxford University Press, 2011, p. 100.

²⁰⁴ Véase, J. M. SOBRINO HEREDIA, “Aproximación a la cuestión de la delimitación de competencia internacional de la CEE”, *Gaceta Jurídica de la CEE*, D-11, 1989, pp. 151-190. Asimismo sobre el régimen de las competencias implícitas, C. PÉREZ BERNÁRDEZ, *Las Relaciones de la Unión Europea con Organizaciones Internacionales: Análisis Jurídico de la Práctica Institucional*, Madrid, 2003, pp. 166-194.

plano interno al adoptarse la Directiva 2000/78 del Consejo²⁰⁵ en el momento en que la Comisión anunció su intención de que la Unión participara impulsando activamente el desarrollo de un texto jurídico internacional para garantizar el ejercicio efectivo y real de los derechos de las personas con discapacidad²⁰⁶. Parece clara la aplicación aquí de la jurisprudencia *AETR* para otorgar a la Unión la autoridad de participar en la negociación y manifestación del consentimiento en obligarse en virtud de la Convención para evitar que los Estados miembros pudieran, actuando al margen de las instituciones comunitarias, contraer compromisos internacionales que hicieran peligrar la consecución de los fines del Tratado al alterar o afectar el alcance de las reglas comunes fijadas en materia de no discriminación²⁰⁷: imagínese *a contrario* cuál hubiese sido el resultado de la CDPD sin la participación de la Comunidad: no habría existido garantía de ver reflejados en ella los estándares logrados en la Directiva 2000/78 y desde luego el grado de involucración e impulso a la Convención de los Estados miembros por separado habría sido más escéptico²⁰⁸. Como señala LOUIS, pervive del Dictamen 2/91²⁰⁹ que no haya lugar a requerir que las reglas comunitarias hayan cubierto la

²⁰⁵ Directiva 2000/78/CE del Consejo, *cit. supra*. En su Artículo 1 señala la norma que “*tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación*”.

²⁰⁶ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, Hacia un instrumento jurídicamente vinculante de las Naciones Unidas para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, *cit. supra*, pp. 5 y 9. Resulta interesante que la Comisión traiga a colación la Declaración y el Programa de Acción de Viena, *cit. supra*: “*La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reafirma que todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son universales, por lo que comprenden sin reservas a las personas con discapacidades. Todas las personas nacen iguales y tienen el mismo derecho a la vida y al bienestar, a la educación y al trabajo, a vivir independientemente y a la participación activa en todos los aspectos de la sociedad. Por tanto, cualquier discriminación directa u otro trato discriminatorio negativo de una persona discapacitada es una violación de sus derechos. La Conferencia pide a los gobiernos que, cuando sea necesario, adopten leyes o modifiquen su legislación para garantizar el acceso a estos y otros derechos de las personas discapacitadas*”. Desde un primer momento la Comisión ensalzó el valor añadido y la complementariedad de la futura Convención, así como el énfasis en que el planteamiento de la persona como titular de derechos debía tener reflejo en la evolución de las normas internacionales de derechos humanos relacionadas específicamente con la discapacidad, reforzando así la coherencia entre la acción interna e internacional de la UE.

²⁰⁷ Sentencia de 31 de marzo de 1971, *Comisión c. Consejo*, asunto 22/70, Rec. 1971, p. 263, apartados 17-18 y 22. La doctrina de las competencias implícitas es una vieja conocida del Derecho internacional general, que la CIJ formuló en su Opinión Consultiva de 11 de abril de 1949, *Reparación de los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, Rec. 1949, p. 182: “*Selon le droit international, l'Organisation doit être considérée comme possédant ces pouvoirs qui, s'ils ne sont pas expressément énoncés dans la Charte, sont, par une conséquence nécessaire, conférés à l'Organisation en tant qu'essentiels à l'exercice des fonctions de celle-ci*”.

²⁰⁸ “*The rationale is rather that, where the agreement covers the same subject matter as EU legislation, the EU needs to negotiate so as to avoid conflict, or, alternatively, so as to be persuaded that new rules need to be adopted at international level which may require the amendment of existing EU legislation*”, en P. EECKHOUT, *EU External Relations Law*, *op. cit.*, p. 86.

²⁰⁹ Dictamen 2/91, de 19 de marzo de 1993, Rec. 1993, p. I-01061. Véanse sobre el mismo, L. N. GONZÁLEZ ALONSO, “De nuevo sobre la doctrina *AETR*: La naturaleza jurídica de la competencia comunitaria en materia de relaciones exteriores (Comentario al dictamen del TJCE de 2/91, de 19 de

totalidad del dominio material sobre el que recaen para que la jurisprudencia *AETR* despliegue sus efectos²¹⁰. Con arreglo a esta jurisprudencia los Estados miembros no tienen autoridad para entrar en compromisos internacionales que *afecten o alteren* el alcance de las reglas comunes²¹¹; pero ello no quiere decir necesariamente que el carácter exclusivo de la competencia comunitaria prive a los Estados miembros de su capacidad para negociar y concluir el acuerdo internacional²¹², en este caso la CDPD.

En el plano internacional la posible participación de la entonces Comunidad Europea en la futura Convención había quedado abierta con las recomendaciones que el Comité Especial tras su primera reunión dirigió a la Asamblea General en las que se invitaba a las organizaciones intergubernamentales a transmitir sus sugerencias a la Asamblea con vistas a la preparación del nuevo texto jurídico vinculante²¹³.

La Comisión solicitó al Consejo la autorización para participar en nombre de la Comunidad Europea en las negociaciones conducentes a la elaboración de la CDPD poniendo especial cautela en las directrices de negociación propuestas al Consejo en que el texto jurídicamente vinculante resultante de las negociaciones fuera compatible con la legislación comunitaria y en especial con la Directiva 2000/78 del Consejo²¹⁴. El Consejo en su Decisión de 24 de mayo de 2004 autorizó a la Comisión a participar en la negociación en nombre de la Comunidad aprobando las directrices de negociación propuestas²¹⁵. Una vez fueron adoptados los textos de la Convención y de su Protocolo Facultativo el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General, la Comisión propuso al Consejo que su Presidente designara a la persona facultada para firmar -a reserva de

marzo de 1993, Convenio nº 170 de la OIT), *Noticias de la Unión Europea*, nº 117, 1994, pp. 93-101; así como, A. OLESTI RAYO, “La competencia comunitaria para concluir convenios en el marco de la Organización Internacional del Trabajo (Comentario al dictamen 2/91 de 19 de marzo de 1993), *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 20, nº 3, 1993, pp. 945-971.

²¹⁰ J-V. LOUIS, “Parallélisme des compétences et compétences explicites”, en C. FRANCK, G. DUCHENNE (dirs.), *L’action extérieure de l’Union européenne, Rôle global, dimensions matérielles, aspects juridiques, valeurs*, Bruylant-Academia, 2005, p. 262.

²¹¹ P. EECKHOUT, *EU External Relations Law*, *op. cit.*, p. 76.

²¹² P. KOUTRAKOS, *EU International Relations Law*, Hart Publishing, 2006, p. 88.

²¹³ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, Hacia un instrumento jurídicamente vinculante de las Naciones Unidas para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, *cit. supra*, p.4.

²¹⁴ De igual modo entre las directrices de negociación propuestas se encontraba el asegurar que el proyecto de texto resultante de la negociación contuviera las disposiciones que permitieran a la Comunidad convertirse en parte contratante del mismo, véase la Recomendación de la Comisión al Consejo para que se autorice a la Comisión a participar en las negociaciones dirigidas a la elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, de 31 de enero de 2003, SEC(2003) 116 final, p.6.

²¹⁵ Esta decisión del Consejo se basa en la anterior Recomendación de la Comisión y no es un documento públicamente disponible según L. WADDINGTON, “A New Era in Human Rights Protection in the European Community: The Implications of the United Nations’ Convention on the Rights of Persons with Disabilities for the European Community”, *loc. cit.*, p. 8.

la manifestación del consentimiento en un momento posterior posterior- en nombre de la Comunidad tanto la Convención como su Protocolo Facultativo; para ello en este caso la Comisión invocaba no sólo el artículo 13 TCE sino también el artículo 95 TCE relativo al establecimiento y funcionamiento del mercado interior²¹⁶, así como el artículo 300.2 TCE que señala que el Consejo debía decidir por unanimidad sobre la firma y la celebración del Convenio²¹⁷.

En agosto de 2008 la Comisión presentó al Consejo sendas propuestas para la celebración por la Comunidad de la Convención y de su Protocolo Facultativo, en ellas se hacía referencia a nuevas bases jurídicas susceptibles de otorgar la competencia externa a la Comunidad: relativas a la lucha contra la discriminación por razón de discapacidad, el establecimiento del arancel aduanero común, formación y condiciones de acceso a las profesiones (establecimiento), libre circulación de servicios, transportes²¹⁸, ayudas otorgadas por los Estados, impuestos indirectos, mercado interior y estadísticas²¹⁹. En cualquier caso la Comisión señaló que tanto la Convención como su Protocolo Facultativo afectan a competencias que pertenecen tanto a la Comunidad

²¹⁶ La Convención impone a los Estados Parte la obligación de asegurar que las entidades privadas que prestan servicios al público en general -incluso mediante internet- tengan en cuenta los aspectos relativos a la accesibilidad de las personas con discapacidad (véanse los artículos 9.2.b) y 21.c). Estas disposiciones pese a establecer una obligación de carácter indirecto claramente afectan a la libre prestación y recepción de servicios entre Estados Miembros de la UE. El fundamento de invocar la disposición relativa al mercado interior puede estribar en evitar precisamente los impactos negativos que se derivarían para la unidad de éste del hecho de que los Estados miembros asumieran desiguales obligaciones en este sentido generándose ventajas y desventajas competitivas entre ellos.

²¹⁷ Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la firma, en nombre de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, de 27 de febrero de 2007, COM(2007) 77 final, p.3. Véase también la Decisión del Consejo de 27 de marzo de 2007 (ST7404/07). En ella el Consejo únicamente aceptó que la Comunidad firmara la Convención, no así su Protocolo Facultativo, cuya firma también había sido prevista en la Propuesta de la Comisión.

²¹⁸ En este ámbito la Comunidad había adoptado el Reglamento 1107/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo, D.O.U.E. Serie L 204/1, de 26 de julio de 2006. Sobre el mismo, I. BIEL PORTERO, “Los derechos de las personas con discapacidad y las personas con movilidad reducida en el transporte aéreo. Comentario al Reglamento (CE) nº 1107/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006”, *RGDE*, nº 13, 2007. Sobre el derecho de los pasajeros a no ser discriminados por razón de discapacidad en el transporte, así como sobre el derecho de los pasajeros con discapacidad y de movilidad reducida a la accesibilidad y asistencia sin costes suplementarios en el Derecho de la Unión Europea debe verse S. D’ACUNTO, “Union européenne et droit des passagers: bilan et perspectives”, *Revue du Droit de l’Union Européenne*, nº 1, 2012, pp. 40-43.

²¹⁹ “Se eligen como base jurídica los artículos 13; 26; 47, apartado 2; 55; 71, apartado 1; 80, apartado 2; 89; 93; 95 y 285; en relación con el artículo 300, apartado 2, párrafo primero, segunda frase; y con el artículo 300, apartado 3, párrafo primero, del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea”. Véanse la Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 29 de agosto de 2008, COM(2008) 530 final, p. 2; así como la Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, del Protocolo Facultativo de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 28 de agosto de 2008, COM(2008) 530 final, p. 2.

como a sus Estados miembros de modo que en conformidad con el principio de subsidiariedad la Comisión propuso que la Comunidad y sus Estados miembros se adhirieran conjuntamente tanto a la Convención como a su Protocolo Facultativo²²⁰.

La existencia de la competencia de la Unión para concluir la CDPD y su Protocolo Facultativo resulta por tanto innegable con independencia de que las competencias internas hayan sido o no objeto de ejercicio previo²²¹ tal y como se deriva de la opinión del TJUE en su Dictamen 1/76²²² confirmada en *Kramer*²²³. Resulta obvia la competencia implícita externa de la Unión en las materias donde la competencia interna se ha ejercido (es el caso de la Directiva 2000/78), pero aún en el caso de aquellas competencias internas que no se hubieran ejercido la competencia externa de la Unión Europea puede existir:

*“Thus, the Court seems to require that in order for an implied external competence to exist, in the absence of any prior exercise of internal competence, there must be an inextricable link between the exercise of this external competence and the attainment of a Community objective; a link that makes the prior establishment of autonomous internal rules practically impossible or meaningless”*²²⁴.

Finalmente, el Consejo únicamente autorizó a que la Comunidad celebrara la CDPD pero no su Protocolo Facultativo²²⁵ tras haber consultado al Parlamento Europeo²²⁶ y en esta ocasión únicamente invocó como bases jurídicas que otorgaran competencia a la Comunidad los artículos 13 TCE y 95 TCE²²⁷ (al margen del artículo 300 en sus apartados 2 y 3 relativos al procedimiento). En este caso el artículo 13 TCE en la medida en que confiere una competencia que ha sido ejercida por la Comunidad a nivel

²²⁰ *Ibid.*, p. 2.

²²¹ T. TRIDIMAS, P. EECKHOUT, “The external competence of the Community and case-law of the Court of Justice: Principle versus Pragmatism”, *Yearbook of European Law*, nº14, 1994, pp. 151-152.

²²² Dictamen 1/76, de 26 de abril de 1977, Rec. 1977, p. 741, apartados 3 y 4.

²²³ Sentencia de 14 de julio de 1976, *Kramer*, asuntos acumulados 3/76, 4/76 y 6/76, Rec. 1976, p. 1279.

²²⁴ R. HOLDGAARD, *External Relations Law of the European Community. Legal Reasoning and Legal Discourses*, Kluwer Law International, 2008, p. 65.

²²⁵ Decisión 2010/48/CE del Consejo de 26 de noviembre de 2009 relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, D.O.U.E. Serie L 23/35, de 27 de enero de 2010.

²²⁶ Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de abril de 2009, sobre la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, P6_TA(2009)0334. El Parlamento pidió a la Comunidad y a sus Estados miembros que *ratificaran* e implementaran tanto la Convención como su Protocolo Facultativo. Cabe preguntarse si el Parlamento Europeo debía ser meramente consultado de forma previa al acuerdo o era necesario su previo dictamen conforme de acuerdo con el párrafo segundo del artículo 300.3 TCE, referido a los acuerdos que crean un marco institucional específico, y éste podría ser el caso de la CDPD que establece el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad para el seguimiento y control de su aplicación.

²²⁷ Actualmente artículos 19 y 114 TFUE.

interno es suficiente para otorgar la competencia externa a la Comunidad²²⁸; por tanto, la Comunidad es competente para negociar y celebrar la CDPD aún cuando la invocación del artículo 95 TCE pueda resultar dudosa a la luz de la decisión que el Tribunal de Justicia alcanzó en el caso relativo a la celebración del *Acuerdo PNR -Passenger Name Record-* con Estados Unidos²²⁹: en ella el Tribunal denegó la posibilidad de que el acuerdo pudiera adoptar como base jurídica el artículo 95 TCE, de forma consistente con la opinión del Abogado General LÉGER quien cuestionó que dicho acuerdo internacional fuera adecuado para satisfacer los objetivos del establecimiento y funcionamiento del mercado interior²³⁰. El Abogado General TIZZANO, en su opinión relativa a los acuerdos de *cielos abiertos*, había señalado que para excluir los poderes externos de los Estados miembros y determinar que “los acuerdos «afectan» a las normas comunes no basta con referirse a los efectos genéricos de carácter económico que aquéllos podrían producir en el funcionamiento del mercado interior; es preciso, por el contrario, indicar concretamente qué aspectos de la normativa comunitaria pudieran resultar perjudicados por los acuerdos”²³¹. De todos modos, como CREMONA señala en la determinación de la base jurídica es apropiado no sólo tener en cuenta los objetivos del acuerdo sino también sus efectos, esto es: si los efectos del acuerdo contribuyen a realizar el objetivo del Tratado citado en la base jurídica (en este caso el artículo 95 TCE) ello será suficiente para que la base jurídica escogida sea adecuada²³².

Sin menoscabo de esta apreciación doctrinal, que tiene en cuenta no sólo el objeto y contenido del acuerdo para concluir la adecuación de la base jurídica sino también en

²²⁸ En el Dictamen 2/91, de 19 de marzo de 1993, *cit. supra*, apartados 9-11, el TJUE dejó claro que la atribución de competencia con carácter exclusivo a la Unión una vez se han adoptado reglas comunes no se limita a aquellos supuestos en que la competencia interna se ha ejercido dentro del marco de una Política Común, sino que se extiende a cualquier tipo de norma, véase T. TRIDIMAS, P. EECKHOUT, “The external competence of the Community and case-law of the Court of Justice: Principle versus Pragmatism”, *loc. cit.*, p. 165.

²²⁹ Sentencia de 30 de mayo de 2006, *Parlamento Europeo c. Consejo y Comisión*, asuntos acumulados C-317/04 y 318/04, Rec. 2006, p. I-4721.

²³⁰ Conclusiones del Abogado General LÉGER, presentadas el 22 de noviembre de 2005, en *Parlamento Europeo c. Consejo y Comisión*, asuntos acumulados C-317/04 y 318/04, Rec. 2005, p. I-4724. Téngase en cuenta que “[...] el Tribunal de Justicia ha reconocido la existencia de una competencia exclusiva de la Comunidad, en particular, cuando la celebración de un acuerdo por los Estados miembros es incompatible con la unidad del mercado común y con la aplicación uniforme del Derecho comunitario [...]”, véase el Dictamen 1/03, de 7 de febrero de 2006, Rec. 2006, p. I-1145, apartado 122.

²³¹ Conclusiones del Abogado General TIZZANO, presentadas el 31 de enero de 2002, *Comisión c. Reino Unido*, asunto C-466/98, Rec. 2002, p. I-9427, punto 77.

²³² M. CREMONA, “External Relations of the EU and the Member States: Competence, Mixed Agreements, International Responsibility, and Effects of International Law”, *EUI Working Papers, Law* nº 2006/22, Florencia, 2006, p. 12.

qué medida sus efectos contribuyen al logro de objetivos contenidos en el Derecho originario, no debe soslayarse que forma parte de una jurisprudencia constante del TJUE, iniciada en el célebre asunto *Dióxido de Titanio*, la exigencia de que la elección de la base jurídica repose sobre elementos objetivos, susceptibles de control jurisdiccional, en especial sobre el contenido y la finalidad del acto²³³. De igual modo constituye jurisprudencia reiterada que cuando un acto jurídico que la Unión pretende celebrar tiene una doble vertiente o persigue una pluralidad de objetivos susceptibles de enmarcarse en más de una base jurídica, si hay uno de ellos que sea el preponderante éste determinará la base jurídica a seguir, mientras que el resto de elementos u objetivos accesorios seguirán la suerte del objetivo principal²³⁴. El TJUE únicamente permite la conclusión de un acuerdo internacional fundado en dos bases jurídicas, cuando no puede establecerse que uno de los ámbitos sobre los que recaen los objetivos o los efectos del mismo sea preferente y otro meramente accesorio, y ambos están ligados de forma indisoluble: ahora bien, la acumulación de bases jurídicas está expresamente vedada cuando existe una incompatibilidad procedimental entre ellas o cuando su adición menoscaba las prerrogativas del Parlamento Europeo en la adopción del acto interno de aprobación del acuerdo internacional²³⁵. En el presente caso, dado que ninguno de los Estados miembros ni de las instituciones de la Unión, han cuestionado a posteriori el empleo conjunto de los artículos 13 y 95 TCE (actuales 19 y 114 TFUE) para autorizar que la Unión pueda obligarse en relación con la CDPD, cabe entender que todos los requisitos expuestos para la acumulación de bases jurídicas han sido satisfechos.

²³³ Sentencia de 11 de junio de 1991, *Comisión c. Consejo*, asunto C-300/89, Rec. 1991, p. I-2867, apartado 10. El TJUE ha recordado que todo acto jurídico debe indicar su base jurídica para permitir su control jurisdiccional así como que la elección de base jurídica reviste naturaleza constitucional por ser consustancial al respeto del principio de competencias de atribución tanto para la acción interior como para la acción internacional de la Unión, véase la Sentencia de 1 de octubre de 2009, *Comisión c. Consejo*, asunto C-370/07, Rec. 2009, p. I- 8917.

²³⁴ Sentencia de 10 de enero de 2006, *Comisión c. Parlamento y Consejo (Convención de Rotterdam)*, asunto C-178/03, Rec. 2006, p. I-107, apartado 42.

²³⁵ Véanse *inter alia*, Sentencia de 11 de junio de 1991, *Comisión c. Consejo*, *cit. supra*, apartados 17-21; y la Sentencia de 25 de febrero de 1999, *Parlamento c. Consejo*, asuntos acumulados C-164/97 y C-165/97, Rec. 1999, p. I-1139, apartado 14. Véase, S. ADAM, P. DEVISSCHER, P. VAN ELSUWEGE, “Chronique de Jurisprudence Communautaire. Les relations extérieures (1er janvier 2006-31 décembre 2008)”, *Cahiers de Droit Européen*, nº 3-4, 2009, p. 472. No obstante se ha señalado en los últimos años una tendencia a una modificación gradual de esta línea jurisprudencial por el propio TJUE: “*The Court appears to be moving away from the idea that legal bases that are procedurally incompatible cannot be combined, in favour of an approach that allows for joint legal bases of seemingly incompatible Treaty articles by making them compatible*”, véase E. SHARPSTON, G. DE BAERE, “The Court of Justice as a Constitutional Adjudicator”, en A. ARNULL, C. BARNARD, M. DOUGAN, E. SPAVENTA (eds.), *A Constitutional Order of States? Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood*, Hart Publishing, Oxford –Portland, Oregon, 2011, p. 148.

Ateniéndose a una interpretación de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad realizada con arreglo a los criterios hermenéuticos que suministra el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados²³⁶, es decir, una interpretación que conjugue los criterios literal, contextual y teleológico: sólo puede alcanzarse la conclusión de que el *centro de gravedad* de este tratado internacional recae sobre la plenitud en el disfrute de los derechos humanos de las personas con discapacidad, la prohibición de discriminación debida a este motivo, así como la dignidad, participación y accesibilidad de estas personas en todas las dimensiones de la vida social, profesional, económica, política y cultural. Prueba de ello, son las referencias que el Preámbulo de la CDPD efectúa a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a otros tratados internacionales para la protección de los derechos humanos²³⁷. Ahora bien, desde la perspectiva comunitaria y dada la limitada naturaleza de las competencias por atribución que la Unión había recibido en el momento de concluir la CDPD, el énfasis fue puesto en el ineluctable nexo existente entre la lucha contra la discriminación por razón de discapacidad y la necesaria armonización de normativas de los Estados miembros en aras del perfeccionamiento del mercado interior: no debe olvidarse que el ámbito material de las disposiciones de la CDPD y sus reglas de no discriminación tienen un alcance transversal susceptible de *afectar* a la legislación comunitaria ya adoptada en ámbitos tan variopintos como la homologación de vehículos de motor y sus componentes, la prestación y recepción de los servicios de transporte ferroviario transeuropeo,

²³⁶ El TJUE recurrió a esta provisión en su calidad de norma consuetudinaria internacional (aunque sin decirlo expresamente) para interpretar las disposiciones del Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología. De este modo llegó a la conclusión de que en este acuerdo internacional los Estados miembros y la Unión Europea compartían su competencia al ser predominante en el acuerdo la dimensión de la protección del medioambiente sobre la dimensión de política comercial común, véase el Dictamen 2/00, de 6 de diciembre de 2001, Rec. 2001, p. I-9713. En esta resolución el TJUE reafirmó su jurisprudencia relativa a la necesidad de elección de una base jurídica objetiva.

²³⁷ “Recordando el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares”. Para llegar a esta conclusión, ténganse presentes los artículos 30.2 y 31.3 apartado c) de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, en concreto el criterio de interpretación contenido en este último: juntamente con el contexto deberá considerarse “*toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes*”. Se trata ésta de una evidente puerta de entrada al Derecho internacional general de los derechos humanos como parámetro para la interpretación de las disposiciones de la CDPD. Nótese que la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares no ha recibido ninguna ratificación por parte de los Estados miembros de la Unión Europea.

telecomunicaciones o comunicación electrónica, o los derechos de las personas con discapacidad en el marco del transporte aéreo²³⁸. Hasta la fecha de conclusión de la CDPD, la mayoría de medidas adoptadas por la Unión que podían verse afectadas presentan una relación con la actividad de los operadores económicos en cuanto a la accesibilidad o la igualdad en el ámbito de la ocupación y del empleo. También se había legislado de forma incipiente en el ámbito de la vida independiente y la inclusión social, así como en el ámbito de la movilidad personal, el acceso a la información o la producción de datos estadísticos. No obstante, debe tenerse en cuenta que la reforma del Derecho originario operada por el Tratado de Lisboa permite a la Unión Europea ser más ambiciosa y decidida que hasta la fecha en lo que respecta a la lucha activa contra la exclusión social y la discriminación padecida por las personas con discapacidad, sin estar constreñida únicamente al ámbito del empleo y la ocupación: en este sentido resulta relevante la redacción de los nuevos artículos 3.3 TUE, y 10 TFUE. Este último contiene un mandato transversal para que la Unión intente erradicar en la definición y ejecución de todas sus políticas y acciones la discriminación entre otras por razón de discapacidad. En cualquier caso, parece improbable que las instituciones o algún Estado miembro decidan someter a la apreciación del Tribunal de Justicia la legalidad del acto de celebración de la Convención atacando su base jurídica. En tal caso, una vez que la Convención ya ha desplegado plenos efectos en el ordenamiento internacional sólo se derivarían consecuencias para el acto interno de celebración y la delimitación de competencias entre la Unión y sus Estados miembros²³⁹. Otra cuestión que debe tenerse presente es que la doble base jurídica que la Unión ha empleado para la conclusión de la CDPD no constituye la única opción que tienen las instituciones de la Unión a la hora

²³⁸ Véase un listado de toda la legislación comunitaria adoptada en el momento de autorizarse la celebración de la CDPD susceptible de verse afectada por sus respectivas disposiciones en el Apéndice referido a los actos comunitario relativos a las materias regidas por la CDPD, publicado junto con la Decisión 2010/48/CE del Consejo de 26 de noviembre de 2009, relativa a la conclusión de la CDPD, *cit. supra*, D.O.U.E. Serie L 23/57, de 27 de enero de 2010. En cualquier caso, este listado está sujeto a la evolución de la legislación comunitaria así como a la previsible ampliación de la competencia externa de la Unión debido al efecto de ocupación del terreno que dicha legislación interna produce.

²³⁹ La CDPD entró en vigor el 3 de mayo de 2008 de acuerdo con su artículo 45.1 al transcurrir 30 días desde el depósito del vigésimo instrumento de ratificación o adhesión. Puede verse, F. CASTILLO DE LA TORRE, *El control judicial de los acuerdos internacionales de la Comunidad Europea*, Dykinson, Madrid, 2001. El control judicial posterior a la entrada en vigor del acuerdo internacional para la Unión (23 de diciembre de 2010) podría suponer la anulación del acto interno de celebración, que en caso de suponer la inaplicabilidad del acuerdo podría desencadenar la responsabilidad internacional de la Unión. En caso de detectarse una incompatibilidad *intrínseca*, podría surgir la responsabilidad internacional a menos que el acuerdo fuera renegociado -algo factible en el caso de acuerdos bilaterales pero no de la CDPD-, véanse, E. NEFRAMI, *L'Action extérieure de l'Union européenne. Fondements, moyens, principes*, L.G.D.J., Lextenso éditions, Paris, 2010, p. 169; asimismo J. Díez-Hochleitner, *La posición del Derecho Internacional en el Ordenamiento comunitario*, McGraw-Hill, 1998, pp. 121-122.

de dar aplicación y desarrollo a este acuerdo internacional *in foro interno* de conformidad con las competencias que la Unión tiene atribuidas, máxime dado el carácter transversal de las obligaciones que de él dimanar.

Puede concluirse que pese a ser la preservación del modelo legislativo interno de la Unión en materia de lucha contra la discriminación, entre otras por razón de discapacidad, el principal motivo que impulsó a la Unión a participar en las negociaciones tendentes a la elaboración de la CDPD, no puede predicarse el carácter exclusivo de su competencia sobre la totalidad de las áreas materiales que la integran de conformidad con la jurisprudencia *AETR*: los Estados miembros no se ven desprovistos de su competencia externa puesto que ni las reglas comunes susceptibles de verse afectadas o alteradas cubren ampliamente²⁴⁰ el contenido final de la CDPD ni el ámbito sobre el que se sustanciaron las negociaciones, ni la Unión Europea había llevado a cabo una armonización completa en dicha materia²⁴¹. Un argumento suplementario a favor de la existencia de la competencia externa de la Unión para negociar y concluir la CDPD puede hallarse de un modo suficiente en la necesidad de que la Unión asuma obligaciones internacionales para la consecución del objetivo de erradicar la discriminación por razón de discapacidad, objetivo para el cual las instituciones comunitarias ya habían recibido competencias en el ámbito interno cuando se planteó la participación de la Unión en el presente tratado internacional.

2.3. Concurrencia de competencias de los Estados miembros y de la Unión Europea: el carácter mixto de la Convención. La incorporación de una declaración de competencias.

En el Anexo II de la Decisión del Consejo²⁴² se contiene una declaración en conformidad con el artículo 44.1 de la CDPD en la cual la Comunidad, en tanto que organización regional de integración, explicita su grado de competencia con respecto a las cuestiones regidas por la Convención: entendemos que la declaración no tiene

²⁴⁰ E. NEFRAMI, *L'Action extérieure de l'Union européenne. Fondements, moyens, principes*, op. cit., p. 62.

²⁴¹ Véanse, el Dictamen del TJUE, 1/94, de 15 de noviembre de 1994, Rec. 1994, p. I-5267, apartado 96; y la Sentencia del TJUE de 5 de noviembre de 2002, *Comisión c. Dinamarca*, asunto C-467/98, Rec. 2002, p. I-9519, apartado 72.

²⁴² Decisión 2010/48/CE del Consejo de 26 de noviembre de 2009, relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, *cit. supra*.

efectos a la hora de determinar la competencia externa de la Comunidad para celebrar la CDPD. Tanto la Unión como los Estados miembros en la medida en que se conviertan en partes de la Convención quedan obligados por la totalidad de la misma, pero la finalidad de esta declaración explícita de competencias es determinar con arreglo a la delimitación interna de competencias Unión-Estados miembros cuáles de las competencias que entran en el ámbito material de la Convención han sido transferidas por los Estados miembros a la Unión, y en consecuencia, a quién corresponde y en qué grado (exclusivo, concurrente, complementario) la implementación de la Convención y la responsabilidad internacional pasiva en caso de infracción de las obligaciones que ésta conlleva²⁴³. En caso de no haberse precisado con exactitud a quién corresponden las competencias y de no haberse previsto en el artículo 44.1 CDPD que las organizaciones regionales de integración efectuasen tal declaración, la responsabilidad derivada del acuerdo internacional sería concurrente²⁴⁴. La declaración señala:

- Como materias de competencia exclusiva, la compatibilidad de las ayudas públicas con el mercado común, y el arancel aduanero común, así como lo relativo a la administración pública de la Comunidad (hoy Unión).
- La competencia compartida en la lucha contra la discriminación por razón de discapacidad, libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, agricultura, transporte por ferrocarril, carretera, y navegación marítima y aérea, fiscalidad, mercado interior, igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras, política relativa a las redes transeuropeas y estadísticas.
- Por último se contempla una serie de materias donde la competencia de la Unión es meramente de apoyo o complemento²⁴⁵: educación, políticas de

²⁴³ No es la primera vez en que la Unión con ocasión de la celebración de un acuerdo internacional de carácter mixto formula una declaración de competencias: existe el precedente del Convenio sobre Derecho del Mar de 1982, en aquel caso igual que en el de la CDPD se trata de desvelar el reparto interno de funciones para satisfacer el interés de terceros por conocer los respectivos espacios funcionales; de igual modo, la competencia externa queda sujeta a la mutación y a las incógnitas del reparto de competencias interno entre Unión y Estados miembros. Véanse, J. ROLDÁN BARBERO, “La CEE y el Convenio sobre Derecho del Mar de 1982. Consideraciones sobre la relación entre el derecho comunitario y el derecho internacional”, *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 18, nº 2, 1991, pp. 555-560; asimismo, C. TOMUSCHAT, “Liability for mixed agreements”, en D. O’ KEEFFE, H. G. SCHERMERS (eds.), *Mixed Agreements*, Kluwer, 1983, pp. 127-129.

²⁴⁴ Según el parecer de un buen sector de la doctrina. Véase, J. ROLDÁN BARBERO, “La jurisprudencia del tribunal de justicia en materia de relaciones exteriores”, en G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, 1993, p. 325. También, T. TRIDIMAS, P. EECKHOUT, “The external competence of the Community and case-law of the Court of Justice: Principle versus Pragmatism”, *loc. cit.*, pp. 154-155.

²⁴⁵ “Yet this subsidiary character of Community competence was not an obstacle to the recognition of treaty-making power”, P. EECKHOUT, *EU External Relations Law*, *loc. cit.*, p. 85.

empleo, cohesión económica y social, cooperación al desarrollo, formación profesional, o cooperación financiera y técnica con terceros países.

Asimismo, se indica en la declaración de conformidad con la jurisprudencia *AETR* y con el actual artículo 3.2 TFUE que la competencia de la Unión en adherirse a la Convención será exclusiva respecto de aquellas materias mencionadas para las cuales las disposiciones de la Convención o las disposiciones adoptadas en su aplicación afecten a normas comunes previamente establecidas por la Unión. En el caso de que las normas comunes no se vean afectadas, como es el caso de las normas mínimas -aquí se aprecia el influjo del Dictamen 2/91²⁴⁶ -los Estados miembros tienen competencia, sin perjuicio de la competencia de la Unión Europea: siempre y cuando dichas normas mínimas permitan la adopción de normas más rigurosas. En el resto de casos la competencia será de los Estados miembros²⁴⁷: una vez se adopta la decisión de que la Unión concluya el acuerdo internacional, la participación de los Estados miembros sólo es permisible si hay algunas partes o disposiciones del acuerdo en absoluto cubiertas por la competencia de la Unión²⁴⁸; éste es el caso de la CDPD y por tanto se trata de un acuerdo mixto. Finalmente la Decisión del Consejo recoge una lista de actos comunitarios adoptados referentes al ámbito material de la Convención que deberá emplearse como criterio para determinar la extensión de las competencias de la Unión Europea: ésta deberá evaluarse a la luz de las disposiciones concretas de la Convención correspondientes a materias sobre las que la Unión haya adoptado actos/normas internos (o tenga atribuidos poderes internos), y en particular, deberá estudiarse la amplitud con que estos establecen normas comunes. El alcance de la competencia de la Unión Europea respecto de las disposiciones de la CDPD está por tanto sujeto a la evolución²⁴⁹ de las medidas y de la legislación adoptada por las instituciones comunitarias: la consolidación de poderes implícitos exclusivos de la Unión en el plano externo es análoga al principio de *pre-emption* en el plano legislativo interno. Por tanto, en el

²⁴⁶ Dictamen 2/91, de 19 de marzo de 1993, *cit. supra*.

²⁴⁷ De este modo quedan reflejadas las dos presunciones que presiden según TRIDIMAS y EECKHOUT toda la jurisprudencia relativa a la competencia externa: i) presunción de que la competencia pertenece a los Estados miembros, ii) presunción de que la competencia de la Unión probada su existencia es compartida, véase T. TRIDIMAS, P.EECKHOUT, “The external competence of the Community and case-law of the Court of Justice: Principle versus Pragmatism”, *loc. cit.*, pp. 154-155.

²⁴⁸ P. EECKHOUT, *EU External Relations Law*, *loc. cit.*, p. 81. Véase también, J. M. SOBRINO HEREDIA, “La aportación jurisprudencial de los dictámenes del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 11, 2007, pp. 925-940.

²⁴⁹ La Unión deberá informar al depositario del instrumento de confirmación de toda modificación sustancial a que pueda estar sujeto su grado de competencia respecto de las materias a que afecta la Convención.

ámbito material de la Convención resultará enormemente difícil tanto probar que la Unión Europea no dispone de ninguna competencia como demostrar el verdadero carácter exclusivo de la misma una vez probada su existencia²⁵⁰.

2.4. La participación de la Unión Europea en la negociación y adopción de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En un primer momento, en el primer periodo de sesiones del Comité Especial encargado de la preparación de la Convención²⁵¹, la Unión Europea se mostró ambivalente²⁵² acerca de la necesidad de un nuevo instrumento legal vinculante que pudiera iniciar una tendencia segregacionista y se mostraba más partidaria de reforzar los ya existentes (por ejemplo las Normas Uniformes de Naciones Unidas sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad de 1993) poniendo el énfasis en la igualdad de oportunidades y la no discriminación²⁵³. En segundo lugar, una vez se había convenido que se adoptaría un instrumento jurídicamente vinculante, la Unión manifestó su oposición a un instrumento basado en un esquema de derechos subjetivos mostrando su preferencia por un instrumento general antidiscriminación acorde con el modelo establecido por la legislación comunitaria²⁵⁴. Por lo tanto, la Comisión, como apunta DE BÚRCA, habría cambiado su táctica; una vez se decidió que se adoptaría un instrumento jurídicamente vinculante, ésta decidió participar

²⁵⁰ “Through pragmatism, the case-law seems to have reached a golden balance: in effect, it is as difficult to establish that the Community has no competence on a given area as it is to establish that the Community’s competence is truly exclusive”, T. TRIDIMAS, P.EECKHOUT, “The external competence of the Community and case-law of the Court of Justice: Principle versus Pragmatism”, *loc. cit.*, p. 172.

²⁵¹ Los archivos de la negociación y los documentos correspondientes a las diferentes sesiones del Comité Especial pueden consultarse en: http://www.un.org/spanish/esa/social/disabled/adhoc_committee.htm

²⁵² Véase la posición de la Unión Europea tras la primera sesión del Comité Especial: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/adhocmeetaac265w2s.htm>

En particular: “...la preferencia inicial de la Unión Europea en cuanto a la forma y el contenido de un instrumento jurídico sería la de un instrumento que contuviera principios generales, que incluyeran principalmente la igualdad y la no discriminación con respecto a los derechos humanos en el contexto de la incapacidad...” y “En cualquier proceso de redacción ulterior deberá tenerse presente que todo instrumento jurídico debe prever mecanismos de cumplimiento forzoso y ser realista. Un instrumento deficientemente redactado podría llegar a reforzar una tendencia segregacionista de las personas con discapacidad en las normas jurídicas y en las políticas. Por lo tanto, es preciso evitar que cualquier instrumento de nuevo que se apruebe menoscabe o duplique otras normas o reglamentos internacionales en materia de derechos humanos. No debe aceptarse ninguna norma que sea inferior a las ya existentes en el ámbito de los derechos humanos. También es fundamental asegurarse de que las normas nuevas sean congruentes con las normas y reglamentos existentes, salvo cuando apunten a mejorarlas o aclararlas”.

²⁵³ G. DE BÚRCA, “The EU in the Negotiation of the UN Disability Convention”, *loc. cit.*, pp. 178-179.

²⁵⁴ *Ibid.* p. 179.

activamente en su redacción y apostar con fervor por un instrumento jurídicamente vinculante que reflejara una aproximación *social* hacia el fenómeno de la discapacidad en consonancia con la postura que las instituciones comunitarias venían manteniendo y ello con la finalidad de aprovechar la doble oportunidad que suponía: por un lado que la Unión Europea se convirtiera en la primera organización internacional en ser parte de un tratado sobre derechos humanos y por otro que la posición de la Unión Europea en su legislación antidiscriminación se viera reflejada en el texto final de la Convención²⁵⁵.

En la medida en que el ámbito material de la Convención que se estaba negociando recaía en parte sobre competencias compartidas por los Estados miembros y la Unión, junto con la Comisión Europea -autorizada por el Consejo para participar en las negociaciones en nombre de aquella- intervinieron los representantes de los Estados miembros: tratándose por tanto de un *acuerdo mixto* su negociación fue llevada a cabo conjuntamente por la Unión y los Estados miembros. Esta participación conjunta imponía con arreglo al principio de cooperación leal (artículo 10 TCE -4.3 TUE hoy-) un deber de coordinación de las posiciones de los Estados miembros con las de la Comunidad para permitir la realización de los objetivos de los Tratados así como de los actos ya adoptados por las instituciones²⁵⁶. Los Estados miembros debían abstenerse durante las negociaciones de cualquier medida o posición que pudiera frustrar la misión negociadora de la entonces Comunidad²⁵⁷. En ocasiones debido a la compleja dificultad de las negociaciones, no fue fácil determinar cuál era realmente la posición de la Unión Europea, en otras ocasiones hubo discusión entre la Comunidad y los representantes de los Estados miembros respecto a la distribución de competencias, y en algún caso las delegaciones de diferentes Estados miembros presentaron posiciones divergentes respecto de la Convención²⁵⁸. La Comisión trató de buscar el consenso entre las posiciones de los diferentes Estados miembros, en alguna ocasión hubo dudas acerca de quién debía hablar en nombre de la Comunidad si la Comisión o la Presidencia del

²⁵⁵ *Ibid.*, pp. 179-180.

²⁵⁶ El TJUE ha tenido ocasión de precisar recientemente el alcance del principio de cooperación leal en su Sentencia de 20 de abril de 2010, *Comisión c. Suecia*, C- 246/07, Rec. 2010, p. I-3317, apartado 73: “Cuando resulte que la materia de un acuerdo o de un convenio sea en parte competencia de la Comunidad y en parte de los Estados miembros, es necesario garantizar una estrecha cooperación entre estos últimos y las instituciones comunitarias tanto en el proceso de negociación y de celebración, como en la ejecución de las obligaciones contraídas. Esta obligación de cooperar deriva de la exigencia de una unidad de representación internacional de la Comunidad”.

²⁵⁷ Posición negociadora encarnada por las directrices de negociación propuestas por la Comisión, véase la Recomendación de la Comisión al Consejo para que se autorice a la Comisión a participar en las negociaciones dirigidas a la elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, *cit. supra*.

²⁵⁸ G. DE BÚRCA, “The EU in the Negotiation of the UN Disability Convention”, *loc. cit.*, p. 181.

Consejo de la Unión, y también se señala que el hecho de que la Unión hablara con una voz única debilitaba su posición en aquellas cuestiones donde se suscitaba un alto grado de oposición a la misma por parte de Estados no europeos²⁵⁹. La Unión se opuso firmemente a la pretensión de algunos países latinoamericanos de vincular la elevación de los derechos subjetivos de las personas con discapacidad en los países en vías de desarrollo por medio de la cooperación internacional con una obligación para los Estados desarrollados de suministrar ayuda internacional²⁶⁰.

Los trabajos del Comité Especial encargado de preparar la Convención se caracterizaron por un enorme grado de participación de ONG, personas con discapacidad²⁶¹, académicos, agencias de Naciones Unidas e instituciones nacionales de derechos humanos; ello supone una enorme novedad en los procesos de elaboración de tratados internacionales tradicionalmente limitados a la participación de delegaciones estatales²⁶². Diversos Estados miembros incluyeron a personas con discapacidad en sus delegaciones estatales. A pesar de respaldar estas iniciativas la Unión Europea no fue uno de sus principales estandartes, algo que sí puede decirse de México o Nueva Zelanda²⁶³. Tras la celebración de las dos primeras sesiones del Comité Especial en 2002 y 2003, se decidió continuar los trabajos en un Grupo de Trabajo de expertos encargado de preparar un proyecto de texto sobre el que se trabajaría en las siguientes sesiones del Comité Especial²⁶⁴: éste estaba compuesto por 27 representantes gubernamentales designados por los grupos regionales; por 12 representantes de ONG -seleccionados por dichas organizaciones teniendo en cuenta la diversidad de la discapacidad, y la necesidad de asegurar una representación adecuada de las ONG de los países en desarrollo y de todas las regiones- ; así como por un representante de las

²⁵⁹ DE BÚRCA señala que en las negociaciones sin embargo el principal portavoz de la UE no fue la Comisión sino con mayor frecuencia la Presidencia del Consejo de la Unión; igualmente como resultado de una serie de entrevistas llevadas a cabo esta autora concluye que gran parte de los entrevistados describieron a la UE como un actor dominante durante las negociaciones, que participó activamente en todas sus etapas, aunque sus posiciones se veían atemperadas por la necesidad de alcanzar consenso entre sus Estados miembros. *Ibid.*, pp. 181-182.

²⁶⁰ *Ibid.* p. 180.

²⁶¹ El Comité Especial alentó a los Estados a incorporar personas con discapacidad en sus delegaciones oficiales para las sesiones del Comité, además de consultar al colectivo a nivel doméstico con carácter previo a la formulación de sus posiciones y prioridades, véase T. J. MELISH, “The UN Disability Convention: Historic Process, Strong Prospects, and Why the U.S. Should Ratify”, *loc. cit.*, p. 5.

²⁶² Como precedentes de esta nueva tendencia *participativa* en la elaboración de tratados internacionales encontramos asimismo la Convención Sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción (Convención de Ottawa) de 1997, y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998.

²⁶³ G. DE BÚRCA, “The EU in the Negotiation of the UN Disability Convention”, *loc. cit.*, p. 189.

²⁶⁴ T. J. MELISH, “The UN Disability Convention: Historic Process, Strong Prospects, and Why the U.S. Should Ratify”, *loc. cit.*, p. 3.

instituciones nacionales de defensa de los derechos humanos²⁶⁵. Estas sesiones se desarrollaron con un grado de transparencia, entusiasmo, ausencia de politización y cooperación sin parangón en las negociaciones de tratados auspiciados bajo el seno de Naciones Unidas²⁶⁶. El proceso de negociación, considerado como el más rápido de la historia para un tratado de derechos humanos²⁶⁷, finalizó con la fijación por consenso de los textos finales de la Convención y del Protocolo Facultativo por el Comité Especial en agosto de 2006: los mismos fueron adoptados por la Asamblea General el 13 de diciembre de 2006, quedando abiertos a la firma a partir del 30 de marzo de 2007²⁶⁸.

2.5. Autenticación y manifestación del consentimiento en obligarse en virtud de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad por parte de la Unión Europea.

El mismo día de su apertura a la firma la Convención fue firmada por 81 Estados y por la Unión Europea, siendo éste el mayor número de firmas que un tratado de derechos humanos ha recibido hasta hoy en su día de apertura a la firma²⁶⁹. Igualmente, el Protocolo Facultativo fue firmado por 44 Estados en su día de apertura, pero el Consejo sólo autorizó la firma de la Convención pese a que la Comisión solicitó autorización para la firma tanto de la Convención como de su Protocolo²⁷⁰. Claramente la ausencia de firma del Protocolo Facultativo parece de todo punto inconsistente con la posición que la Unión Europea había mantenido a favor de un “*mecanismo de vigilancia eficaz*” para la Convención que “*viniera a complementar y fortalecer la labor realizada*

²⁶⁵ Véase el Informe del Comité Especial tras su Segundo período de sesiones, Nueva York, 16 al 27 de junio de 2003, A/58/118 en:

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N03/420/17/PDF/N0342017.pdf?OpenElement>

²⁶⁶ T. J. MELISH, “The UN Disability Convention: Historic Process, Strong Prospects, and Why the U.S. Should Ratify”, *loc. cit.*, p. 3.

²⁶⁷ R. KAYNESS, P. FRENCH, “Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *loc. cit.*, p. 2.

²⁶⁸ T. J. MELISH, “The UN Disability Convention: Historic Process, Strong Prospects, and Why the U.S. Should Ratify”, *loc. cit.*, p. 3.

²⁶⁹ R. KAYNESS, P. FRENCH, “Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *loc. cit.*, p. 2; también I. BIEL PORTERO, “El primer Tratado de Derechos Humanos celebrado por la Unión Europea: La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *loc. cit.*, p. 7.

²⁷⁰ *Ibid.* Véanse la Propuesta de Decisión del Consejo, de 27 de febrero, COM (2007) 77 final y la Decisión del Consejo de 27 de marzo de 2007, *cit. supra*. El TJUE había tenido ocasión de señalar previamente que el acto por el cual se autoriza la firma de un tratado internacional y el acto relativo a su celebración, constituyen dos actos jurídicos distintos, véase el Dictamen 2/00, de 6 de diciembre de 2001, *cit. supra*, apartado 12.

por los órganos encargados de vigilar el cumplimiento de los seis tratados principales de derechos humanos”²⁷¹. La entrada en vigor en el plano internacional tanto de la Convención como de su Protocolo Facultativo tuvo lugar el 3 de mayo de 2008²⁷². La actitud del Consejo contrasta con la de España que en la fecha de entrada en vigor ya había ratificado tanto la Convención como su Protocolo Facultativo²⁷³. El 26 de noviembre de 2009, antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el Consejo²⁷⁴ autorizó a su Presidente para designar a la persona encargada de depositar ante el Secretario General de Naciones Unidas en nombre de la Comunidad Europea el instrumento de confirmación oficial²⁷⁵ de la Convención con arreglo a sus artículos 41 y 43.

Por tanto, mientras que la negociación y firma de la Convención tuvieron lugar bajo la vigencia del Tratado de Niza y fueron llevadas a cabo por la Comunidad Europea; el depósito del instrumento de confirmación oficial ha tenido lugar bajo la vigencia del Tratado de Lisboa siendo presentado por la Unión Europea que ha adquirido personalidad jurídica con la reforma del Derecho originario (artículo 47 TUE²⁷⁶) y que

²⁷¹ Posición de la Unión Europea tras la primera sesión del Comité Especial, *cit. supra*, disponible en: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/adhocmeetaac265w2s.htm>.

²⁷² La Convención entró en vigor al trigésimo día del depósito del vigésimo instrumento de ratificación o adhesión de acuerdo con su artículo 45, mientras que el Protocolo Facultativo hizo lo propio de acuerdo con su artículo 13 al trigésimo día del depósito de su décimo instrumento de ratificación o adhesión.

²⁷³ Véase el Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con Discapacidad, B.O.E. núm. 96 de 21 de abril de 2008, p. 20648; así como el Instrumento de Ratificación del Protocolo Facultativo a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, B.O.E. núm. 97 de 22 de abril de 2008, p. 20750. El depósito de los instrumentos de ratificación fue efectuado el 3 de diciembre de 2007.

²⁷⁴ Decisión 2010/48/CE del Consejo de 26 de noviembre de 2009, relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, *cit. supra*.

²⁷⁵ De conformidad con el artículo 2 b) bis de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 21 de marzo de 1986 para las organizaciones internacionales el equivalente a la ratificación por un Estado y el acto por el cual una organización internacional manifiesta en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado es la *confirmación oficial*. Como FERNÁNDEZ ARRIBAS señala, pese a no estar en vigor esta Convención ni ser parte de ella la UE, la Corte Internacional de Justicia ha establecido que algunas de sus disposiciones contienen normas de derecho consuetudinario, véase G. FERNÁNDEZ ARRIBAS, *Las capacidades de la Unión Europea como sujeto de Derecho Internacional*, Educatori, Granada, 2010, p. 67. Debe advertirse como FERRER LLORET apunta que el TJUE ha sido más reacio a la hora de afirmar la vigencia de las disposiciones de esta Convención como normas consuetudinarias vinculantes para la UE que en el caso de las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969: véase la cita de FERNÁNDEZ ARRIBAS en la nota a pie de página nº 262. No obstante las disposiciones de ambos instrumentos son prácticamente coincidentes en su totalidad. En este sentido resulta excepcional la Sentencia del Tribunal General de 14 de junio de 2012, *Stichting Natuur en Milieu*, asunto T-338/08, (pendiente de publicación) Rec. 2012, apartado 72, ya que emplea simultáneamente ambos tratados internacionales en pie de igualdad.

²⁷⁶ Téngase en cuenta la *Declaración nº 24 relativa a la personalidad jurídica de la Unión Europea*, aneja al Tratado de Lisboa, “[...] el hecho de que la Unión Europea tenga personalidad jurídica no autorizará

se ha erigido en sucesora de la Comunidad Europea. Esta reforma del Derecho originario tiene una repercusión evidente en el proceso de celebración de la CDPD: mientras que en el régimen anterior bastaba con la consulta al Parlamento Europeo (antiguos artículos 13 y 300 TCE), bajo la vigencia del Tratado de Lisboa se requiere la aprobación del Parlamento Europeo para celebrar la Convención (artículos 19 y 218.6.a) v) TFUE). Al ser adoptada la decisión de celebración de la Convención con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el Parlamento Europeo sólo fue consultado, pero instó a la Comunidad y a los Estados miembros a ratificar e implementar la Convención; así como a firmar, ratificar, e implementar su Protocolo Facultativo. Junto a ello el Parlamento pidió a los Estados miembros y a la Comisión que informasen al Consejo y al propio Parlamento cada tres años sobre la aplicación del Protocolo Facultativo dentro de su respectiva área de competencia ²⁷⁷.

Si la celebración de la Convención hubiese tenido lugar bajo la vigencia del Tratado de Lisboa, el Parlamento Europeo habría podido mostrarse más firme en su postura frente al Consejo supeditando probablemente la aprobación a la firma y posterior manifestación del consentimiento de la Unión en quedar ésta también obligada por el Protocolo Facultativo.

Se pensó inicialmente que la Unión esperaría a que todos los Estados miembros hubiesen ratificado la Convención para depositar el instrumento de confirmación oficial²⁷⁸, pero finalmente la Unión depositó el instrumento de confirmación oficial el día 23 de diciembre de 2010:²⁷⁹ de ese modo la UE se convirtió en la 97ª parte

en modo alguno a la Unión a legislar o actuar más allá de las competencias que los Estados miembros le han atribuido en los Tratados”.

²⁷⁷ Sobre la consulta al Parlamento Europeo véanse: la Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de abril de 2009, sobre la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, P6_TA(2009)0334; así como la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 24 de abril de 2009, sobre la propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, del Protocolo Facultativo de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, D.O.U.E. Serie C 184 E/414, de 8 de julio de 2010.

²⁷⁸ En cualquier caso la UE firmó la Convención el día de su apertura a la firma aún cuando algunos Estados miembros no lo hicieron, véase I. BIEL PORTERO, “El primer Tratado de Derechos Humanos celebrado por la Unión Europea: La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *loc. cit.*, p. 13. La Comisaria de Derechos Fundamentales, Justicia y Ciudadanía, Viviane Reding, urgió durante el periodo previo al depósito del instrumento de confirmación a que aquellos Estados miembros que no lo hubiesen hecho ratificaran la Convención, véase la nota de prensa de 18 de mayo de 2010, disponible en:

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/10/198&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

²⁷⁹ En la Unión Europea la proporción de personas con discapacidad estimada (una de cada seis, unos 80 millones de personas en total) es mayor que la proporción mundial estimada por Naciones Unidas (una de cada diez, 650 millones en total); además esta cifra aumentará previsiblemente dado el relativo

contratante del Convenio siendo la primera organización internacional en convertirse en parte de un tratado de derechos humanos; además, en dicha fecha la Convención contaba con 120 signatarios, habiendo sido firmada por todos los Estados miembros pero ratificada únicamente por 16 de ellos.

Incluso antes de depositar el instrumento de confirmación oficial de la Convención, la Comisión ya había presentado la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020²⁸⁰ orientada a la aplicación efectiva de la CDPD. En ella nuevamente se insta a una implementación conjunta de la Convención que requiere que todos los Estados miembros la ratifiquen, por tanto la estrategia implica más un ejercicio de coordinación intergubernamental que un contenido propiamente *comunitario*. Como soporte jurídico a esta estrategia la Comisión invocó además de la propia Convención, la disposición transversal del artículo 10 TFUE que obliga a luchar contra la discriminación por razón de discapacidad en la definición y ejecución de todas las políticas y acciones de la Unión, el artículo 19 TFUE y los artículos 21 y 26 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea²⁸¹.

Actualmente, aún encontramos tres Estados miembros²⁸² que no han ratificado la Convención junto con ocho Estados miembros que no se han obligado en relación con el Protocolo Facultativo²⁸³: a pesar de que la situación ha mejorado desde que la Unión depositó su instrumento de confirmación, en la medida en que las obligaciones que la

envejecimiento de la población de la Unión Europea. En cualquier caso, la discrepancia en proporciones se debe a los diferentes estándares que pueden ser usados para medir la discapacidad, no necesariamente a una mayor incidencia real de ésta en la población europea. Véase la nota de prensa de 5 de enero de 2011, disponible en:

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/11/4&format=HTML&aged=1&language=ES&guiLanguage=en>

²⁸⁰ Según la Comisión las personas con discapacidad registran un índice de pobreza un 70 % superior a la media, debido a su menor acceso al empleo. Además, un tercio de las personas con más de 65 años sufren algún tipo de discapacidad y más del 20% tienen capacidades muy limitadas. Véase, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo, y al Comité de las Regiones, sobre la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras, de 15 de noviembre de 2010, COM(2010) 636 final.

²⁸¹ Ténganse en cuenta las indicaciones de los artículos 6.1 TUE y 51.2 de la propia Carta, según los cuales las disposiciones de ésta en modo alguno ampliarán las competencias de la Unión tal y como se definen en los tratados, ni tampoco ampliarán el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de aquéllas.

²⁸² Finlandia, Irlanda y Países Bajos. Desde el depósito del instrumento de confirmación oficial se observa una tendencia a que los Estados miembros vayan comprometándose con el texto de la Convención. Con fecha de 30 de enero de 2013, la Convención cuenta con 155 signatarios y 127 ratificaciones, véase:

<http://www.un.org/spanish/disabilities/countries.asp?navid=18&pid=578>

²⁸³ Bulgaria, Dinamarca, Finlandia, Irlanda, Países Bajos, Polonia, República Checa y Rumanía. El Protocolo Facultativo ha tenido menor éxito que la Convención: 91 signatarios y 76 ratificaciones, algunos Estados miembros siguiendo el ejemplo de la Unión ni siquiera lo han firmado, con fecha de 30 de enero de 2013, véase:

<http://www.un.org/spanish/disabilities/countries.asp?navid=18&pid=578>

Convención impone recaen sobre competencias compartidas es necesario para su ejercicio conjunto que todos los Estados miembros procedan a la ratificación. Se antoja incongruente que habiendo decidido el Consejo por unanimidad que la Unión celebre la Convención, no hayan procedido todos los Estados miembros a su ratificación. Croacia, que será el Estado miembro de la Unión número 28, se había obligado en relación tanto con la Convención como con su Protocolo Facultativo con anterioridad a que hicieran lo propio la Unión Europea y muchos de sus Estados miembros.

Resulta innegable, pese a no tratarse la discapacidad de un área de elevado perfil político, que en esta ocasión la Unión Europea se ha apuntado cierta ventaja como actor global frente a Estados Unidos únicamente signatario de la CDPD; dicha ventaja radica en el impulso dado a la Convención durante las negociaciones, en la contribución de la Unión al desarrollo del Derecho internacional de los Derechos humanos y en su estrategia global sobre la discapacidad²⁸⁴.

2.6. Reflexiones sobre la exportación al ámbito universal del modelo de protección de los derechos de las personas con discapacidad de la Unión Europea.

A continuación, y a la luz del texto final de la Convención resultante de las negociaciones, vamos a intentar identificar en qué medida la Unión Europea ha logrado la expansión de su propio régimen de protección de los derechos de las personas con discapacidad al ámbito internacional así como en qué medida ha contribuido a aquellos de los aspectos más innovadores y revolucionarios que la Convención presenta desde el punto de vista del Derecho internacional de los Derechos humanos: a priori vemos que el derecho a la integridad personal del artículo 17 de la CDPD que aparece por primera vez incluido con carácter autónomo en un tratado de derechos humanos tiene su inmediato precedente en el artículo 3 de la CDFUE²⁸⁵; igualmente la CDPD recoge un derecho de acceso a la justicia en su artículo 13 que a diferencia de los artículos 14 del

²⁸⁴ Dos alegatos a favor de la ratificación de la Convención por parte de Estados Unidos que desmienten la tradicional excusa de que su modelo interno de protección es más avanzado que el de aquella pueden verse en: T. J. MELISH, “The UN Disability Convention: Historic Process, Strong Prospects, and Why the U.S. Should Ratify”, *loc. cit.*; y M. L. PERLIN, “ ‘A Change is Gonna Come’: The Implications of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities for the Domestic Practice of Constitutional Mental Disability Law”, *North Illinois University Law Review*, nº4, 2009.

²⁸⁵ R. KAYNESS, P. FRENCH, “Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *loc. cit.*, p. 29.

PIDCP o 6 del CEDH no se limita a causas penales y civiles, y que parece más acorde al artículo 47 de la CDFUE²⁸⁶ -o al artículo 9 de la Directiva 2000/78²⁸⁷ -al extenderse a todo tipo de procedimientos judiciales; y por último el artículo 26 de la CDFUE ve su reflejo en el artículo 19 CDPD al tratar de introducir un equilibrio entre la autonomía de las personas con discapacidad, su integración social y profesional y participación en la comunidad, principios que presiden el espíritu de la Convención y están presentes a lo largo de todo su articulado²⁸⁸. En cualquier caso, aunque no sea un éxito atribuible en exclusiva a la Unión Europea finalmente la Convención refleja el modelo *social* hacia la discapacidad que las instituciones europeas venían defendiendo desde varias décadas atrás²⁸⁹.

La Unión Europea defendió durante las negociaciones la adopción de mecanismos de control eficaces, en particular de un Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad con notables atribuciones para evitar que en su implementación la Convención quedase en *papel mojado*; ahora bien, las disensiones entre la vertiente supranacional e intergubernamental de la Unión han llevado a que no se haya vinculado al Protocolo Facultativo que habilitaría al Comité para recibir comunicaciones individuales de personas sujetas a la jurisdicción de todo Estado parte (en este caso la Unión). En lo que concierne al establecimiento de una Conferencia de los Estados partes de periodicidad bienal encargada del seguimiento de la aplicación y ejecución de la Convención, la Unión no parece haber tenido un papel especialmente relevante aunque en cualquier caso apoyó su adopción²⁹⁰. Tampoco parece que la Unión hiciera un

²⁸⁶ Éste es uno de los ejemplos en que el Derecho de la Unión otorga una protección más extensa que la que resultaría del CEDH (de acuerdo con lo previsto en el artículo 52.3 CDFUE), incluso el propio TEDH se ha hecho eco del mayor alcance del artículo 47 CDFUE, no limitado a derechos y obligaciones de carácter civil y asuntos de naturaleza penal. Debe verse la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 19 de abril de 2007, *Vilho Eskelinen y otros c. Finlandia*, Recurso nº 63235/00, apartados 29-30.

²⁸⁷ Éste hace referencia también a procedimientos administrativos y de conciliación.

²⁸⁸ No debe exagerarse tampoco el protagonismo dado a la Carta de Derechos Fundamentales puesto que tanto el derecho a la integridad personal, como los derechos a la autonomía e integración social/profesional y participación en la vida de la comunidad ya se encontraban en las Normas Uniformes de Naciones Unidas sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, *cit. supra*. Más bien, los avances ya sean en el orden internacional o europeo tienden a recalar dada la permeabilidad recíproca de ambos órdenes consagrándose aquellas normas que consolidan un régimen más benevolente para el derecho en cuestión. Así por ejemplo, el artículo 3 de la CDFUE se inspira en principios que figuran en el Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, adoptado en el marco del Consejo de Europa; mientras que su artículo 26 tiene como precedentes el artículo 15 de la Carta Social Europea y el punto 26 de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores. ²⁸⁹ Comunicación de la Comisión sobre la Igualdad de Oportunidades de las Personas con Minusvalía, *cit. supra*.

²⁹⁰ En la práctica, la Conferencia de los Estados Partes de acuerdo con el artículo 40 de la Convención se viene reuniendo con carácter anual desde 2008 por decisión de la misma, pueden verse los documentos relativos a sus reuniones en:

especial esfuerzo por defender la novedosa introducción en un tratado de derechos humanos del artículo 33 de la Convención relativo a los mecanismos nacionales de seguimiento e implementación²⁹¹.

En lo que respecta a una definición de discapacidad, la Unión en un principio se oponía a cualquier intento de introducir una delimitación del término en la Convención argumentando la ausencia de tal definición en su legislación interna²⁹² que pretendía trasladar como modelo al ámbito internacional²⁹³. Sin embargo, el TJUE en el asunto *Chacón Navas*²⁹⁴ abogó por una noción autónoma de discapacidad en el ámbito de la Directiva 2000/78²⁹⁵ que ha sido duramente criticada²⁹⁶ por apartarse del modelo *social* por el que se habían decantado tanto la Comisión, como el Consejo y el Parlamento Europeo²⁹⁷. El TJUE abogó por una concepción *médica* de la discapacidad en el ámbito de la ocupación y el empleo: “[...] debe entenderse que el concepto de ‘discapacidad’ se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional”²⁹⁸. A juicio de WADDINGTON dicha concepción debe revisarse a la luz del artículo 1 de la CDPD²⁹⁹ de carácter inclusivo, abierto y orientativo que no tiene pretensión de exhaustividad ni de agotar los supuestos que pueden subsumirse en él: mientras que el TJUE sitúa el origen de las limitaciones en las dolencias que la persona padece, la Convención lo ubica en las barreras que ésta halla en la sociedad y que

<http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=1535>

²⁹¹ G. DE BÚRCA, “The EU in the Negotiation of the UN Disability Convention”, *loc. cit.*, pp. 190-194.

²⁹² Entre los argumentos contrarios a la introducción de una definición del término discapacidad o de persona con discapacidad se encontraban precisamente evitar que ésta pudiera excluir a determinadas personas, así como la dificultad para concertar esta noción a nivel internacional con carácter duradero, lo cual podría restar capacidad de adaptación de la Convención a realidades futuras; y a favor de la introducción de tal definición se encuentra el tradicional argumento de que la ausencia de definición podría favorecer que los Estados parte eludieran la asunción de compromisos internacionales.

²⁹³ G. DE BÚRCA, “The EU in the Negotiation of the UN Disability Convention”, *loc. cit.*, pp. 190-191.

²⁹⁴ Sentencia de 11 de julio de 2006, *Chacón Navas c. Eures Colectividades S.A.*, asunto C-13/05, Rec. 2006, p. I-6467.

²⁹⁵ Directiva 2000/78/CE del Consejo, *cit. supra*.

²⁹⁶ Véase, L. WADDINGTON, “Case C-13/05, *Chacón Navas c. Eures Colectividades S.A.*, judgment of the Grand Chamber of 11 July 2006, nyr”, *Common Market Law Review*, 2007, Vol. 44, n° 2, 487-499.

²⁹⁷ L. WADDINGTON, “A New Era in Human Rights Protection in the European Community: The Implications of the United Nations’ Convention on the Rights of Persons with Disabilities for the European Community”, *loc. cit.*, p. 18.

²⁹⁸ Sentencia de 11 de julio de 2006, *Chacón Navas c. Eures Colectividades S.A.*, *cit. supra*, apartado 43.

²⁹⁹ L. WADDINGTON, “A New Era in Human Rights Protection in the European Community: The Implications of the United Nations’ Convention on the Rights of Persons with Disabilities for the European Community”, *loc. cit.*, p. 18. Ciertos sectores han percibido esta decisión como limitativa de los posibles motivos que pueden llevar a considerar que existe discriminación prohibida por la Directiva 2000/78, en particular se excluye cualquier tipo de enfermedad con independencia de cuál sea su duración, véase, G. DE BÚRCA, “The EU in the Negotiation of the UN Disability Convention”, *loc. cit.*, p. 191.

precisamente los Estados parte se comprometen a remover. Esta decisión del TJUE resultó en un cambio de posición negociadora de la Comisión en la última sesión del Comité Especial, haciendo ésta un esfuerzo por conciliar el modelo *social* con la jurisprudencia en *Chacón Navas* y lograr un modelo de compromiso³⁰⁰. Mejor crítica ha recibido la decisión del TJUE en el asunto *Coleman* donde el Tribunal precisa que su decisión en *Chacón Navas* no implica ni una interpretación restrictiva del principio de igualdad de trato ni del alcance *rationae personae* de la Directiva, además en esta decisión el Tribunal extiende la protección contra la discriminación hacia un trabajador por razón de la discapacidad que afecta a un hijo suyo³⁰¹. En *Coleman* el TJUE prohíbe por tanto la llamada *discriminación por asociación*.

Otra faceta donde la posición de la Unión Europea resultó exitosa fue la introducción novedosa en un tratado de derechos humanos de la definición extensiva de discriminación recogida en el artículo 2 de la Convención, que incluye la denegación de ajustes razonables -siempre y cuando no constituyan una carga desproporcionada o indebida- y que resulta idéntica a la que recoge el artículo 5 de la Directiva 2000/78³⁰², aunque en el caso de la Convención no se encuentra limitada únicamente a los ámbitos del empleo y la ocupación³⁰³.

³⁰⁰ *Ibid.*

³⁰¹ Sentencia de 17 de julio de 2008, *Coleman c. Attridge Law*, asunto C-303/06, Rec. 2008, p. I-5603, apartados 44-47. Véase un comentario de la misma en L. WADDINGTON, Case C-303/06, *S. Coleman v. Attridge Law and Steve Law*, Judgment of the Grand Chamber of the Court of Justice of 17 July 2008, nyr, *Common Market Law Review*, Vol. 46, nº 2, 2009, pp. 665-681. El TJUE siguió la opinión formulada por el Abogado General POIARES MADURO en sus Conclusiones, presentadas el 31 de enero de 2008, *Coleman c. Attridge Law*, asunto C-303/06, Rec. 2008, p. I-5603, punto 22: “la Directiva se opone a que la eventual hostilidad de un empresario hacia las personas incluidas en alguna de las categorías problemáticas constituya la base de cualquier tipo de trato menos favorable en el contexto del empleo y la ocupación. Como anteriormente expliqué, tal hostilidad puede expresarse abiertamente, recayendo sobre individuos dotados ellos mismos de determinadas características, o de un modo más sutil y encubierto, recayendo sobre personas vinculadas a otras que tienen esas características. En el primer caso, se considera que tal conducta es injusta y debe ser prohibida; el segundo caso es idéntico en todos los aspectos relevantes”.

³⁰² Directiva 2000/78/CE del Consejo, *cit. supra*.

³⁰³ G. DE BÚRCA, “The EU in the Negotiation of the UN Disability Convention”, *loc. cit.*, pp. 192-193. La noción de ajustes razonables no es autónoma del Derecho de la Unión sino que proviene de la legislación estadounidense de 1990 *American with Disabilities Act* y también se menciona en la Observación General Nº 5, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *cit. supra*, en la que se inspira la propuesta de la Comisión de Directiva que establece un marco general para la igualdad de trato en la ocupación y el empleo, de 25 de noviembre de 1999, COM (1999) 565 final. Éste es por tanto un nuevo ejemplo de recepción del Derecho internacional de los Derechos humanos en el derecho derivado de la Unión Europea. Sobre las obligaciones positivas dimanantes de la noción de ajustes razonables en el ámbito del CEDH, puede verse: O. DE SCHUTTER, “Reasonable Accommodations and Positive Obligations in the European Convention on Human Rights”, en A. LAWSON, C. GOODING, *Disability Rights in Europe. From theory to practice*, Hart Publishing, Oxford –Portland, Oregon, 2005, pp. 35-63.

La Unión Europea apostó más por un instrumento general antidiscriminación que por un instrumento basado en derechos subjetivos y tratando de exportar su modelo de legislación interna de modo acorde a su mandato negociador la Comisión preservó la compatibilidad de la Convención con la legislación comunitaria: es así como se explica la reserva que la Unión introdujo al artículo 27 de la Convención³⁰⁴, para garantizar que tanto la Unión como los Estados miembros puedan exceptuar la prohibición de discriminación por razón de discapacidad en el ámbito de las fuerzas armadas³⁰⁵. Sin embargo, a pesar de que la Unión participó significativamente en el proceso de elaboración de la Convención e influyó notablemente en su contenido final, muchos de sus contenidos más innovadores desde la perspectiva del Derecho internacional de los Derechos humanos se adoptaron sin una especial contribución de la Unión³⁰⁶: el modelo de protección resultante de la Convención es un modelo *híbrido* que combina los caracteres de un instrumento basado en la no discriminación con la atribución de numerosos derechos subjetivos³⁰⁷, elemento este último de cuya promoción la Comisión no se mostró especialmente partidaria³⁰⁸. La Convención presenta un modelo *holístico* que supera las tradicionales dicotomías existentes en los instrumentos internacionales de derechos humanos³⁰⁹, y particularmente supera la paradigmática división entre derechos civiles y políticos, de un lado, y derechos económicos, culturales y sociales; considerando estos últimos como un corolario de los primeros³¹⁰. Mientras que paradójicamente el modelo interno de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea no ha superado esta dicotomía consolidando un diferente grado de protección para ambas categorías de derechos, pese a que la CDFUE las sitúa a priori en plano de igualdad.

³⁰⁴ Decisión 2010/48/CE del Consejo de 26 de noviembre de 2009 relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, *cit. supra*.

³⁰⁵ Excepción establecida en aplicación del artículo 3, apartado 4 de la Directiva 2000/78 del Consejo, *cit. supra*.

³⁰⁶ G. DE BÚRCA, “The EU in the Negotiation of the UN Disability Convention”, *loc. cit.*, p. 194.

³⁰⁷ Prácticamente para cada derecho individual recogido en la Convención ésta contempla una obligación paralela del Estado o parte contratante, véase F. MÉGRET, “The Disabilities Convention: Towards a Holistic Concept of Rights”, *International Journal of Human Rights*, Vol. 12, n° 261, 2008. Disponible en:

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1267726

³⁰⁸ G. DE BÚRCA, “The EU in the Negotiation of the UN Disability Convention”, *loc. cit.*, p. 195.

³⁰⁹ Un minucioso análisis de todas las tradicionales dicotomías que la CDPD supera puede verse en: F. MÉGRET, “The Disabilities Convention: Towards a Holistic Concept of Rights”, *loc. cit.*

³¹⁰ Véase F. MÉGRET, “La Convention Des Nations Unies sur les Droits des Personnes Handicapées: Un Espoir de Progrès”, *Développement humain, handicap et changement social*, 2009, disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1275084

En definitiva, la Unión Europea ha adoptado una posición pragmática e instrumental en todo el proceso de negociación y elaboración de la Convención, actuando en su capacidad de actor internacional a favor de la promoción internacional de su modelo legislativo interno³¹¹. Puede decirse que en este caso la acción exterior de la Unión se ha guiado por los nuevos artículos 21.1 y 21.2 apartados a) y b) TUE en la medida en que se ha contribuido a promover la *universalidad e indivisibilidad* de los derechos humanos y al defender sus valores e intereses fundamentales la Unión ha impulsado el desarrollo del Derecho internacional de los Derechos humanos, con la importancia añadida de convertirse en la primera organización internacional parte en un tratado general de derechos humanos. Con la conclusión de la CDPD puede decirse que la Unión ha dado un buen paso incipiente en el cumplimiento de sus objetivos de luchar contra la exclusión social y la discriminación, promover la justicia y la protección sociales (artículo 3.3 TUE); así como en sus relaciones con el resto del mundo se ha avanzado en la protección de los derechos humanos y el desarrollo del derecho internacional (artículo 3.5 TUE).

2.7. Participación de la Unión Europea en los mecanismos de control y seguimiento de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En lo que respecta a la participación de la Unión Europea en los mecanismos de control y seguimiento de la implementación de la Convención se puede señalar lo siguiente:

- El artículo 33 de la Convención obliga a establecer organismos gubernamentales encargados de su aplicación, así como mecanismos de coordinación de los diferentes sectores y niveles y mecanismos independientes para supervisar, promover y proteger su aplicación. Este artículo también dispone que las personas con discapacidad y las organizaciones que las

³¹¹ “Furthermore, the EU in its capacity as an international actor on this occasion seems to have modelled itself more as a powerful State, articulating and promoting its self-interest and using international negotiations and lawmaking as a channel for ‘uploading’ its preferred position as the international standard or policy, rather than facilitating the kind of international collaborative problem-solving approach which it often does within its internal governance processes”. G. DE BÚRCA, “The EU in the Negotiation of the UN Disability Convention”, *loc. cit.*, p. 196.

representan deben estar plenamente integradas en todos los niveles del proceso de seguimiento de la Convención. En relación con estas obligaciones la Comisión en su Estrategia 2010-2020³¹² dispone que “*se establecerán mecanismos de coordinación basados en instrumentos existentes tanto entre los servicios de la Comisión y las instituciones de la Unión como entre la UE y los Estados miembros. La puesta en práctica de esta Estrategia y de la Convención se debatirá periódicamente en el Grupo de Alto Nivel en materia de Discapacidad con representantes de los Estados miembros y de sus organismos gubernamentales nacionales, con la Comisión, con personas con discapacidad y sus organizaciones, y con otras partes interesadas. Se seguirán facilitando informes de evolución para las reuniones ministeriales informales*”³¹³. También señala la Comisión que se establecerá un marco de seguimiento que incluya los mecanismos independientes a los que alude la Convención, y ella misma “*propondrá un marco de gobernanza, que no añada burocracia innecesaria, para facilitar la aplicación de la Convención en Europa*”³¹⁴.

- De acuerdo con el artículo 35 de la Convención, dos años contados desde la entrada en vigor de la Convención para la Unión, es decir, a finales de 2012, la Unión deberá hacer llegar al Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad por conducto del Secretario General de Naciones Unidas un informe sobre las medidas adoptadas para el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la Convención y sobre los progresos realizados en este sentido. Posteriormente, el Comité puede formular recomendaciones a la Unión Europea a la luz del informe presentado con arreglo al artículo 36 de la Convención. La Comisión informará a finales de 2013 de los progresos realizados y del informe presentado al Comité³¹⁵; para la realización del informe será necesaria la recopilación de estadísticas que permitan valorar las políticas y medidas puestas en marcha así como la formulación de indicadores sobre discapacidad de acuerdo con el artículo 31 de la Convención; con arreglo al procedimiento legislativo ordinario el Consejo y el Parlamento

³¹² Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020, *cit. supra*.

³¹³ *Ibid.*, p. 12.

³¹⁴ *Ibid.*

³¹⁵ *Ibid.*

proveerán las medidas necesarias para que dichas estadísticas sean recabadas con arreglo al principio de *independencia científica* (artículo 338 TFUE).

- En relación con la Conferencia de los Estados Partes encargada del seguimiento de la aplicación de la Convención con arreglo a su artículo 40, puede consultarse el documento correspondiente a la participación de la Unión Europea en su cuarta reunión que tuvo lugar desde el 7 al 9 de septiembre de 2011: la Unión destacó sus esfuerzos por coordinar su actividad y la de los Estados miembros en aras del logro de los objetivos de la Convención, señalando sin embargo, que en muchas de estas áreas (sanidad, empleo y educación) la mayor responsabilidad corresponde a los Estados miembros. La Unión también destacó la puesta en marcha de la Estrategia 2010-2020, así como su pronóstico de que 44 nuevos instrumentos -sin precisar de qué tipo- serán necesarios para implementar la Convención³¹⁶.
- Como se ha señalado anteriormente, la Unión, en la medida en que no ha firmado ni manifestado su consentimiento en obligarse con arreglo al Protocolo Facultativo de la Convención, no ha aceptado la competencia del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para recibir y considerar las comunicaciones presentadas -una vez agotado el sistema doméstico de recursos- por personas o grupos de personas sujetos a su jurisdicción que aleguen ser víctimas de una violación de alguno de los derechos recogidos en la Convención. Es posible pensar que la Unión no ha querido obligarse hasta que no lo hayan hecho todos sus Estados miembros, pero más lógico sería pensar que la Unión debería guiar a sus Estados miembros firmando y ratificando su Protocolo Facultativo, actitud que presumiblemente serviría de impulso a muchos de ellos a hacer lo propio: téngase en cuenta que siguiendo el ejemplo de la Unión hay ocho Estados miembros que no lo han ratificado, pero a día de hoy también son varios Estados miembros los que ni tan siquiera lo han firmado. En cualquier caso parece que las hipotéticas decisiones del Comité aún carentes de valor jurídico vinculante inmediato -en el supuesto de que la Unión aceptase su competencia para examinar comunicaciones individuales- formarían parte integrante del

³¹⁶ Puede consultarse la intervención de la Unión Europea en la Cuarta Reunión de la Conferencia de Estados Partes, el día 7 de septiembre de 2011, en: <http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=1571>

ordenamiento de la Unión y su posible efecto directo se regiría por las mismas premisas formuladas por el TJUE para los acuerdos internacionales celebrados por la Unión³¹⁷. Podría especularse con que uno de los motivos para que la Unión no se obligue en relación con el Protocolo Facultativo radica en la reticencia del TJUE a aceptar las injerencias de un órgano externo, como el Comité, en la homogeneidad, aplicación uniforme y autonomía del Derecho de la Unión³¹⁸; pero como se verá, si esta reticencia no ha sido un obstáculo para la adhesión en proceso de la Unión al CEDH que conlleva la asunción de la jurisdicción obligatoria del TEDH, tampoco debe ser óbice para aceptar la competencia del Comité cuyas decisiones tendrían el valor de recomendaciones en respuesta a las comunicaciones individuales. No obstante, del hecho de que estas decisiones del Comité no sean jurídicamente vinculantes de forma directa no cabe deducir en modo alguno que carezcan de valor jurídico: como han tenido ocasión de señalar el Comité de Derechos Humanos y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, las decisiones que adoptan estos órganos de supervisión de los tratados de derechos humanos en respuesta a comunicaciones individuales, obligan de forma mediata al Estado parte en la disputa, ya que los Estados han otorgado expresamente la competencia a estos órganos para determinar si se han vulnerado o no sus obligaciones convencionales; y en caso de que estos órganos concluyan que así ha sido, los Estados están obligados a procurar al individuo sujeto a su jurisdicción todos los remedios legales y judiciales

³¹⁷ Sentencia de 20 de septiembre de 1990, *Sevince c. Staatssecretaris van Justitie*, asunto C-182/89, Rec. 1990, p. I-3461, apartados 9-10 y 15.

³¹⁸ Véanse, el Dictamen 1/91, de 14 de diciembre de 1991, *cit. supra*, apartados 40 y 70; así como el Dictamen 1/09 de 8 de marzo de 2011, *cit. supra*, apartado 89. En el primero se dice que un acuerdo internacional que establezca un sistema jurisdiccional dotado de un tribunal competente para interpretar sus disposiciones no es necesariamente incompatible con el Derecho de la Unión; mientras que en el segundo caso, se consideran incompatibles con el Derecho de la Unión las disposiciones de un acuerdo internacional que atribuye competencia exclusiva para conocer de acciones entabladas por particulares a un sistema unificado de resolución de litigios sobre patentes, por considerar que este órgano jurisdiccional situado “fuera del marco institucional y jurisdiccional de la Unión, privaría a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de sus competencias para la interpretación y aplicación del Derecho de la Unión...”. Téngase en cuenta que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es un órgano cuasi-judicial, en este sentido, las posibles interferencias con la autonomía del Derecho de la Unión serían mínimas.

necesarios para hacer efectivo el derecho conculcado por su propia conducta³¹⁹.

2.8. ¿Inicio de una nueva etapa para la protección internacional de los Derechos humanos en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea?

Finalmente, la conclusión de la CDPD por parte de la Unión Europea supone el inicio de una tendencia que abre la puerta a la futura y deseable conclusión de nuevos tratados de derechos humanos con idéntico razonamiento en cuanto a su competencia y finalidad: por ejemplo, la legislación comunitaria relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, así como seguridad social³²⁰ y en el acceso a bienes y servicios y su suministro³²¹ podría otorgar competencia a la Unión

³¹⁹ Véase: “*Habida cuenta de que, al adherirse al Protocolo Facultativo, el Estado Parte ha reconocido la competencia del Comité para determinar si ha habido o no violación del Pacto y de que, de conformidad con el artículo 2 del Pacto, el Estado Parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en dicho Pacto y a garantizar recursos efectivos y que se puedan hacer aplicar en caso de que se haya determinado la existencia de una violación, el Comité desea recibir del Estado Parte, en un plazo de 90 días, información sobre las medidas adoptadas para dar cumplimiento a su dictamen*”, Comité de Derechos Humanos, Comunicación n° 928/2000, *Sooklal c. Trinidad and Tobago*, 8 de noviembre de 2001, CCPR/C/73/D/928/2000, apartado 7; asimismo, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Comunicación n° 31/2003, *LR c. Eslovaquia*, 10 de marzo de 2005, CERD/C/66/D/31/2003, apartado 10, punto 10.

³²⁰ Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), D.O.U.E. Serie L 204/23, de 26 de julio de 2006. Sirva de ilustración del alcance e intensidad del Derecho de la Unión en la materia la reciente Sentencia del TJUE de 22 de noviembre de 2012, *Elbal Moreno c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)*, asunto C- 385/11, (pendiente de publicación), Rec. 2012: en ella el Tribunal considera que la legislación española que determina el periodo de cotización necesario para que los trabajadores a tiempo parcial puedan acceder a una pensión de jubilación contributiva entraña una discriminación indirecta por razón de sexo. Ello en la medida en se les exige un periodo de cotización proporcionalmente mayor en comparación con los trabajadores a tiempo completo para poder acceder a la pensión de jubilación contributiva, y en la medida en que estadísticamente la mayoría de trabajadores a tiempo parcial son mujeres. Véase el fallo: “*El artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone, en circunstancias como las del litigio principal, a una normativa de un Estado miembro que exige a los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada*”. Es de gran importancia señalar que el pleno del Tribunal Constitucional español ha seguido escrupulosamente el razonamiento del Tribunal de Luxemburgo para declarar inconstitucional y nula la regla segunda del apartado 1 de la disposición adicional séptima de la Ley general de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 15/1998, de 27 de noviembre, vid. la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/2013, de 14 de marzo de 2013, en especial su Fundamento Jurídico n° 5.

³²¹ Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, D.O.U.E. Serie L 373/37, de 21 de diciembre de 2004.

para adherirse a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979³²²; así como la legislación comunitaria relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico³²³ podría permitir que la Unión complementase la acción de sus Estados miembros adhiriéndose a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965³²⁴. Se ha dicho que ambos tratados internacionales constituyen candidatos plausibles para la adhesión por parte de la Unión Europea dado el peso e importancia otorgados a la lucha contra la discriminación en su ordenamiento desde la introducción por el Tratado de Ámsterdam del artículo 13 TCE³²⁵. Por otra parte, si en el ámbito internacional continuase la *especialización* de los derechos humanos en la línea seguida por la CDPD mediante nueva actividad convencional, (por ejemplo, negociándose una Convención centrada en los derechos de las personas mayores³²⁶ para combatir la discriminación por razón de la edad, o una Convención centrada en eliminar la discriminación por razón de la orientación sexual o por razón de las creencias religiosas o convicciones), no sería descabellado pensar que la Unión Europea pudiera plantearse participar en su conclusión al haber legislado en ámbitos conexos³²⁷.

En última instancia cabe plantearse la posibilidad de que la cláusula de imprevisión competencial del artículo 352 TFUE pueda ser utilizada para celebrar por ejemplo la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, entre otros tratados internacionales

³²² Ha sido ratificada por todos los Estados miembros.

³²³ Directiva 2000/43 del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, D.O.U.E. Serie L 180/22, de 19 de julio de 2000.

³²⁴ Igualmente constituye una obligación internacional común a todos los Estados miembros. Una de las críticas que se ha formulado contra la institución del TJUE radica en la ausencia de diversidad de procedencia étnica y racial entre sus miembros. Dada la creciente incidencia de sus sentencias en asuntos que afectan a la vida de millones de ciudadanos y dada la necesidad de promover la igualdad entre los grupos de diferente origen étnico y racial que integran la población de los Estados miembros, se ha señalado que este factor repercute negativamente sobre la credibilidad de su discurso en materia de protección de derechos fundamentales y se ha apuntado la necesidad de promover mayor transparencia en el sistema de designación de sus miembros, así como de establecer criterios objetivos de elegibilidad que garanticen una adecuada representación en la composición del TJUE de los integrantes de minorías étnicas o raciales existentes en los Estados miembros, véase I. SOLANKE, “Diversity and Independence in the European Court of Justice”, *The Columbia Journal of European Law*, Vol. 15, nº 1, 2009, pp. 89-121.

³²⁵ A. ROSAS, “The European Union and International Human Rights Instruments”, en V. KRONENBERGER, (ed.), *The EU and the International Legal Order: Discord or Harmony?*, Asser Press, La Haya, 2001, p. 65.

³²⁶ Véase, F. MÉGRET, “The Human Rights of Older Persons: A Growing Challenge”, *loc. cit.*, pp. 37-66.

³²⁷ Véanse la Directiva 2000/78/CE, *cit. supra*; así como la Propuesta de Directiva del Consejo, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, de 2 de julio de 2008, COM(2008) 426 final.

de derechos humanos, ello a la luz de los objetivos que fija el artículo 3.3 TUE de combatir la exclusión social y la discriminación, así como perseguir la igualdad entre hombres y mujeres y la protección de los derechos del niño. Como señala EECKHOUT, el TJUE en su Dictamen 2/94³²⁸, no entró a considerar si el entonces artículo 235 TCE permitía con carácter general la celebración de tratados humanos³²⁹. Debe considerarse que el nuevo artículo 352 TFUE no se limita a la consecución de objetivos necesarios para la realización del mercado común como el antiguo artículo 308 TCE³³⁰; la única limitación que contiene es la exclusión de su utilización en el ámbito de la PESC (artículo 352.4 TFUE). Por otra parte, en materia de derechos fundamentales se encuentran ejemplos sólidos de utilización en el pasado de la cláusula de imprevisión competencial tanto para la adopción de actos internos -como ilustra el establecimiento de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea-³³¹ como para la adopción de actos externos -caso del Acuerdo entre la entonces Comunidad Europea y el Consejo de Europa en materia de cooperación entre la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Consejo de Europa-³³².

³²⁸ Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996, *cit. supra*.

³²⁹ “[...]the Court did not discuss whether human rights powers came within that category. It jumped to the point that Article 352 could not be used for the adoption of provisions whose effect would in substance be to amend the Treaty”, véase, P. EECKHOUT, *EU External Relations Law*, *op. cit.*, p. 99.

³³⁰ En la práctica el TJUE venía interpretando la noción de mercado común de forma extensiva, prácticamente como sinónimo de Comunidad Europea, véanse, Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996, *cit. supra*, apartado 29; y C. PÉREZ BERNÁRDEZ, *Las Relaciones de la Unión Europea con Organizaciones Internacionales: Análisis Jurídico de la Práctica Institucional*, *op. cit.*, p. 199.

³³¹ Reglamento 168/2007/CE del Consejo, de 15 de febrero de 2007, por el que se crea una Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, D.O.U.E. Serie L 53/1, de 22 de febrero de 2007. Idéntico fundamento competencial en el entonces artículo 308 TCE presenta la Decisión del Consejo, de 19 de abril de 2007, por la que se establece para el período 2007-2013 el programa específico Derechos Fundamentales y ciudadanía, integrado en el programa general Derechos fundamentales y justicia, D.O.U.E. Serie L 110/33, de 27 de abril de 2007. En relación con las luces y sombras de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a la luz del Reglamento en virtud del que fue establecida puede verse, M. PI LLORENS, “La Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: ¿Avance u oportunidad perdida?”, *RDCE*, Vol. 27, pp. 575-593.

³³² Decisión del Consejo 2008/578/CE, de 28 de febrero de 2008, relativa a la celebración de un Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Consejo de Europa en materia de cooperación entre la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Consejo de Europa, D.O.U.E. Serie L 186/6, de 15 de julio de 2008.

3. La adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos y la conclusión por la Unión Europea de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ¿Casos aislados o manifestaciones de una nueva tendencia en la protección internacional de los Derechos humanos en el ordenamiento de la Unión Europea?

El hecho de que la Unión Europea se haya convertido en la primera organización internacional en asumir obligaciones internacionales al ser parte contratante en un tratado internacional que tiene por objeto la protección de los derechos humanos no debe desdeñarse ni resulta baladí³³³: el 23 de diciembre de 2010 la Unión depositó el instrumento de confirmación oficial de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Además, se están dando los pasos oportunos para que la Unión se erija en parte contratante del CEDH. Una vez completado este segundo proceso la Unión habrá asumido obligaciones convencionales en el marco universal de Naciones Unidas y en el ámbito regional europeo del Consejo de Europa.

La Unión ha actuado por tanto impulsando el desarrollo del Derecho internacional (objetivo previsto en el nuevo artículo 3.5 TUE para las relaciones de la Unión con el resto del mundo). En concreto, el impulso recae sobre el Derecho internacional de los Derechos humanos que claramente está en el núcleo de los principios de la Carta de las Naciones Unidas, como precisó la Asamblea General de Naciones Unidas en su célebre Resolución 2625 (XXV)³³⁴.

³³³ Véase, B. DE WITTE, “The EU and International Legal Order: The Case of Human Rights”, en M. EVANS, P. KOUTRAKOS (eds.), *Beyond the Established Legal Orders: Policy Interconnections between the EU and the Rest of the World*, Hart Publishing, Oxford –Portland, Oregon, 2011, pp. 135-138.

³³⁴ Resolución de la AGNU 2625 (XXV), *Declaración sobre los principios de Derecho internacional referentes a la relaciones de amistad y cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*, de 24 de octubre de 1970, A/RES/2625 (XXV). Sobre la misma se dijo de forma ilustrativa en cuanto a sus efectos jurídicos que se encontraba “à la lisière de l’acte déclaratoire de normes coutumières et de l’accord”, véase R. J. DUPUY, “Droit déclaratoire et droit programmatore: de la coutume sauvage à la soft law”, en *L’élaboration du Droit international public. Colloque de Toulouse*, Paris, 1975, p. 142. La Resolución 2625 (XXV) adoptada por unanimidad y que se presenta como una interpretación autorizada de la Carta de las Naciones Unidas, reafirma en varias ocasiones la obligación de respetar los derechos humanos, y además, presenta el vínculo existente entre la protección de los derechos humanos y el derecho a la libre determinación de los pueblos cuando dice: “*Todo Estado tiene el deber de promover, mediante acción conjunta o individual, el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales y la efectividad, de tales derechos y libertades de conformidad*

Con esta actividad convencional la Unión ha dado un paso incipiente en la dirección que marca el artículo 3.5 TUE, así como dentro de las líneas rectoras que deben presidir su acción exterior según el artículo 21 TUE, es decir, la defensa de la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos y el respeto a los principios de la Carta de las Naciones Unidas; pero lo más importante es que la Unión Europea ha enviado una clara señal a otras organizaciones internacionales: mediante la creación y la transferencia del ejercicio de poderes soberanos a una organización internacional o a un actor internacional autónomo los Estados no pueden eludir sus propias obligaciones internacionales en materia de derechos humanos³³⁵.

La conclusión de un tratado internacional de derechos humanos por parte de la Unión Europea viene a ahondar en la idea que desde la década de los años setenta el TJUE viene perfeccionando de que un ordenamiento jurídico autónomo y de carácter supranacional con incidencia en la posición jurídica de los ciudadanos de sus Estados miembros, debe garantizarles un nivel de protección de sus respectivos derechos fundamentales como mínimo equivalente al que ostentan en virtud de los ordenamientos domésticos. Los procesos de integración internacional no pueden ser un pretexto para que los Estados creen sujetos de Derecho internacional inmunes a la exigencia del respeto a sus obligaciones en materia de derechos humanos, espacios de no derecho, donde sus decisiones y acciones concertadas permitan crear la voluntad propia de un sujeto secundario de Derecho Internacional Público al que no le resulte exigible el cumplimiento de las obligaciones de los sujetos primarios en este terreno³³⁶.

con la Carta". Véase J-P. COT, A. PELLET (dirs.), *La charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, 2ª Edición, Economica, París, 1991, pp. 20 y 99 ; asimismo A.CASSESE, *Le droit international dans un monde divisé*, Berger-Levrault, París, 1986, p. 136. En este sentido se ha señalado que la salvaguardia de los derechos y libertades fundamentales del ser humano forma parte del orden público internacional contemporáneo, véase C. GUTIÉRREZ ESPADA, "El orden público internacional", en A. J. RODRIGO, C. GARCÍA (eds.), *Unidad y Pluralismo en el Derecho internacional Público y en la Comunidad internacional, Coloquio en Homenaje a Oriol Casanovas, Barcelona, 21-22 de mayo de 2009*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 415.

³³⁵ "States cannot set up an autonomous international actor that can obviate human rights standards that the states themselves are bound by", en N. D. WHITE, "Towards a Strategy for Human Rights Protection in Post-Conflict Situations", en N. D. WHITE, D. KLAASEN (eds.), *The UN, Human Rights and Post Conflict Situations*, Manchester University Press, Manchester, 2005. Véase también, E. A. ALKEMA, "The EC and the European Convention of Human Rights: Immunity and Impunity for the Community?", *Common Market Law Review*, Vol. 16, 1979, p. 503.

³³⁶ Esta idea ha sido sostenida por el TEDH en su Sentencia de la Gran Sala de 18 de febrero de 1999, *Waite y Kennedy c. Alemania*, Recurso nº 26083/94, apartado 67: "The Court is of the opinion that where States establish international organisations in order to pursue or strengthen their cooperation in certain fields of activities, and where they attribute to these organisations certain competences and accord them immunities, there may be implications as to the protection of fundamental rights. It would be incompatible with the purpose and object of the Convention, however, if the Contracting States were

Sabidas son las dificultades para que una organización internacional pueda convertirse en parte contratante de los tratados internacionales existentes destinados a la protección de los derechos humanos, ya que estos limitan la potencial participación únicamente a sujetos primarios de Derecho internacional. En este sentido puede decirse que la Unión Europea, primera organización internacional que es parte en un tratado internacional de derechos humanos, merece ser considerada como modelo para organizaciones internacionales del ámbito universal como la OTAN, la OMC, el FMI, el Banco Mundial o la propia ONU³³⁷ -aun cuando esta última auspicia el nacimiento del Derecho convencional de los Derechos Humanos de ámbito universal-. Del mismo modo, la actuación de la Unión en el caso de la CDPD puede ser un referente para otras organizaciones internacionales de carácter regional aunque estas últimas no hayan asumido el ejercicio de tan elevado número de competencias como la Unión. Se ha dicho que indiscutiblemente dichas organizaciones internacionales están obligadas a respetar aquellas normas de derechos humanos que forman parte del Derecho consuetudinario de carácter general, y más si cabe, en el caso de que se trate de normas que formen parte de las categorías de *ius cogens* o de las obligaciones *erga omnes*³³⁸ (¡Sostener lo contrario supondría tanto como admitir el carácter lacunario del

thereby absolved from their responsibility under the Convention in relation to the field of activity covered by such attribution”.

³³⁷ La ONU auspicia el Derecho internacional de los Derechos Humanos y la adopción de tratados internacionales de ámbito universal para su protección, pero sus órganos principales, y sus organismos subsidiarios y especializados no están obligados por vía convencional a su respeto, aunque sí en la medida en que aquéllos contengan normas consuetudinarias de alcance general. Piénsese cuál podría haber sido la solución dada por el TJUE a los problemas de derechos fundamentales relativos a la aplicación en el ordenamiento de la Unión Europea de las “sanciones inteligentes” contra los talibán y Al-Qaeda adoptadas por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas después de los ataques terroristas del 11-S en el caso de que la propia ONU se hubiera vinculado formalmente al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y en el caso de que la ONU hubiera decidido aceptar la competencia del Comité de Derechos Humanos para recibir comunicaciones individuales. Probablemente las tensiones entre el ordenamiento jurídico internacional y el ordenamiento de la Unión habrían sido menores. Sobre la Sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2008, *Kadi/Al Barakaat International Foundation c. Consejo y Comisión*, asuntos acumulados C-402/05 y 415/05, Rec. 2008, p. I-6351, puede verse una interpretación de esta sentencia como un gesto poco amistoso de la Unión Europea hacia el ordenamiento internacional en G. DE BÚRCA, “The European Court of Justice and the International Legal Order After Kadi”, *Harvard international Law Journal*, Vol. 51, nº 1, 2010; así como desde una perspectiva más centrada en el ordenamiento de la Unión Europea puede verse: T. TRIDIMAS, “Terrorism and the ECJ: Empowerment and democracy in the EC legal order”, *European Law Review*, Vol. 34, 2009, pp. 103-126; también, T. TRIDIMAS, J. A. GUTIERREZ FONS, “EU Law, International Law and Economic sanctions against terrorism: the judiciary in distress?”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 32, 2009, pp. 901-971; asimismo J. SANTOS VARA, “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*, nº 32, 2009, pp. 91-120. Con carácter general sobre las obligaciones de Naciones Unidas en el ámbito de los derechos humanos puede consultarse, A. CLAPHAM, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford University Press, 2006, pp. 109-137.

³³⁸ C. DOMINICÉ, “À la recherche des droits *erga omnes*”, en *Droit du pouvoir, pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruylant, Bruselas, 2007, pp. 357-371.

ordenamiento jurídico internacional al eximir a sujetos de Derecho internacional de carácter derivado del respeto hacia normas jurídicamente vinculantes de carácter general!³³⁹).

Ahora bien, en la medida en que ninguna de estas organizaciones es parte contratante en los tratados internacionales de derechos humanos la eficacia y grado de aplicación del conjunto de instrumentos de derechos humanos se ve seriamente mediatizada y mermada, debido a la interdependencia y a la indivisibilidad inherente a la propia naturaleza y contenido de tales normas y a sus tensiones con otras áreas del Derecho internacional general y particular³⁴⁰. Es en esta línea, en la que la Unión Europea merece ser considerada como ejemplo para dichas organizaciones internacionales (sin perjuicio de las posibles necesidades de perfeccionamiento de su modelo de protección de los derechos fundamentales), al haber aceptado explícitamente su vinculación convencional a normas para la protección internacional de los derechos humanos.

Los Estados pueden violar sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos al ejecutar las decisiones provenientes de las organizaciones internacionales a las que pertenecen, con o sin margen de apreciación, pero también es posible que cuando los Estados se conciertan en el seno de dichas organizaciones internacionales eludan o adopten decisiones manifiestamente atentatorias por objeto o por efecto contra las obligaciones (que en algunos casos presentan alcance extraterritorial³⁴¹) que

³³⁹ Véase J. M. CORTÉS MARTÍN, *Las Organizaciones Internacionales: Codificación y Desarrollo Progresivo de su Responsabilidad Internacional*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008.

³⁴⁰ B. O. BRYDE, "The ECJ's fundamental rights jurisprudence: a milestone in transnational constitutionalism", en M. POIARES MADURO, L. AZOULAI, (eds.), *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart Publishing, Oxford – Portland, Oregon, 2010, pp. 128-129. PÉREZ GONZÁLEZ alude a "la necesidad de que los órganos que actúan dentro de cada régimen internacional especializado apliquen el Derecho internacional general a la par que las regulaciones sectoriales, lo que toca ya a la preparación técnica -a la pericia- de los correspondientes órganos y a su capacidad para sopesar los diversos intereses y valores en juego en función de la consecución de ciertos objetivos políticos considerados prevalentes en tanto que reconocidos como comunes o generales. Y esto no sólo involucra a los órganos de arreglo de diferencias, sino que alcanza, por decirlo así, a todo el conjunto institucional de las organizaciones (OMC, OCDE, UE, FMI, BIRD, PNUD...) que actúan en el seno de los concretos regímenes regulatorios", véase M. PÉREZ GONZÁLEZ, "Pluralidad de regímenes unidad del ordenamiento", en A. J. RODRIGO, C. GARCÍA (eds.), *Unidad y Pluralismo en el Derecho internacional Público y en la Comunidad internacional, Coloquio en Homenaje a Oriol Casanovas, Barcelona, 21-22 de mayo de 2009*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 159.

³⁴¹ Véase F. GÓMEZ ISA, "Obligaciones transnacionales en el campo de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 18, 2009.

establecen los tratados de derechos humanos en los que ellos y no la organización internacional son parte³⁴².

El supuesto de otras organizaciones internacionales nos llevaría muy lejos, y sólo conviene traerlo a colación para extraer a partir de la experiencia de la Unión Europea lecciones que puedan resultarles de aplicación a aquéllas: en el fondo de estas cuestiones, hay un problema de mayor recorrido que tiene que ver con las diferentes lógicas y tensiones existentes entre los diferentes sectores del Derecho Internacional Público. Las normas internacionales de derechos humanos tienen una vocación de aplicación general, cuasi-legislativa, que abarcaría todos los sectores del ordenamiento jurídico internacional. No obstante, también debe tenerse presente el criterio cronológico: las organizaciones internacionales surgidas de la Conferencia de Bretton Woods, aunque se integran en el sistema de la ONU como organismos especializados en 1947, fueron creadas con carácter previo a la firma de la Carta de las Naciones Unidas³⁴³. Lógicamente un hipotético conflicto entre normas del Derecho internacional de los Derechos humanos y normas emanadas de las instituciones de Bretton Woods entrañaría, además, un conflicto entre regímenes de Derecho internacional que no puede resolverse acudiendo al criterio de la *lex posterior derogat lege priori*³⁴⁴.

En el presente apartado se tratará de reflexionar acerca de hasta qué punto la Unión Europea tiene la competencia externa para vincularse expresa y formalmente a (otros más allá de la CDPD) tratados internacionales de derechos humanos futuros o existentes. Del mismo modo se examinará qué razones militan en favor de esta tendencia y cuáles son sus limitaciones.

Este orden de ideas debe ponerse en conexión con el siguiente apartado donde se reflexionará acerca del grado en que mediante sus propios actos la Unión puede

³⁴² Se ha dicho que la cooperación multilateral en instituciones internacionales como el Banco Mundial, o el FMI, entre otras, forma parte de la obligación de destinar el máximo de los recursos disponibles a la realización de los derechos económicos, sociales y culturales que establece el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, lógicamente se trata de una obligación de comportamiento, debe verse al respecto S. SKOGLY, “The Requirement of Using the ‘Maximum of Available Resources’ for Human Rights Realisation: A Question of Quality as Well as Quantity?”, *Human Rights Law Review*, Vol. 12, nº 3, 2012, pp. 418-419.

³⁴³ A. PIGRAU SOLÉ, “Las políticas del FMI y del Banco Mundial y los Derechos de los Pueblos”, *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, nº 29-30, 1995, pp. 139-175. Como se ha dicho: “*Il y aurait beaucoup à dire sur les réactions mutuelles et généralement antagonistes entre les systèmes de Bretton Woods et de San Francisco*”, véase P-M. HENRY, “Article 1, Paragraphe 3”, en J-P. COT, A. PELLET (dirs.), *La charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, 2ª Edición, Economica, París, 1991, pp. 57-65, en concreto, p.60

³⁴⁴ Sobre los denominados conflictos *intersistémicos* debe verse el Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, M. KOSKENNIEMI, *Fragmentación del Derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho internacional*, N.U., A.G., A//CN.4/L.682, 13 de abril de 2006, pp. 147-149, apartados 253-256.

contribuir al desarrollo de normas consuetudinarias de carácter general en esta área: es decir, se analizará dentro de esta fase ascendente, en qué medida la Unión, ha contribuido a impulsar la cristalización de normas consuetudinarias internacionales de carácter general sobre derechos humanos, de forma especial, pero no única ni privativa a través de su acción exterior. El nexo entre ambos apartados lo revela el caso de la CDPD: en la medida en que la Unión se ha obligado por vía convencional al respeto de un acuerdo internacional cuyo texto fue fijado mediante una Resolución de la AGNU adoptada por unanimidad, y en la medida en que se trata de un acuerdo multilateral del que un amplio y numeroso grupo de Estados de la Comunidad internacional se ha convertido en parte contratante, puede decirse que la participación de la Unión en la negociación y elaboración de la CDPD ha sido relevante en el establecimiento de normas consuetudinarias (con fuerza extraconvencional) de ámbito general relativas a los derechos de las personas con discapacidad.

3.1. Posibles razones político-jurídicas que militan en favor de la conclusión por parte de la Unión Europea de tratados internacionales para la protección de los derechos humanos.

La vinculación de la Unión Europea a otros tratados internacionales de derechos humanos no debe contemplarse como un supuesto remoto o puramente imaginario tras el precedente de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad³⁴⁵. Al contrario, existen poderosos argumentos que aconsejan que el modelo de protección de los derechos fundamentales de la Unión Europea sea complementado con la adquisición de obligaciones internacionales por vía convencional, entre ellos cabe destacar los siguientes:

³⁴⁵ El Proyecto Spinelli de reforma del Derecho originario, *cit. supra*, vislumbraba ya en 1984 la adhesión de la Unión Europea a la Carta Social Europea en el ámbito del Consejo de Europa, así como a los Pactos de 1966 de Naciones Unidas relativos a derechos civiles y políticos y relativos a los derechos económicos, sociales y culturales. Igualmente, el Parlamento Europeo con ocasión de su Resolución de 19 de mayo de 2010 relativa a la adhesión al CEDH, *cit. supra*, solicitaba que la Unión se adhiriera también dentro del marco del Consejo de Europa a la Carta Social Europea Revisada y que se vinculara al Comité Europeo para la Prevención de la Tortura. Por su parte, ROSAS contempla como más que plausible la competencia externa de la Unión para concluir acuerdos internacionales de derechos humanos en áreas donde tiene competencia interna como igualdad hombre-mujer, no discriminación, política social y empleo, o asilo y refugio, entre otras: A. ROSAS, “The European Union and International Human Rights Instruments”, *op. cit.*, pp. 65-66.

a) La Unión Europea no es una organización internacional de derechos humanos³⁴⁶, ni el TJUE es un tribunal de derechos humanos como sugiere TIMMERMANS³⁴⁷. El modelo de protección de derechos humanos de la Unión articulado por el Tribunal en torno al puzzle de los principios generales del Derecho de la Unión es un modelo básicamente de carácter judicial, que constituye en apariencia un régimen autónomo, (*self-contained regime*) de protección de los derechos humanos. En él la Unión a través del Tribunal de Justicia se ha aproximado al Derecho internacional de los Derechos humanos de forma tímida y selectiva, desde su propia perspectiva. Sin menospreciar en absoluto la labor del TJUE, éste, al igual que la CDFUE, sólo han seleccionado discrecionalmente aquellas partes del Derecho internacional de los Derechos humanos que han considerado obligatorias/relevantes³⁴⁸. Por tanto, la principal carencia del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, desde el punto de vista del Derecho internacional de los Derechos humanos, es su sometimiento al criterio último y definitivo del TJUE para verificar su aplicación y respeto, es decir, la ausencia de una auditoría externa, la falta de sumisión de la Unión y sus instituciones al escrutinio de órganos independientes³⁴⁹ de control de sus obligaciones de derechos humanos

³⁴⁶ Se ha dicho que aunque los derechos humanos se han situado en un primer plano de la integración europea no constituyen en modo alguno su *raison d'être*, A. VON BOGDANDY, "The European Union as a Human Rights Organization? Human Rights and the Core of the European Union", *Common Market Law Review*, Vol. 37, nº 5, 2000, p. 1338. Según ROSAS la Unión es un actor internacional económico, político y militar, pero no una organización internacional de derechos humanos, A. ROSAS, "Is the EU a Human Rights Organisation?", *CLEER Working Papers 2011/1*, Centre for the Law of EU External Relations, La Haya, 2011.

³⁴⁷ Según TIMMERMANS, el TJUE es un tribunal de derechos humanos en sentido limitado: sin tener una jurisdicción de alcance general sobre la materia incidentalmente debe pronunciarse sobre un número creciente de asuntos que involucran cuestiones de derechos humanos, véase, C. TIMMERMANS, *The Court of Justice of the EU, a Human Rights Court*, loc. cit.

³⁴⁸ No en vano la Abogada General SHARPSTON ha sugerido al TJUE que, sin perjuicio de seguir considerando el CEDH como tratado internacional de referencia para la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario, para una más eficaz protección sería deseable que el TJUE siguiendo la estela de los Abogados Generales invocara con más frecuencia tratados internacionales destinados a la protección de los derechos humanos (distintos al propio CEDH) como fuente para la determinación de los principios generales del Derecho de la Unión, véase E. SHARPSTON, *La manière dont les traités et accords internationaux en matière de droits fondamentaux ont été appréhendés par la Cour de justice des Communautés européennes*, Visita Oficial del TJUE al TEDH, Estrasburgo, 9 de noviembre de 2007.

³⁴⁹ Sin restar ningún tipo de mérito a su labor de supervisión, no deja de ser un organismo establecido por la propia Unión Europea la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establecida mediante el Reglamento 168/2007/CE del Consejo, de 15 de febrero de 2007, por el que se crea una Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cit. supra. Véase, P. ALSTON, O. DE SCHUTTER, *Monitoring fundamental rights in the EU: the contribution of the fundamental rights agency*, Hart Publishing, Oxford-Portland, Oregon, 2005. Sobre el papel de los órganos de control de los

establecidos en virtud de un tratado internacional³⁵⁰. Los primeros tratados concluidos por la Unión comienzan a paliar este problema.

- b) El modelo de protección de los derechos fundamentales establecido por la vía de los principios generales del derecho de la Unión se ha ajustado a un enfoque principalmente y predominantemente *negativo*³⁵¹ que impone únicamente a las instituciones y a los Estados miembros la obligación de respetar, es decir, de abstenerse de vulnerar los derechos fundamentales cuando aplican derecho de la Unión; incluso la CDFUE³⁵² parece responder a este enfoque debido al limitado alcance que se da en ella a las normas que contienen principios (artículo 52.5), ello añadido al hecho de que el artículo 6.1 TUE se limita a *reconocer* los derechos recogidos en la Carta. La Unión se

tratados de derechos humanos, véase, P. ALSTON, J. CRAWFORD (eds.), *The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring*, Cambridge University Press, 2000.

³⁵⁰ Véase al respecto I. BUTLER, O. DE SCHUTTER, “Binding the EU to International Human Rights Law”, *Yearbook of European Law*, Vol. 27, nº 1, 2008, pp. 277-287.

³⁵¹ No debe olvidarse como se ha visto en el caso de la discapacidad, que en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea hay sectores donde sí se ha adoptado un enfoque proactivo y decididamente orientado al logro de la igualdad sustantiva: en este sentido destacan los esfuerzos por lograr la igualdad entre el hombre y la mujer, principalmente en el ámbito del empleo y la ocupación. Esta tendencia se consolida y refuerza en el Tratado de Lisboa, deben verse los artículos 8, 10 y 157.4 TFUE, éste último introducido con la reforma del Derecho originario operada por el Tratado de Ámsterdam para permitir las medidas de acción positiva, que también se recogen en el artículo 23 CDFUE y en el artículo 3 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, *cit. supra*. No obstante los logros en términos de igualdad efectiva en los diferentes Estados miembros son dispares y todavía incipientes, véase, S. FREDMAN, “Making Equality Effective: Proactive Measures and Substantive Equality for Men and Women in the EU”, *European Gender Equality Law Review*, nº 2, 2010, pp. 7-16; asimismo sobre la situación de la mujer en Derecho internacional, E. Díez PERALTA, “Los derechos de la mujer en el Derecho internacional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LXIII, nº 2, 2011, pp. 87-121. En el ámbito estrictamente judicial resultan destacables estas palabras del Abogado General TESAURO: “Por último, se precisa sobre todo una modificación sustancial del modelo económico, social y cultural que origina la desigualdad, modificación que, ciertamente, no se podrá conseguir a base de números y de batallas dialécticas en la retaguardia”, véanse sus Conclusiones, presentadas el 6 de abril de 1995, *Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*, asunto C-450/93, apartado 28, Rec. 1995, p. I-3051. También destacable por suponer un conflicto con una norma de rango constitucional resulta la Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de enero de 2000, *Tanjia Kreil*, asunto C-285/98, Rec. 2000, p. I-0069, donde el TJUE señaló que el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, se opone a la aplicación de disposiciones nacionales, como las del Derecho alemán, que, de manera general, excluyen a las mujeres de los empleos militares que impliquen el uso de armas. Para dar cumplimiento a esta sentencia fue necesaria la revisión del apartado 4 del artículo 12 a) de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania.

³⁵² La Comisión Europea presenta la intención de cambiar hacia un enfoque de *obligaciones positivas* dentro de las esferas de competencia de la Unión, aunque ni la CDFUE ni el Tratado de Lisboa introducen un mandato jurídico preciso para un viraje en este sentido, véase la Comunicación de la Comisión, de 19 de octubre de 2010, sobre la Estrategia para la aplicación efectiva de la Carta de los Derechos Fundamentales por la Unión Europea, Bruselas, COM(2010) 573 final. No debe olvidarse que el Título IV de la CDFUE *Solidaridad* contiene un amplio elenco de Derechos económicos, sociales y culturales, más proclives al *activismo*, aunque su alcance en última instancia queda determinado por el enigmático artículo 52.5 de la CDFUE, que alude a las reglas que contienen principios.

ha desmarcado tan sólo recientemente de esta tendencia vinculándose a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad cuya aplicación entraña numerosas obligaciones positivas, al igual que la adhesión al CEDH supondrá un avance en esta línea³⁵³. Por su parte, como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala, los tratados internacionales de derechos humanos comportan esencialmente obligaciones positivas que no se limitan en exclusiva a los derechos económicos, culturales y sociales: “*El derecho a la educación, como todos los derechos humanos, impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: las obligaciones de respetar, de proteger y de cumplir. A su vez, la obligación de cumplir consta de la obligación de facilitar y la obligación de proveer*”³⁵⁴. Por tanto, se trata de que mediante la asunción de obligaciones convencionales en materia de derechos humanos la Unión, dentro del respeto inexcusable a los principios de atribución de competencias y subsidiariedad, adquiera las obligaciones positivas de proteger y de cumplir (y las subsiguientes de facilitar y proveer), como vía para la realización efectiva y para dotar de verdadero contenido obligacional a los derechos, libertades y principios que se recogen en la CDFUE³⁵⁵.

c) En otro orden de ideas, la asunción de compromisos convencionales por parte de la Unión supondría la extensión explícita y formal de sus compromisos

³⁵³ Sobre obligaciones positivas véanse, S. FREDMAN, “Positive Duties and Socio-economic Disadvantage: Bringing Disadvantage onto the Equality Agenda”, *European Human Rights Law Review* n° 3, 2010, pp. 290-304; también S. FREDMAN, “Human Rights Transformed: Positive Duties and Positive Rights”, *Oxford Legal Studies Research Paper*, n° 38/2006, Public Law, 2006, pp. 498-520; en el ámbito del CEDH, A. R. MOWBRAY, *The development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart Publishing, Oxford – Portland, Oregon, 2004; asimismo, J-F. AKANDJI-KOMBE, *Positive obligations under the European Convention on Human Rights A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Human Rights Handbooks Series, Estrasburgo, 2007, disponible en: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1B521F61-A636-43F5-AD56-5F26D46A4F55/0/DG2ENHRHAND072007.pdf>

³⁵⁴ Observación General N° 13, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *El derecho a la educación (artículo 13)*, 21° Período de Sesiones, 1999, HRI/GEN/1/Rev.8, p.89, apartado 46.

³⁵⁵ Véase, T. AHMED, I. BUTLER, “The European Union and Human Rights: An International Law Perspective”, *European Journal of International Law*, Vol. 17, n° 4, 2006, pp. 794-800. Tal y como ponen de manifiesto WEILER y ALSTON existen ámbitos donde la Unión ha asumido la competencia exclusiva a nivel interno y ello le convierte en la garante última de los derechos fundamentales, por lo que en ellos un enfoque puramente *negativo* puede resultar manifiestamente insuficiente: ellos invocan como ejemplos los casos de la Política Agrícola Común, la Política Comercial Común y el Mercado Único en lo que respecta a la libre circulación de trabajadores, desplazamiento temporal de trabajadores para la prestación de servicios, etc. Véase, P. ALSTON, J. H.H. WEILER, “An Ever Closer Union in Need of a Human Rights Policy, The European Union and Human Rights”, en P. ALSTON, M. BUSTELO, J. HEENAN (eds.), *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, 1999, pp. 23-24. Piénsese actualmente en el caso de la Unión Económica y Monetaria.

internacionales en materia de derechos humanos con carácter extraterritorial, frente a toda persona que pudiera estar sujeta a la jurisdicción de sus instituciones o de los Estados miembros cuando actúan dentro del ámbito del Derecho de la Unión³⁵⁶. Actualmente, la CDFUE, que debe interpretarse en conformidad con las disposiciones del CEDH y de otros tratados internacionales de derechos humanos (véanse sus artículos 52.3 y 53), también entraña la asunción de obligaciones extraterritoriales por vía mediata; la diferencia en cuanto al grado de obligatoriedad radica en que el intérprete último de las obligaciones que se derivan de la CDFUE es el TJUE, que no ha llegado a pronunciarse sobre este particular, mientras que en el caso de los tratados internacionales de derechos humanos hay una convicción y sobre todo una práctica consolidada sobre el alcance extraterritorial de sus obligaciones³⁵⁷.

- d) La adhesión de la Unión Europea a tratados internacionales de derechos humanos sin duda mejorará sus relaciones bilaterales y dará mayor consistencia y credibilidad a su política externa de derechos humanos, donde

³⁵⁶ Los Estados miembros están obligados a respetar los derechos fundamentales que el ordenamiento de la Unión tutela como principios generales del derecho cuando actúan dentro del ámbito del Derecho de la Unión, expresión que implica de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE en los asuntos *Wachauf* y *ERT* que están obligados cuando realizan actos de aplicación y ejecución del Derecho de la Unión, pero también cuando realizan actos de derogación del mismo y exclusión de su aplicación. Véase, S. PEERS, “Human Rights in the EU Legal Order: Practical Relevance for EC Immigration and Asylum Law”, en S. PEERS, N. ROGERS, *EU Immigration and Asylum Law, Text and Commentary*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp. 115-138. Véanse las Sentencias del TJUE de 13 de julio de 1989, *Wachauf*, asunto C- 5/88, Rec. 1989, p. 2609; así como de 18 de junio de 1991, *ERT c. DEP*, *cit. supra*, apartado 42.

³⁵⁷ Sobre las obligaciones extraterritoriales en general, H. KING, “The Extraterritorial Human Rights Obligations of States”, *Human Rights Law Review*, Vol. 9, nº 4, 2009, pp. 521-556; en el ámbito del CEDH, M. HAPPOLD, “Bankovic v. Belgium and the Territorial Scope of the Convention on Human Rights”, *Human Rights Law Review*, Vol. 3, nº 1, 2003, pp. 77-90. La propia CIJ ha tenido la ocasión de confirmar el carácter extraterritorial de las obligaciones que se derivan para los Estados que son parte contratante de los Pactos Internacionales de 1966 relativos a derechos civiles y políticos, y a derechos económicos, sociales y culturales, respectivamente; así como del Convenio de Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 1989: véase la Opinión Consultiva de 9 julio de 2004, *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en los territorios palestinos ocupados*, Rec. 2004, pp. 179-181, apartados 109-113. Nótese que estos tres tratados internacionales constituyen obligaciones convencionales asumidas por todos los Estados miembros de la Unión. El TEDH ha confirmado en un asunto reciente la responsabilidad extraterritorial por violación del CEDH, condenando a Macedonia por infracción de su artículo 5, debido a la detención en Afganistán del recurrente, el nacional alemán Khaled el Masri, que fue enviado en uno de los vuelos de la CIA norteamericana desde Skopje con la complicidad de la Antigua República Yugoslava de Macedonia, véase la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 13 de diciembre de 2012, *El-Masri c. Antigua República Yugoslava de Macedonia*, Recurso nº 39630/09. Sobre la presunta utilización del espacio aéreo de varios Estados miembros de la Unión para cooperar con la CIA estadounidense en la detención y traslado ilegal de sospechosos de actos de terrorismo debe verse la Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de julio de 2006, sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y la detención ilegal de presos, mediados los trabajos de la comisión temporal (2006/2027(INI)) P6_TA(2006)0316, a la que alude el propio TEDH.

la Unión suele recibir críticas por no predicar con el ejemplo, *barriendo la casa*, antes de dar lecciones y exigir insistentemente a sus contrapartes el respeto a los derechos humanos³⁵⁸. No sólo es estratégicamente conveniente, sino que puede ser una forma eficaz de aumentar el número de partes contratantes en estos tratados multilaterales sobre derechos humanos.

e) Pese a no estar directa y formalmente obligada la Unión Europea, su ordenamiento jurídico no puede imponer a los Estados miembros obligaciones que vayan en contra de las que éstos contrajeron con anterioridad a su incorporación a la Unión en virtud de tratados internacionales de derechos humanos; ello con independencia de que en tales tratados fueran parte todos los Estados miembros o tan sólo algunos de ellos. Permitir lo contrario llevaría a que los Estados miembros tuvieran la posibilidad de recurrir al artículo 351 TFUE, que confiere la opción de exceptuar la aplicación del Derecho de la Unión temporalmente, lo cual afectaría de forma negativa a su primacía y aplicación uniforme, y los Estados miembros por el contrario se situarían en la tesitura políticamente inviable de tener que proceder a denunciar algunos de los tratados internacionales sobre derechos humanos que concluyeron con anterioridad a su incorporación a la Unión³⁵⁹. Nuevamente, no se trata de un supuesto hipotético puesto que los conflictos se plantean entre algunos aspectos del Derecho de la Unión y las interpretaciones que los órganos de control han hecho de los Pactos de Naciones Unidas de 1966, entre otros instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Sin duda, uno de los casos más problemáticos teniendo en cuenta la compleja situación en Europa de la población de lengua romaní, entre otras minorías³⁶⁰,

³⁵⁸ S. SANZ CABALLERO, “Crónica de una adhesión anunciada: algunas notas sobre la negociación de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *loc. cit.*, p. 103. Véase también: A. ROSAS, “The European Union and Fundamental rights/Human rights”, *op. cit.*, p. 449. Resulta imprescindible el informe del *Comité de Sages* (compuesto por Antonio Cassese, Catherine Lalumière, Peter Leuprecht y Mary Robinson) titulado *Leading by Example: A Human Rights Agenda for the European Union for the Year 2000*, aparece reproducido en P. ALSTON, M. BUSTELO, J. HEENAN (eds.), *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, 1999, pp. 921-927. En él se insta a la Unión Europea a adherirse no sólo al CEDH sino también a la Carta Social Europea.

³⁵⁹ I. BUTLER, O. DE SCHUTTER, “Binding the EU to International Human Rights Law”, *loc. cit.*, pp. 287-293. Véase la Sentencia de 4 de julio de 2000, *Comisión c. Portugal*, asunto C-84/98, Rec. 2000, p. I-5215, apartados 58 y 59.

³⁶⁰ La campaña de deportaciones de ciudadanos gitanos de nacionalidad principalmente rumana que el Gobierno francés llevó a cabo durante el verano y otoño del año 2010 sirve como test para apreciar los matices entre la postura que mantuvieron las instituciones de la Unión Europea (en especial la Comisión Europea) y la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia encarnando al Consejo de Europa, puede verse, A. MANGAS MARTÍN, ‘*El tiempo de los gitanos*’ en la UE, *El Mundo*, 20 de septiembre

es el relativo a la Convención Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 10 de noviembre de 1994, que paradójicamente algunos de los Estados donde se suscitan mayores problemas en este dominio (Eslovaquia, Estonia, Hungría, Lituania o Rumanía) ratificaron antes de incorporarse a la Unión Europea, no así Letonia que procedió a su ratificación con posterioridad a su incorporación a la Unión³⁶¹. Los derechos de las minorías (étnicas, religiosas o lingüísticas) que van netamente más allá de la prohibición general de discriminación, no encuentran una tutela específica en las disposiciones del CEDH ni de sus Protocolos Adicionales, en cambio, el Pacto Internacional de Derechos Civiles

de 2010. Sobre una queja interpuesta contra Francia por estas expulsiones ante el sistema de reclamación colectiva de la Carta Social Europea Revisada, y que es sustancialmente idéntica a la que ha dado lugar a una decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales en relación con Italia, puede verse, A. NOLAN, “‘Aggravated Violations’, Roma Housing Rights and Forced Expulsions in Italy: Recent Developments under the European Social Charter Collective Complaints System”, *Human Rights Law Review*, Vol. 11, nº 2, 2011, pp. 343-361. Otro artículo donde se cuestiona la jurisprudencia del TEDH que hasta la fecha ha sido renuente a reconocer la infracción a la prohibición de discriminación recogida en el artículo 14 CEDH en los casos de violencia contra esta población puede verse M. MÖSCHEL, “Is the European Court of Human Rights’ Case Law on Anti-Roma Violence ‘Beyond Reasonable Doubt’?”, *Human Rights Law Review*, Vol. 12, nº 3, 2012, pp. 479-507. Una excepción notable resulta la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 13 de noviembre de 2007, *D.H. y otros c. República Checa*, Recurso nº 57325/00. Con carácter general sobre minorías véase, A. DÍAZ PÉREZ DE MADRID, *La Protección de las Minorías en Derecho Internacional*, Universidad de Granada, 2004. Nótese que los requisitos para la expulsión de ciudadanos de la Unión (incluso si se trata de residentes de larga duración o carácter permanente), nacionales de otro Estado miembro, y que debe respetar Francia en estos supuestos, básicamente fueron fijados por el TJUE en su Sentencia de 29 de abril de 2004, *Orfanopoulos*, asuntos acumulados C-482/01 y C-493/01, Rec. 2004, p. I-5257, en particular, deben verse sus apartados 66 y 99: “Para apreciar si la injerencia considerada es proporcionada con el fin legítimo que se persigue, en este caso la protección del orden público, hay que tener en cuenta en particular la naturaleza y la gravedad de la infracción cometida por el interesado, la duración de su estancia en el Estado miembro de acogida, el período transcurrido desde que se cometió la infracción, la situación familiar del interesado y la gravedad de las dificultades que pueden atravesar el cónyuge del interesado y, en su caso, los hijos de ambos, en el país de origen de éste (véase, en lo que se refiere al artículo 8 del CEDH, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la sentencia *Boultif contra Suiza* de 2 de agosto de 2001, *Recueil des arrêts et décisions*, § 48)”. Deben tenerse en cuenta, además, la prohibición de expulsiones colectivas del artículo 19.1 CDFUE, así como, la regulación establecida en el artículo 28 de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) Nº 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE, D.O.U.E. Serie L 158/77, de 30 de abril de 2004. Resulta obvio que los Estados miembros en el ejercicio del margen de discreción con que cuentan en la aplicación del Derecho de la Unión, deben respetar sus obligaciones internacionales de origen convencional en materia de derechos humanos. Ahora bien, hasta 2014, cuando finaliza el periodo transitorio, la libre circulación de nacionales rumanos puede estar sujeta a restricciones por parte de los Estados miembros que formaban parte de la Unión en 2007 cuando se hizo efectiva la incorporación de Bulgaria y Rumanía.

³⁶¹ Los Estados miembros que no han ratificado este tratado internacional son Bélgica, Francia, Grecia y Luxemburgo. Un Estado eterno candidato a la adhesión como Turquía a quien se le reprocha frecuentemente su escasa sensibilidad hacia sus propias minorías, en especial a la población kurda, tampoco ha firmado ni ratificado este instrumento internacional adoptado en el ámbito del Consejo de Europa.

y Políticos les consagra su artículo 27. No debe desdeñarse que la reforma operada por el Tratado de Lisboa ha introducido entre los valores fundacionales de la Unión Europea el respeto hacia los derechos de las personas pertenecientes a minorías en el nuevo artículo 2 TUE, y que para determinar su contenido, así como una definición de minoría, debe necesariamente acudir al Derecho internacional. No obstante, la hostilidad de Francia ha hecho que no exista en el Derecho originario (incluyendo la CDFUE) un reconocimiento de derecho colectivo: las minorías no son directamente protegidas en el artículo 2 TUE, como indica BENOÎT-ROHMER, únicamente las personas que pertenecen a dichas minorías lo son. Aquí aparece un posible punto de fricción con el Derecho internacional, máxme cuando el trato otorgado a las minorías nacionales³⁶² ha sido uno de los parámetros tenidos en cuenta por la Unión a la hora de evaluar a futuros candidatos a la membresía³⁶³. La CIJ ha reconocido que los derechos básicos de la persona así como aquellos derechos conferidos por instrumentos internacionales de carácter universal o cuasiuniversal entrañan obligaciones *erga omnes*³⁶⁴: por lo tanto, en el caso de que el Derecho de la Unión pusiera

³⁶² La mención a las minorías nacionales que no existía en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se añade en la Resolución de la AGNU 47/135, *Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas*, de 3 de febrero de 1993, A/RES/47/135, que es previa a la adopción de la Convención Marco del Consejo de Europa para la Protección de Minorías Nacionales. En ésta última sí se protegen las minorías nacionales en sí mismas, no sólo a sus integrantes.

³⁶³ F. BENOÎT-ROHMER, “Identité européenne et identité nationale absorption, complémentarité ou conflit?” en *Chemins d’Europe. Mélanges en l’honneur de Jean Paul Jacqué*, Dalloz, París, 2010, p. 72. Nótese que el Tratado de Lisboa mediante la nueva redacción conferida al artículo 49 TUE ha convertido la protección de los derechos fundamentales de las personas pertenecientes a las minorías, junto con el resto de valores ínsitos en el artículo 2 TUE, en una condición previa a la solicitud de ingreso en la Unión Europea para terceros Estados. En cualquier caso, la protección de las minorías venía siendo utilizada con anterioridad al Tratado de Lisboa como un criterio de evaluación de los candidatos a futuros Estados miembros. La redacción actual del artículo 2 TUE, que procede del desechado texto del Tratado Constitucional Europeo, cuando se refiere a los derechos de las personas pertenecientes a minorías presenta un elevado grado de indeterminación y ambigüedad: “*it could be read either as stating that the (general) human rights of members of minorities must be respected like those of everyone else, or as stating that minority members should be protected in special ways which reach beyond the generally applicable human rights*”, B. DE WITTE, “The EU and International Legal Order: The Case of Human Rights”, *op.cit.*, p. 145-146.

³⁶⁴ Sentencia de la CIJ de 5 de febrero de 1970, *Barcelona Traction (Bélgica c. España)*, Rec. 1970, p. 32, apartados 33 y 34. Al consagrar la idea de que el respeto de los derechos humanos se impone *erga omnes* la CIJ ha abierto la posibilidad de que los Estados y otros sujetos derivados de Derecho internacional puedan adoptar unilateralmente medidas restrictivas, sanciones, o contramedidas para proteger las normas internacionales relativas a la protección de los derechos humanos, véase A. SANJOSÉ GIL, “La responsabilité internationale des États pour les violations des droits de l’homme”, en *Karel Vasak Amicorum Liber, Human Rights at the Dawn of the Twenty-First Century*, Bruylant, Bruselas, 1999, p. 789. En palabras de SIMMA y PULKOWSKI la caracterización como *erga omnes* implica que cuando los mecanismos convencionales establecidos para la supervisión y garantía internacional de la protección

obstáculos a las obligaciones previas de alguno o todos los Estados miembros en materia de derechos humanos, estaría abocando a sus Estados miembros a la responsabilidad internacional frente a terceros Estados³⁶⁵; algo que iría manifiestamente en contra del deber que el TJUE señaló en el asunto *Burgoa* para “*las Instituciones de la Comunidad de no poner obstáculos al cumplimiento de las obligaciones de los Estados miembros derivadas de un convenio anterior[...] sin que por ello quede vinculada la Comunidad frente al Estado tercero interesado*”³⁶⁶. Se ha llegado a decir que la Unión debe respetar los tratados internacionales de derechos humanos *como si estuviera directamente vinculada por ellos, incluso en el caso de aquellos en los que no todos los Estados miembros son parte*³⁶⁷. Por lo tanto, sería conveniente y clarificador que la Unión Europea se convirtiese en parte contratante *como mínimo* de aquellos tratados internacionales que obligan a *todos* los Estados miembros, siempre y cuando se introdujeran en ellos las reformas pertinentes para permitir la participación de una organización internacional, y siempre y cuando fuera posible tal vinculación sin afectar al principio de competencias por atribución.

de los derechos humanos no funcionan de forma eficaz queda abierta la posibilidad de recurso al régimen general sobre responsabilidad internacional del Estado, véase B. SIMMA, D. PULKOWSKI, “Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law”, *European Journal of International Law*, Vol. 17, nº 3, 2006, pp. 524-525. En otro orden de ideas, puede verse la Sentencia de la CIJ de 30 de noviembre de 2010, asunto *Ahmadou Sadio Diallo (Guinea c. República Democrática del Congo)*, Rec. 2010, p. 639. En este último caso la CIJ constata la infracción de los artículos 9.1, 9.2 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sobre este asunto puede verse, A. VERMEER-KÜNZLI, “The Subject Matters: The ICJ and Human Rights, Rights of Shareholders, and the Diallo Case”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 24, nº 3, 2011, pp. 607-625; asimismo, M. UBEDA-SAILLARD, “La diversité dans l’unité: l’arrêt rendu par la Cour internationale de Justice le 30 novembre 2010 dans l’affaire Ahmadou Sadio Diallo”, *Revue Générale de Droit International Public*, Vol. 15, nº 4, 2011, pp. 897-923.

³⁶⁵ T. AHMED, I. BUTLER, “The European Union and Human Rights: An International Law Perspective”, *loc. cit.*, p. 779.

³⁶⁶ Sentencia de 14 de octubre de 1980, *Attorney General c. Burgoa*, asunto 812/79, Rec. 1980, p. 2787, apartado 9. Mayor detalle sobre el régimen del artículo 351 TFUE (ex 234 TCE) puede consultarse en: J. ROLDÁN BARBERO, “Una revisión del artículo 234 del TCE: la Sentencia *Levy* dictada por el TJCE el 2 de agosto de 1993”, *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 21, nº 2, 1994, pp. 481-498.

³⁶⁷ L. BESSELINK, “Entrapped by the Maximum Standard: On Fundamental Rights, Pluralism and Subsidiarity in the European Union”, *Common Market Law Review*, Vol. 35, pp. 670-674. Frente a este *universalized maximum standard*, WEILER propone una amalgama de estándares paneuropea cuya interferencia con los propósitos económicos de la integración europea sea mínima, véase, J. H. H. WEILER, “Fundamental Rights and Fundamental Boundaries: On Standards and Values in the Protection of Human Rights”, en N. NEUWAHL, A. ROSAS (eds.), *The European Union and Human Rights*, Martinus Nijhoff, La Haya, 1995, pp. 51-76.

3.2. Posibles fundamentos jurídicos de la competencia externa de la Unión Europea para la conclusión de tratados internacionales para la protección de los derechos humanos.

Ante la inexistencia de una atribución competencial expresa para que la Unión Europea pueda desarrollar actividad convencional internacional en el dominio de los derechos humanos, más allá de la provisión para la adhesión al CEDH -como se infiere del precedente analizado de la CDPD- la autoridad de la Unión Europea para asumir nuevos compromisos internacionales debe buscarse a través de la doctrina de las competencias implícitas mediante el *paralelismo entre competencias internas y externas*, o alternativamente mediante la *cláusula de flexibilidad* del artículo 352 TFUE.

Como indica ROLDÁN BARBERO, para determinar la existencia y el alcance de la competencia externa de la Unión Europea hay que interpretar el Derecho originario y sondear la profundidad del derecho derivado³⁶⁸; de partida podemos decir que el carácter de la competencia externa de la Unión para concluir un tratado de derechos humanos no va a ser exclusivo aún en el caso de tratados que afecten a áreas donde la competencia de la Unión pueda serlo, puesto que todos los tratados relativos a la protección de derechos humanos establecen obligaciones en áreas donde tanto la Unión como sus Estados miembros pueden tener algún grado de competencia.

Como se señaló al referirse a la conclusión por parte de la Unión de la CDPD, la letra de la reforma que el Tratado de Lisboa ha operado en el Derecho originario, resulta especialmente prolija, sensible y propicia para que pueda hablarse de nuevas competencias en las relaciones exteriores de la Unión en materia de protección internacional de los derechos humanos:

- En primer lugar, entre los nuevos objetivos internos de la Unión el artículo 3.3 TUE sitúa la lucha contra la exclusión social y la discriminación, el fomento de la justicia (¿social?)³⁶⁹, la igualdad entre hombres y mujeres, la protección de los derechos del niño, así como de la diversidad cultural y lingüística, entre otros. En sus relaciones con el resto del mundo, la Unión *contribuirá* a la paz,

³⁶⁸ J. ROLDÁN BARBERO, “La delimitación de competencias en las relaciones exteriores de la Unión Europea”, en D.J. LIÑÁN NOGUERAS (dir.), C. LÓPEZ-JURADO (coord.), *La reforma de la delimitación competencial en la futura Unión Europea*, Universidad de Granada, 2003, p. 118.

³⁶⁹ Desde luego la justicia social no figura explícitamente entre los valores que, según el artículo 2 TUE, fundamentan la identidad de la Unión Europea, véase F. BENOÎT-ROHMER, “Identité européenne et identité nationale absorption, complémentarité ou conflit?”, *op. cit.*, p. 72.

la erradicación de la pobreza y la protección de los derechos humanos, en especial los derechos del niño, así como al estricto desarrollo y respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas. Dichos objetivos se sitúan con carácter nuclear y existencial para la Unión en tanto que organización internacional y su vocación es claramente horizontal, omnímoda y transversal. Constituyen el complemento idóneo a los valores fundacionales de la Unión que consagra el artículo 2 TUE: dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto a los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. La Unión de acuerdo con el artículo 3.6 TUE tiene la obligación (de resultado entendemos) de perseguir dichos objetivos, que traducen sus valores esenciales, de conformidad con los medios que considere adecuados para ello, dentro del respeto a las competencias que tiene atribuidas.

- En segundo lugar, el Título II del TFUE, contiene una serie de disposiciones de aplicación general que vienen a profundizar en este orden de ideas: el artículo 7 TFUE señala la necesaria coherencia entre todas las políticas y acciones de la Unión, teniendo en cuenta el conjunto de objetivos encomendados a la organización internacional: este mandato implica la necesidad de limar asperezas y contradicciones entre las políticas puestas en marcha para la consecución de los diferentes objetivos, la búsqueda de sinergias, la limitación de efectos contraproducentes. No obstante, no siempre resulta posible conciliar los diferentes propósitos debido a las numerosas contradicciones congénitas y tensiones entre las diversas dimensiones del proceso de integración europea. En cualquier caso, este título reitera y concreta nuevos objetivos de carácter transversal, cuya consecución podría verse facilitada mediante la asunción de obligaciones convencionales por parte de la Unión: de nuevo la igualdad entre el hombre y la mujer; la lucha contra la exclusión social; el logro de un nivel elevado de protección social, educación y protección de la salud humana; la erradicación de la discriminación; así como la buena gobernanza e implicación de la sociedad civil en las instituciones, órganos y organismos de la Unión. Lo cierto es que el nivel de realización de estos objetivos y parámetros como se verá no ha mejorado sustancialmente en los Estados miembros ni en la Unión desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, ya que pese a contar con mejores

herramientas jurídicas, la vida del mismo ha sido paralela a una crisis financiera internacional y a la subsiguiente crisis de las deudas soberanas de los Estados de la zona euro.

- En tercer lugar, no menos ambiciosa es la redacción del artículo 21 TUE en su primer y segundo apartados, que se enmarcan dentro de las disposiciones generales comunes a todos los ámbitos de la extensa acción exterior de la Unión Europea y nuevamente de carácter cuasi omnímodo: se habla del desarrollo, fomento y ampliación en el resto del mundo de la democracia, del Estado de Derecho, de la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, del respeto a la dignidad humana y hacia los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del Derecho internacional. Se aboga por la cooperación con organizaciones regionales o mundiales que compartan estos principios, con mención especial a las soluciones multilaterales a problemas comunes en el marco de Naciones Unidas.
- Por último, y aunque no sea una novedad introducida en la reforma operada por el Tratado de Lisboa, otras disposiciones dispersas en el articulado del TFUE en el marco de políticas concretas remiten al respeto de las disposiciones y objetivos de tratados internacionales como la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados o la Carta Social Europea de Turín de 1961 (artículos 78 y 151 TFUE). A los efectos de los razonamientos que se van a desarrollar en el presente apartado pueden ser útiles dichas remisiones, si bien, en la práctica se traducen en un homenaje de carácter formal y escaso contenido.

Por tanto, partiendo del precedente analizado de la conclusión por la Unión Europea de la CDPD y de la mayor visibilidad y centralidad que con el Tratado de Lisboa presentan los objetivos relativos a la protección doméstica de derechos humanos y a su promoción en el exterior, entraremos a analizar qué margen deja a las instituciones de la Unión Europea la jurisprudencia del TJUE relativa a las relaciones exteriores para que la Unión pueda convertirse en parte contratante en otros tratados internacionales sobre derechos humanos:

En primer lugar, como demuestra el caso de la discapacidad, en aquellas áreas donde el modelo legislativo de la Unión Europea anticipa y se erige en parte en punta de lanza

del fenómeno codificador convencional en el ámbito universal, la jurisprudencia *AETR*³⁷⁰, puede determinar la autoridad de la Unión para negociar y concluir tratados internacionales de derechos humanos en áreas pioneras que profundicen en la mencionada tendencia hacia la progresiva *sectorialización, individualización o especificación* de los derechos humanos de categorías homogéneas de personas que presentan necesidades particulares (piénsese en las posibilidades futuras de que aparezca un tratado internacional destinado a proteger los derechos humanos de las personas mayores, o a eliminar la discriminación específicamente por razón de creencias religiosas, orientación sexual, etc.)³⁷¹. En tales supuestos, la motivación de la Unión para participar en la negociación, elaboración y manifestación del consentimiento en obligarse en virtud de tratados internacionales radicaría en la necesidad de preservar e incluso exportar su modelo legislativo interno susceptible de ver afectada su uniformidad en caso de que fueran solo los Estados miembros los participantes en la fijación del contenido de un nuevo texto convencional. De este modo podría extraerse la autoridad de la Unión para concluir futuros tratados internacionales sobre derechos humanos sin llegar a excluir la capacidad contractual de los Estados miembros. Como ha puesto de manifiesto el TJUE en su Dictamen 1/03³⁷² el riesgo de afectación de las normas comunes del que deriva la competencia externa implícita de la Unión debe ponderarse mediante un análisis concreto y no *in abstracto*: la sola constatación de una

³⁷⁰ Sentencia de 31 de marzo de 1971, *Comisión c. Consejo*, *cit. supra*. Nótese que el Dictamen 2/91, de 19 de marzo de 1993, *cit. supra*, apartado 10, constata que la aplicación de la doctrina *AETR* no se limita a las medidas adoptadas en el ámbito de una política común.

³⁷¹ Debe verse la Propuesta de Directiva del Consejo, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, *cit. supra*. Esta normativa europea podría ser *exportada* al ámbito internacional mediante la elaboración de un tratado internacional que abordara las necesidades particulares de dichos colectivos pendientes de regulación convencional específicamente destinada a ellos. Los actuales tratados de Derechos Humanos no parecen dar una respuesta suficiente a las necesidades de protección de las denominadas *minorías sexuales* entre otros colectivos, véase, M. SCHEININ, “Sexual Rights as Human Rights -Protected under Existing Human Rights Treaties?”, *Nordic Journal of International Law*, Vol. 67, nº 1, 1998, pp. 17-35. De ser aprobada la propuesta de directiva mencionada la Unión dispondrá de un instrumento normativo que permitirá un amplio marco de protección de las minorías sexuales, de un modo equiparable al grado de protección que se establece para luchar contra la discriminación por razón de género o de origen racial, I. MANZANO BARRAGÁN, “La protección de las minorías sexuales en la Unión Europea”, *RDCE*, Año 13, nº 32, 2009, pp. 151-178. Téngase en cuenta el carácter pionero del artículo 13 TCE, introducido en virtud de la reforma del Derecho originario operada por el Tratado de Ámsterdam: dicho artículo permitió a la Comunidad la adopción de acciones para luchar contra la discriminación por razón de orientación sexual, en un momento en que no existía mención explícita a este tipo de discriminación ni en la Declaración Universal de Derechos Humanos, ni en las disposiciones del CEDH, ni en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

³⁷² Dictamen 1/03, de 7 de febrero de 2006, *cit. supra*. Puede verse sobre el mismo, T. KRUGER, “Opinion 1/03, Competence of the Community to Conclude the New Lugano Convention on the Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters”, *Columbia Journal of European Law*, 2006-2007, pp. 195-196.

correspondencia elevada entre los dominios cubiertos por un acuerdo internacional y aquellos cubiertos por las reglas internas no es suficiente para determinar la existencia de afectación, también deben tenerse en cuenta la naturaleza y el contenido de estas reglas y disposiciones y sus evoluciones previsibles futuras con la finalidad de determinar si el acuerdo es o no susceptible de atentar contra la aplicación uniforme y coherente de las reglas comunes³⁷³. Como se verá, este razonamiento podría permitir la autoridad de la Unión para adherirse a otros mecanismos convencionales ya existentes para la protección de los derechos humanos.

El segundo fundamento del que podría inferirse la existencia de competencia externa implícita para que la Unión pueda concluir ciertos tratados internacionales sobre derechos humanos radicaría no en el riesgo de afectación de reglas comunes, sino en la necesidad de ejercer la competencia externa para permitir un ejercicio útil de la competencia interna atribuida a la Unión: se trata del principio *in foro interno in foro externo* tal y como fue precisado por el TJUE en *Kramer*³⁷⁴ y su célebre Dictamen 1/76³⁷⁵; el TJUE precisó que siempre que en el ámbito interno se haya atribuido a las instituciones la competencia para la consecución de un objetivo determinado, la Comunidad (hoy la Unión³⁷⁶) estará facultada para contraer las obligaciones internacionales necesarias (en defecto de habilitación competencial expresa) para la realización de dichos objetivos a los que se orienta el ejercicio de la competencia interna, ello aun cuando no se haya llegado a ejercer la competencia interna. El TJUE parece requerir un nexo causal regido por un criterio de necesidad entre la participación de la Unión en el acuerdo internacional y la consecución del objetivo perseguido en aras de cuya consecución la Unión ha recibido la competencia interna atribuida de la que deriva el paralelismo. En su jurisprudencia posterior (Dictamen 1/94, *cielos abiertos*) el TJUE ha endurecido las condiciones para deducir según este razonamiento la existencia de una competencia externa implícita, exigiendo por un lado que la competencia interna únicamente pueda ejercitarse adecuadamente al mismo tiempo que la competencia externa, y por otro que la celebración del acuerdo internacional sea necesaria para

³⁷³ S. ADAM, P. DEVISSCHER, P. VAN ELSUWEGE, “Chronique de Jurisprudence Communautaire. Les relations extérieures (1er janvier 2006-31 décembre 2008)”, *loc. cit.*, pp. 480-481.

³⁷⁴ Sentencia de 14 de julio de 1976, *Kramer*, *cit. supra*.

³⁷⁵ Dictamen 1/76, de 26 de abril de 1977, *cit. supra*.

³⁷⁶ El TJUE no ha tenido ocasión de recordar esta doctrina específicamente referida a la Unión, en tanto que sucesora de la antigua Comunidad desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa que tuvo lugar el 1 de diciembre de 2009. Dicha doctrina ha sido parcialmente codificada en el actual artículo 3.2 TFUE.

realizar los objetivos del Tratado que no puedan alcanzarse mediante el establecimiento de normas autónomas³⁷⁷.

Para extraer la autoridad externa de la Unión para la conclusión de tratados de derechos humanos bastaría con que el TJUE relajara la exigencia en relación con el requisito de la simultaneidad entre el ejercicio de la competencia interna y externa, pero incluso sin una modificación sustancial de su doctrina puede mantenerse la existencia de tal competencia externa de la Unión que sería compartida con sus Estados miembros: dado el carácter transversal de los objetivos relativos a la protección de los derechos humanos que establecen los artículos 3.3 y 3.5 TUE así como 21.1 y 21.2 de este mismo tratado, numerosas competencias internas y también externas atribuidas a las instituciones deben ejercerse en aras de la consecución y como mínimo no frustración de tales objetivos (competencias en materia de no discriminación, empleo, política social, política comercial común, cooperación al desarrollo, cooperación policial y judicial en materia penal, política económica y monetaria o políticas sobre controles fronterizos, asilo e inmigración, medidas restrictivas frente a personas físicas o jurídicas, por señalar algunos ejemplos). El ejercicio de dichas competencias que se materializa en la adopción de actos o decisiones por parte de las instituciones que en ocasiones tienen alcance extraterritorial o rigen la posición jurídica de nacionales de terceros Estados, no siempre es conforme a las exigencias del Derecho internacional de los Derechos Humanos: no puede señalarse axiomáticamente que dicha conformidad se produzca de forma automática, necesaria e inescrutable por el mero hecho de que las instituciones invoquen y reafirmen solemnemente su voluntad de respetar los derechos humanos. Por tanto, sin entrar en este momento en un análisis casuístico de bases jurídicas y acuerdos internacionales concretos, podría inferirse la competencia externa implícita de la Unión de una lectura finalista y teleológica del Dictamen 1/76 del TJUE: tal competencia existiría en aquellos casos en que la única forma de garantizar que la competencia interna para el establecimiento de normas autónomas contribuya a la realización de los objetivos antes mencionados, o al menos no obstruya e interfiera en su consecución y protección, sea procediendo la Unión a manifestar su consentimiento en obligarse por vía convencional con arreglo a un determinado tratado cuyo mecanismo de supervisión o control permita constatar si el ejercicio de la competencia interna es conforme o no a las obligaciones internacionales en materia de derechos

³⁷⁷ Dictamen del TJUE, 1/94, de 15 de noviembre de 1994, *cit. supra*, apartado 89; y Sentencia de 5 de noviembre de 2002, *Comisión c. Dinamarca*, *cit. supra*, apartado 57.

humanos. Por tanto, existiría competencia externa implícita siempre y cuando se acredite el nexo entre la conclusión del acuerdo internacional y la garantía de que el ejercicio de las competencias internas estará orientado al logro de sus objetivos de derechos humanos o no los conculcará. Ésta sería una forma indiciaria de orientar el ejercicio de las competencias internas a la consecución de dichos objetivos, sin que necesariamente suponga la vinculación convencional una garantía absoluta de respeto a las normas de derechos humanos. No obstante, dicha vinculación sí podría proporcionar elementos de juicio suficientes a las instituciones para enjuiciar el grado de cumplimiento de dichos objetivos, de ahí que pueda defenderse la necesidad de que la Unión se adhiriera a ciertos tratados internacionales de derechos humanos para garantizar que el ejercicio de las competencias internas atribuidas a las instituciones y la adopción de normas autónomas en virtud de ellas constituyen una traducción adecuada de los numerosos objetivos dispersos en el Derecho originario que entroncan con la protección de los derechos humanos. En cualquier caso, conviene mantener la cautela ante la virtualidad de que las instituciones y los Estados miembros representados en el Consejo de la Unión decidan explorar esta vía competencial.

En tercer lugar, en ausencia de competencia explícita, cabe señalar como *ultima ratio* para determinar la competencia externa de la Unión Europea para convertirse en parte contratante en tratados internacionales sobre derechos humanos el recurso a la cláusula de imprevisión competencial ahora recogida en el artículo 352 TFUE. Ésta entraría en juego dada la ausencia de poderes explícitos atribuidos a las instituciones para lograr objetivos como el referente a la protección de la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos en las relaciones con el resto del mundo, ahora bien, su activación además de estar vedada en las materias PESC, requiere elevadas cotas de voluntad política: unanimidad en el Consejo, propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo. Por supuesto, el empleo de esta cláusula no es enteramente discrecional sino que está sujeto al control del TJUE. No debe desdeñarse que el artículo 352 TFUE (entonces 235 TCE) sirvió en 1999 como base jurídica para la adopción de un Reglamento comunitario relativo a la asistencia técnica y financiera a las acciones destinadas a la promoción y protección en el exterior de los derechos humanos³⁷⁸.

³⁷⁸ Reglamento 976/1999/CE del Consejo, de 29 de abril de 1999, por el que se fijan los requisitos para la aplicación de las acciones comunitarias, distintas de las de cooperación al desarrollo que, dentro del marco de la política de cooperación comunitaria, contribuyan a alcanzar el objetivo general de desarrollar

3.3. Algunos tratados internacionales para la protección de los derechos humanos cuya conclusión podría plantearse la Unión Europea dentro del respeto al principio de atribución de competencias.

En el apartado 2.8 de este PRIMER CAPÍTULO, relativo a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se anticipó la existencia de competencia externa para que la Unión Europea pueda adherirse con idéntico razonamiento a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965, así como a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 al haber legislado en gran medida en áreas cubiertas por estos tratados internacionales³⁷⁹. Sin ir más lejos, la flamante Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, invoca en el sexto considerando de su Preámbulo la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979³⁸⁰. Igualmente se apuntó en el referido apartado 2.8 la posible utilización de la cláusula de flexibilidad del artículo 352 TFUE para que la Unión pudiera convertirse en parte contratante de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. Éstos no son los únicos supuestos en que resulta pertinente plantearse la competencia externa de la Unión Europea; por ejemplo, la nueva competencia que introduce el artículo 75 TFUE dentro del Espacio de Libertad,

y consolidar la democracia y el Estado de Derecho así como respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales en los terceros países, D.O.U.E. Serie L 120/1, de 8 de mayo de 1999. Este Reglamento señala en su Preámbulo que la acción exterior de la entonces Comunidad relativa a la promoción de los derechos humanos debe estar informada por los principios generales contenidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, y el Convenio de 1948 para la prevención y la sanción del delito de genocidio, “*así como otras normas de Derecho internacional convencional o consuetudinario*”.

³⁷⁹ Dicha competencia externa podría establecerse con arreglo a la jurisprudencia *AETR* y tendría un carácter exclusivo derivado del campo de aplicación de la regulación interna que la Unión ya ha adoptado en las materias cubiertas por estos tratados internacionales; no obstante, dicho carácter exclusivo de la competencia de la Unión no podría predicarse respecto de estos tratados internacionales en su integridad de un modo que excluya a los Estados miembros. En este sentido véanse: la Sentencia de 5 de noviembre de 2002, *Comisión c. Alemania*, asunto C-476/98, Rec. 2002, p. I-9855, apartado 124; y la Sentencia de 21 de diciembre de 2011, *Air Transport Association of America y otros c. Secretary of State for Energy and Climate Change*, asunto C-366/10, (pendiente de publicación), Rec. 2011, apartado 69. Para confirmar la existencia de dicha autoridad para adherirse a estos tratados internacionales puede acudirse de forma adicional al criterio de la necesidad para el logro de los objetivos atribuidos a la Unión, véanse en este sentido: el Dictamen 1/76, de 26 de abril de 1977, *cit. supra*, apartado 4; y el Dictamen 2/91, de 19 de marzo de 1993, *cit. supra*, apartado 3.

³⁸⁰ Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, D.O.U.E. Serie L 315/57, de 14 de noviembre de 2012.

Seguridad y Justicia permite a la Unión adoptar en el marco de la lucha contra el terrorismo un marco de medidas administrativas sobre movimientos de capitales y pagos, tales como la inmovilización de fondos, activos financieros o beneficios económicos, cuya propiedad, posesión o tenencia ostenten personas físicas o jurídicas, grupos o entidades no estatales. Dicha competencia interna puede afectar negativamente a algunos de los derechos recogidos en el Pacto de 1966 de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos³⁸¹, por lo que de nuevo y a la luz del Dictamen 1/76, la competencia interna potencial aun sin haberse ejercido puede dar a la Unión la competencia externa siempre y cuando la participación de la Unión en el acuerdo internacional sea necesaria para la consecución de alguno de los objetivos de la Unión. En este caso las denominadas “sanciones inteligentes” que contempla el artículo 75 TFUE se orientan al logro de un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia entre cuyos objetivos primordiales se encuentra el respeto a los derechos fundamentales³⁸². Otro ejemplo de actos susceptibles de otorgar competencia externa a la Unión para convertirse en parte contratante en el Pacto de 1966 sobre Derechos Civiles y Políticos son las Decisiones adoptadas en el marco de la PESC, al margen de resolución alguna del Consejo de Seguridad, sobre medidas restrictivas contra determinadas personas y entidades implicadas o responsables de violaciones graves de los derechos humanos en Irán, o asociadas con aquéllas³⁸³.

Siguiendo esta línea de razonamiento y a la luz de algunas de las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se ha dicho que del ejercicio de los poderes exclusivos que la Unión ostenta en el ámbito de la Política Agrícola Común o para la adopción de sanciones económicas dentro de la Política

³⁸¹ Constituye una obligación internacional común a todos los Estados miembros de la Unión Europea.

³⁸² Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el TJUE ha considerado que la base jurídica adecuada para el Reglamento 1286/2009/UE de 22 de diciembre de 2009, relativo a las medidas restrictivas contra determinadas personas y entidades asociadas con Osama Bin Laden, la red Al Qaeda y los talibanes no era el artículo 75 TFUE, que sigue el procedimiento legislativo ordinario con plena intervención del Parlamento Europeo y pronunciamiento del Consejo de la Unión por mayoría cualificada, sino el artículo 215 apartado 2 TFUE, donde el Parlamento Europeo únicamente debe ser informado. Además de en el procedimiento y en las menores prerrogativas que el Parlamento Europeo tiene en el artículo 215. 2 TFUE, la diferencia entre ambas bases jurídicas estriba en que el empleo del artículo 215 apartado 2 TFUE requiere la existencia de un previo acto adoptado en el ámbito de la PESC. Debe verse la Sentencia de 19 de julio de 2012, *Parlamento c. Consejo*, asunto C-130/10, (pendiente de publicación), Rec. 2012.

³⁸³ Entre otras, véase, la Decisión 2011/235/PESC del Consejo, de 12 de abril de 2011, relativa a medidas restrictivas dirigidas contra determinadas personas y entidades habida cuenta de la situación en Irán, D.O.U.E. Serie L 100/51, de 14 de abril de 2011. Véase F. JIMÉNEZ GARCÍA, “Las sanciones internacionales en el marco europeo: ‘Protección diplomática subsidiaria’, ‘Contramedidas colectivas’ y el Estado de Derecho. Reflexiones en torno al asunto Bank Melli Iran y el derecho de defensa”, *RGDE*, nº 29, 2013. Asimismo J. D. JANER TORRENS, “La tutela de los derechos fundamentales en la adopción de medidas sancionadoras por la Unión Europea”, *RDCE*, nº 43, 2012, pp. 773-806.

Comercial Común podrían derivarse acciones y medidas que entraran en conflicto con algunos de los derechos recogidos en el Pacto de 1966 de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁸⁴. Dichas atribuciones con idéntico razonamiento al Pacto de Derechos Civiles y Políticos ofrecerían la competencia externa a la Unión para acceder a este tratado del que igualmente son parte todos sus Estados miembros.

El artículo 153 TFUE otorga a la Unión en materia social y laboral una competencia complementaria a la de los Estados miembros para el logro de los objetivos fijados en el artículo 151 TFUE en el que se invoca la Carta Social Europea de Turín de 18 de octubre de 1961. Se ha dicho que en la medida en que la Unión ha ejercido su competencia normativa interna en el dominio social sobre áreas que coinciden con los derechos enunciados en la Carta Social Europea tiene la competencia externa para adherirse a ella de acuerdo con lo razonado por el TJUE en el Dictamen 2/91³⁸⁵.

³⁸⁴ I. BUTLER, O. DE SCHUTTER, “Binding the EU to International Human Rights Law”, *loc. cit.*, p. 315. Véanse, la Observación General N° 12, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11)*, 20° Período de Sesiones, 1999, HRI/GEN/1/Rev.8, pp. 71-80; y la Observación General N° 8, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales*, 17° Período de Sesiones, 1997, HRI/GEN/1/Rev.8, pp. 57-60. En esta última observación general se aprecia la importancia de que las obligaciones del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales tengan alcance extraterritorial para su efectiva realización; precisamente dicho alcance no ha sido expresamente contemplado en el Derecho de la Unión, que sin embargo, ostenta la competencia para adoptar medidas que pueden afectar negativamente a dichos derechos. En mayor detalle puede verse, A. CLAPHAM, “Sanctions and Economic, Social and Cultural Rights” en V. GOWLLAND-DEBBAS (ed.), *United Nations Sanctions and International Law*, Kluwer, La Haya, 2001, pp. 131-141.

³⁸⁵ Dictamen 2/91, de 19 de marzo de 1993, *cit. supra*, apartados 14-17. Véanse, O. DE SCHUTTER, “L’adhésion de l’Union européenne à la Charte sociale européenne révisée”, *loc. cit.*, p. 14; también, O. DE SCHUTTER, “Anchoring the European Union to the European Social Charter: The Case for Accession”, en G. DE BURCA, B. DE WITTE (eds.), *Social Rights in Europe*, Oxford University Press, 2005, pp. 111-152. Claramente la previsión de una base jurídica para la adhesión al CEDH en el Derecho originario, y la ausencia de mandato expreso para la Unión de acceder a la Carta Social Europea son indicativas de la consideración privilegiada que en la práctica de la Unión Europea han recibido tradicionalmente los derechos civiles y políticos frente a los derechos sociales, económicos y culturales. Esta atención privilegiada también se da en el Consejo de Europa: mientras que el CEDH tiene un mecanismo de control que implica la posibilidad de dictar sentencias obligatorias, el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea de 9 de noviembre de 1995 otorga al Comité Europeo de Derechos Sociales la competencia para examinar reclamaciones colectivas, pero en el caso de que sus informes concluyan que no se ha dado aplicación satisfactoria a uno de los derechos recogidos en la Carta únicamente el Comité de Ministros por mayoría de dos tercios puede decidir dirigir una recomendación al Estado en cuestión. La mayor parte de Estados miembros no han consentido obligarse con arreglo a este sistema. Por su parte la Carta Social Europea no ha sido ratificada por todos los Estados miembros (Bulgaria, Eslovenia, Estonia, Lituania y Rumanía no lo han hecho) y en su versión revisada de 3 de mayo de 1996 tampoco constituye una obligación internacional común a todos los Estados miembros de la Unión Europea (Alemania, Dinamarca, España, Grecia, Letonia, Luxemburgo, Polonia, Reino Unido y República Checa no se han obligado en relación con ella). Debe tenerse en cuenta que no toda la responsabilidad de la postergación de los derechos sociales en relación con la vertiente económica del proceso de integración europea y en relación con los derechos civiles y políticos es imputable a la Unión Europea, puesto que durante las negociaciones tendentes a la adopción de la Carta Social Europea revisada, fue el Comité de Ministros del Consejo de Europa el que rechazó una propuesta de incluir en dicho instrumento una

El artículo 78 TFUE señala que la política común en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal que la Unión Europea debe desarrollar debe ajustarse a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y al Protocolo de 31 de enero de 1967³⁸⁶ sobre el Estatuto de los Refugiados, en este caso, se ha apuntado que resultaría de aplicación el artículo 30.2 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados: “[c]uando un tratado especifica que está subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado, prevalecerán las disposiciones de este último”³⁸⁷. Por tanto, en caso de conflicto entre la interpretación de una disposición del TFUE y la Convención de Ginebra de 1951, parece, siguiendo dicho razonamiento, que las disposiciones de ésta última prevalecerían; en teoría ésta funcionaría además como parámetro de legalidad (mediato si se quiere) de todo el derecho derivado que ha sido adoptado en la materia. Precisamente, la puesta en marcha de un *sistema europeo común de asilo*, ha supuesto en su primera fase -ahora sujeta a revisión mediante el procedimiento legislativo ordinario- la adopción de un importante conjunto de medidas legislativas³⁸⁸, suficientes

cláusula que autorizase la adhesión al mismo de la entonces Comunidad Europea. Por su parte, JIMENA QUESADA, miembro del Comité Europeo de Derechos Sociales califica de incomparablemente más rica la jurisprudencia de este organismo en materia social que la de los tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo, véase, L. JIMENA QUESADA, “La Carta Social Europea y la Unión Europea”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 13, 2009, pp. 405. El precedente que la Unión Europea presenta dentro del dominio del *soft law* es la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, Declaración adoptada por los Jefes de Estado o de gobierno de sus Estados miembros (a excepción de Reino Unido) el 9 de diciembre de 1989 en Estrasburgo y que la CDFUE invoca y reafirma al igual que la propia Carta Social Europea.

³⁸⁶ Ambos han sido ratificados por todos los Estados miembros.

³⁸⁷ V. MORENO LAX, “Must EU Borders have Doors for Refugees? On the Compatibility of Schengen Visas and Carriers’ Sanctions with EU Member States’ Obligations to Provide International Protection to Refugees”, *European Journal of Migration and Law*, Vol. 10, nº 3, 2008, p. 347. Esta misma reflexión podría extrapolarse perfectamente al CEDH al que se refiere el artículo 6.3 TUE como fuente de inspiración de los principios generales del derecho, aunque siempre bajo la discrecionalidad del TJUE en su aplicación, o a la Carta Social Europea cuyos derechos se configuran como principios rectores de la política social de la Unión Europea en el artículo 151 TFUE.

³⁸⁸ El conocido como *asylum package*, está integrado por: la Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida, D.O.U.E. Serie L 212/12, de 7 de agosto de 2001; la Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros, D.O.U.E. Serie L 31/18, de 6 de febrero de 2003; el Reglamento 343/2003/CE del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país, D.O.U.E. Serie L 50/1, de 25 de febrero de 2003; la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, D.O.U.E. Serie L 304/12, de 30 de abril de 2004; y por último, la Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los

para otorgar la competencia externa a la Unión para adherirse formalmente a este tratado internacional y a su protocolo, adhesión que arrojaría mayor certidumbre jurídica. De este modo, la Agencia FRONTEX³⁸⁹ quedaría obligada internacionalmente, de forma explícita y convencional, en sus operaciones de coordinación de las autoridades de los Estados miembros encargadas del control fronterizo y migratorio a respetar una garantía esencial que regula este tratado: la prohibición de *refoulement*, que también ha sido incorporada en la CDFUE³⁹⁰, la cual asume la jurisprudencia del TEDH³⁹¹. La diferencia es que mediante la asunción expresa de esta obligación jurídica por vía convencional se visibiliza, refuerza y consolida esta obligación *erga omnes*, más allá del más que probable carácter de norma imperativa de la prohibición de *refoulement*³⁹², y más allá del sistema “*autoreferenciado*”³⁹³ de la CDFUE y de la incorporación por referencia³⁹⁴ que tanto ésta como el Derecho originario realizan de la Convención de Ginebra y cuyo control culmina en el propio TJUE, en la perspectiva de que el proceso de adhesión de la Unión al CEDH se vea completado.

Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, D.O.U.E. Serie L 326/13, de 13 de diciembre de 2005. La Directiva 2004/83/CE ha sido objeto de refundición por la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, D.O.U.E. Serie L 337/9, de 20 de diciembre de 2011.

³⁸⁹ Fue establecida por el Reglamento 2007/2004/CE del Consejo, de 26 de octubre de 2004, por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea, D.O.U.E. Serie L 349/1, de 25 de noviembre de 2004. Véase el Reglamento 1168/2011/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, que modifica el anterior Reglamento, D.O.U.E. Serie L 304/1, de 22 de noviembre de 2011.

³⁹⁰ Véase el artículo 19.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

³⁹¹ La CDFUE ha incorporado la jurisprudencia del TEDH relativa al alcance extraterritorial del artículo 3 CEDH en los casos de devolución/expulsión de un individuo que se inició con la germinal Sentencia del TEDH de 7 de julio de 1989, *Soering*, Recurso nº 14038/88, véase su apartado 91. Un comentario sobre la misma en, J. ROLDÁN BARBERO, “La extradición y la pena de muerte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. La sentencia *Soering* de 7 de julio de 1989”, *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 17, nº 2, 1990, pp. 537-558.

³⁹² Véanse, J. ALLAIN, “The *jus cogens* Nature of *non-refoulement*”, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 13, nº 4, 2001, pp. 533-558; así como A. FARMER, “Non-Refoulement and Jus Cogens: Limiting Anti-Terror Measures that Threaten Refugee Protection”, *Georgetown Immigration Law Journal*, Vol. 23, nº 1, 2008, disponible en: http://works.bepress.com/alice_farmer/1. Sobre el carácter etéreo de la noción de *jus cogens* cuya configuración normativa en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados ha sido calificada de *caja de Pandora*, debe verse, A. BIANCHI, “Human Rights and the Magic of Jus Cogens”, *European Journal of International Law*, Vol. 19, nº 3, 2008, pp. 491-508.

³⁹³ Término acuñado para enfatizar la idea de que el modelo de protección de los derechos fundamentales de la UE tradicionalmente ha pretendido transmitir la idea de que la protección de los derechos fundamentales nace y se agota en el ordenamiento autónomo de la Unión en el que el TJUE ha extraído libremente los principios generales del ordenamiento internacional y de los ordenamientos constitucionales de los Estados miembros. Véase I. BUTLER, O. DE SCHUTTER, “Binding the EU to International Human Rights Law”, *loc. cit.*, p. 303.

³⁹⁴ P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, “La incorporación por referencia en el derecho de los Tratados”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 37, nº 1, 1985, pp. 7-40.

La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha venido mostrando su preocupación acerca del modo de gestionar por los Estados miembros los flujos migratorios denominados *mixtos* (es decir, aquellos que incluyen a refugiados, solicitantes de asilo, migrantes económicos y otros migrantes) llegados en procedencia de la ribera sur del Mediterráneo³⁹⁵. La práctica de los Estados miembros ribereños, tanto previa como posterior a los cambios radicales introducidos por las *primaveras árabes*, se ha visto recientemente censurada por el TEDH³⁹⁶, que con ocasión de la aplicación de los acuerdos bilaterales entre Italia y Libia para cooperar en la lucha contra la inmigración clandestina, ha reafirmado el carácter consuetudinario y extraterritorial de la prohibición de *refoulement* -siguiendo la opinión del ACNUR-³⁹⁷. En similares términos se ha pronunciado la Corte Suprema de Australia, al entender que un acuerdo bilateral entre Australia y Malasia, en el que se establecía la devolución a este segundo país de inmigrantes irregulares y potenciales demandantes de asilo interceptados en el mar por las autoridades australianas: la Corte censura que las escasas

³⁹⁵ Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, 1821 (2011), *L'interception et le sauvetage en mer de demandeurs d'asile, de réfugiés et de migrants en situation irrégulière*, Estrasburgo, 21 de junio de 2011, disponible en:

<http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta11/FRES1821.htm>.

Ésta definición es la que propone la Organización Internacional de las Migraciones para los denominados flujos mixtos, en tanto que movimientos de población complejos, véase *International Migration Law. Glossary on Migration*, Ginebra, 2004, p.42, disponible en:

http://www.iom.int/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/shared/mainsite/published_docs/serial_publications/Glossary_eng.pdf

Asimismo, M. E. SALAMANCA AGUADO, “La dimensión exterior de la política común de asilo: ¿solidaridad internacional o elusión de responsabilidades?”, en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.), *La dimensión exterior del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea*, Iustel, Madrid, 2012, pp. 274-275.

³⁹⁶ Véase, *Bulletin Quotidien Agence Europe* de 24 de febrero de 2012, punto 7.

³⁹⁷ Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, Recurso nº 27765/09. Este asunto deja abierta la incógnita de si actuaban dentro del ámbito del Derecho de la Unión las autoridades italianas que interceptaron a los residentes de Eritrea y Somalia en aguas de Malta, que fueron posteriormente devueltos a Libia, en aplicación del acuerdo bilateral, sin posibilidad de introducir una demanda de asilo en el territorio de ningún Estado miembro de la Unión Europea. Nótese que el TEDH en su decisión otorgó un valor especial a la opinión de la carta dirigida el 15 de mayo de 2009 por el entonces vice-presidente de la Comisión Europea Jacques Barrot al presidente de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo, en ella el vice-presidente de la Comisión Europea reitera la importancia del principio de *non-refoulement* en las operaciones que los Estados miembros llevan a cabo en alta mar (y aunque no lo diga expresamente la extraterritorialidad alcanza el ejercicio de jurisdicción en el sentido del artículo 1 del CEDH también en aguas territoriales de terceros Estados). El TEDH se hace eco de que el artículo 19 CDFUE también contiene esta garantía, denotando esa cierta deferencia hacia el Derecho de la Unión. Véase el apartado 135 de la Sentencia. Sobre este asunto debe verse V. MORENO LAX, “Hirsi Jamaa and Others v Italy or the Strasbourg Court versus Extraterritorial Migration Control?”, *Human Rights Law Review*, Vol. 12, nº 3, 2012, pp. 574-598. En mayor detalle sobre las políticas de externalización del control de fronteras y el denominado *neo-refoulement* en mar territorial de terceros Estados debe verse, C. J. GORTÁZAR ROTAECHÉ, “La dimensión exterior del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. El SECA y la externalización del control de fronteras en la UE: el peculiar problema de los espacios marinos”, en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.), *La dimensión exterior del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea*, Iustel, Madrid, 2012, pp. 217-234.

garantías de que los potenciales demandantes de asilo devueltos reciban en Malasia acceso a un proceso justo de determinación del estatuto de refugiado pueden conducir a una vulneración de la prohibición de *refoulement*³⁹⁸.

La Unión Europea y todas sus instituciones, organismos y agencias ya están, por tanto, obligadas por esta norma de *non-refoulement*; bien en su calidad de norma imperativa, bien sea meramente como una norma de naturaleza consuetudinaria³⁹⁹: no obstante la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha puesto de manifiesto que las garantías de respeto al Derecho internacional de los derechos humanos en las operaciones conjuntas que coordina FRONTEX siguen siendo insuficientes⁴⁰⁰.

La atribución competencial interna de la Unión para el desarrollo de una política de control de las fronteras exteriores y de control de los flujos migratorios igualmente podría suscitar la adhesión a un tratado internacional que no ha sido ratificado por ningún Estado miembro de la Unión Europea hasta la fecha, por lo que de plantearse la Unión lanzaría un llamamiento a sus Estados miembros: la Convención de Naciones Unidas sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de 18 de diciembre de 1990.

En el ámbito del Consejo de Europa encontramos varios ejemplos de tratados destinados a la protección de los derechos humanos que han previsto que la Unión Europea (la antigua Comunidad Europea) se convierta en parte contratante (amén del ya citado CEDH): el primero es el innovador Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997⁴⁰¹; el segundo es el Protocolo

³⁹⁸ S. LOWES, “The Legality of Extraterritorial Processing of Asylum Claims: The Judgment of the High Court of Australia in the ‘Malaysian Solution’ Case”, *Human Rights Law Review*, Vol. 12, nº 1, 2012, pp. 168-182.

³⁹⁹ Debe verse la Opinión Concurrente del juez del TEDH PINTO DE ALBUQUERQUE (Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, *cit. supra*) en la que señala que la prohibición de *refoulement* constituye a la vez una norma de *ius cogens*, una norma de naturaleza consuetudinaria y una norma de alcance *erga omnes* y extraterritorial.

⁴⁰⁰ “Alors que l’Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des Etats membres de l’Union européenne (Frontex) joue un rôle de plus en plus grand en matière d’interception en mer, les garanties du respect des droits de l’homme et des obligations relevant du droit international et du droit communautaire dans le contexte des opérations conjointes qu’elle coordonne sont insuffisantes”, Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, 1821 (2011), *cit. supra*. Debe verse sobre los interrogantes en materia de derechos humanos que plantean las operaciones de FRONTEX en especial cuando son llevadas a cabo más allá de las aguas que están sometidas a la jurisdicción de los Estados miembros, M. URREA CORRES, “El control de fronteras de la Unión Europea y su dimensión exterior: algunos interrogantes sobre la actuación de FRONTEX”, en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.), *La dimensión exterior del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea*, Iustel, Madrid, 2012, pp. 235-254.

⁴⁰¹ Serie de Convenios del Consejo de Europa (CETS en adelante) Nº 164. Este tratado internacional no ha sido ratificado por todos los Estados miembros pese a que las disposiciones contenidas en los artículos

Adicional al Convenio para la Protección de las Personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 2001⁴⁰², y que prevé asimismo la adhesión de la Unión al Convenio de 28 de enero de 1981⁴⁰³; mientras que en tercer lugar encontramos el Convenio (CETS N° 197) sobre la lucha contra la trata de seres humanos adoptado el 16 de mayo de 2005 en Varsovia; en cuarto lugar, el Convenio para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007⁴⁰⁴; y por último, encontramos el Convenio del Consejo de Europa para la lucha contra la violencia doméstica y hacia la mujer y su prevención (CETS N° 210) abierto a la firma en Estambul el 11 de mayo de 2011 que también prevé la adhesión de la Unión Europea⁴⁰⁵.

En el caso de los derechos humanos en el ámbito de la biología y la medicina la previsión de que la Unión se adhiera no se trata de un *brindis al sol*, no en vano, la Unión dispone en virtud del artículo 168.4 a) TFUE de la atribución competencial para adoptar mediante el procedimiento legislativo ordinario medidas que establezcan altos niveles de calidad y seguridad de los órganos y sustancias de origen humano, así como de la sangre y derivados de la sangre. Puede decirse que la Unión ha legislado en ámbitos cubiertos por el Convenio de Oviedo en grado suficiente para considerar como necesaria su adhesión y para establecer su competencia externa⁴⁰⁶.

1 y 3 de la CDFUE están claramente inspiradas en él. Igualmente, el Protocolo Adicional a este Convenio hecho en París el 12 de enero de 1998, CETS N° 168, donde se establece la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos prevé que la Unión Europea pueda participar. Véase C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, “El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la dignidad del Ser Humano con respecto a la aplicación de la Biología y la Medicina: Convención sobre Derechos Humanos y Biomedicina”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n° 7, 1997, pp. 105-120.

⁴⁰² CETS N° 181, no ha sido ratificado por todos los Estados miembros.

⁴⁰³ CETS N° 108, constituye una obligación convencional común a todos los Estados miembros. Sobre este Convenio puede verse, G GARZÓN CLARIANA, “La protección de los datos personales y la función normativa del Consejo de Europa”, *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 8, n° 1, 1981, p. 9-25. La participación de la Unión Europea en acuerdos internacionales adoptados en el seno del Consejo de Europa no se limita a los supuestos hasta ahora mencionados, véase, R. BRILLAT, “La participation de la Communauté européenne aux conventions du Conseil de l’Europe”, *Annuaire Français de Droit International*, Vol. 37, 1991, pp. 819-832.

⁴⁰⁴ CETS N° 201. No se trata de un instrumento que haya recibido la ratificación unánime de los Estados miembros de la Unión Europea.

⁴⁰⁵ La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, *cit. supra*, alude a este tratado internacional en el sexto considerando de su Preámbulo. Sin duda, este ejemplo es una muestra de la imbricación entre el Consejo de Europa y la Unión Europea, así como de que la Unión Europea ha preferido hasta la fecha presente dar aplicación autónoma a las obligaciones dimanantes de este tratado internacional sin convertirse en parte contratante del mismo.

⁴⁰⁶ Véanse la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, D.O.U.E. Serie L 213/13, de 30 de julio de 1998, sobre su aplicación resulta interesante la reciente Sentencia del TJUE de 18 de octubre de 2011, *Brüstle c. Greenpeace eV*, asunto C-34/10, (pendiente de publicación), Rec. 2011, en ella el TJUE además

En el caso del Convenio relativo a la protección de datos de carácter personal, la competencia externa de la Unión puede establecerse siguiendo el mismo razonamiento: el artículo 16 TFUE prevé una base jurídica para la adopción de normativa interna con arreglo al procedimiento legislativo ordinario⁴⁰⁷ y el artículo 39 TUE prevé una disposición específica para el ámbito de la PESC que atribuye al Consejo de la Unión la potestad para adoptar una decisión donde fije el marco legal para la protección de los datos de carácter personal de personas físicas⁴⁰⁸.

Por su parte el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, podría ser concluido por la Unión, aprovechando las competencias atribuidas en materia de asilo e inmigración, siguiendo el ejemplo establecido al adherirse al conocido como *Protocolo de Palermo* adoptado en el ámbito de Naciones Unidas⁴⁰⁹.

En cambio, en el caso del Convenio para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual la base jurídica más plausible a priori se antoja el artículo 352 TFUE para la persecución del objetivo de la protección de los derechos del niño, formulado con carácter amplio en el nuevo artículo 3.3 TUE.

Amén del recurso a la cláusula de flexibilidad como *ultima ratio*, es probable que la Unión Europea ya haya ganado la competencia implícita para adherirse al Convenio del Consejo de Europa para la lucha contra la violencia doméstica y hacia la mujer y su prevención debido a la intensidad del Derecho derivado que ha sido ya adoptado en áreas conexas con él.

de señalar una definición del término “embrión humano” deja a discreción del juez nacional si deben ser consideradas como embriones humanos las células madre obtenidas a partir de un embrión humano en el sentido de la Directiva, en cualquier caso, su posible patentabilidad queda limitada a supuestos de utilización con fines terapéuticos o de diagnóstico. Igualmente importante a estos efectos resulta la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, relativa al establecimiento de normas de calidad y de seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos, D.O.U.E. Serie L 102/48, de 7 de abril de 2004.

⁴⁰⁷ Esta competencia se ejerció con la adopción de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, D.O.U.E. Serie L 381/31, de 23 de noviembre de 1995.

⁴⁰⁸ En la introducción de este artículo puede estar presente la intención de evitar litigios como el relativo a los Acuerdos PNR con Estados Unidos, véase la Sentencia de 30 de mayo de 2006, *Parlamento Europeo c. Consejo y Comisión*, cit. supra.

⁴⁰⁹ Véase la Decisión del Consejo 2006/619/CE, de 24 de julio de 2006, relativa a la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada en lo que se refiere a las disposiciones del Protocolo, en la medida en que estas entran en el ámbito de aplicación de la parte III, título IV, del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, D.O.U.E. Serie L 262/51, 22 de septiembre de 2006.

Lo cierto es que la Unión Europea no se ha adherido hasta el momento presente a ninguno de los tratados internacionales de derechos humanos adoptados en el seno del Consejo de Europa que posibilitan expresamente la adquisición de la condición de parte contratante. En cualquier caso, la causa radica no en la falta de competencia de la Unión Europea para convertirse en parte contratante de los mismos, sino en la ausencia de voluntad política.

Esta enumeración de tratados no pretende ser exhaustiva ni agotar los hipotéticos supuestos en que pueda ejercerse la actividad convencional de la Unión en el ámbito de los derechos humanos, más bien se apunta con la intención de ejemplificar los casos más significativos.

En cuanto al posible uso de la cláusula de flexibilidad del artículo 352 TFUE, anteriormente se señaló además la posibilidad de emplearla para adherirse a la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989⁴¹⁰; pero de nuevo éste no agota las posibilidades de este mecanismo para subsanar la imprevisión competencial expresa en el campo de los derechos humanos: el nuevo artículo 352 TFUE deja claro que permite perseguir dentro del ámbito de las políticas definidas en los Tratados la consecución de uno de los objetivos que éstos fijan, siempre y cuando ninguna otra disposición del Derecho originario otorgue a las instituciones la competencia necesaria para adoptar el acto tendente a alcanzar dichos objetivos⁴¹¹. Este mecanismo es subsidiario y no complementario al recurso a las competencias implícitas, y en ningún caso puede emplearse para atribuir nuevas competencias a la Unión ni para modificar la naturaleza de aquellas competencias que tiene atribuidas⁴¹². Fuera de la virtualidad del mecanismo de flexibilidad quedan los objetivos definidos para la PESC⁴¹³. Otra limitación inherente

⁴¹⁰ Del mismo modo la cláusula de flexibilidad podría emplearse para la conclusión del Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos del niño, Convenio nº 160 del Consejo de Europa, de 25 de enero de 1996, que se trata de un acuerdo internacional ignorado por la gran mayoría de Estados miembros.

⁴¹¹ Véase la Sentencia del TJUE de 26 de marzo de 1987, *Comisión c. Consejo*, asunto 45/86, Rec. 1987, p. 1493, apartado 13.

⁴¹² E. NEFRAMI, *L'Action extérieure de l'Union européenne. Fondements, moyens, principes*, op. cit., pp. 71-75.

⁴¹³ El Tribunal General (antiguo TPI), aceptó que el antiguo artículo 308 TCE (actual 352 TFUE) no se encontraba limitado al logro de objetivos inherentes al Mercado Común, y permitió que sirviese para que las herramientas de la entonces Comunidad se emplearan para alcanzar los propósitos de la PESC: véase la Sentencia del Tribunal General de 21 de septiembre de 2005, *Kadi c. Consejo y Comisión*, asunto T-315/01, Rec. 2005, p. II-3649, apartados 87-135. En cambio, el TJUE negó la posibilidad de emplear el entonces artículo 308 TCE al servicio de los propósitos de la PESC vinculando su utilización para implementar las resoluciones del Consejo de Seguridad en materia de lucha contra el terrorismo internacional con objetivos de la Comunidad, véase la Sentencia de 3 de septiembre de 2008, *Kadi/Al Barakaat International Foundation c. Consejo y Comisión*, cit. supra, apartado 235. Sobre la tolerancia del antiguo TPI a esta “pasarela” entre los objetivos de la PESC y los instrumentos de la Comunidad véanse, J. ROLDÁN BARBERO, “Jurisprudencia en materia de Derecho internacional público: La

a la utilización de esta base jurídica que contiene el artículo 352 TFUE es que no puede servir para adoptar medidas de armonización en ámbitos donde otras disposiciones del Derecho originario excluyen expresamente la armonización. Por tanto, hay que entender que este mecanismo está disponible para alcanzar los objetivos dispersos a lo largo de ambos tratados en el marco de las diferentes políticas (verbigracia, no discriminación, ciudadanía, inmigración, empleo, política social, educación, cultura, salud pública, etc.), además de los objetivos de la Unión Europea previstos en los artículos 3.3 y 3.5 del TUE (lucha contra la exclusión social y la discriminación, fomento de la justicia, igualdad entre hombres y mujeres⁴¹⁴, diversidad cultural y lingüística, conservación y desarrollo del patrimonio cultural europeo, erradicación de la pobreza...). Por su parte, el artículo 3.5 TUE contiene dos objetivos clave a estos efectos y que se formulan de una forma deliberadamente extensiva: la protección de los derechos humanos y el estricto respeto y desarrollo del Derecho internacional, en especial el respeto a los principios de la Carta de las Naciones Unidas. Igualmente interesantes para la aplicación de la cláusula de flexibilidad resultan los principios rectores que deben inspirar la acción exterior de la Unión Europea de acuerdo con el nuevo artículo 21.1 TUE: el fomento de la democracia, del Estado de Derecho, de la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, así como el respeto de la dignidad humana y de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del Derecho internacional nuevamente. Por tanto, el artículo 352 TFUE, siempre y

justicia comunitaria y el control de legalidad de las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Comentario a las Sentencias *Yusuf/al Barakaat y Kadi*, de 21 de septiembre de 2005, del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 57, nº 2, 2005, p. 876; asimismo, M. CREMONA, “EC Competence, ‘Smart Sanctions’, in the *Kadi Case*”, *Yearbook of European Law*, Vol. 28, 2009, pp. 582-588. Sobre la decisión del TJUE puede verse, I. GOVAERE, “The importance of International Developments in the case-law of the European Court of Justice: *Kadi* and the autonomy of the EC legal order”, *Research Papers in Law*, nº 1/2009, Colegio de Europa, Brujas, 2009. Sobre el alcance potencial y evolución del empleo del mecanismo de flexibilidad contenido en el artículo 352 TFUE, así como sobre el rechazo que en el asunto *Kadi* el TJUE efectúa de la posibilidad de que este mecanismo pueda servir para ampliar y extender los poderes de la entonces Comunidad al logro de los objetivos PESC, debe verse, K. S-C. BRADLEY, “Powers and Procedures in The EU Constitution: Legal Bases and the Court”, en P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *The Evolution of EU Law*, 2nd Edition, Oxford University Press, 2011, pp. 100-104.

⁴¹⁴ Piénsese por ejemplo en este ámbito, en el importante rol de liderazgo que podría ejercer la Unión mediante su conclusión para instar a sus propios Estados miembros a ratificar el reciente Convenio del Consejo de Europa para la lucha contra la violencia doméstica y hacia la mujer y su prevención, CETS Nº 210. Este tratado internacional abierto a la firma en Estambul el 11 de mayo de 2011, que invoca en su Preámbulo la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, por el momento no ha recibido el número de ratificaciones necesario para su entrada en vigor. Su conclusión por la Unión Europea podría estimular a sus Estados miembros a hacer lo propio y en este sentido ha sido recomendada, véase el Informe del Comité de Asuntos Políticos de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Doc. 12713, *cit. supra*.

cuando exista la voluntad política⁴¹⁵, constituye una importante baza que puede actuar de forma alternativa y subsidiaria respecto al argumento del paralelismo de competencias y que abre un abanico de tratados internacionales existentes a los que la Unión podría adherirse, sin perjuicio de que también pueda participar en la elaboración de tratados de nueva planta que puedan gestarse en los próximos años siguiendo el precedente de la discapacidad y la especialización de los mecanismos convencionales de protección de los derechos humanos⁴¹⁶.

Pese a no estar abiertos expresamente a la participación de una organización internacional de integración regional, con las dificultades consiguientes para que la Unión pueda ser parte contratante en ellos, entre algunos de los tratados internacionales de derechos humanos para los que la Unión podría plantearse la competencia externa para su adhesión con arreglo al artículo 352 TFUE teniendo en cuenta los objetivos señalados encontramos:

- La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 9 de diciembre de 1948; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984⁴¹⁷; o la reciente Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas; todas ellas adoptadas en el seno de Naciones Unidas. Pese a no ser probable que la Unión pueda vulnerar ninguna de las obligaciones dimanantes de estos tratados, la vinculación expresa le ofrecería una utilidad estratégica en sus relaciones bilaterales y en el caso de las desapariciones forzadas ejercería el liderazgo y el estímulo para que todos sus Estados miembros se convirtieran en parte contratante. Del mismo modo, con la conclusión de estos tratados internacionales, se consolidarían mayores

⁴¹⁵ No en vano su activación requiere la unanimidad en el Consejo a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo.

⁴¹⁶ En el comentario al artículo I- 7&3 del Proyecto de Tratado Constitucional Europeo, puede verse como del hecho de que sólo se contemplase la competencia expresa de la Unión para adherirse al CEDH no cabía deducir que la Unión no tuviera competencias externas para concluir otros tratados de derechos humanos, ni negaba la posibilidad de recurrir con tal fin a la cláusula de flexibilidad: “[...] es evidente que este apartado, modificado por el Praesidium, no puede interpretarse en el sentido de que excluye la posibilidad de adherirse a otros convenios en materia de derechos humanos, posibilidad abierta en virtud de otras bases jurídicas previstas en la Constitución (a saber, las distintas políticas que presentan un vínculo con esos convenios, o incluso la cláusula de flexibilidad contenida en el artículo I-17)”, Nota del Praesidium a la Convención, *Proyecto de Constitución, Volumen I, Texto revisado de la Parte I*, CONV 724/03, Bruselas, 24 de mayo de 2003.

⁴¹⁷ Con idéntico razonamiento cabe plantearse la conclusión por la Unión Europea del Convenio europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, CETS Nº 126, a favor de la misma puede verse el Informe del Comité de Asuntos Políticos de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Doc. 12713, *cit. supra*.

garantías en relación a las existentes, en el ámbito de las misiones establecidas dentro de la Política Común de Seguridad y Defensa, cuando son puestas a disposición de la Unión capacidades operativas basadas en medios militares de los Estados miembros para actuar garantizando el mantenimiento de la paz, la prevención de conflictos y el fortalecimiento de la seguridad internacional conforme a los principios de la Carta de las Naciones Unidas⁴¹⁸.

- En los ámbitos de lucha contra la discriminación y de la cultura entre otros: la Convención de la UNESCO relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza 1960, hecha en París el 14 de diciembre de 1960; así como la Convención Internacional contra el Apartheid en los Deportes, entre otras⁴¹⁹. En este ámbito la Unión Europea ya ha concluido la Convención de la UNESCO sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, de 20 de octubre de 2005⁴²⁰. Por su parte, en el ámbito del Consejo de Europa algunos tratados relevantes son: el Convenio Cultural Europeo, abierto a la firma en París el 19 de diciembre de 1954⁴²¹; el Convenio Europeo sobre la equivalencia de períodos de estudios, universitarios, hecho en París el 15 de diciembre de 1956⁴²²; el Protocolo nº 12 al CEDH que contiene una prohibición general de discriminación, de escasa aceptación entre los Estados miembros. Finalmente, los dos tratados internacionales del Consejo de Europa que sin duda mostrarían mayor conflictividad para su aplicación en el ordenamiento de la Unión Europea: la

⁴¹⁸ Más en detalle sobre la Política Común de Seguridad y Defensa (PCSD en lo sucesivo), G. HORVATH, “CSDP Military Ambitions and Potentials: do we know what we have?”, *Studia Diplomatica*, Vol. LXIV, nº 1, 2011, pp. 55-61.

⁴¹⁹ Adoptada mediante Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1985, A/RES/40/64.

⁴²⁰ Ésta fue concluida por la Unión Europea, sin necesidad de recurso al artículo 352 TFUE -entonces 308 TCE-, a través de los artículos 133, 151, 181 y 181A del antiguo TCE, debe verse la Decisión del Consejo 2006/515/CE, de 18 de mayo de 2006, relativa a la celebración de la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, D.O.U.E Serie L 201/15, de 25 de julio de 2006. Debe verse sobre el impacto de este tratado en la diversidad cultural en la Unión Europea, así como el papel de la Unión en la promoción global del respeto a sus disposiciones, A. VON BOGDANDY, “The European Union as Situation, Executive, and Promoter of the International Law of Cultural Diversity -Elements of a Beautiful Friendship”, *European Journal of International Law*, Vol. 19, nº 2, 2008, pp. 241-275. El artículo 5.1 de la Convención ilustra la vinculación de la Unión Europea al Derecho internacional de los Derechos humanos de forma mediata: “*Las Partes, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, los principios del derecho internacional y los instrumentos de derechos humanos universalmente reconocidos, reafirman su derecho soberano a formular y aplicar sus políticas culturales y a adoptar medidas para proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales, así como a reforzar la cooperación internacional para lograr los objetivos de la presente Convención*”.

⁴²¹ CETS Nº 18. Todos los Estados miembros de la Unión Europea son parte en el mismo.

⁴²² CETS Nº 21. No obliga a todos los Estados miembros.

Carta europea de las lenguas regionales o minoritarias, de 5 de noviembre de 1992⁴²³ y la Convención Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 10 de noviembre de 1994⁴²⁴.

3.4. Reflexiones finales en cuanto a la asunción de obligaciones por parte de la Unión Europea en materia de protección internacional de los derechos humanos por vía convencional: límites a la lógica del “cuanto más mejor”.

Por tanto, como apuntan BUTLER y DE SCHUTTER:

*“The time may have come to question the classical approach to the question of the competence of international organizations to accede to international agreements, when the concerned agreements relate to the promotion and protection of human rights”*⁴²⁵.

El valor añadido de la adhesión de la Unión Europea a tratados internacionales para la protección de los derechos humanos radica, como se ha argumentado, fundamentalmente en la sumisión de ésta -en el ejercicio de los extensos poderes que los Estados miembros le han conferido- a la supervisión de organismos independientes creados para el control de la aplicación de dichos tratados. De este modo dejaría de ser la propia Unión Europea el juez último de su comportamiento y de su cumplimiento de las obligaciones internacionales existentes en esta área. Cuando alguien se erige en el juez definitivo de sus propios actos, puede incurrir fácilmente en la excesiva autocrítica o bien en la indulgencia hacia sí mismo, pero en el terreno de los derechos humanos frente a terceros resulta difícil dar una garantía de imparcialidad y neutralidad actuando

⁴²³ CETS N° 148. No ha sido ratificada por todos los Estados miembros de la Unión.

⁴²⁴ CETS N° 157, Bélgica, Francia, Grecia y Luxemburgo, son los únicos Estados miembros que no están obligados por este instrumento. En relación con los derechos de las minorías se ha constatado que el nivel de exigencia y preocupación de las instituciones de la Unión es mayor en relación con los Estados candidatos, y que la tolerancia aumenta cuando el candidato se convierte en Estado miembro de pleno derecho. Los problemas relativos a numerosas minorías nacionales existentes en los países de Europa Central y Oriental siguen sin resolver después de las ampliaciones de la Unión en 2004 y 2007: es especialmente ilustrativo el caso de los ‘no ciudadanos’ cifrados en torno a los 700.000 entre Estonia y Letonia, que al no ser nacionales de un Estado miembro no gozan de la ciudadanía de la Unión, y su condición de no ciudadanos tiene notable incidencia en ámbitos puramente comunitarios como la libertad de circulación y los derechos de participación política, véase, A. DÍAZ PÉREZ DE MADRID, “Minorías y Unión Europea: implicaciones jurídico-políticas de la ampliación de la Unión al Centro y Este de Europa”, *RDCE*, Año 9, n° 21, 2005, pp. 485-533.

⁴²⁵ I. BUTLER, O. DE SCHUTTER, “Binding the EU to International Human Rights Law”, *loc. cit.*, p. 305.

como juez propio. Esta nueva tendencia debe llevarse a cabo dentro del respeto al principio de competencias por atribución y no debería ceñirse estrictamente a ámbitos donde la Unión tenga una competencia interna sustantiva; puesto que, dado el carácter transversal de las obligaciones de derechos humanos capaces de afectar a todo ejercicio de poder público, bastaría con asumir el compromiso internacional aun en áreas donde la Unión ostenta una mera competencia incidental, como vía para garantizar que como mínimo se abstiene de vulnerar de forma activa los derechos fundamentales en cuestión y que como máximo su acción se orienta a la promoción de los mismos. En definitiva, esta tendencia se postula como una vía complementaria para dotar de contenido efectivo a las disposiciones de la CDFUE y para asegurar el pleno respeto a las obligaciones internacionales asumidas previamente por los Estados miembros en la materia, evitando posibles zonas grises⁴²⁶.

Pero no sólo serviría esta tendencia para reforzar las obligaciones internacionales previamente asumidas por los Estados miembros en materia de derechos humanos, sino que la Unión Europea también podría liderar y estimular a sus Estados miembros en la asunción de nuevos compromisos siguiendo el precedente de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y concluyendo tratados de reciente elaboración, como por ejemplo, el Convenio del Consejo de Europa para la lucha contra la violencia doméstica y hacia la mujer y su prevención, que en un principio ha recibido escasa atención entre sus Estados miembros.

No conviene tener exclusivamente una visión entusiasta acerca de que la ratificación por parte de un mayor número de Estados de los tratados internacionales sobre derechos humanos se traduzca automáticamente en una mejor y más efectiva protección de los mismos, es decir, al abordar este fenómeno no debe rayarse en lo que LIÑÁN NOGUERAS califica como la “*mística del internacionalismo*”⁴²⁷. Detrás de la ratificación de un tratado internacional sobre derechos humanos no siempre hay una voluntad real de dar cumplimiento a sus términos y obligaciones⁴²⁸, se trata éste de un

⁴²⁶ Se trataría de evitar lo que ha sido descrito como “*human rights vacuum*”, véase, A. FISCHER-LESCANO, T.LÖHR, T. TOHIDIPUR, “Border Controls at Sea: Requirements under International Human Rights and Refugee Law”, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 21, nº 2, 2009, p. 276.

⁴²⁷ D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Proyecto docente e investigador* (inédito), Granada 1986, p. 67.

⁴²⁸ Se ha llegado a decir que cuando menor es la fortaleza de las instituciones democráticas de un Estado y cuanto peores registros presenta éste en materia de derechos humanos, más probable es que ese Estado se muestre dispuesto a obligarse convencionalmente ya que es menos probable que dé cumplimiento a sus compromisos y el tratado suponga una transformación real de su comportamiento. En cambio se señala que un Estado con una democracia más consolidada, suele ser más reacio a obligarse, puesto que no tiene necesidades tan elevadas de mejorar su nivel de protección en materia de derechos humanos, y es consciente de que la ratificación sí supondría para él una transformación real, véase O. A. HATHAWAY,

terreno donde abunda la retórica, la demagogia y que se presta fácilmente al abrigo de motivaciones más espurias: no obstante, la ratificación de un tratado internacional de derechos humanos, aun cuando el Estado no se preste a cooperar o facilitar la labor de los órganos encargados de su supervisión, aumenta el grado de transparencia en cuanto a las prácticas internas del Estado en el ámbito material de los derechos humanos tutelados por dicho tratado con respecto al resto de la Comunidad internacional, ya que su comportamiento se ve traducido a parámetros, que resultan objetivables en mayor o menor medida⁴²⁹.

Con todas estas limitaciones cabe mantener, sin perjuicio de excepciones concretas, que la no ratificación de tratados internacionales de derechos humanos es indiciaria de una voluntad de no dar cumplimiento a sus obligaciones o en el mejor de los casos de una sensibilidad distinta hacia los derechos protegidos, y como se ha dicho la ratificación tiende a mejorar la transparencia en cuanto a las prácticas del Estado/Organización internacional contratante⁴³⁰. En cualquier caso, se ha constatado que la mejora en el nivel de protección y realización de los derechos humanos que puede traer aparejada la ratificación de tratados internacionales de derechos humanos, es mayor cuanto mayor es el nivel de perfeccionamiento del sistema democrático del Estado y mayor la fortaleza y participación de su sociedad civil⁴³¹. Podría añadirse que

“Why Do Countries Commit to Human Rights Treaties?”, *Journal of Conflict Resolution*, Vol. 51, nº 4, 2007, pp. 588-621. Por tanto, estos argumentos contrarios a la intuición que sugieren que son los Estados menos dispuestos a cumplir las disposiciones de un tratado internacional sobre derechos humanos los que manifiestan su consentimiento con mayor facilidad no parecen ser tan evidentes en el caso de los Estados que integran la Unión Europea, lo cual da sentido a la idea de que la Unión deba liderar a sus Estados miembros en la asunción de compromisos internacionales en esta materia.

⁴²⁹ Merecen ser resaltadas estas palabras de ROLDÁN BARBERO: “La desazón se dispara si se pone en duda, en términos generales, que la vinculación de los Estados a los tratados concernientes a los derechos humanos determina significativamente su comportamiento en orden a la defensa de la dignidad humana. Esta tesis, provocadora, pone en duda dos ideas tranquilizadoras: que los países cumplan con los tratados en la materia de los que son parte y que la práctica de los países se ve mejorada por la ratificación de este género de acuerdos. Conviene creer, por salud mental y moral -y por interés corporativo!- que esta teoría es falsa, o por lo menos exagerada”, en J. ROLDÁN BARBERO, “El consentimiento del Estado y la formación de los acuerdos internacionales”, *op. cit.*, p. 845.

⁴³⁰ Sobre el debate acerca de la relación empírica existente entre la ratificación de tratados de derechos humanos y su grado de realización y protección, teniendo en cuenta los patrones de comportamiento de los Estados, debe verse, O. A. HATHAWAY, “Do Human Rights Treaties Make a Difference?”, *The Yale Law Journal*, Vol. 111, nº 8, 2002, pp. 1935-2042, este autor pone en duda la asunción de que exista una correlación entre la vinculación a tratados de derechos humanos y el comportamiento del Estado; dicho artículo es rebatido por R. GOODMAN, D. LINKS, “Measuring the Effect of Human Rights Treaties”, *European Journal of International Law*, Vol. 14, nº 1, 2003, pp. 171-183; este artículo generó una mayor precisión de la polémica tesis inicial de la autora, véase O. A. HATHAWAY, “Testing Conventional Wisdom”, *European Journal of International Law*, Vol. 14, nº 1, 2003, pp. 185-200.

⁴³¹ E. NEUMAYER, “Do International Human Rights Treaties Improve Respect for Human Rights?”, *The Journal of Conflict Resolution*, Vol. 49, nº 6, 2005, pp. 925-953. En este sentido se ha sostenido que la estrategia de la Unión Europea hacia los países de la ribera sur del Mediterráneo tras los acontecimientos de las denominadas *primaveras árabes* en el marco de su Política de Vecindad, debe estar

estas dos últimas variables se ven a su vez enriquecidas por la ratificación y cumplimiento de los tratados internacionales de derechos humanos.

La principal rémora para que la Unión se convierta en parte contratante es, al margen de los Convenios citados en el ámbito del Consejo de Europa⁴³², que los tratados de derechos humanos por lo general no prevén la participación de una organización internacional expresamente. Pero este problema podría solventarse mediante remedios menos tortuosos que emprender la revisión de los tratados en cuestión: el propio tratado de adhesión a modo de Protocolo Facultativo -que la Unión Europea concluiría con todos los Estados que ratificaron el tratado de marras- podría especificar que las disposiciones del tratado anterior al que accede deben interpretarse *mutatis mutandi* donde dicen *Estado parte* de forma que incluyan en dicha expresión a las organizaciones internacionales de integración regional que se hayan adherido o pretendan adherirse a él. De acuerdo con una lectura extensiva del artículo 30 apartados 3 y 4.a) de ambas Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁴³³, esta opción que parece a priori plausible permitiría ganar tiempo evitando el complejo procedimiento de reforma explícita del tratado multilateral para permitir la participación de una organización internacional de integración regional. Sin embargo, como muestra el precedente de la incorporación de la Unión Europea a la FAO, que requirió la modificación del tratado constitutivo de este organismo especializado de la ONU⁴³⁴, o como demuestra el actual supuesto de la adhesión de la Unión al CEDH, una tal

orientada a reforzar el poder de la sociedad civil para favorecer una transición hacia gobiernos legítimos y responsables, empleando para ello una diplomacia transparente, véase S. DENNISON, A. DWORKIN, *Europe and the Arab Revolutions: A new visión for democracy and human rights*, European Council of Foreign Relations, Londres, 2011.

⁴³² Se trata de: a) el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997; b) el Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de las Personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 2001 en el que a su vez se prevé la adhesión de la Unión Europea al Convenio de 28 de enero de 1981, *cit. supra*; c) el Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos adoptado el 16 de mayo de 2005 en Varsovia; d) el Convenio para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007; y por último e) el Convenio del Consejo de Europa para la lucha contra la violencia doméstica y hacia la mujer y su prevención abierto a la firma en Estambul el 11 de mayo de 2011.

⁴³³ En relación con dichas disposiciones en mayor detalle puede verse, M. A. ELIZALDE, “Los tratados sucesivos sobre la misma materia: expresión de la unidad y el pluralismo en el Derecho internacional público”, en A. J. RODRIGO, C. GARCÍA (eds.), *Unidad y Pluralismo en el Derecho internacional Público y en la Comunidad internacional, Coloquio en Homenaje a Oriol Casanovas, Barcelona, 21-22 de mayo de 2009*, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 392-408.

⁴³⁴ Véanse, F. X. PONS RAFOLS, “La admisión de la Comunidad Económica Europea como miembro de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación”, *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 21, n° 2, 1994, pp. 419-458; así como, P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, “La Unión Europea en el concierto de las organizaciones internacionales”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n° 3, 2002, p. 128.

interpretación sobre la base de la sucesión temporal de tratados relativos a la misma materia entre las mismas partes contratantes no parece haberse admitido en la práctica, y se viene exigiendo una reforma explícita de los tratados internacionales para permitir la incorporación en su calidad de parte contratante de una organización internacional de integración regional⁴³⁵.

Debe destacarse que la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha acogido favorablemente esta incipiente tendencia hacia la vinculación convencional de la Unión Europea a tratados internacionales para la protección de los derechos humanos. Ésta enmarca en su Informe Anual correspondiente a 2010 la conveniencia de la vinculación convencional de la Unión en el contexto de un marco *multinivel* de gobernanza donde deben conjugarse los esfuerzos en la protección de los derechos fundamentales en las esferas internacional, nacional, regional y local. Además, la Agencia se hace eco de la labor de liderazgo de la Unión que puede servir de estímulo a sus Estados miembros para asumir nuevos compromisos convencionales en esta materia. Merece reproducirse el siguiente extracto del informe señalado que sintetiza estas ideas:

*“The European Union (EU) is not a ‘self-contained regime’; it operates -just as its Member States do- in an international environment and it is bound by international obligations. The year 2010 marked the debut of the modern post-Lisbon Union on the international stage, as discussions at EU level paved the way for the EU’s accession to international human rights treaties. Since EU Member States are already bound by a variety of international human rights obligations, the spheres of international law and EU law stand in a communicative process of cross-fertilization [...]”*⁴³⁶.

Una alternativa a la vinculación convencional expresa y directa de la Unión a los tratados internacionales sobre derechos humanos -que presenta principalmente el doble inconveniente de la necesidad de determinar su competencia externa y de la ausencia en dichos instrumentos de la previsión de que pueda adherirse a ellos una organización

⁴³⁵ Recuérdese que la adhesión de la Unión al CEDH, ha requerido que el artículo 59.2 del CEDH sea reformado por el Protocolo nº 14 al mismo, para permitir que la Unión Europea pueda incorporarse a su sistema.

⁴³⁶ En este párrafo se rebate la idea de que la Unión Europea constituya un régimen desconectado del Derecho internacional general y se insinúa precisamente la idea que será examinada en el siguiente apartado, de que la Unión Europea está vinculada al Derecho internacional de los Derechos humanos en la medida en que éste haya adquirido obligatoriedad como derecho consuetudinario de carácter general. Véase, Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Annual Report. Fundamental rights: challenges and achievements in 2010, 2011*, p.165. Disponible en: http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1633-annual-report-2011_EN.pdf

internacional regional sería buscar una opción intermedia que permitiera lograr el principal rédito de la adhesión salvando sus escollos: se trataría de que la Unión Europea establezca arreglos informales para someterse al escrutinio y a la supervisión de los mecanismos de control convencionales asociados a los tratados sobre derechos humanos del ámbito universal, o incluso a los mecanismos extra convencionales como el Consejo de Derechos Humanos y su sistema de revisión periódica universal⁴³⁷.

⁴³⁷ Podría seguirse el modelo empleado para la adopción del Memorándum de Entendimiento entre el Consejo de Europa y la Unión Europea en 2007, *cit. supra*. Recientemente la Unión Europea ha permitido que el Acuerdo de Cotonú (*vid. infra*) sea sometido a la evaluación del equipo especial del Consejo de Derechos Humanos de alto nivel sobre el ejercicio del derecho al desarrollo, véase Consejo de Derechos Humanos, *Informe del equipo especial de alto nivel sobre el ejercicio del derecho al desarrollo acerca de su cuarto período de sesiones*, A/HRC/8/WG.2/TF/2, 31 de enero de 2008. En él ante la necesidad de una evaluación más profunda se ha mostrado la preocupación por el efecto que este acuerdo puede tener en ciertos derechos económicos y sociales de la población de estos países, así como se ha constatado la ausencia de consideración explícita al derecho al desarrollo en su articulado. También resulta interesante el Canje de Notas entre la Comisión Europea y el ACNUR en 2005, que denota la voluntad de cumplir con las disposiciones de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, y de atribuir un papel consultivo al ACNUR en la implementación del Sistema Europeo Común de Asilo. Sobre estas ideas relativas a la sumisión informal de la Unión a los órganos de supervisión establecidos por los tratados sobre derechos humanos debe verse, I. BUTLER, *The EU and International Human Rights Law*, United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, Europe Regional Office, 2011, p. 32.

4. La contribución de la Unión Europea al desarrollo de normas consuetudinarias relativas a la protección de los derechos humanos.

4.1. Breve recorrido por la promoción de la protección internacional de los derechos humanos en la Acción Exterior de la Unión Europea.

El germen de la coordinación intergubernamental de las posiciones y actuaciones de los Estados miembros ante situaciones de violación de los derechos humanos en terceros países se sitúa a mediados de los años setenta en la incipiente Cooperación Política Europea⁴³⁸. En ella se abordaron estas cuestiones pese a la inicial ausencia de referencia explícita a las cuestiones relativas a los derechos humanos y a la democracia en los Tratados fundacionales de las entonces Comunidades Europeas. Por su parte, las instituciones comunitarias mostraron su interés desde épocas tempranas: el Parlamento Europeo desde mediados de la década de los años ochenta llamó la atención sobre la necesidad de crear una política comunitaria exterior de derechos humanos; ya en los años noventa, la Comisión advirtió de la necesidad de introducir la promoción de los derechos humanos y la democracia en la orientación prioritaria de las políticas de cooperación al desarrollo; y el Consejo, por su parte, se posicionó políticamente a favor de la *universalidad e indivisibilidad* de los derechos humanos, así como de la *interdependencia existente* entre éstos, la democracia y el desarrollo⁴³⁹.

El TUE, adoptado en Maastricht, introdujo por vez primera en el Derecho originario como objetivo de la naciente PESC⁴⁴⁰ -sucesora de la Cooperación Política Europea-:

⁴³⁸ En la agenda de este foro de concertación entre los Ministros de Asuntos Exteriores de los Estados miembros estuvieron presentes desde el primer momento “*la defensa de la democracia pluralista occidental y de los derechos humanos, en especial de los más fundamentales, con particulares condenas del racismo y del terrorismo*”, F. MARIÑO MENÉNDEZ, “El sistema de cooperación política en Europa”, *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 7, nº 2, 1980, p. 622. Los Estados miembros establecieron la pauta práctica de consultarse en este marco de la Cooperación Política Europea para coordinar las medidas a adoptar, especialmente cuando el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas había adoptado una Resolución condenando una situación especialmente grave desde el punto de vista de los derechos humanos, véase M. CANDELA SORIANO, *Los Derechos Humanos, la Democracia y el Estado de Derecho en la Acción Exterior de la Unión Europea. Evolución, Actores, Instrumentos y Ejecución*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 75-79.

⁴³⁹ M. CANDELA SORIANO, *Los Derechos Humanos, la Democracia y el Estado de Derecho en la Acción Exterior de la Unión Europea. Evolución, Actores, Instrumentos y Ejecución*, op. cit., pp. 79-82.

⁴⁴⁰ Puede verse, D. J. LIÑÁN NOGUERAS, “La cooperación en materia de política exterior: de la CPE a la PESC”, en G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, 1993, pp. 327-372.

“el desarrollo y consolidación de la democracia y del Estado de Derecho, así como el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”.

Por lo tanto, en la praxis de los Estados miembros y las instituciones comunitarias desde los inicios de la década de los noventa la promoción en sus relaciones exteriores de los derechos humanos (con la convicción de su *universalidad e indivisibilidad*), el Estado de Derecho y la democracia, se ha ido convirtiendo en un objetivo transversal tanto para el pilar comunitario como para el pilar intergubernamental. Dicho objetivo tras la supresión formal de la estructura en pilares de la Unión ha quedado plasmado con el Tratado de Lisboa en los artículos 3.5 TUE y 21.1 TUE, relativo este último a la acción exterior (Título V del TUE -incluyendo la PESC- y Parte Quinta del TFUE, que comprende la Política Comercial Común, la Cooperación para el desarrollo, la Cooperación económica, financiera y técnica, así como la Ayuda Humanitaria).

En la práctica se ha generalizado desde comienzos de los noventa la introducción de la denominada cláusula *democracia y derechos humanos* en los acuerdos internacionales concluidos con los candidatos a la adhesión⁴⁴¹, en sus acuerdos comerciales⁴⁴² así como en los acuerdos de asociación y cooperación al desarrollo, incluyendo en esta última categoría los acuerdos concluidos con los países ACP. En virtud de los acuerdos ACP se concede un acceso preferencial al mercado de la Unión a un grupo de países en vías de desarrollo de África, Caribe y Pacífico que fueron antiguas colonias de los Estados miembros de aquella⁴⁴³. Hasta el momento presente la

⁴⁴¹ Véase M. NOWAK, “Human Rights ‘Conditionality’ in Relation to Entry to, and Full Participation in, the EU”, en P. ALSTON, M. BUSTELO, J. HEENAN (eds.), *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, 1999, pp. 687-698. Los criterios políticos para la adhesión a la Unión de los países de Europa Central y Oriental fueron fijados en el Consejo Europeo de Copenhague, celebrado los días 21 y 23 de junio de 1993.

⁴⁴² Un análisis del uso de la cláusula de derechos humanos en el ámbito de las relaciones comerciales puede verse en D. J. LIÑÁN NOGUERAS, L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ, “Human Rights Conditionality in the external trade of the European Union; legal and legitimacy problems”, *Columbia Journal of European Law*, Vol. 7, nº 1, 2001, pp. 307-336; asimismo, G. NIEDRIST, “Las cláusulas de derechos humanos en los tratados de libre comercio de la Unión Europea”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XI, 2011, pp. 463-485; también, B. BRANDTNER, A. ROSAS, “Trade Preferences and Human Rights”, en P. ALSTON, M. BUSTELO, J. HEENAN (eds.), *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, 1999, pp. 699-722. ALSTON advierte sobre los riesgos de que el discurso de la condicionalidad favorezca que la lógica inherente al Derecho internacional de los Derechos humanos se vea absorbida por el derecho de la OMC y se instrumentalice como herramienta para favorecer únicamente objetivos de política económica, P. ALSTON, “Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: A Reply to Pettersmann”, *European Journal of International Law*, Vol. 13, nº 4, pp. 815-844.

⁴⁴³ El texto del Acuerdo de asociación entre los Estados de África, del Caribe y del Pacífico, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, firmado en Cotonú el 23 de junio de 2000 (en lo sucesivo Acuerdo de Cotonú) puede consultarse en el D.O.U.E. Serie L 317/3, de 15 de diciembre de 2000; este acuerdo fue modificado por primera vez por la Decisión del Consejo 2005/599/CE, de 21 de junio de 2005, relativa a la firma, en nombre de la Comunidad Europea, del

Unión Europea ha logrado incluir esta cláusula en acuerdos internacionales con más de 120 Estados. Nótese que los acuerdos concluidos para el ingreso en la Unión de terceros Estados candidatos son negociados y concluidos formalmente por los Estados miembros, por lo que no hay restricciones de tipo competencial en cuanto a la intensidad con que puede emplearse en ellos la condicionalidad en materia de derechos humanos.

El TJUE recoció en 1996 la competencia de la entonces Comunidad, complementaria a la de los Estados miembros, para concluir con terceros países acuerdos internacionales de cooperación al desarrollo que incluyeran entre sus elementos esenciales la citada cláusula *democracia y derechos humanos*⁴⁴⁴, admitiendo que la Comunidad pudiera proceder a su discreción a terminar o suspender la aplicación del acuerdo en caso de que el país tercero no haya respetado los derechos humanos⁴⁴⁵: este razonamiento parece estar en consonancia con los apartados 1 y 3.b) del artículo 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969⁴⁴⁶, en lo referente a la violación grave de un elemento esencial de un tratado bilateral⁴⁴⁷.

En la actualidad, encontramos el uso de las cláusulas de democracia y derechos humanos además de en los casos mencionados⁴⁴⁸, en los contextos de la Política

Acuerdo por el que se modifica el Acuerdo de Asociación entre los Estados de África, del Caribe y del Pacífico, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, firmado en Cotonú el 23 de junio de 2000, D.O.U.E. Serie L 209/26, de 11 de agosto de 2005; y modificado por segunda vez en virtud de la Decisión del Consejo 2010/648/UE, de 14 de mayo de 2010, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo por el que se modifica por segunda vez el Acuerdo de Asociación entre los Estados de África, el Caribe y el Pacífico, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra parte, firmado en Cotonú el 23 de junio de 2000, modificado por primera vez en Luxemburgo el 25 de junio de 2005, D.O.U.E. Serie L 287/1, de 4 de noviembre de 2010. Sus precedentes los Convenios de Yaoundé sólo incluían una mención en el Preámbulo exigiendo respeto a los principios de Naciones Unidas, por su parte los Convenios de Lomé III (1985) y Lomé IV (1990), tan sólo contenían una mención general al respeto a los derechos humanos que no permitía en caso de violación la suspensión o finalización de los mismos.

⁴⁴⁴ Sobre las diferentes formulaciones que puede presentar esta cláusula véase, E. RIEDEL, M. WILL, "Human Rights Clauses in External Agreements of the EC", en P. ALSTON, M. BUSTELO, J. HEENAN (eds.), *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, 1999, pp. 723-754.

⁴⁴⁵ Sentencia de 3 de diciembre de 1996, *Portugal c. Consejo*, asunto C-268/94, Rec. 1996, p. I-6177, apartado 27.

⁴⁴⁶ Las disposiciones correlativas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 21 de marzo de 1986 son idénticas.

⁴⁴⁷ No es el objeto del presente trabajo llevar a cabo un análisis minucioso de la aplicación práctica de la cláusula *democracia y derechos humanos*, para ello puede verse, E. FIERRO, *The EU's Approach to Human Rights Conditionality in Practice*, Martinus Nijhoff, La Haya, 2003; también, A. ROSAS, B. BRANDTNER, "Human Rights and the External Relations of the European Community: An Analysis of Doctrine and Practice", *European Journal of International Law*, Vol. 9, 1998, pp. 468-490.

⁴⁴⁸ La Unión Europea ha empleado las cláusulas de democracia y derechos humanos tanto en acuerdos internacionales concluidos únicamente por la Unión como en acuerdos internacionales mixtos concluidos por la Unión Europea y sus Estados miembros, véase A. ROSAS, "Mixed Union - Mixed Agreements",

Europea de Vecindad y de los acuerdos de estabilización y asociación concluidos en el marco del proceso de ampliación o pre-adhesión a la Unión con los países de los Balcanes occidentales⁴⁴⁹: ambos casos suponen con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa un enfoque donde la separación entre pilares se difumina debido al carácter transversal de los objetivos y a la imbricación entre la condicionalidad política y económica⁴⁵⁰.

En lo que respecta a la Política Europea de Vecindad⁴⁵¹, en su seno se integran acuerdos de colaboración y cooperación concluidos por la Unión con numerosos países pertenecientes a la antigua Unión Soviética⁴⁵² y también los acuerdos de asociación concluidos en el marco del proceso o “partenariado euromediterráneo” iniciado con la Declaración de Barcelona en 1995⁴⁵³. Un ejemplo de cláusula democrática empleada en

en M. KOSKENNIEMI (ed.), *International Law Aspects of the European Union*, Kluwer, Dordrecht, 1998, pp. 144-145.

⁴⁴⁹ Véase como ejemplo el Acuerdo de Estabilización y Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Albania, por otra, D.O.U.E. Serie L 107, de 28 de abril de 2009. Este acuerdo que considera a Albania un *candidato potencial* a la adhesión a la Unión Europea, contiene por ello en su artículo 2 una cláusula democrática de mayor severidad que las que se prevén en acuerdos comerciales o de asociación: “*Los principios democráticos y de los derechos humanos proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y definidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Acta Final de Helsinki y la Carta de París para una Nueva Europa, los principios del Derecho internacional y el Estado de Derecho, así como los principios de la economía de mercado reflejados en el Documento de la Conferencia de Bonn de la CSCE sobre cooperación económica constituirán la base de la política interior y exterior de las Partes y serán elementos esenciales del presente Acuerdo*”.

⁴⁵⁰ M. CREMONA, C. HILLION, “L’Union fait la force? Potential and Limitations of the European Neighbourhood Policy as an Integrated EU Foreign and Security Policy”, *EUI Working Papers, Law* n° 2006/39, Florencia, 2006.

⁴⁵¹ Véase la Comunicación de la Comisión Europea, de 12 de mayo de 2004, Política europea de vecindad, Documento de Estrategia, Bruselas, COM(2004) 373 final.

⁴⁵² El régimen de estos acuerdos puede consultarse en: C. HILLION, “The EU’s Neighbourhood Policy towards Eastern Europe”, en A. DASHWOOD, M. MARESCEAU, *Law and Practice of EU External Relations*, Cambridge University Press, 2008, pp. 309-333; véase también, P. KOUTRAKOS, *EU International Relations Law, op. cit.*, pp. 363-365. Sirva como referencia el artículo 2 del acuerdo con Georgia: “*El respeto a la democracia, a los principios del Derecho internacional y a los derechos humanos, tal como se definen en particular en la Carta de las Naciones Unidas, en el Acta final de Helsinki y en la Carta de París para una nueva Europa, y también los principios de la economía de mercado, entre otros los enunciados en los documentos de la Conferencia de Bonn de la CSCE, forman la base de las políticas internas y externas de las Partes y constituyen elementos esenciales de la colaboración y del presente Acuerdo*”, Acuerdo de Colaboración y Cooperación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y Georgia, por otra, D.O.U.E. Serie L 205/3, de 4 de agosto de 1999. Dicha cláusula se contiene en los acuerdos de colaboración y cooperación concluidos por la Unión Europea y sus Estados miembros con Armenia, Azerbayán, Moldavia, Ucrania, no así con Bielorrusia, Estado con el que no hay acuerdo concluido. Como se puede ver en este caso la mención a los derechos humanos es tangencial.

⁴⁵³ Declaración de Barcelona, aprobada en la Conferencia Euromediterránea de Ministros de Asuntos Exteriores celebrada en Barcelona los días 27 y 28 de noviembre de 1995, por la que se crea una Asociación Euromediterránea. Véanse: A. BLANC ALTEMIR, “El proceso euromediterráneo: una década de luces y sombras”, *Anuario de Derecho Internacional*, Vol. 21, 2005, pp. 185-225; asimismo, E. LANNON, “The EU’s Strategic Partnership with the Mediterranean and the Middle East: a new geopolitical dimension of the EU’s proximity strategies”, en A. DASHWOOD, M. MARESCEAU, *Law*

los acuerdos de asociación “euromediterráneos” lo encontramos en el artículo 2 del acuerdo con Argelia: “*El respeto de los principios democráticos y de los derechos humanos fundamentales, tal y como se enuncian en la Declaración Universal de Derechos Humanos, inspira las políticas internas e internacionales de las Partes y constituye un elemento esencial del presente Acuerdo*”⁴⁵⁴. Esta cláusula menciona explícitamente y sitúa en un papel central del acuerdo de asociación el respeto a las disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos, a diferencia de lo que ocurre en el caso de los acuerdos de colaboración y cooperación con los países pertenecientes a la antigua Unión Soviética, donde aparece una mención que invoca *in abstracto* los derechos humanos o una invocación de instrumentos adoptados en el seno de la OSCE. Una cláusula similar a la utilizada con Argelia se encuentra en los acuerdos “euromediterráneos” concluidos con Egipto, Israel, Jordania, los Territorios Palestinos Ocupados, Líbano, Marruecos, Túnez. En cambio este tipo de cláusula no se ha podido introducir en las relaciones entre la Unión Europea y Libia o Siria. En el caso de la vertiente oriental de la Política Europea de Vecindad se ha dicho con razón que la experiencia y las normas del Consejo de Europa en materia de derechos humanos pueden jugar un papel destacado, y que la Unión Europea además de beneficiarse de esta sinergia está legitimada para encauzar a través de sus mecanismos políticos y financieros a sus socios orientales hacia el respeto de acuerdos internacionales y obligaciones que ellos mismos han asumido en el marco del Consejo de Europa⁴⁵⁵.

and Practice of EU External Relations, Cambridge University Press, 2008, pp. 360-375; y también, R. RHATTAT, *La politique européenne de voisinage dans les pays de l'aire méditerranéenne*, Bruylant, Bruselas, 2011. A la vista queda, especialmente a la luz de los hechos que están aconteciendo en algunos de los países de la ribera sur del Mediterráneo a raíz de la denominada “primavera árabe”, que ni la política de vecindad ni los acuerdos de asociación concluidos han supuesto un aliciente suficiente para mejorar sustancialmente la situación de los derechos humanos en Argelia, Egipto, Israel, los Territorios Palestinos Ocupados, Siria o Túnez, por ejemplo. Sobre la necesidad de una nueva condicionalidad puede verse, C. THÉPAUT, “Can the EU pressure dictators? Reforming the ENP Conditionality after the Arab Spring”, *EU Diplomacy Papers*, n° 6/2011, Colegio de Europa, Brujas, 2011.

⁴⁵⁴ Véase el Acuerdo Euromediterráneo por el que se establece una asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República Argelina Democrática y Popular, por otra, D.O.U.E. Serie L 265/2, 10 de octubre de 2005.

⁴⁵⁵ La Comisión Europea en la vertiente oriental de la Política Europea de Vecindad no solo ha empleado información, estándares y convenciones procedentes del Consejo de Europa, además ha llegado a acoger expresamente algunas de las conclusiones y recomendaciones formuladas por el grupo de expertos en Derecho Constitucional de la denominada Comisión de Venecia. Éstas han sido incluidas en informes de progreso elaborados por la Comisión Europea en relación con Georgia en 2010, o Ucrania en 2008, véase B. SCHUMACHER, “The Influence of the Council of Europe on the European Union: Resource Exchange and Domain Restriction as Venues for Inter-Institutional Influence”, en O. COSTA, K. E. JORGENSEN (eds.), *The Influence of International Institutions on the EU: When Multilateralism hits Brussels*, Palgrave MacMillan, 2012, pp. 186-206.

La Unión Europea ha mostrado su preferencia por la condicionalidad positiva⁴⁵⁶, empleando como *ultima ratio* las medidas negativas⁴⁵⁷, debido tanto a la mayor efectividad de los estímulos positivos como a los problemas de legalidad internacional que la doctrina⁴⁵⁸ ha suscitado respecto de las sanciones ante violaciones de los derechos humanos o la democracia cometidas por un tercer Estado en su propio territorio.

En lo referente a las medidas positivas, puede destacarse, a título de ejemplo, el régimen especial de ventajas arancelarias para el estímulo del desarrollo sostenible y la gobernanza: éste ofrece a países en vías de desarrollo calificados de vulnerables que voluntariamente lo soliciten la supresión de las tarifas arancelarias para ciertos productos a condición de ratificar una serie de Convenios de la ONU y de la OIT referentes a los derechos humanos y a los derechos de los trabajadores. Dentro del grupo de los primeros hallamos: los dos Pactos de Naciones Unidas de 1966, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid de 1973, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, la Convención sobre los Derechos del Niño, y por último, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Entre los Convenios de la OIT cuya ratificación se exige encontramos los relativos a la edad mínima de admisión al empleo, la prohibición de las peores formas de trabajo infantil, la abolición del trabajo forzoso, la igualdad de remuneración hombre-mujer, la no

⁴⁵⁶ Ad. Ex. Decisión 2011/106/PESC del Consejo, de 15 de febrero de 2011, por la que se adapta y proroga el período de aplicación de las medidas de la Decisión 2002/148/CE por la que se dan por concluidas las consultas iniciadas con Zimbabwe con arreglo al artículo 96 del Acuerdo de Asociación ACP-CE, D.O.U.E. Serie L 43/31, de 17 de febrero de 2011.

⁴⁵⁷ M. CANDELA SORIANO, *Los Derechos Humanos, la Democracia y el Estado de Derecho en la Acción Exterior de la Unión Europea. Evolución, Actores, Instrumentos y Ejecución*, op. cit., pp. 249-251.

⁴⁵⁸ Véase D. J. LIÑÁN NOGUERAS, "Límites del discurso de la condicionalidad en la acción exterior de la Unión Europea", en F. MARIÑO MENÉNDEZ (ed.), *Acción Exterior de la Unión Europea y Comunidad Internacional*, Instituto de Estudios Internacionales y Europeos "Francisco de Vitoria", Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1998, pp. 433-434. Los detractores de toda forma de condicionalidad política han sido sintetizados en dos grupos: aquellos que perciben la supeditación de la ayuda exterior al cumplimiento de patrones occidentales como un regreso a modelos paternalistas y con pretensiones de dominación neocolonial; y aquellos que se oponen a la vinculación de la ayuda a valores políticos siendo partidarios únicamente de la aparente asepsia axiológica de la economía de mercado, véase, M. C. MUÑOZ RODRÍGUEZ, *Democracia y derechos humanos en la acción exterior de la Unión Europea*, Reus, Madrid, 2011, p. 26. Otra visión crítica siendo el presente un tema que se presta como pocos a la retórica, a la demagogia y a las medias verdades, en A. REMIRO BROTONS, "Política de los derechos humanos y política con los derechos humanos", *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. XLI, 1989, pp. 107-112.

discriminación en el ámbito del empleo, las libertades sindicales y la negociación colectiva. Junto a ellos se exige la ratificación de una serie de tratados internacionales relativos a la protección del medio ambiente, así como a la lucha contra el tráfico de estupefacientes y la corrupción⁴⁵⁹. Sin limitarse al ámbito de las relaciones exteriores comerciales, CANDELA SORIANO ha identificado con carácter transversal las siguientes como áreas materiales prioritarias de la Unión en la promoción de los derechos humanos: la lucha contra la tortura, la pena de muerte⁴⁶⁰, el racismo y la xenofobia, la promoción de los derechos de los pueblos indígenas y la observación electoral⁴⁶¹.

⁴⁵⁹ Véase el Reglamento 732/2008/CE del Consejo, de 22 de julio de 2008, por el que se aplica un sistema de preferencias arancelarias generalizadas para el período del 1 de enero de 2009 al 31 de diciembre de 2011 y se modifican los Reglamentos 552/97/CE y 1933/2006/CE del Consejo y los Reglamentos 1100/2006/CE y 964/2007/CE, de la Comisión, D.O.U.E. Serie L 211/1, de 6 de agosto de 2008. La Unión ha decidido prorrogar la aplicación de este Reglamento hasta finales de 2013, véase el Reglamento 512/2011/UE, de 11 de mayo de 2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, D.O.U.E. Serie L 145/28, de 31 de mayo de 2011. Deben verse igualmente el Reglamento 978/2012/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por el que se aplica un sistema de preferencias arancelarias generalizadas y se deroga el Reglamento (CE) n° 732/2008 del Consejo, D.O.U.E. Serie L 303/1, de 31 de octubre de 2012; así como el Reglamento Delegado 155/2013/UE de la Comisión de 18 de diciembre de 2012 por el que se establecen normas relativas a los procedimientos de concesión del régimen especial de estímulo del desarrollo sostenible y la gobernanza con arreglo al Reglamento (UE) n° 978/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se aplica un sistema de preferencias arancelarias generalizadas, D.O.U.E. Serie L 48/5, de 21 de febrero de 2013. Esta lucha unilateral de la Unión Europea contra el dumping social o medioambiental es percibida por los países en vías de desarrollo como un proteccionismo encubierto, véase, C. LÓPEZ-JURADO, “La oferta comercial preferencial de la Unión Europea a los Países en Vías de Desarrollo: modalidades e interacciones”, *RDCE*, n° 39, p. 461. Más específicamente sobre la condicionalidad social y la importancia de los derechos laborales esenciales, pueden verse, L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ, T. FAJARDO DEL CASTILLO, “Los nuevos problemas del comercio internacional y la ronda de Doha”, en L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ, J. ROLDÁN BARBERO, (coords.), *Derecho Internacional Económico*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 223; y L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ, *Comercio justo y derechos sociales*, Tecnos, Madrid, 2002. No obstante la lucha contra el dumping social a nivel multilateral también puede verse afectada en su credibilidad por el hecho de que empresas con sede social en alguno de los Estados miembros de la Unión se beneficien de la inexistencia de estándares de protección en terceros países mediante la deslocalización. La exigencia de una responsabilidad social corporativa a las empresas europeas que se comprometan a respetar allá donde operen, que no sea meramente un artilugio de marketing y de imagen de marca, es indispensable para romper la tendencia a la baja (*a race to the bottom*) y promover el respeto universal a una serie de normas mínimas que establecen derechos sociales y laborales. En la medida en que el respeto sea simplemente formal y la deslocalización se siga traduciendo en la elección de la normativa laboral más laxa como forma de obtener en ciertos sectores productivos la ventaja competitiva, irremediablemente ello se traducirá en un ajuste a la baja en cuanto a los derechos sociales y laborales respetados dentro de los Estados miembros, que a su vez puede debilitar la posición negociadora de la Unión para promover su respeto a escala multilateral.

⁴⁶⁰ Causa cuya defensa no es retórica hay que decir que de ella la Unión ha hecho uno de sus principales estandartes convirtiéndose en un gran abanderado de la misma.

⁴⁶¹ Áreas que pueden subsumirse en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo Segundo destinado a abolir la pena de muerte, el CEDH y su Protocolo Adicional n° 6 también relativo a la abolición de la pena de muerte, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y el Convenio n° 169 de la OIT, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de 1989. Véase M. CANDELA SORIANO, *Los Derechos Humanos, la Democracia y el Estado de Derecho en la Acción Exterior de la Unión Europea. Evolución, Actores, Instrumentos y Ejecución*, op. cit., pp. 230-249.

En lo concerniente a las medidas negativas, la Unión Europea ha aplicado la cláusula *democracia y derechos humanos* suspendiendo temporal y parcialmente los acuerdos internacionales con algunos de los países ACP⁴⁶². También retiró las preferencias arancelarias de su régimen general a Myanmar por vulnerar el Convenio de la OIT n° 29 (trabajo forzoso) y a Bielorrusia por la infracción de los Convenios n° 87 y 98 de la OIT (relativos a la libertad de asociación y negociación colectiva respectivamente). En 2010, la Unión suspendió temporalmente la aplicación de preferencias arancelarias especiales a Sri Lanka, por no aplicar de manera efectiva las disposiciones respectivas del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, y de la Convención sobre los Derechos del Niño⁴⁶³.

4.2. Vinculación y contribución de la Unión Europea a la formación y desarrollo de normas consuetudinarias relativas a la protección internacional de los derechos humanos.

De la práctica analizada, ¿puede inferirse que la Unión alberga la convicción acerca de la obligatoriedad al margen de cualquier vínculo convencional de ciertos instrumentos normativos internacionales para la protección de los derechos humanos?⁴⁶⁴ Pese a la compleja diversidad de toda la actuación de promoción de los derechos humanos en la acción exterior de la Unión Europea que se ha tratado de sintetizar y a pesar de las críticas que la Unión recibe de poner en práctica dobles estándares y raseros en esta materia⁴⁶⁵ la respuesta debe ser inequívocamente afirmativa: hay toda una suerte

⁴⁶² B. DE WITTE, “The EU and International Legal Order: The Case of Human Rights”, *op. cit.*, p. 142.

⁴⁶³ Sobre el escaso éxito de tales medidas adoptadas en relación con Sri Lanka, tanto desde el punto de vista geoestratégico como desde el punto de vista de su traducción en una mejora de la situación de los derechos humanos y la democracia, puede verse, C. CASTILLEJO, “Sri Lanka: The failure of EU human rights sanctions”, *FRIDE*, Policy Brief n° 63, 2011. En el caso de Venezuela se suspendió temporalmente la aplicación del régimen preferencial en 2009, debido a la falta de ratificación de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, véanse estos casos en C. LÓPEZ-JURADO, “La oferta comercial preferencial de la Unión Europea a los Países en Vías de Desarrollo: modalidades e interacciones”, *loc. cit.*, p. 468. En la doctrina han aparecido voces que recelan de la compatibilidad con el Derecho de la OMC de las sanciones comerciales adoptadas unilateralmente por la Unión Europea sin el aval de una cláusula *democracia y derechos humanos*, véase R. L. HOWSE, J. M. GENSER, “Are EU Trade Sanctions on Burma Compatible with WTO Law?”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 29, n° 2, 2008, p. 165.

⁴⁶⁴ Véase con carácter general, T. MERON, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Clarendon Press, Oxford, 1991.

⁴⁶⁵ Suele criticarse que la Unión solo haya realizado una aplicación efectiva de la cláusula *democracia y derechos humanos* en relación con países ACP con los cuales sobrevuela el antiguo ligamen colonial.

de instrumentos internacionales que la Unión ha invocado de forma sistemática en este campo, como son los integrantes de la llamada *Carta Internacional de los Derechos Humanos*⁴⁶⁶, y los demás acuerdos internacionales adoptados bajo el seno de Naciones Unidas que se han mencionado hasta ahora⁴⁶⁷; así como el CEDH⁴⁶⁸ y algunos de sus Protocolos Adicionales (como el relativo a la abolición de la pena de muerte) invocados éstos en las relaciones con terceros países del espacio europeo al igual que otros instrumentos de la OSCE que no son necesariamente tratados internacionales como el Acta Final de Helsinki de 1975 o la Carta de París para una Nueva Europa de 1990⁴⁶⁹.

La Unión Europea como sujeto de derecho internacional no está vinculada formalmente, no se ha obligado convencional y expresamente en relación a ninguno de los tratados internacionales citados, y de hecho aquí aparece una falla en la legitimidad de partida del discurso de la condicionalidad que únicamente puede ser resuelta considerando que la Unión está vinculada a dichos instrumentos en tanto que Derecho internacional general, en su calidad de costumbre internacional⁴⁷⁰. Los instrumentos

También se critica la pasividad de la Unión ante las atrocidades cometidas por Rusia en Chechenia, el hecho de que en relación con Israel en lugar de suspender el acuerdo de asociación se haya optado por un diálogo político tendente a favorecer un clima de respeto a los derechos humanos así como por la estabilidad dentro de un extenuante proceso de paz; o se critica, por último el hecho de que la asistencia financiera a China no haya sido verdaderamente condicionada, véase, M. CANDELA SORIANO, *Los Derechos Humanos, la Democracia y el Estado de Derecho en la Acción Exterior de la Unión Europea. Evolución, Actores, Instrumentos y Ejecución*, op. cit., pp. 327-329. En el ámbito de la ampliación, méfese sobre la acentuada exigencia en materia de respeto a las sentencias del TEDH que la Comisión Europea realiza a Turquía, en comparación con la realizada a Bulgaria o Rumanía, Estados éstos ya incorporados para los cuales la supervisión *ex ante* no fue tan meticulosa ni exigente.

⁴⁶⁶ Es decir, el conjunto integrado por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, los Pactos Internacionales de 1966 de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y de Derechos Civiles y Políticos, así como los respectivos Protocolos Facultativos a estos dos Pactos.

⁴⁶⁷ En el ámbito de la PESC se ha considerado que la ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional constituye una cuestión que debe promoverse en el diálogo político y de derechos humanos, véase sobre esta cuestión, X. PONS RAFOLS, “La posición común del Consejo relativa a la Corte Penal Internacional”, *RGDE*, nº 2, 2003.

⁴⁶⁸ Las cláusulas incluidas en los acuerdos internacionales de carácter comercial o de cooperación concluidos por la Unión Europea normalmente no contienen mención explícita y específica al CEDH. Como excepción debe verse, por ejemplo, el artículo 2 del Acuerdo de Estabilización y Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Albania, por otra, *cit. supra*.

⁴⁶⁹ Téngase en cuenta que estos instrumentos pese a ser acuerdos políticos, adquieren un contenido normativo obligacional convencional, al ser incorporados como elementos para la identificación de los derechos humanos cuyo respeto constituye una obligación esencial para las partes contratantes. Este razonamiento se extiende a la propia Declaración Universal de Derechos Humanos, véase P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, “La incorporación por referencia en el derecho de los Tratados”, *loc. cit.*, p. 32.

⁴⁷⁰ En este sentido se pronuncian, A. ROSAS, “The European Union and Fundamental rights/Human rights”, *op. cit.*, p. 466; asimismo, A. ROSAS, “With a Little Help from My Friends: International Case-Law as a Source of Reference for the EU Courts”, *The Global Community Yearbook of International Law Journal* 2005, Vol. 1, 2006, p. 220; y J. DÍEZ-HOCHLEITNER, *La posición del Derecho Internacional en el Ordenamiento comunitario*, op. cit., pp. 11-15. La cuestión de la recepción en el ordenamiento de la

pertenecientes al ámbito del Consejo de Europa y la OSCE pertenecen a un acervo consuetudinario de carácter regional (no sólo europeo, sino occidental en el caso de esta última), pero en el caso de los instrumentos del ámbito universal adoptados en el seno de Naciones Unidas (en especial de la Declaración Universal de Derechos Humanos que ha sido incorporada en numerosas cláusulas de *democracia y derechos humanos*) la Unión Europea ha actuado bajo la asunción de que estos instrumentos reflejan en gran medida el Derecho internacional general, bien sea como costumbre internacional de ámbito universal bien sea como principios generales del Derecho internacional⁴⁷¹.

Como ha señalado ROSAS:

*“The human rights clause seems to be based on the understanding that the principles contained in the Universal Declaration reflect existing general international law, whether seen as customary law or as general principles of law recognised by civilized nations. While this does not necessarily mean that each word of the Universal Declaration has become legally binding, the EU’s treaty practice contributes to the reaffirmation of the status of the Declaration as an expression of general international law binding on all States”*⁴⁷².

Lógicamente, los problemas pueden surgir a la hora de identificar qué preceptos concretos de la Declaración Universal de Derechos Humanos gozan de tal aceptación general.

Unión Europea del Derecho internacional de los Derechos humanos en cuanto que costumbre internacional será abordada en el SEGUNDO CAPÍTULO.

⁴⁷¹ Véase, A. ROSAS, “The Role of the Universal Declaration of Human Rights in the Treaty Relations of the European Union”, en P. BAEHR et al. (eds.), *Innovation and Inspiration: Fifty Years of the Universal Declaration of Human Rights*, Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, Amsterdam, 1999, pp. 201-209. Nótese la conveniencia para la Unión de invocar instrumentos pertenecientes al ámbito universal, en este sentido se ha señalado la inadecuación de emplear los estándares propios recogidos en la CDFUE en el contexto de la promoción de los derechos humanos en las relaciones con terceros países (fuera del caso de los candidatos a convertirse en Estados miembros). Por este motivo se ha criticado a la Comisión Europea que planteaba en 2001 el uso de la CDFUE como elemento rector de la actuación de promoción de los derechos humanos en el exterior: véase la Comunicación de la Comisión Europea al Consejo y al Parlamento Europeo, de 8 de mayo de 2001, sobre el papel de la Unión Europea en el fomento de los derechos humanos y la democratización en terceros países, Bruselas, COM (2001) 252 final, p. 3. Véanse opiniones críticas en esta línea en, M. CANDELA SORIANO, *Los Derechos Humanos, la Democracia y el Estado de Derecho en la Acción Exterior de la Unión Europea. Evolución, Actores, Instrumentos y Ejecución*, op. cit., pp. 107-108; y M. C. MUÑOZ RODRÍGUEZ, *Democracia y derechos humanos en la acción exterior de la Unión Europea*, op. cit., pp. 154-155. Sobre el valor jurídico de la Declaración Universal de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, resultan ilustrativas las palabras del Abogado General VAN GERVEN: “La Declaración universal de Derechos Humanos es una declaración internacional de principios. El Tribunal de Justicia considera que tales declaraciones contribuyen a definir el contenido de los principios generales del Derecho comunitario”. Véanse sus Conclusiones presentadas el 22 de octubre de 1992, *Koua Poirrez c. CAF*, asunto C-206/91, Rec. 1992, p. I-6685, apartados 12 -13.

⁴⁷² A. ROSAS, “The European Union and International Human Rights Instruments”, op. cit., p. 61.

Sin duda, como se razonó en el anterior apartado, el galimatías de la legalidad y de la legitimidad internacionales de la condicionalidad política se vería en gran medida resuelto si la Unión Europea se convirtiese en parte contratante de muchos de los instrumentos internacionales de derechos humanos que constantemente invoca en sus relaciones con terceros países: frente al carácter evanescente de la norma consuetudinaria, intrínsecamente misteriosa y enigmática, la vinculación convencional aporta certidumbre y seguridad jurídica.

En cierta medida la cuestión de la legalidad se ve aliviada con el Tratado de Lisboa que introduce de forma expresa entre los objetivos de la Unión en sus relaciones con el resto del mundo la protección de los derechos humanos, el estricto respeto y desarrollo del Derecho internacional con particular énfasis en los principios de la Carta de las Naciones Unidas. Por tanto, esa remisión del Derecho originario de la Unión encuentra acomodo en el propio Derecho internacional general pues tal y como ha puesto de manifiesto el Comité de Derechos Humanos: todo Estado parte en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos tiene un interés en su cumplimiento, y en especial en el cumplimiento de los derechos básicos de la persona que constituyen obligaciones *erga omnes*⁴⁷³, además “[...] existe la obligación, según la Carta de las Naciones Unidas, de promover el respeto universal y efectivo, así como la observancia, de los derechos humanos y las libertades fundamentales”⁴⁷⁴. CARDONA LLORENS se ha referido a las obligaciones que impone el Derecho internacional de los Derechos humanos como *obligaciones integrales* ya que las consecuencias de su violación escapan al esquema sinalagmático⁴⁷⁵.

⁴⁷³ Clara incorporación de lo establecido en la Sentencia de la CIJ de 5 de febrero de 1970, *Barcelona Traction (Bélgica c. España)*, *cit. supra*.

⁴⁷⁴ Observación General Nº 31, Comité de Derechos Humanos, *Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, 80º Período de Sesiones, 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, apartado 2. Precisamente, debido al carácter *erga omnes* que presentan las obligaciones convencionales en materia de Derecho internacional de los derechos humanos, son numerosos los tratados que prevén mecanismos interestatales de queja o comunicación hacia sus mecanismos de control, debido a que todos los Estados de la Comunidad internacional presentan un interés legítimo en su satisfacción. Para la activación de tales mecanismos basta con que se denuncie el incumplimiento de otro Estado parte, sin necesidad de que el Estado demandante sea directamente afectado por la infracción de las normas del tratado en cuestión. Una panorámica de los mecanismos de queja interestatal previstos en los tratados de derechos humanos universales y regionales puede verse en R. A. ALIJA FERNÁNDEZ, “Las quejas interestatales ante órganos judiciales o cuasi-judiciales de garantía de los derechos humanos: ¿Un mecanismo útil en situaciones de crisis?”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 22, 2011.

⁴⁷⁵ J. CARDONA LLORENS, “Los conflictos entre normas internacionales del mismo rango: a la búsqueda de criterios de solución”, en A. J. RODRIGO, C. GARCÍA (eds.), *Unidad y Pluralismo en el Derecho internacional Público y en la Comunidad internacional, Coloquio en Homenaje a Oriol Casanovas*, Barcelona, 21-22 de mayo de 2009, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 382-383.

La Unión Europea ha incorporado como elemento esencial de numerosos acuerdos celebrados con terceros países la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como ha tratado de alentar en sus relaciones de cooperación al desarrollo o puramente comerciales a terceros países a ratificar un grupo importante de tratados de protección internacional de los derechos humanos adoptados en el seno de Naciones Unidas, así como numerosos Convenios de la OIT -que no deja de ser un organismo especializado adscrito al sistema de Naciones Unidas-: actuando de este modo la Unión ha manifestado su convicción de que dichos instrumentos son obligatorios, ha manifestado su convencimiento de que dichos tratados internacionales junto con la propia Declaración Universal de Derechos Humanos forman parte de un cuerpo de normas consuetudinarias generales a cuyo respeto ella misma se siente obligada. De este modo algunas de las normas contenidas en dichos instrumentos, llegan a ser obligatorias para terceros Estados, superándose el efecto relativo de dichos tratados y conformándose un acervo de derecho consuetudinario general tal y como permite el artículo 38 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados: así se conforma una excepción respecto de la regla general *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*⁴⁷⁶.

La idoneidad de la costumbre como forma de creación de normas en el ámbito de la protección internacional de los derechos humanos está fuera de dudas para las obligaciones de no hacer, es decir, para las obligaciones de respetar, de abstenerse de vulnerar de forma activa aquellas normas a las que se ha atribuido un valor jurídico consuetudinario. En cambio, la utilidad y virtualidad de la norma consuetudinaria resultan claramente menores en el terreno de las obligaciones positivas destinadas a consagrar verdaderos derechos subjetivos. Por otra parte, la idoneidad de la costumbre también se deriva de la vocación de permanencia y estabilidad que caracteriza al régimen de protección internacional de los derechos humanos que estos instrumentos pretenden establecer.

⁴⁷⁶ Las cuestiones más espinosas serían, por un lado, identificar qué normas exactamente ostentan dicho carácter obligatorio *erga omnes*, así como, por otro lado, determinar si dichas normas son obligatorias para terceras organizaciones internacionales. En la medida en que la Unión Europea las haya identificado como obligatorias, dicha organización internacional estará vinculada por dichas normas. Ahora bien, la posibilidad de que terceras organizaciones internacionales queden vinculadas no debe descartarse: pese a no ser los tratados internacionales de derechos humanos propiamente tratados entre Estados y organizaciones internacionales (excepto el caso analizado de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad), la posible obligatoriedad de las normas contenidas en dichos tratados para terceras organizaciones internacionales podría extraerse mediante la aplicación analógica del artículo 38 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 21 de marzo de 1986.

En el ámbito de la costumbre internacional es sabido que deslindar la fase ascendente relativa a su nacimiento y formación y la fase descendente referente a su aplicación y recepción presenta una particular dificultad, podría afirmarse que ambas fases son prácticamente simultáneas: como se verá en el siguiente Capítulo el ordenamiento de la Unión consagra la recepción automática de la costumbre. Posiblemente la existencia de normas consuetudinarias de alcance general relativas a la protección internacional de los derechos humanos es preexistente a la condicionalidad política iniciada por la entonces Comunidad en la década de los noventa, esta idea parece desprenderse de las palabras de SCHERMERS:

*“Public international law offers a strong legal obligation to respect the most fundamental human rights. This obligation is addressed to all subjects of international law and therefore also to the European Community”*⁴⁷⁷.

Como elemento adicional debe reflexionarse acerca del papel que la decisión unilateral de la Unión Europea de incluir las cláusulas *democracia y derechos humanos* tiene en la formación de estas normas consuetudinarias generales en particular al quedar la Unión vinculada a su respeto con arreglo a sus propios actos de acuerdo con la doctrina del *estoppel*⁴⁷⁸: la Unión Europea cuando incorpora el respeto a los derechos humanos como elemento esencial de un acuerdo internacional da a entender a su contraparte que ella respeta los estándares cuyo respeto exige, de modo que cualquier cambio en ese estado de cosas no podría ser utilizado en perjuicio del tercer Estado, de lo que cabe inferir que la Unión está obligada a respetar los mismos estándares que

⁴⁷⁷ H. G. SCHERMERS, “The European Communities bound by Fundamental Human Rights”, *Common Market Law Review*, Vol. 27, 1990, p. 251.

⁴⁷⁸ La cláusula *democracia y derechos humanos* una vez incorporada al acuerdo internacional, se convierte en un acto bilateral. En la medida en que recibe el consentimiento por ambas partes contratantes es recíproca y su infracción permitiría a cualquiera de ellas instar la terminación del acuerdo internacional o la suspensión de su aplicación de acuerdo con las disposiciones de los artículos 60.1 y 60.3.b) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 21 de marzo de 1986. Sin embargo, la gestación originaria de esta cláusula cabe atribuirle a la Unión Europea: la cláusula ha surgido y se ha consolidado en la práctica de la Unión Europea y sus contrapartes la han aceptado -salvo contadas excepciones- de una forma acrítica, incondicional, es decir, adhiriéndose a ella en tanto que elemento esencial cuasi innegociable. En este sentido se trae a colación la doctrina de los actos propios y el *estoppel*, considerando en origen la condicionalidad como un acto unilateral de la Unión Europea. La aplicación práctica de la cláusula respalda este planteamiento en la medida en que sólo ha sido invocada por la Unión Europea y nunca contra ella. Este razonamiento se ve ilustrado con el rechazo que suscitó para Australia la intención de subordinar el acuerdo de cooperación a la citada cláusula, las negociaciones pudieron desbloquearse incorporando una declaración meramente recordatoria de los valores democráticos, véase J. ROLDÁN BARBERO, “Les relations extérieures de l’Union européenne: quelques faiblesses et incertitudes juridiques”, en J-V. LOUIS, G. VANDERSANDEN, A. DE WALSCHE, *Mélanges en Hommage à Jean-Victor Louis*, Vol. II, Éditions de l’Université Libre de Bruxelles, Bruselas, 2003, p. 182.

exige a su contraparte⁴⁷⁹. Como señaló el juez de la CIJ ALFARO en su opinión individual en el asunto del *Templo de Préah Vihéar*:

*“[...] un Estado no debe ser autorizado a beneficiarse de sus propias contradicciones en perjuicio de otro Estado (nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam). [...] Finalmente, el efecto jurídico del principio es siempre el mismo: cuando una parte con su reconocimiento, su representación, su declaración, su conducta, y su silencio ha mantenido una actitud manifiestamente contraria al derecho que reclama ante un Tribunal internacional, su reclamación de este derecho es inadmisibile (venire contra factum proprium non valet) [...]”*⁴⁸⁰.

Además, de acuerdo con la jurisprudencia de la CIJ en el asunto relativo a la *Plataforma Continental del Mar del Norte* pueden integrar el cuerpo del derecho consuetudinario general las normas contenidas en tratados internacionales de los que un elevado número de países de la Comunidad internacional se ha convertido en parte contratante, y éste es sin duda el caso de los tratados que la Unión invoca en su acción exterior⁴⁸¹. Como elemento de juicio adicional para respaldar esta idea debe tenerse en cuenta que la CIJ ha declarado en su jurisprudencia el carácter consuetudinario de ciertos derechos humanos cuyo respeto la Unión impulsa en sus relaciones exteriores con terceros Estados: la prohibición de genocidio⁴⁸², la prohibición de discriminación racial incluyendo el apartheid y la prohibición de la esclavitud⁴⁸³, el derecho a la

⁴⁷⁹ A. MARTIN, “L’Estoppel en droit international public”, A. Pedone, París, 1979, p. 260.

⁴⁸⁰ Donde dice *Estado* léase también *cualquier otro sujeto de Derecho internacional*. Sentencia de la CIJ de 15 de junio de 1962, *Templo de Préah Vihéar*, Rec. 1962, p. 6. Traducción y cita extraída de M. Díez DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 17ª edición, ed. Tecnos, Madrid, 2009, pp. 151-152. Véase también sobre el *estoppel*, A. REMIRO BROTONS, R. RIQUELME CORTADO, E. ORIHUELA CALATAYUD, J. Díez-HOCHLEITNER, L. PÉREZ-PRAT DURBÁN, *Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 308-311.

⁴⁸¹ Véase la Sentencia de la CIJ de 20 de febrero de 1969, *Plataforma Continental del Mar del Norte (República Federal de Alemania c. Dinamarca)*, Rec. 1969, p. 42, apartado 73. El propio TJUE ha invocado esta jurisprudencia en la Sentencia de 27 de febrero de 2002, *Herbert Weber*, asunto C-37/00, Rec. 2002, p. I- 2013, apartado 34. También debe verse el apartado 79 de la Opinión Consultiva de la CIJ de 8 de julio de 1996, *Licitud de la Amenaza o del Empleo de Armas Nucleares*, Rec. 1996, p. 257 : “C'est sans doute parce qu'un grand nombre de règles du droit humanitaire applicable dans les conflits armés sont si fondamentales pour le respect de la personne humaine et pour des «considérations élémentaires d'humanité», selon l'expression utilisée par la Cour dans son arrêt du 9 avril 1949 rendu en l'affaire du Détroit de Corfou (C.I.J. Recueil 1949, p. 22), que la convention IV de La Haye et les conventions de Genève ont bénéficié d'une large adhésion des Etats. Ces règles fondamentales s'imposent d'ailleurs à tous les Etats, qu'ils aient ou non ratifié les instruments conventionnels qui les expriment, parce qu'elles constituent des principes intransgressibles du droit international coutumier”.

⁴⁸² Opinión Consultiva de la CIJ de 28 de mayo de 1951, *Reservas a la Convención para la represión y la prevención del crimen de Genocidio*, Rec. 1951, p. 23. La sentencia que más ha contribuido a la precisión de las reglas que rigen la responsabilidad internacional de los Estados en materia de genocidio es la Sentencia de la CIJ de 26 de febrero de 2007 relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia-Herzegovina c. Serbia)*, Rec. 2007, p. 43.

⁴⁸³ Sentencia de la CIJ de 5 de febrero de 1970, *Barcelona Traction*, cit. *supra*, apartados 33-34, Opinión Consultiva de la CIJ de 21 de junio de 1971, *Sudoeste africano (Consecuencias jurídicas para los*

integridad física⁴⁸⁴ o el derecho a la protección ante la denegación de justicia⁴⁸⁵: respecto al carácter consuetudinario de estos derechos no existe, a día de hoy, abiertamente ningún Estado que se manifieste de forma oficial como *objeto persistente*⁴⁸⁶.

Por lo tanto, la Unión ha promovido el respeto hacia normas consuetudinarias de protección de los derechos humanos que ella considera de alcance universal, de este modo el elemento anímico-volitivo en la formación de la costumbre (*opinio iuris sive necessitatis*) resulta claro. La existencia de *opinio iuris* es por tanto clave en la identificación de una norma consuetudinaria existente que ya ha cristalizado. Menos fácil de establecer resulta el elemento objetivo. No obstante, los titubeos⁴⁸⁷ y dobles raseros de la Unión Europea en este ámbito no impiden que pueda concluirse que existe una práctica reiterada y uniforme en cuanto a la invocación y utilización de determinados instrumentos de derechos humanos⁴⁸⁸. De este *usus*, de esta repetición voluntaria de precedentes es de donde cabe deducir la obligatoriedad jurídica para la Unión⁴⁸⁹. Incluso aunque el elemento material sea el más débil en la formación de la norma consuetudinaria en este caso, como la doctrina especializada ha puesto de manifiesto, la jurisprudencia internacional viene reconociendo una importancia acentuada al elemento subjetivo en la creación de la costumbre internacional⁴⁹⁰.

Merece destacarse la posición de la CIJ en el asunto *Nicaragua c. Estados Unidos*, de la que parece derivarse una prevalencia de la *opinio iuris* sobre la práctica, una

Estados de la presencia continuada de Sudáfrica en Namibia pese a la Resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad), Rec. 1971, p. 57.

⁴⁸⁴ Sentencia de la CIJ, 24 de mayo de 1980, *Personal diplomático y consular de EEUU en Teherán*, Rec. 1980, p. 42, apartado 91.

⁴⁸⁵ Sentencia de la CIJ de 5 de febrero de 1970, *Barcelona Traction*, *cit. supra*, p. 47.

⁴⁸⁶ Téngase en cuenta además que no se acepta de buen grado que pueda invocarse el estatuto de *objeto persistente* en relación con materias de interés general, como serían las normas de protección internacional de los derechos humanos o las relativas a la protección del medio ambiente, véase O. CASANOVAS Y LA ROSA, “Unidad y pluralismo en Derecho Internacional Público”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. II, 1998, p. 76. Debe recordarse que el hecho de que la República de Sudáfrica fuese un ferviente *objeto persistente* a la prohibición del *apartheid* no la ha liberado de la obligatoriedad de su cumplimiento ni de la responsabilidad internacional consecuencia de su infracción, véase C. GUTIÉRREZ ESPADA, “El orden público internacional”, *op. cit.*, p. 422.

⁴⁸⁷ Al margen de este análisis quedan claro está las fracturas existentes en el seno de la PESC y las disonancias entre ésta y la política exterior propia de los Estados miembros.

⁴⁸⁸ Véanse sobre la costumbre internacional con carácter general, P. HAGGENMACHER, “La doctrine du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale”, *Revue Générale de Droit International Public*, 1986, pp. 5-126; y J. ROLDÁN BARBERO, “El consentimiento del Estado y la formación de los acuerdos internacionales”, *op. cit.*, pp. 805-809.

⁴⁸⁹ Cuestión distinta es la práctica específica relativa a la aplicación efectiva de la cláusula de derechos humanos y la suspensión de preferencias comerciales.

⁴⁹⁰ Véanse, R. HUESA VINAIXA, *El nuevo alcance de la “opinio iuris” en el derecho internacional contemporáneo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991; L. MILLÁN MORO, *La opinio iuris en el derecho internacional contemporáneo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

preferencia por el elemento subjetivo sobre el elemento material en la determinación de la norma consuetudinaria:

“[...] La Cour ne pense pas que, pour qu’une règle soit coutumièrement établie, la pratique correspondante doive être rigoureusement conforme à cette règle. Il lui paraît suffisant, pour déduire l’existence de règles coutumières, que les États y conforment leur conduite d’une manière générale et qu’ils traitent eux-mêmes les comportements non conformes à la règle comme des violations de celle-ci et non pas comme des manifestations de la reconnaissance d’une règle nouvelle [...]”⁴⁹¹.

De acuerdo con este razonamiento, aunque en materia de derechos humanos aparezcan disonancias entre la creencia jurídica y la práctica, éstas no son lo suficientemente intensas como para suponer la negación de la norma jurídica ni implican en ningún caso la proposición de una norma consuetudinaria alternativa: precisamente las desviaciones respecto a la norma, son consideradas como infracciones de las normas consuetudinarias relativas a la protección internacional de los derechos humanos, que constituyen, en efecto, violaciones dentro del marco del reconocimiento de la existencia, subsistencia y acatamiento de la norma jurídica⁴⁹². Esta relativización del elemento material para la identificación de las normas consuetudinarias se advierte no solo en el Derecho internacional de los Derechos humanos, sino que se trata de un fenómeno que también se produce en el Derecho internacional humanitario, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia al atribuir una atención preponderante al elemento psicológico a la hora de identificar la norma consuetudinaria⁴⁹³.

⁴⁹¹ Sentencia de la CIJ de 27 de junio de 1986, *Asunto de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y en contra de Nicaragua*, cit. supra, p. 98, apartado 186.

⁴⁹² Véase J. ROLDÁN BARBERO, “El valor jurídico de las Resoluciones de la Asamblea General de la ONU en la Sentencia Nicaragua contra Estados Unidos de 27-6-86”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. XLII, nº 1, 1990, pp. 88-91.

⁴⁹³ Véase la Decisión del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, *Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, Tadic*, 2 de octubre de 1995, apartado 99. En este sentido R. HUESA VINAIXA, “El impacto de los regímenes especiales en las fuentes del Derecho internacional”, en A. J. RODRIGO, C. GARCÍA (eds.), *Unidad y Pluralismo en el Derecho internacional Público y en la Comunidad internacional, Coloquio en Homenaje a Oriol Casanovas, Barcelona, 21-22 de mayo de 2009*, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 184-185. En este sentido, debe verse el apartado 527 de la Sentencia de 14 de enero de 2000 del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, en el asunto *Kupreskic*, donde el Tribunal afirma la vigencia consuetudinaria de ciertas disposiciones del primer Protocolo adicional de 8 de junio de 1977 a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la Protección de las víctimas en conflictos armados internacionales: “*Admittedly, there does not seem to have emerged recently a body of State practice consistently supporting the proposition that one of the elements of custom, namely usus or diuturnitas has taken shape. This is however an area where opinio iuris sive necessitatis may play a much greater role than usus, as a result of the aforementioned Martens Clause. In the light of the way States and courts have implemented it, this Clause clearly shows that principles of international humanitarian law may emerge through a customary process under the*

Por lo tanto, la convicción jurídica de la Unión analizada a la luz de la práctica en su acción exterior es suficiente para afirmar su contribución e impulso para la formación de normas consuetudinarias en la protección internacional de los derechos humanos. Su obligatoriedad y su propia vinculación no se ven afectadas, por tanto, por el hecho de que ante violaciones comparables de normas relativas a la protección de los derechos humanos en situaciones similares, la Unión haya adoptado respuestas diferentes: bien en el ámbito de la PESC, bien mediante la suspensión o no de preferencias comerciales, la continuidad o la terminación de acuerdos de cooperación al desarrollo, el mantenimiento de la asistencia financiera, etc. Los vaivenes dentro de los márgenes de discrecionalidad política que otorgan a la Unión los diferentes instrumentos de su acción exterior (incluido el ámbito de coordinación intergubernamental), así como el recurso en algunos casos a medidas negativas de condicionalidad política frente al empleo en otros de medidas de mera condicionalidad positiva, no empecen ni merman la *opinio iuris* que la Unión ha mostrado en su compromiso oficial al identificar como vinculantes las normas integrantes de dicho acervo para la protección de los derechos humanos. Esta afirmación es posible, si se separan conceptualmente los ámbitos relativos a la juridicidad y a la efectividad de las normas, quedando a salvo la existencia de la norma consuetudinaria de la discrecionalidad política que pueda existir en su aplicación.

Como sostiene FERRER LLORET, la motivación real que puede existir detrás de una retorsión o represalia reactiva ante la vulneración por parte de otro Estado de la normativa internacional de derechos humanos no siempre es jurídica, sino que con frecuencia enmascara motivos políticos o económicos⁴⁹⁴. Ciertamente es que dichas motivaciones pueden permanecer más o menos ocultas, y que la diferencia de intensidad con que la Unión reacciona ante las diferentes violaciones de la normativa internacional de protección de los derechos humanos depende de los intereses y prioridades en la

pressure of the demands of humanity or the dictates of public conscience, even where State practice is scant or inconsistent. The other element, in the form of opinio necessitatis, crystallising as a result of the imperatives of humanity or public conscience, may turn out to be the decisive element heralding the emergence of a general rule or principle of humanitarian law". Algunos autores ya habían apuntado tiempo atrás la importancia decisiva de la *opinio iuris* así como menor relevancia del elemento material para la emergencia de normas consuetudinarias de carácter general en materia de derechos humanos, véase B. SIMMA "International Human Rights and General International Law: a Comparative Analysis", *Collected Courses of the Academy of European Law*, Vol. IV, Libro II, 1993, p. 226.

⁴⁹⁴ J. FERRER LLORET, *Responsabilidad internacional del Estado y Derechos Humanos*, Universidad de Alicante, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 152-153. El autor efectúa un análisis detallado de la práctica relativa a la promoción del respeto a los derechos humanos por parte de la Unión Europea y sus Estados miembros en sus relaciones exteriores durante la década de los noventa, pueden verse las pp. 177-197 de dicho trabajo.

política exterior de los Estados miembros. Ahora bien, pese a que la enigmática *opinio iuris* debe ser examinada a la luz de la práctica de la Unión Europea, en los términos expuestos, una posible subordinación o instrumentalización de la promoción de los derechos humanos a otro tipo de intereses y finalidades no desmiente ni invalida *per se* la vinculación y contribución de la Unión Europea al desarrollo de normas de Derecho internacional general de carácter consuetudinario en el ámbito de la protección de los derechos humanos. El análisis de este elemento material debe completarse con el examen de la práctica de la Unión Europea *ad intra*, propósito al que se consagran los Capítulos siguientes del presente trabajo.

4.3. Reflexiones finales: el eterno retorno sobre la vieja cuestión de la legitimidad.

Siguiendo a KOSKENNIEMI, ante la inexistencia material de un representante que encarne lo universal, no resulta escandaloso que la Unión Europea en tanto que actor regional y elemento particular se erija en adalid de lo universal⁴⁹⁵: la Unión Europea, desde su percepción particular y su interpretación propia del Derecho internacional general se aproxima a éste para identificar normas consuetudinarias internacionales y promover su respeto en sus relaciones exteriores. Dicho de otra forma, desde su convicción y creencia de que el respeto de los derechos humanos, así como su *universalidad e indivisibilidad*, constituyen normas consuetudinarias internacionales de índole general, la Unión Europea se ha aventurado en una práctica consecuente y acorde a su propia percepción del ordenamiento internacional general que en modo alguno está exenta de polémica, pero tampoco de fundamento⁴⁹⁶. Ese liderazgo como exponente de lo universal que la Unión Europea ha asumido, refleja su creencia en el derecho

⁴⁹⁵ M. KOSKENNIEMI, “International Law in Europe: Between Tradition and Renewal”, *European Journal of International Law*, Vol. 16, nº 1, 2005, pp. 113-124.

⁴⁹⁶ No constituye el objeto del presente trabajo abordar ni alimentar el eterno debate entre el *universalismo* y el *relativismo* más propiamente filosófico y antropológico que jurídico. Véanse posiciones críticas en A. REMIRO BROTONS, “Límites del libre comercio: Aspectos sociales”, en F. ESTEVE GARCÍA (coord.), *La Unión Europea y el Comercio Internacional: Límites al libre comercio*, Universitat de Girona, 2001, p. 53; un análisis de la escisión ideológica Norte-Sur y de las críticas al eurocentrismo que subyacen frente a la condicionalidad puede verse en, J. ROLDÁN BARBERO, *Democracia y Derecho Internacional*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 77-91; una perspectiva crítica pero que deja espacio a la esperanza de que las sucesivas estrategias desarrolladas por las instituciones comunitarias sean más comprensivas de los problemas citados en, J. A. GONZÁLEZ VEGA, “¿La carga del hombre blanco? Acción exterior, derechos humanos y desarrollo en las actuaciones recientes de la Unión Europea”, *Eikasia. Revista de Filosofía*, nº 2, noviembre 2006, pp. 103-148.

internacional con sus fortalezas y debilidades, e ineluctablemente está mediatizado por sus propios valores y su visión particular. En principio parece legítimo que la Unión trate de *universalizar* su tradición de democracia y de respeto a los derechos humanos, tradición que alcanzará dicha dimensión global si en concurrencia con otras tradiciones logra mostrarse más satisfactoria: pero claramente de esta pretensión se derivan enormes riesgos y responsabilidades, la promoción de los derechos humanos no puede ni debe ser el pretexto para imponer las propias preferencias, con una visión que raye en el solipsismo, es decir, etnocéntrica puramente economicista e instrumental que sirva para generar relaciones de dependencia y dominación de terceros países. En el extremo contrario, se puede caer en el *kitsch*, es decir, en el excesivo sentimentalismo que convierta la promoción de los derechos humanos y la democracia en una mera tendencia *estética*⁴⁹⁷. Debe descartarse que la acción exterior de la Unión Europea en materia de derechos humanos responda principalmente a motivos altruistas⁴⁹⁸, los postulados de la *realpolitik* subyacen en este terreno abonados por la geoestrategia, el pragmatismo casuístico y la politización. Pese a ello puede decirse que la Unión ha contribuido a reforzar e identificar el respeto a los derechos humanos así como su universalidad, indivisibilidad e interdependencia como una norma internacional consuetudinaria de carácter general. Podría decirse en el mejor de los casos que la posición de la Unión Europea estaría destinada a sentar los cimientos seminales de un orden internacional que regulase no solo los derechos y obligaciones de los Estados sino que situase en el centro de su construcción e interés a todos los seres humanos, superando el tradicional enfoque *civilista* limitado a los intereses bilaterales contractuales de los Estados y comenzando la construcción de un verdadero Derecho Internacional Público de naturaleza multilateral. En las optimistas palabras del entonces juez de la CIJ SIMMA el establecimiento de un orden público universal conllevaría ciertas transformaciones de la propia naturaleza del Derecho Internacional Público actual:

⁴⁹⁷ Expresión que KOSKENNIEMI toma prestada de Milan Kundera y la imagen que el escritor checo emplea en un pasaje de su célebre obra *La insoportable levedad del ser*, véase, M. KOSKENNIEMI, “International Law in Europe: Between Tradition and Renewal”, *loc. cit.*, pp. 121-124. Continuando con el título literario, quizá dada la liviandad de su condición regional la Unión haya decidido elevarse trascendiendo de sí misma.

⁴⁹⁸ Pese a ello no debe desdenarse que la erradicación de la pobreza se ha convertido en objetivo reflejado expresamente en el Derecho originario de la Unión, y en el diseño de la oferta comercial preferencial de la Unión a los países en vías de desarrollo parece estar presente, véase C. LÓPEZ-JURADO, “La oferta comercial preferencial de la Unión Europea a los Países en Vías de Desarrollo: modalidades e interacciones”, *loc. cit.*

*“The concept implies the expansion of international law beyond the inter-state sphere, particularly by endowing individuals with international personality, establishing a hierarchy of norms, a value-oriented approach, a certain ‘verticalization’ of international law, de-emphasizing consent in law-making, introducing international criminal law, by the existence of institutions and procedures for the enforcement of collective interests at the international level - ultimately, the emergence of an international community, perceived as a legal community”*⁴⁹⁹.

Esta contribución de la Unión así como su propia vinculación al Derecho internacional de los Derechos humanos supone un paso, incipiente si se quiere, en la reafirmación del elemento jurídico y normativo, presentando al Derecho internacional como algo más que un instrumento exclusivamente orientado al servicio de la política exterior: no en vano se ha caracterizado a la Unión Europea como un actor internacional que exige y promueve a nivel multilateral el establecimiento y consolidación de los estándares normativos que ella misma está en condiciones de garantizar a nivel doméstico, frente a Estados Unidos que apuesta por un fuerte unilateralismo en el que el Derecho internacional es una herramienta que implica un débil compromiso interno pero cuya observancia se exige con gran rigor y afán de lograr eficaces mecanismos de coerción en otros⁵⁰⁰. En un mundo actual especialmente complejo ni las tesis realistas ni un cándido planteamiento altruista bastan por sí mismos para explicar la posición de la Unión Europea: su planteamiento de defensa de la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos parte de la asunción de que su disfrute está indisociablemente unido al establecimiento de una democracia pluralista de dimensión social, y que de ambos factores democracia y derechos humanos dependen la estabilidad, la seguridad y el desarrollo en terceros países; factores todos ellos sobre los que existe la creencia de que condicionan en última instancia la propia estabilidad, seguridad y bienestar de la Unión Europea y de sus Estados miembros, creencia más patente si cabe en relación con los países inmediatamente vecinos.

Esta visión es indiciaria de que en la práctica la sombra de Adam Smith sigue siendo alargada en la acción exterior de la Unión Europea, quizá tanto más que la de Voltaire⁵⁰¹: esta misión de regenerar, desarrollar y reencarnar la democracia, los

⁴⁹⁹ Véase B. SIMMA, “Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner”, *European Journal of International Law*, Vol. 20, n° 2, 2009, p. 268.

⁵⁰⁰ B. DE WITTE, “International Law as a Tool for the European Union”, *European Constitutional Law Review*, Vol. 5, n° 2, 2009, pp. 265-283.

⁵⁰¹ Adam Smith sostenía que el ser humano tiende a la satisfacción de su propio interés de un modo principalmente egoísta y que presenta en cambio un altruismo de alcance limitado. Nos referimos, claro

principios del Estado de Derecho y la protección de los derechos humanos a escala planetaria tiene un innegable componente tanto altruista como egoísta, tal y como ha apuntado MORIN, con un más que probable predominio de este último⁵⁰². Esta vocación por la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos que la Unión Europea exhibe encuentra su justificación formal en la Declaración y Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en 1993⁵⁰³, donde también aparece el tándem democracia-derechos humanos del cual parecen depender la seguridad y el desarrollo.

Una lectura coincidente con estos postulados puede realizarse también de la Declaración de los Objetivos del Milenio⁵⁰⁴ y del Informe del anterior Secretario General de Naciones Unidas, Koffi Annan, titulado *Un concepto más amplio de libertad: Desarrollo, Seguridad y Derechos Humanos para todos*⁵⁰⁵.

Por tanto, la Unión Europea, en su labor de *catecismo*⁵⁰⁶, con su identificación del Derecho internacional de los Derechos humanos como norma consuetudinaria general,

está, a la preeminencia en la acción exterior de la Unión Europea de la última fase del pensamiento del Catedrático escocés de Filosofía Moral, una etapa en que éste se centra en el paradigma del egoísmo como principio explicativo del origen de la conducta humana, coincidiendo con la aparición de la Economía como ciencia especializada. La Unión Europea parece haber comprendido que en la persecución de su propio interés promueve el interés colectivo de la sociedad internacional de la manera más efectiva. No obstante se ha advertido y prevenido contra los riesgos de una interpretación aislada o *rupturista* de esta fase del pensamiento del autor escocés, que prescinda del análisis del resto de su obra, y en concreto que ignore aquellas partes de su producción destinadas al estudio de la ética o de la rama de la moralidad que trata de la justicia, véase al respecto J. M. RODRÍGUEZ PANIAGUA, “La ética del liberalismo económico en Adam Smith”, en M. MEDINA, R. MESA, P. MARÍÑO (coords.), *Pensamiento Jurídico y Sociedad Internacional -Libro-Homenaje al profesor D. Antonio Truyol Serra-*, Vol. II, Madrid, 1986, pp. 1073-1088. Véase T. RUYSEN, *Les sources doctrinales de l'internationalisme, Tome Second: De la Paix de Westphalie à la Révolution Française*, Presses Universitaires de France, París, 1958, en pp. 429-439 en relación con Voltaire, en pp. 542-549 en relación con Adam Smith. Igualmente se encuentra en los fundamentos de la acción exterior la idea de Max Weber que KOSKENNIEMI reproduce de racionalizar la sociedad a través del Derecho, idea de establecer una buena gobernanza que permita que los objetivos comerciales y de cooperación al desarrollo se entrelacen, M. KOSKENNIEMI, “International Law in Europe: Between Tradition and Renewal”, *loc. cit.*, p. 114.

⁵⁰² E. MORIN, *Penser l'Europe*, Gallimard, 1990, p. 235.

⁵⁰³ Véanse en particular sus puntos 5-8 y 17. La Declaración y Programa de Acción de Viena de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993 fue adoptada por consenso por los representantes de los 171 Estados que participaron. Por tanto, su universalidad queda fuera de toda duda si se tiene en cuenta el gran número de Estados surgidos del proceso de descolonización, inexistentes en 1948, así como que la Declaración Universal de Derechos Humanos suscitó ocho abstenciones en el seno de la Asamblea General de Naciones Unidas en el momento de ser adoptada.

⁵⁰⁴ Resolución de la AGNU 55/2, *Declaración del Milenio*, de 13 de septiembre de 2000, A/RES/55/2.

⁵⁰⁵ Informe del Secretario General, de 21 de marzo de 2005, *Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos*, Doc. NU, A/59/2005.

⁵⁰⁶ Nótese el empleo retórico de este término para referirse a los límites lógicos del adoctrinamiento de los derechos humanos, y también para realizar el inevitable símil con otros movimientos europeos u occidentales que pretendieron erigirse en representantes de lo universal: la civilización del Imperio Romano, la cristiandad, la ilustración, la economía de mercado o la globalización. A diferencia de estas corrientes, la lógica de los derechos humanos presenta una ventaja, al menos teórica, para su universalización y es la tolerancia hacia lo diferente. En ningún caso se pretende con este término hacer

ineluctablemente vinculada a una determinada concepción de democracia, contribuye en cierta medida a erosionar la tradicional asepsia del Derecho internacional en cuanto al régimen político de los Estados, considerado tradicionalmente como cuestión esencialmente perteneciente a la jurisdicción interna⁵⁰⁷. Como sostiene ROLDÁN BARBERO en relación al Derecho internacional de los Derechos humanos: “*Esta rama del Derecho internacional, particularmente desarrollada en el marco europeo, no se mantiene agnóstica, en su naturaleza profunda, respecto a los sistemas políticos, sino que desgasta progresivamente la neutralidad política de este ordenamiento jurídico*”⁵⁰⁸. De hecho sobre toda la Declaración Universal de Derechos Humanos planea la noción de democracia, esto es particularmente claro en sus artículos 21 y 29.2, donde se invocan las exigencias de una sociedad democrática como criterio que pueda legitimar la restricción del alcance de algunos de los derechos recogidos en ella⁵⁰⁹.

Por último, cabe plantearse dada la práctica *ad extra* de una actividad de promoción de los derechos fundamentales (que sin duda plantea mayores dificultades en cuanto a legitimidad y legalidad) si la Unión Europea podría *ad intra* desarrollar un verdadero mecanismo de estímulo positivo al respeto de los derechos fundamentales en sus

alusión a la idea fútil de que la Unión Europea conforma *un club de Estados cristianos* como se ha dicho en relación con la ampliación a Turquía. Véase M. KOSKENNIEMI, “International Law in Europe: Between Tradition and Renewal”, *loc. cit.*, p. 114. En relación con la incorporación de Turquía, C. RAMÓN CHORNET, “La intergración de Turquía en la UE: entre la prevención y la necesidad”, en C. ESPLUGUES MOTA, G. PALAO MORENO, M. A. PENADÉS FONTS (coords.), *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea: liber amicorum: José Luis Iglesias Buhigues*, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 957-966.

⁵⁰⁷ Este ligamen democracia-derechos humanos se observa también en el instrumento financiero para la promoción de la democracia y de los derechos humanos a escala mundial, véase el Reglamento 1889/2006/CE, de 20 de diciembre de 2006, por el que se establece un instrumento financiero para la promoción de la democracia y de los derechos humanos a escala mundial, D.O.U.E. Serie L 386/1, de 29 de diciembre de 2006.

⁵⁰⁸ J. ROLDÁN BARBERO, “Democracia y Derecho Europeo”, *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 20, nº 1, 1993, p. 131.

⁵⁰⁹ Se ha dicho que una democracia pluralista con elecciones multipartidistas pese a formar parte del orden público europeo, no se encuentra explícitamente requerida en el Derecho internacional de los Derechos humanos. Al mismo tiempo se constata que el TEDH defiende, al interpretar las provisiones del CEDH, una visión sustancial y garantista de democracia no limitada a la organización formal de elecciones periódicas. En este sentido se ha constatado que pese a la creciente invocación y mención a la democracia en el marco de Naciones Unidas tras el fin de la Guerra Fría, se requiere el establecimiento y afirmación de un nexo más explícito entre el Derecho internacional de los Derechos Humanos y la democracia pluralista. Pueden verse ciertas objeciones a la universalización de la forma de entender la democracia que presenta el TEDH en J. VIDMAR, “Multiparty Democracy: International and European Human Rights Law Perspectives”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 23, nº 1, 2010, pp. 209-240. Su principal objeción radica en la inexistencia de una norma consuetudinaria de carácter general que abogue por un determinado modelo de participación política para el derecho interno. No obstante, el artículo 25.b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos otorga a la Unión Europea la legitimidad y el margen de apreciación para promover a nivel multilateral su particular forma de entender la democracia: “*Todos los ciudadanos gozarán [...] de los siguientes derechos y oportunidades [...] Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores*”.

Estados miembros más propiamente *comunitario* que el contemplado en el artículo 7 TUE que reposa sobre la necesidad de una holgada mayoría intergubernamental y que tiene un carácter amonestador en el plano abstracto. En la medida en que la Unión permita o quede impasible ante la devaluación interna de los sistemas democráticos y de la calidad del Estado de Derecho en sus Estados miembros, su discurso de promoción universal de los derechos humanos en sus relaciones con el resto del mundo se verá afectado de una seria merma en cuanto a su credibilidad⁵¹⁰. Debe hacerse notar que dada la remisión del artículo 7 TUE al artículo 2 TUE a la hora de constatar la existencia de un riesgo de violación grave de los valores comunes a los Estados miembros (democracia, Estado de Derecho, respeto de los derechos humanos...) su virtualidad no está limitada tras la reforma del Derecho originario operada por el Tratado de Lisboa a las fuentes contenidas en el artículo 6 TUE (esto es CDFUE, CEDH y principios generales del Derecho de la Unión). Bien al contrario esto supone que el comportamiento de los Estados miembros a los efectos del artículo 7 TUE puede ser catalogado en el marco más amplio que establecen los instrumentos internacionales para la protección de los derechos humanos.

Para concluir, cabe señalar que la Unión Europea como actor internacional parece estar orientándose a consolidarse como una *potencia normativa*, en el sentido en que

⁵¹⁰ Durante los meses de enero y febrero de 2012 el debate sobre el recurso al artículo 7 TUE ha sido retomado en el seno del Parlamento Europeo en relación con Hungría. La reforma constitucional llevada a cabo por el Gobierno del Fidesz encabezado por el Primer Ministro Viktor Orban que cuenta con una holgada mayoría absoluta, ha estado en el punto de mira, al existir preocupación acerca de las crecientes limitaciones al pluralismo político, la libertad religiosa, la libertad de prensa, el poder del Tribunal Constitucional, la libertad religiosa, la discriminación por razón de orientación sexual, o la independencia del poder judicial. Esta deriva calificada de autoritaria en Hungría ha llevado a la Comisión Europea a emplazar al Gobierno húngaro a formular sus observaciones en relación con la independencia y autonomía de su Banco Central, la protección de datos personales o la situación del poder judicial, siendo éste el paso previo a la presentación de un dictamen motivado que pudiera dar lugar a la presentación de un recurso por incumplimiento ante el TJUE de acuerdo con los artículos 258-259 TFUE. Igualmente este asunto ha sido sometido a la consideración del grupo de expertos de la Comisión de Venecia, y también servirá como test para apreciar el grado de cooperación y de imbricación existente entre las instituciones de la Unión Europea y el Consejo de Europa en la preservación de la calidad de los valores democráticos y del Estado de Derecho que están ínsitos en el núcleo de ambas organizaciones internacionales. Véase *Bulletin Quotidien Agence Europe* de 10 de febrero de 2012, puntos 32-33. Finalmente la Comisión Europea interpuso el 7 de junio de 2012 un recurso por incumplimiento contra Hungría de acuerdo con lo establecido en el artículo 258 TFUE. Como consecuencia de su resolución, el TJUE ha condenado a Hungría por infracción de los artículos 2 y 6.1 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, *cit. supra*. El Tribunal ha censurado así el régimen nacional por el que Hungría pretendía obligar a cesar en su función a jueces, fiscales y notarios, cuando éstos alcanzasen la edad de 62 años. El TJUE ha entendido que a la luz de la citada Directiva dicha diferencia de trato por razón de la edad no era proporcionada a la obtención de ninguno de los objetivos legítimos invocados por Hungría para justificar la discriminación, como podría ser el de facilitar la incorporación a los tribunales a jóvenes juristas. Debe verse la Sentencia del TJUE de 6 de noviembre de 2012, *Comisión c. Hungría*, asunto C-286/12, (pendiente de publicación), Rec. 2012.

MANNERS la describe⁵¹¹, por ejemplo, a la luz de sus actividades en la lucha por la abolición mundial de la pena de muerte. Aunque ese mismo posicionamiento no haya sido especialmente fructífero en el terreno de la protección internacional del medio ambiente⁵¹² todavía puede reportarle a la Unión ciertas ventajas comparativas en el terreno internacional susceptibles de compensar alguna de sus debilidades como actor global: en este sentido tanto su vinculación expresa a normas convencionales relativas a la protección internacional de los derechos humanos (tanto del ámbito universal como del Consejo de Europa) como su apuesta por el respeto al Derecho internacional general de los Derechos humanos parecen opciones acertadas y deseables pese a los riesgos expuestos. No debe caer en la tentación de exagerar el rol de la Unión Europea como guardián de una *moral universal*, por tanto conviene no ignorar que la influencia de las posiciones de los Estados miembros de la Unión Europea en las cuestiones relativas a derechos humanos en el seno de la Asamblea General de Naciones Unidas ha decrecido considerablemente: en 1997-1998 la mayor coincidencia en porcentaje de voto en la Asamblea General de Naciones Unidas en este tipo de asuntos era para Estados Unidos seguida de la Unión Europea (considerando los votos expresados por sus Estados miembros en bloque); en 2010-2011, por el contrario China y Rusia tienen las mayores coincidencias en el sentido de los votos expresados en relación con cuestiones de derechos humanos. Mientras que la Unión Europea en dicho periodo es la tercera potencia diplomática en este sentido con aproximadamente un 44% de coincidencias, superando a Estados Unidos. En el Consejo de Derechos Humanos la coincidencia del total de votos con los votos expresados por el total de Estados miembros sigue una trayectoria similar⁵¹³. En ambos foros las cuestiones relativas al conflicto entre Israel y

⁵¹¹ Véase, I. MANNERS, Normative Power Europe: A contradiction in terms? *Journal of Common Market Studies*, Vol. 40, 2002, pp. 235-258. También se habla de *rule generator* en relación a los esfuerzos de la Unión Europea por exportar activamente su *acquis* normativo a terceros Estados por vía bilateral o multilateral, véase M. CREMONA, “The Union as a Global Actor: Roles, Models and Identity”, *Common Market Law Review*, Vol. 41, nº 2, 2004, p. 557.

⁵¹² Sobre la pérdida de influencia de la Unión Europea en el multilateralismo ambiental debido a la emergencia ya anunciada de otras potencias y al rol de Estados Unidos que apuesta en mayor medida por acuerdos internacionales voluntarios, puede verse T. FAJARDO DEL CASTILLO, “La Unión Europea y el multilateralismo eficaz para la protección del medio ambiente”, en L. N. GONZÁLEZ ALONSO (dir.), A. GARRIDO MUÑOZ (coord.), *La Unión Europea y el multilateralismo eficaz ¿Un compromiso consistente con Naciones Unidas?*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 163-194.

⁵¹³ “En ocasiones, el diálogo con otros grupos resulta infructuoso debido a la rigidez de la posición de la UE, que resulta de un delicado compromiso entre sus Estados miembros o bien se limita a expresar un mínimo común denominador, incapaz de generar un verdadero debate con otros Estados o grupos regionales”, véase J. LASO PÉREZ, “La participación de la Unión Europea y sus Estados miembros en el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas”, en L. N. GONZÁLEZ ALONSO (dir.), A. GARRIDO MUÑOZ (coord.), *La Unión Europea y el multilateralismo eficaz ¿Un compromiso consistente con Naciones Unidas?*, Iustel, Madrid, 2011, p. 368. Véase K. SMITH, “The European Union

Palestina siguen siendo las que implican una mayor división en el sentido de los votos de los Estados miembros: ello es indiciario de la gran dificultad de abordar las cuestiones relativas a los derechos humanos latentes en este asunto desde un prisma puramente jurídico. Se han señalado como oportunidades para corregir esta tendencia a la pérdida de influencia de las posiciones del conjunto de Estados miembros, el flamante estatuto de observador avanzado que la Unión Europea ha adquirido en la Asamblea General de Naciones Unidas⁵¹⁴ y en segundo lugar la necesidad de trabajar para construir alianzas diplomáticas estratégicas en este campo⁵¹⁵. En cualquier caso, los derechos humanos en las relaciones exteriores constituyen un ámbito idóneo como pocos otros (medio ambiente, política comercial común o política monetaria) para la complementariedad, coexistencia y cohabitación de la Unión Europea y sus Estados miembros: este carácter sinérgico tendente a mantener la influencia a nivel global es posible debido a que la creciente competencia externa de la Unión en esta área no resta protagonismo a los Estados miembros, más bien impide que estos devengan de forma paulatina invisibles.

at the Human Rights Council: Speaking with One Voice but Having Little Influence”, *Journal of European Public Policy*, Vol. 17, nº 2, 2010, pp. 224-241.

⁵¹⁴ Puede verse C. PÉREZ BERNÁRDEZ, “Respuestas al sistema diplomático ante el Servicio Europeo de Acción Exterior (SEAE): el caso de la Unión Europea en la Asamblea General de las Naciones Unidas”, *Cuadernos europeos de Deusto*, nº 44, 2011, pp. 111-145. Debe verse asimismo la Resolución de la AGNU 65/276, de 3 de mayo de 2011, relativa a la Participación de la Unión Europea en la labor de las Naciones Unidas, A/RES/65/276.

⁵¹⁵ Una de las áreas donde las posiciones del conjunto de los Estados miembros han sido más respaldadas es en el ámbito de los derechos de las denominadas minorías sexuales, véase R. GOWAN, F. BRANTNER, *The EU and Human Rights at the UN*, European Council of Foreign Relations, Londres, 2011.

5. ¿Sucesión funcional de la Unión Europea respecto de las obligaciones internacionales de los Estados miembros en materia de protección internacional de los Derechos Humanos?

Una vez analizadas las posibilidades actuales y futuras de la conclusión por parte de la Unión Europea de tratados internacionales para la protección de los derechos humanos, así como su vinculación y contribución al desarrollo de normas consuetudinarias en esta materia, cabe plantearse en última instancia, como cierto sector doctrinal ha hecho, si la transferencia de poderes y del ejercicio de competencias soberanas por parte de los Estados miembros a la Unión va también acompañada de una paulatina y simultánea entrega de obligaciones internacionales de los Estados miembros en materia de derechos humanos, llevando su asunción por parte de la Unión a hablar de una posible sucesión funcional de la Unión a sus Estados miembros en esta área⁵¹⁶. Debe aclararse en primer lugar que no se trataría en ningún caso de un desplazamiento ni de una sustitución de los Estados miembros en el marco de los mecanismos convencionales establecidos en aplicación de dichos tratados de derechos humanos, sino que más bien se trataría de la cohabitación de la Unión con ellos, de la que se derivaría una responsabilidad conjunta y solidaria para su cumplimiento⁵¹⁷.

⁵¹⁶ T. AHMED, I. BUTLER, "The European Union and Human Rights: An International Law Perspective", *loc. cit.*, pp. 788-792; asimismo, H. G. SCHERMERS, N. M. BLOKKER, *International Institutional Law, Unity Within Diversity*, 2003, p. 1574. H. G. SCHERMERS había apuntado esta idea tiempo atrás cuando sostenía: "*The two United Nations Covenants on Human Rights are not binding on the Community, as they were concluded when the Community already existed as a separate legal entity. The Community never bound itself to these Covenants. This may be different, however, with respect to older treaties such as the treaties of 1904, 1910 and 1921 on Trade in Women and Children, the treaties of 1926 and 1956 on Slavery and the treaty of 9 December 1948 against Genocide. Insofar as these treaties are not part of ius cogens (which would mean that they are also binding for non-parties) they were binding on the Member States before they established the Community. As no one can transfer more powers than he has, the Member States were not competent to transfer any powers conflicting with these treaties to the Communities when they were established. It should not be difficult to derive that the Community is bound by these conventions from the binding force they already had on the Member States before the Community's establishment*", H. G. SCHERMERS, "The European Communities bound by Fundamental Human Rights", *loc. cit.*, p. 251.

⁵¹⁷ No obstante, una responsabilidad que no podría ser declarada ni constatada formalmente por los mecanismos convencionales establecidos para el control de la aplicación de dichos tratados de derechos humanos al no ser la Unión parte contratante en ellos. Dicha responsabilidad se articularía en torno al acuerdo entre la Unión Europea y sus Estados miembros, para permitir a la primera coadyuvar y no empecer el cumplimiento de las obligaciones convencionales de los segundos. Esta postura podría extraerse de la lectura de la nueva redacción dada al artículo 4.3 TUE, que formula el principio de cooperación leal como un deber de asistencia mutua entre la Unión y sus Estados miembros en el cumplimiento de los cometidos derivados del Tratado. En este caso, la protección de los derechos humanos, objetivo transversal ínsito en los valores de la Unión (artículo 2 TUE) y formulado en los apartados 3 y 5 del artículo 3 TUE. Debe tenerse en cuenta que las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos constituyen la garantía de la salud de sus sistemas

PESCATORE se planteaba la cuestión de la sucesión desde el momento mismo de la creación de las Comunidades Europeas:

*“Ce qui s’est produit, en d’autres termes, au moment de la création de la Communauté, est un effet de substitution ou de succession au sens du droit international : en assumant, en vertu des Traités, certaines compétences et certains pouvoirs précédemment exercés par les EM, la Communauté a du reprendre, également, les obligations internationales qui réglaient l’exercice de ces compétences et pouvoirs”*⁵¹⁸.

Algunas de las obligaciones de los Estados miembros en materia de derechos humanos son preexistentes a la creación de las antiguas Comunidades Europeas (por ejemplo las derivadas de la Carta de San Francisco, la Declaración Universal de Derechos Humanos o el propio CEDH –este último, para todos los Estados fundadores excepto Francia que se convirtió en parte en 1974-), otras obligaciones son para un buen número de Estados miembros previas a su adhesión a la Unión Europea (es el caso de la Carta Social Europea y los dos Pactos de Naciones Unidas de 1966, relativos a Derechos Civiles y Políticos y a Derechos Económicos, Sociales y Culturales, respectivamente), finalmente existen obligaciones internacionales de los Estados miembros en materia de derechos humanos que han contraído con posterioridad a su incorporación a la Unión Europea (la Convención Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, para algunos Estados para otros es previa; o la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad). La situación de los tratados internacionales celebrados por los Estados miembros con terceros Estados con anterioridad a la creación de las Comunidades Europeas o con anterioridad a su incorporación a la Unión Europea, se ve medianamente resuelta en el artículo 351 TFUE, que, sin obligar a la Unión frente a las terceras partes contratantes, sí le impone una serie de obligaciones a sus instituciones para no perjudicar al Estado miembro en el desempeño de sus obligaciones frente a esos terceros Estados. Más difícil de sustanciar

constitucionales de derechos fundamentales, así como su grado de cumplimiento representa la herramienta para llevar a cabo el diagnóstico de su estado. Ahí radica la importancia de que la Unión no sólo se limite a extraer de las constituciones de sus Estados miembros fuentes de inspiración para la protección de los derechos fundamentales en su ordenamiento: sino que además, la Unión en el marco de las competencias cuyo ejercicio le ha sido transferido por los Estados miembros, no debe obstaculizar el cumplimiento de las obligaciones de los Estados miembros en materia de derechos humanos, al contrario debe facilitarlos, ayudando en este sentido como vigía a mantener la vitalidad de los sistemas constitucionales de protección de los derechos fundamentales de sus propios Estados miembros. En la medida en que la Unión descuide esta labor complementaria, el extracto del que el propio ordenamiento de la Unión bebe para la protección de los derechos fundamentales se verá empobrecido y degradado.

⁵¹⁸ P. PESCATORE, *L’Ordre juridique des Communautés Européennes. Étude des sources du droit communautaire -Réimpression de l’ouvrage publié aux Presses Universitaires de Liège en 1975-*, Bruylant, Bruselas, 2006, p. 172.

se antoja la situación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos concluidos por los Estados miembros con posterioridad a su membresía en la Unión Europea⁵¹⁹.

El precedente a la luz del cual nos planteamos si esa paulatina transferencia del ejercicio de poderes soberanos por parte de los Estados miembros hacia la Unión Europea va a su vez acompañada de una progresiva asunción por esta última de obligaciones derivadas de los compromisos convencionales de aquellos en materia de derechos humanos, se encuentra en la genuina idiosincrasia de la relación entre la entonces Comunidad Económica Europea y el GATT 1947. El Abogado General MAYRAS en sus Conclusiones presentadas en el asunto *International Fruit Company* señaló que “[s]i, comportándose en realidad como miembro de la organización del GATT y aceptada como tal por las demás Partes Contratantes, la Comunidad se encuentra vinculada por el GATT como lo está por los Acuerdos que la misma celebra

⁵¹⁹ Véanse sobre el artículo 351 TFUE, R. CHURCHILL, N. FOSTER, “European Community law and prior Treaty obligations of Member States: The Spanish Fishermen’s cases”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 36, 1987, pp. 504-520; F. E. DOWRICK, “Overlapping International and European laws”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 31, nº 1, 1982, pp. 59-98; H. G. SCHERMERS, “Annotation Case 812/79 Attorney-General v. Burgoa”, *Common Market Law Review*, 1981, pp. 227-231; N. STOFFEL VALLOTON, “Las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho comunitario en el marco del artículo 307 CE: Convenios de Estados miembros con terceros Estados anteriores a su adhesión a la UE. Nuevas consideraciones sobre su limitada primacía”, *RDCE*, nº 22, 2005, pp. 843-890. El TJUE, en la Sentencia de 14 de enero de 1997, *Centro-Com Srl*, asunto C-124/95, Rec. 1997, p. I-81, en aplicación del artículo 351 TFUE (entonces 234 TCE) dejó al arbitrio del juez nacional, la decisión de exceptuar la aplicación del Derecho comunitario si estimaba que ello era indispensable para dar cumplimiento a las obligaciones adquiridas por Reino Unido con arreglo al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Nótese que la invocación del artículo 351 TFUE en relación con la Carta de las Naciones Unidas tiene un carácter inusual, difícilmente pueden los Estados miembros proceder a acomodar las obligaciones derivadas de este tratado a las particularidades del Derecho de la Unión. Como mucho de la conjunción entre este artículo y el principio de cooperación leal podría inferirse la obligación para aquellos Estados miembros que integran el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas de trabajar para que sus resoluciones no sean contrarias al Derecho de la Unión. La Carta de las Naciones Unidas no es un acuerdo *cualquiera* que los Estados miembros estén en condiciones de renegociar o denunciar, por lo tanto, la invocación del artículo 351 TFUE en relación con este tratado lleva muy lejos y plantea serios interrogantes: podría llevar a un enfrentamiento difícilmente resoluble con el artículo 103 de la propia Carta de San Francisco, además queda abierta la siguiente cuestión, ¿habría adoptado el TJUE la misma postura de haberse planteado el conflicto con obligaciones derivadas de los Pactos de 1966 de Naciones Unidas relativos a derechos civiles y políticos y relativos a los derechos económicos, sociales y culturales? Un comentario sobre este último caso puede verse en, A. OLESTI RAYO, “Algunas cuestiones sobre la adopción de sanciones económicas por la C.E. contra la República Federativa de Yugoslavia (Comentario a las sentencias del TJCE de 30 de julio de 1996, asunto *Bosphorus*, y de 14 de enero de 1997, asunto *Centro-Com*)”, *RDCE*, nº 1, 1997, p. 204. Sobre la inadecuación del artículo 351 TFUE para gobernar y regir los efectos de la Carta de San Francisco en el ordenamiento de la UE, así como, sobre la posibilidad de que el derecho *onusiano* esté en el origen de derogaciones más amplias al Derecho de la Unión que otros acuerdos internacionales previos de sus Estados miembros, debe verse, G. GAJA, “Are the Effects of the UN Charter under EC Law Governed by Article 307 of the Treaty?”, *Yearbook of European Law*, Vol. 28, 2009, pp. 610-615.

directamente con arreglo al artículo 228 del Tratado [...]”⁵²⁰. Sin ir tan lejos, en el mismo asunto el TJUE concluyó que la entonces Comunidad Económica Europea estaba vinculada por las obligaciones dimanantes del GATT, sin precisar que se trata de una vinculación análoga a la que se produce respecto de los tratados que ella misma concluye con otras partes contratantes. En *International Fruit Company* el TJUE basó su decisión esencialmente en cuatro elementos, que han dado lugar a que desde un sector de la doctrina se señale que la Comunidad sucedió a sus Estados miembros respecto de las obligaciones derivadas del GATT. Para explicar este fenómeno se habla de sucesión funcional, una categoría propia del Derecho de la Unión que sería extrapolable a otros acuerdos internacionales siempre y cuando se vieran satisfechas las cuatro condiciones. Sin duda estamos ante una categoría diferenciada con respecto a las reglas propias de la institución de la sucesión de Estados en Derecho Internacional Público⁵²¹, las cuatro condiciones cumulativas que debe satisfacer un acuerdo internacional para que pueda inferirse que la Unión está vinculada por él de acuerdo con lo reglado por el TJUE en *International Fruit Company* son:

- a) El TJUE constató que el GATT constituía una obligación previa para todos los Estados miembros en el momento de ratificar los Tratados constitutivos. Este requisito no podría predicarse del CEDH, como se ha dicho⁵²².
- b) De las disposiciones del Derecho originario de la Unión podía inferirse la adhesión de la Comunidad a los objetivos enunciados en el GATT. Este

⁵²⁰ Conclusiones del Abogado General MAYRAS, presentadas el 25 de octubre de 1972, *International Fruit Company y Otros*, asuntos acumulados C-21/72, C-22/72, C-23/72 y C24/72, Rec. 1972, p. 1231.

⁵²¹ En Derecho Internacional Público encontramos dos teorías para explicar la posición del sujeto sucesor con respecto a las obligaciones internacionales de su predecesor: la teoría de la continuidad con origen en el Derecho Romano y la teoría de la *tabula rasa* cuyo origen se ubica en la filosofía subjetivista del S. XIX. Tratándose la Unión Europea de un sujeto compuesto de Derecho Internacional Público, las reglas relativas a la sucesión de Estados no le resultan de aplicación, y en buena medida se trata de una cuestión sin regular, que podría resolverse abogando por la citada teoría de la continuidad, véase R. SCHÜTZE, “The ‘Succession Doctrine’ and the European Union”, en A. ARNULL, C. BARNARD, M. DOUGAN, E. SPAVENTA (eds.), *A Constitutional Order of States? Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood*, Hart Publishing, Oxford –Portland, Oregon, 2011, pp. 459-484.

⁵²² Sentencia de 12 de diciembre de 1972, *International Fruit Company y Otros*, asuntos acumulados C-21/72, C-22/72, C-23/72 y C24/72, Rec. 1972, p. 1219, apartado 10. En la más reciente Sentencia de 24 de junio de 2008, *Commune de Mesquer*, C-188/07, Rec. p. I-4501, apartado 85, el TJUE constató que no se había producido la *sustitución* de la Unión en relación con dos acuerdos internacionales precisamente porque estos no vinculaban a todos los Estados miembros (se trataba del Convenio Internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación por hidrocarburos y del Convenio Internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos).

criterio se vería satisfecho tanto por el CEDH, como por la Carta de las Naciones Unidas⁵²³.

c) El TJUE elucidó que mediante la asunción por parte de la Comunidad de funciones inherentes a la política arancelaria, previamente ejercidas por ellos, los Estados miembros habían manifestado su intención de que aquella quedara ligada por las obligaciones del GATT⁵²⁴. La jurisprudencia posterior ha precisado que para que la vinculación de la Unión se produzca sería necesario que la Unión hubiera asumido todas las competencias ejercidas precedentemente por los Estados miembros afectadas por el marco jurídico del acuerdo internacional en cuestión⁵²⁵. Difícilmente, podría verse satisfecho este requisito por cualquiera de los acuerdos internacionales concluidos por los Estados miembros en materia de derechos humanos o por la propia Carta de las Naciones Unidas.

d) A resultas de la transferencia de competencias, el TJUE verificó que la Comunidad había sido reconocida como interlocutor válido en el marco del GATT por las demás partes contratantes⁵²⁶. Además, la Comunidad sin ser parte contratante, ha disfrutado de legitimación activa y pasiva en el sistema de solución de controversias del GATT⁵²⁷: aquí estriba una diferencia fundamental con el mecanismo de control del CEDH, donde nunca se ha constatado la existencia de jurisdicción *ratione personae* en relación con la Unión Europea al no ser ésta parte contratante⁵²⁸.

⁵²³ *Ibid.*, apartados 12 y 13.

⁵²⁴ *Ibid.*, apartados 14 y 15. La Abogada General KOKOTT, expresó sus dudas respecto de si tal asunción de competencias por parte de la Comunidad en virtud del ejercicio de funciones pertenecientes previamente a los Estados es suficiente o no para presumir el carácter vinculante para la Comunidad (Unión) de las obligaciones de Derecho internacional de los Estados miembros, véanse sus Conclusiones presentadas el 20 de noviembre de 2007, *Intertanko y otros*, asunto C- 308/06, Rec. 2008, p. I-4057, apartado 43.

⁵²⁵ Sentencia de 3 de junio de 2008, *Intertanko y otros*, asunto C- 308/06, Rec. 2008, p. I-4057, apartado 49; Sentencia de 22 de octubre de 2009, *Bogiatzi*, asunto C-301/08, Rec. 2009, p. I-10185, apartado 33; y finalmente, la Sentencia de 21 de diciembre de 2011, *Air Transport Association of America y otros c. Secretary of State for Energy and Climate Change*, *cit. supra*, apartado 63.

⁵²⁶ Sentencia de 12 de diciembre de 1972, *International Fruit Company y Otros*, *cit. supra*, apartados 16 y 17.

⁵²⁷ Véase C. LÓPEZ-JURADO, *El control jurisdiccional de la actividad comunitaria en materia de dumping y de subvención*, Granada, 1993, pp. 533-576.

⁵²⁸ G. GAJA, antiguo miembro de la Comisión de Derecho Internacional y actual juez de la CIJ, descarta de plano que la Unión esté vinculada al CEDH por sucesión de un modo análogo a lo acontecido en relación con el GATT. Véase G. GAJA, "Accession to the ECHR", en A. BIONDI, P. EECKHOUT, S. RIPLEY (eds.), *EU Law after Lisbon*, Oxford University Press, 2012, p. 180.

Por su parte, el entonces Tribunal de Primera Instancia en el asunto *Kadi*, tras descartar que la Unión hubiese sucedido a los Estados miembros en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Carta de San Francisco, concluyó que por disposición del propio Tratado constitutivo estas obligaciones eran vinculantes para la Comunidad, empleando para ello por analogía el razonamiento del TJUE en *International Fruit Company* de forma conjunta con el artículo 351 TFUE (ex 307 TCE)⁵²⁹. El TPI dedujo la obligación para la Unión de no frustrar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Carta de las Naciones Unidas para sus Estados miembros, así como de adoptar dentro del marco de sus competencias las medidas necesarias para permitir que sus Estados miembros den adecuado cumplimiento a dichas obligaciones⁵³⁰. En casación el TJUE se mostró más cauto refiriéndose a que la Unión queda obligada a ejercer sus competencias de conformidad con el Derecho internacional general⁵³¹, del cual sin duda forman parte privilegiada los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas. La cuestión de la vinculación de la Unión a la Carta de las Naciones Unidas ha sido parcialmente resuelta por el Tratado de Lisboa al incorporar por referencia los principios de la propia Carta⁵³². Cabe preguntarse si los efectos de tal incorporación,

⁵²⁹ Sentencia del Tribunal General de 21 de septiembre de 2005, *Kadi c. Consejo y Comisión*, *cit. supra*, apartados 185-203. Opiniones críticas con esta resolución pueden verse en M. NETTESHEIM, “UN Sanctions against Individuals -A Challenge to the Architecture of European Union Governance”, *Common Market Law Review*, Vol. 44, n° 3, 2007, pp. 567, 585; D. HALBERSTAM, E. STEIN, “The United Nations, the European Union, and the King of Sweden: Economic Sanctions and Individual Rights in a Plural World Order”, *Common Market Law Review*, Vol. 46, n° 1, 2009, p. 48; y R. SCHÜLTZE, “On ‘Middle Ground’. The European Community and Public International Law”, *EUI Working Paper LAW*, n° 2007/13, Florencia, 2007.

⁵³⁰ *Ibid.*, apartado 204. Debe verse asimismo, J. ROLDÁN BARBERO, “Jurisprudencia en materia de Derecho internacional público: La justicia comunitaria y el control de legalidad de las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Comentario a las Sentencias *Yusuf/al Barakaat* y *Kadi*, de 21 de septiembre de 2005, del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas”, *loc. cit.*, pp. 873-876.

⁵³¹ Sentencia de 3 de septiembre de 2008, *Kadi/Al Barakaat International Foundation c. Consejo y Comisión*, *cit. supra*, apartado 291. Nótese que el Tribunal General, en el asunto *Kadi II*, pese a mantener en sustancia el razonamiento del TJUE ha admitido sus dudas acerca de la compatibilidad del razonamiento de aquél con el Derecho internacional (en particular con los artículos 25 y 103 de la Carta de San Francisco) así como con el Derecho originario. Al mismo tiempo el Tribunal General se ha mostrado crítico con la asimilación que el Tribunal de Justicia realizó entre la Carta de San Francisco y los acuerdos concluidos por la entonces Comunidad a los efectos de establecer su posición jerárquica en el ordenamiento de la Unión en un lugar intermedio entre el Derecho originario y el derecho derivado. Debe verse la Sentencia del Tribunal General de 30 de septiembre de 2010, *Yassin Abdullah Kadi c. Comisión*, asunto T-85/09, Rec. 2010, p. II-5177, apartados 114-122. Véase F. J. MENA PARRAS, “Retour sur Kadi: de la nécessité d'une jurisprudence de type Solange I dans les rapports entre le Droit de l'Union européenne et le Droit des Nations Unies”, *Cahiers de Droit Européenne*, Vol. 46, n° 5-6, 2010, pp. 689-692.

⁵³² Debe verse también la Declaración n° 13 relativa a la Política Exterior y de Seguridad Común aneja al Acta Final de la Conferencia intergubernamental que adoptó el Tratado de Lisboa, D.O.U.E. Serie C 83/343, de 30 de marzo de 2010. La misma “[p]one de relieve que la Unión Europea y sus Estados miembros seguirán vinculados por las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas y, en particular,

que se refiere únicamente a los *principios* de la Carta de San Francisco y no expresamente a sus *propósitos*, deben extenderse a la luz de la Resolución 2625 (XXV)⁵³³ también a los Pactos de Naciones Unidas de 1966 y al resto de acuerdos para la protección de derechos humanos auspiciados con posterioridad por la ONU en tanto que expresión de dichos principios (y propósitos)⁵³⁴. Ésta sería una vía mediata por la que la Unión Europea con arreglo a su propio Derecho primario estaría obligada a respetar dichas obligaciones convencionales en materia de derechos humanos adquiridas por sus Estados miembros, en la medida en que éstas constituyeran una expresión de los principios de la Carta de las Naciones Unidas.

Por tanto, si bien es cierto que ninguno de los tratados internacionales en materia de derechos humanos concluidos por los Estados miembros satisface las restrictivas condiciones establecidas por el TJUE en su jurisprudencia para que haya lugar a hablar de sucesión funcional, un sector doctrinal apunta que es posible mantener desde una perspectiva de derecho internacional una visión más amplia que la del TJUE sobre la sucesión⁵³⁵: desde este prisma, la sucesión operaría de forma automática e implícita, sería inherente a todo trasvase de poderes desde los Estados miembros hacia la Unión la correlativa asunción de obligaciones de respetar los derechos humanos. De igual modo, una transferencia expresa o una aceptación del mismo carácter de estas obligaciones por parte de los Estados miembros o por parte de la Unión no sería necesaria desde este punto de vista para la que la sucesión tuviera lugar de forma automática. Esta postura defiende la existencia de una sucesión funcional automática, invisible, tácita y relativa que podría calificarse de instantánea: obedecería a la idea simple de que toda transferencia de poderes del Estado hacia la organización internacional iría acompañada de la obligación de ejercer dichas competencias en conformidad con el acervo que vincula internacionalmente al Estado en materia de protección de derechos humanos en relación con el área cubierta por el trasvase. Obviamente esta visión limitada de la sucesión no equivaldría a una vinculación formal ni convencional, pues los mecanismos

por la responsabilidad primordial del Consejo de Seguridad y de sus Estados miembros de mantener la paz y la seguridad internacionales”.

⁵³³ Véase la Resolución de la AGNU 2625 (XXV), *cit. supra*. Esta reflexión debe hacerse a la luz del valor jurídico obligatorio de esta Resolución, que constituye una actualización de los principios de la Carta de las Naciones Unidas. Además, los principios están ubicados de forma inextricablemente ligada al fortalecimiento de la efectiva realización de los propósitos de la ONU, estando situados en el núcleo de ambos el respeto a los derechos humanos. Debe verse la Sentencia de la CIJ de 27 de junio de 1986, *Asunto de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y en contra de Nicaragua*, *cit. supra*.

⁵³⁴ Una respuesta afirmativa a esta cuestión puede verse en T. AHMED, I. BUTLER, “The European Union and Human Rights: An International Law Perspective”, *loc. cit.*, p. 792.

⁵³⁵ *Ibid.*, pp. 790-791.

convencionales derivados de dichos acuerdos internacionales para el control de su aplicación no podrían formular sus observaciones, recomendaciones, dictámenes u opiniones, directamente dirigidas a la Unión Europea.

Pese a que no se satisfacen los requisitos examinados para que el TJUE acepte que la Unión está vinculada por las obligaciones convencionales de sus Estados miembros en materia de derechos humanos, sí puede mantenerse como *ultima ratio* para sostener la vinculación de la Unión Europea a dichas obligaciones una visión *relativa* de la sucesión. La vinculación directa y convencional de la Unión a tratados de derechos humanos es de lejos la opción que mayor certeza y garantía aporta, además favorece que la Unión asuma obligaciones positivas en materia de protección de derechos humanos en el marco de sus competencias⁵³⁶. En segundo lugar, como se vio en el apartado anterior, la Unión está vinculada al Derecho internacional de los Derechos humanos en tanto que costumbre internacional, en tanto que Derecho internacional general que emana en último extremo de los propios propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas.

Como se defiende en el presente apartado, para reforzar y corroborar esta idea de que la Unión debe abstenerse de violar las obligaciones en materia de derechos humanos que sus Estados miembros han asumido por vía convencional, puede defenderse una cierta idea de sucesión funcional en los términos expuestos. Esta visión presenta sus principales hándicaps en la imposibilidad de implicar la asunción de obligaciones positivas para la Unión dentro de su ámbito de competencias, así como en la ausencia de sumisión a los órganos y mecanismos convencionales encargados de la supervisión del cumplimiento de las obligaciones; sin embargo, podría sostenerse que como mínimo la Unión Europea está obligada a no frustrar ni perjudicar los compromisos de sus Estados miembros en materia de derechos fundamentales. Esta última idea se ve expresamente reflejada y apoyada en el Derecho originario de la Unión, en la medida en que el Preámbulo de la CDFUE reafirma las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, y su artículo 53 sitúa como su estándar mínimo de protección el Derecho internacional (se entiende que es una remisión a la costumbre internacional) y

⁵³⁶ Precisamente una de las principales objeciones a extender a los tratados internacionales de derechos humanos el razonamiento visto en *International Fruit* en relación con el GATT, radica en que dicha doctrina comporta la asunción de obligaciones positivas, véase D. HALBERSTAM, E. STEIN, “The United Nations, the European Union, and the King of Sweeden: Economic Sanctions and Individual Rights in a Plural World Order”, *loc. cit.*, pp. 22-23, 48.

los convenios internacionales de los que sean parte *todos* los Estados miembros para la protección de derechos humanos⁵³⁷.

Esa visión relativa de la sucesión, que no requiere de una asunción completa de la competencia por parte de la Unión en las áreas cubiertas por el tratado en cuestión, puede ser de utilidad como criterio subsidiario al examinado de la costumbre internacional, para sostener la vinculación de la Unión respecto de tratados en los que existe un interés interestatal como el CEDH, o los Pactos de Naciones Unidas de 1966. En palabras del antiguo juez del TJUE PESCATORE:

*“[w]herever functions have been transferred by the Member States to the Community in the field of external relations, these functions have been transmitted, to use an expression familiar to civil lawyers, cum onere et emolumento. By transferring certain powers and responsibilities to the Community, the Member States could not free themselves from the observation of standards agreed to in relation to third States; respect for the stability of international agreements and good faith in international relations make it essential therefore to admit that the transfer of powers has ipso iure entailed a succession to certain treaty rights and obligations in relation to third States”*⁵³⁸.

El Parlamento Europeo ha exhortado al TJUE a modificar su jurisprudencia en esta dirección:

*“Considera que aunque la Unión no sea nunca parte signataria como tal, si la mayoría de sus Estados miembros se adhieren a convenios u otros instrumentos jurídicos internacionales en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales, ello le impone la obligación de acatar sus disposiciones y, en su caso, las recomendaciones que formulen los órganos creados por ellos, siempre que el Derecho de la Unión no ofrezca una protección equivalente o superior; expresa el deseo de que el TJCE se adhiera a este enfoque a través de su jurisprudencia”*⁵³⁹.

⁵³⁷ Nótese que el precepto no efectúa distinción entre si dichos convenios internacionales son previos o posteriores a la incorporación de los Estados miembros a la Unión, o a la creación misma de las Comunidades: en ambos casos existe la obligación de dotar por vía interpretativa a los derechos recogidos en la CDFUE de un contenido y alcance que como mínimo satisfaga el estándar fijado por dichos acuerdos internacionales comunes a todos los Estados miembros. Sobre el potencial de este artículo en profundidad puede verse el estudio de J. B. LIISBERG, “Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law? Article 53 of the Charter: a fountain of law or just an inkblot?”, *Jean Monnet Working Paper*, Vol. 4, n° 1, New York University School of Law, 2001. La idea de que el artículo 53 CDFUE refleja un estándar mínimo para la protección de los derechos fundamentales debiendo escogerse la norma más favorable para la protección del derecho fundamental en cuestión de entre las diversas fuentes que contempla el artículo (Derecho internacional, Derecho de la Unión o constituciones de los Estados miembros) ha sido descartada con rotundidad por el Abogado General BOT en sus Conclusiones presentadas el 2 de octubre de 2012, *Melloni, cit. supra*.

⁵³⁸ P. PESCATORE, “External Relations in the Case-Law of the Court of Justice of the European Communities”, *Common Market Law Review*, Vol. 16, n° 4, 1979, pp. 637-638.

⁵³⁹ Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de enero de 2009, sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea 2004-2008, D.O.U.E. Serie C 46 E/48, de 24 de febrero de 2010, punto 23.

Admitir la sucesión en los términos expuestos en ausencia de un cambio sustancial en la jurisprudencia del TJUE tendría, no obstante, escasos efectos prácticos, al margen de ofrecer una razón adicional para sostener la existencia de la obligación de la Unión Europea de abstenerse de infringir los compromisos de sus Estados miembros en materia de derechos humanos. Es decir, de una obligación negativa cuyos contornos permanecerían evanescentes y tendrían difícil determinación: pues no debe desdeñarse que las normas internacionales para la protección de derechos humanos que vinculan a los Estados miembros han sido únicamente empleadas por el TJUE como elementos de inspiración para la determinación de los principios generales del Derecho de la Unión, pero no han penetrado en el orden comunitario, manteniendo la especificidad de su naturaleza jurídico-internacional⁵⁴⁰. A la vista de los argumentos expuestos, hay dos grupos de tratados internacionales en materia de derechos humanos concluidos por los Estados miembros cuyo grado de obligatoriedad siquiera mediato e indirecto permanece más incierto⁵⁴¹:

- a) Los tratados internacionales concluidos por los Estados miembros con posterioridad a su adhesión a la Unión Europea, cuando la Unión no ha recibido la totalidad de las competencias comprendidas en su respectivo ámbito de aplicación⁵⁴².
- b) Los tratados internacionales que no vinculan a todos los Estados miembros sino tan solo a algunos de ellos⁵⁴³.

En última instancia, una lectura extensiva del principio de cooperación leal, en la nueva formulación que el artículo 4.3 TUE contempla, en tanto que deber de asistencia mutua entre la Unión y sus Estados miembros para el cumplimiento de las misiones recogidas en el Derecho originario de la Unión, permitiría sostener la existencia de una obligación para la Unión de abstenerse de entrar en conflicto abierto con las categorías

⁵⁴⁰ J. ROLDÁN BARBERO, “La jurisprudencia del tribunal de justicia en materia de relaciones exteriores”, *op. cit.*, p. 307.

⁵⁴¹ Debe verse, J. W. VAN ROSSEM, “Interaction between EU Law and International Law in the Light of *Intertanko* and *Kadi*: The Dilemma of Norms Binding the Member States but not the Community”, *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. XL, 2009, pp. 183-227.

⁵⁴² Sobre el deber de tomar en consideración en la interpretación de una directiva un acuerdo internacional en que todos los Estados miembros son parte, véase la Sentencia de 3 de junio de 2008, *Intertanko y otros*, *cit. supra*, apartado 52.

⁵⁴³ Sentencia de 24 de junio de 2008, *Commune de Mesquer*, *cit. supra*.

de tratados señaladas⁵⁴⁴; entendiéndose que dichos tratados internacionales se orientan a su vez al cumplimiento de los objetivos de protección de derechos humanos que con carácter transversal aparecen diseminados en los propios Tratados constitutivos de la Unión.

⁵⁴⁴ Una lectura bidireccional del deber de cooperación leal fue sostenida por el Abogado General POIARES MADURO en sus Conclusiones presentadas el 16 de enero de 2008, *Kadi/Al Barakaat International Foundation c. Consejo y Comisión*, asuntos acumulados C-402/05 y 415/05, Rec. 2008, p. I-06351, apartado 32.

Capítulo II: Recepción, jerarquía y aplicación del Derecho internacional de los Derechos humanos en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea.

1. Recepción del Derecho internacional de los Derechos humanos en el Derecho de la Unión Europea.

Sabido es que el Derecho internacional, a diferencia del Derecho de la Unión, no impone a los ordenamientos jurídicos domésticos (incluyendo entre ellos a las organizaciones internacionales como es el caso de la propia Unión) un particular método para su incorporación. No obstante, de una forma deliberadamente exagerada la relación entre el Derecho internacional y el Derecho de la Unión Europea ha sido calificada cuanto menos de *tormentosa*⁵⁴⁵. La idea de incorporación, emana como un corolario natural del principio consuetudinario *pacta sunt servanda* (artículo 26 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados): la denegación de cualquier tipo de efectos en el ordenamiento doméstico a una obligación convencional adquirida en el plano exterior por la Unión Europea dejaría huérfano de contenido a dicho principio⁵⁴⁶.

En este apartado se recordarán aquellos aspectos relativos a la incorporación de los acuerdos internacionales⁵⁴⁷ concluidos por la Unión que sean más relevantes para comprender cómo se insertan en su ordenamiento tanto la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, como el CEDH, así como cualquier otro acuerdo internacional de derechos humanos cuya conclusión pueda plantearse la Unión en un futuro.

⁵⁴⁵ J. WOUTERS, “The tormented relationship between international law and EU law”, en P. H. F. BEKKER, R. DOLZER, M. WAIBEL (eds.), *Making Transnational Law Work in the Global Economy. Essays in Honour of Detlev Vagts*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 198-221.

⁵⁴⁶ Se trata éste de un principio universalmente reconocido, que igualmente se recoge en la análoga disposición de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 21 de marzo de 1986. Nótese que ni este instrumento se encuentra en vigor, ni ha sido confirmado oficialmente por la Unión, que lo juzga inadecuado para sus propias características, véanse, P. MANIN, “The European Communities and the Viena Convention on the Law of the Treaties between States and international organizations or between international organizations”, *Common Market Law Review*, Vol. 24, nº 3, 1987, pp. 457-481; asimismo, J. ROLDÁN BARBERO, “Les relations extérieures de l’Union européenne: quelques faiblesses et incertitudes juridiques”, *op. cit.*, p.183.

⁵⁴⁷ Véase el artículo 2 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, que pese a excluir de la definición de tratado internacional los acuerdos no celebrados por escrito, deja a salvo su valor jurídico internacional. Por tanto a los efectos de este apartado, nos referiremos indistintamente a la noción de tratado/acuerdo internacional (destinados a producir efectos jurídicos según las normas del Derecho internacional entre dos o más sujetos de Derecho internacional, con independencia de su denominación), desde un prisma básicamente informalista. El apartado estará orientado preferentemente a los acuerdos materializados por escrito, pero lo señalado tanto en relación con su recepción y posición en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea es igualmente extrapolable a los acuerdos no materializados por escrito.

El actual artículo 216.2 TFUE ha situado en un mismo plano los acuerdos internacionales concluidos tanto en ámbitos regidos por el método comunitario como los acuerdos concluidos en el ámbito de la PESC, de todos ellos se dispone que “vincularán a las instituciones de la Unión y a los Estados miembros”. Sigue siendo de actualidad la fórmula que el TJUE empleó en el asunto *Haegeman* en 1974, y que evoca la opción a priori del ordenamiento de la Unión por una recepción automática⁵⁴⁸ de los acuerdos válidamente concluidos por ella, cuyas disposiciones, a partir de la entrada en vigor de dichos acuerdos, forman parte integrante del ordenamiento de la Unión sin necesidad de un acto de incorporación⁵⁴⁹. Debido a esta práctica, el ordenamiento de la Unión Europea ha sido básicamente caracterizado como *monista* en su recepción del Derecho internacional de origen convencional⁵⁵⁰. Ahora bien, como se verá en un apartado posterior, dicho epíteto puro debe matizarse a la luz de la actitud que el TJUE ha mostrado en su jurisprudencia relativa a la aplicabilidad e invocabilidad de los tratados internacionales y sus disposiciones, así como a la posibilidad de su utilización en el control de validez del propio derecho derivado de la Unión.

De este modo se alcanza una postura ecléctica que obedece lógicamente a la gran diversidad de sistemas para la incorporación del Derecho internacional que presentan los Estados miembros⁵⁵¹. Por tanto, reconociendo esta solución monista por la que se decanta la jurisprudencia del TJUE respecto del Derecho internacional convencional, debe señalarse que pese al persistente y latente enfrentamiento entre la dialéctica de las concepciones dogmáticas monista y dualista⁵⁵², cabe adoptar una postura empírica a la

⁵⁴⁸ J. DÍEZ-HOCHLEITNER, *La posición del Derecho Internacional en el Ordenamiento comunitario*, *op. cit.*, p. 2.

⁵⁴⁹ Véanse *inter alia*: Sentencia de 30 de abril de 1974, *Haegeman*, asunto C-181/73, Rec. 1974, p. 449, apartado 5; Sentencia de 30 de septiembre de 1987, *Demirel*, asunto C-12/86, Rec. 1987, p. 3719, apartado 7; Sentencia de 11 de septiembre de 2007, *Merck Genéricos- Productos Farmacéuticos*, asunto C- 431/05, Rec. 2007, p. I-7001, apartado 31; así como la Sentencia de 22 de octubre de 2009, *Bogiatzi*, *cit. supra*, apartado 23. Esta regla es válida también para los denominados acuerdos mixtos.

⁵⁵⁰ J. W. VAN ROSSEM, “Interaction between EU Law and International Law in the Light of Intertanko and Kadi: The Dilemma of Norms Binding the Member States but not the Community”, *loc. cit.*, pp. 195-196. Para este autor la doctrina de la eficacia directa debe deslindarse del apartado relativo a la recepción, esta doctrina es un utensilio a disposición del TJUE, que se plantea en una fase ulterior y le permite limitar la efectividad *ad intra* de aquellas normas de origen internacional que forman ya parte del ordenamiento jurídico de la Unión.

⁵⁵¹ El Abogado General F. G. JACOBS, distinguió hasta tres categorías de Estados según la mayor o menor transformación requerida para que la norma internacional formase parte integrante del derecho interno. El Derecho de la Unión parece alinearse con la primera categoría donde ningún acto separado de incorporación o transformación de la norma internacional se necesita. En esta categoría él sitúa asimismo a Bélgica, Francia y Países Bajos, véase, F. G. JACOBS, “Introduction”, en F. JACOBS, S. ROBERTS, *The effects of treaties in domestic law*, Sweet & Maxwell, Londres, 1987, pp. XXIV-XXV.

⁵⁵² En el plano teórico dos concepciones que han entrado en un enfrentamiento vehemente pretenden explicar las relaciones entre el Derecho internacional, el Derecho de la Unión Europea y los derechos

hora de abordar el análisis de esta realidad jurídica como señala RODRÍGUEZ IGLESIAS⁵⁵³. Como se ha puesto de relieve la distinción teórica entre monismo y dualismo en ocasiones puede resultar engañosa ya que conviene, más allá de la etiqueta nominal, prestar atención a la actitud que los tribunales internos profesan hacia el derecho contenido en los tratados internacionales para tener una idea completa de la recepción del derecho convencional en un ordenamiento, en esta vertiente se ahondará en los apartados subsiguientes⁵⁵⁴.

El primero de los elementos que viene a complicar esa preconizada actitud monista para la recepción de los acuerdos internacionales concluidos por la Unión Europea es el llamado acto de aprobación del acuerdo: la práctica del Consejo, a la hora de habilitar a su Presidente para adoptar las medidas tendentes a que la Unión pueda en el plano internacional manifestar su consentimiento en quedar obligada por un acuerdo, ha oscilado, materializándose en algunas ocasiones en forma de Reglamento el acto de aprobación⁵⁵⁵, y en otras ocasiones mediante una decisión *sui generis*. Lo cierto es que

nacionales. Se trata del *constitucionalismo multinivel* y el *pluralismo legal*. En buena medida, estas corrientes agrupadas de forma simplificada han retomado el eterno debate entre monismo/dualismo pretendiendo desplazarlo, y como esquemas teóricos presentan semejantes limitaciones que les impiden explicar en su totalidad las complejidades de la relación entre dichos ordenamientos. En una acalorada defensa de ese *legal pluralism*, VON BOGDANDY ha llegado a referirse a los planteamientos monistas/dualistas como “*intellectual zombies of another time*”, señalando que estas corrientes deben abandonarse debido a su obsolescencia. Véanse, A. VON BOGDANDY, “Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 6, n° 3-4, 2008, pp. 397-413; asimismo, R. A. WESSEL, “Reconsidering the Relationship between International and EU Law: Towards a Content-Based Approach?”, en E. CANNIZZARO, P. PALCHETTI, R. WESSEL (eds.), *International Law as Law of the European Union*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2012, pp. 7-34.

⁵⁵³ “*Ces approches dogmatiques traditionnelles ont cédé progressivement le pas à une analyse plus empirique de la réalité juridique qui permet aujourd’hui de considérer comme communément admis que les modalités de réception et les effets internes des normes internationales sont des questions qui relèvent, de manière générale, de l’ordre juridique de chaque État ; que les divers ordres juridiques connaissent à cet égard des solutions diverses, inspirées de solutions monistes aussi bien que dualistes ; et que, au sein de chaque ordre juridique, la problématique se pose de manière différente, selon le type de normes internationales en cause et notamment selon qu’il s’agit de règles de droit coutumier, de règles de droit conventionnel, ou d’actes à portée normative émanant d’organisations internationales*”, en G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, “Quelques réflexions sur la singularité des rapports du droit communautaire avec d’autres ordres juridiques”, en J.-V. LOUIS, G. VANDERSANDEN, A. DE WALSCHE, *Mélanges en Hommage à Jean-Victor Louis*, Vol. I, Éditions de l’Université Libre de Bruxelles, Bruselas, 2003, p. 390.

⁵⁵⁴ F. G. JACOBS, “The Internal Legal Effects of the EU’s International Agreements and the Protection of Individual Rights”, en A. ARNULL, C. BARNARD, M. DOUGAN, E. SPAVENTA (eds.), *A Constitutional Order of States? Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood*, Hart Publishing, Oxford –Portland, Oregon, 2011, p. 530.

⁵⁵⁵ El empleo del reglamento como acto interno para la conclusión de acuerdos internacionales por las entonces Comunidades Europeas fue abundante durante los años setenta y ochenta. Podía verse como un intento de dotar al acuerdo internacional de la aplicabilidad directa de la que se beneficia el reglamento como medio para garantizar su plena eficacia en el ordenamiento de la Unión. En este sentido, P. PESCATORE, *L’ordre juridique des Communautés Européennes. Étude des sources du droit*

no hay una razón legal para esta alternancia formal en los actos internos de aprobación de los acuerdos internacionales concluidos por la Unión, que como se ha señalado produce más confusión que otra cosa⁵⁵⁶. El acto de aprobación no puede verse como un acto de transformación de la norma convencional para su incorporación, sino que tiene carácter meramente instrumental, de modo que la incorporación del acuerdo internacional en el ordenamiento de la Unión se produce debido a su válida celebración con arreglo a las reglas del propio Derecho originario de la Unión⁵⁵⁷. Distintos son los supuestos en los que el mismo Reglamento que es vehicular para la conclusión del acuerdo internacional introduce normas complementarias de desarrollo normativo, en ese caso ese tipo de Reglamento sí adquiere un valor normativo⁵⁵⁸. No obstante, cuando el TJUE a posteriori declara la nulidad del acto de aprobación por motivos *extrínsecos*, el acuerdo internacional en vigor deja de ser aplicable en el ordenamiento de la Unión Europea con todos los perjuicios que ello acarrea para las relaciones exteriores de la Unión⁵⁵⁹.

communautaire, Lieja, 1973, p. 152. No obstante, el empleo del reglamento también ha sido percibido como suspicacia del Consejo a la recepción automática de los acuerdos internacionales.

⁵⁵⁶ J. Díez-Hochleitner, *La posición del Derecho Internacional en el Ordenamiento comunitario*, *op. cit.*, pp. 4-8. El autor señala que no hay un motivo jurídico sólido para mantener en unos casos el empleo del reglamento y en otros de la decisión, dicha distinción termina conduciendo a la confusión.

⁵⁵⁷ *Ibid.*, p. 7. Asimismo, J-V. Louis, “Mise en œuvre des obligations internationales de la Communauté dans les ordres juridiques de la Communauté et de ses États membres”, *Revue Belge de Droit International*, nº 1-2, 1977, pp. 122-143. En cambio Klabbbers, parece sugerir la idea contraria: “[...] treaties to which the Community is a party form an integral part of the Community legal order but do so (presumably) only upon an internal decision granting them some kind of effect, and for the purpose of protecting the autonomy of the Community legal order”, véase, J. Klabbbers, “Völkerrechtsfreundlich? International law and the Union legal order”, en P. Koutrakos (ed.), *European Foreign Policy, Legal and Political Perspectives*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011, p. 100. Por su parte Holdgaard, establece dos condiciones para la recepción integral de las reglas contenidas en acuerdos internacionales concluidos por la Unión Europea: que sean susceptibles de engendrar la responsabilidad internacional de la Unión y que sean válidas de conformidad con el Derecho de la Unión, véase, R. Holdgaard, “Principles of Reception of International Law in Community Law”, *Yearbook of European Law*, Vol. 25, 2006, p. 270.

⁵⁵⁸ Este tipo de Reglamentos en los que confluyen el acto interno de aprobación y la facilitación de su aplicación y desarrollo normativo interno es frecuente en el ámbito de los acuerdos internacionales en materia pesquera, véase por ejemplo, el Reglamento 704/2008/CE del Consejo, de 15 de julio de 2008, relativo a la celebración del Protocolo por el que se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera previstas en el Acuerdo de asociación en el sector pesquero entre la Comunidad Europea y la República Islámica de Mauritania para el período comprendido entre el 1 de agosto de 2008 y el 31 de julio de 2012, D.O.U.E. Serie L 203/1, de 31 de julio de 2008.

⁵⁵⁹ Deben recordarse la Sentencia de 9 de agosto de 1994, *Francia c. Comisión (Acuerdo entre la Comisión y Estados Unidos sobre Derecho de la competencia)*, asunto C-327/91, Rec. 1994, p. I-3641; así como la Sentencia de 30 de mayo de 2006, *Parlamento Europeo c. Consejo y Comisión*, *cit. supra*. En relación con el primer asunto debe verse C. Kaddous, “L’arrêt France c. Commission de 1994 (accord concurrence) et le contrôle de la légalité des accords externes en vertu de l’article 173 CE: la difficile réconciliation de l’orthodoxie communautaire avec l’orthodoxie internationale”, *Cahiers de Droit Européen*, Vol. 32, nº 5-6, 1996, pp. 613-634. En estos casos, pese a que el acto de aprobación no es un acto de recepción, su declaración de nulidad, implica afirmar que el acuerdo internacional no ha sido válidamente celebrado con arreglo a las reglas del Derecho originario de la Unión y por tanto no forma

El segundo elemento que complica el planteamiento monista ligeramente es la cuestión relativa a la publicación de los acuerdos internacionales concluidos por la Unión: en la práctica, independientemente de cuál sea la forma que adopta el acto de aprobación del acuerdo éste es publicado en el DOUE, y el texto íntegro del acuerdo internacional suele aparecer como anejo al acto de aprobación adoptado por el Consejo⁵⁶⁰. A raíz de las exigencias del principio de seguridad jurídica, la no publicación oficial de un acuerdo concluido por la Unión, pese a no afectar a la aplicabilidad/invocabilidad de sus disposiciones en el ordenamiento jurídico de la Unión, sí determinaría la imposibilidad de exigir a los particulares el cumplimiento de cualesquiera obligaciones contenidas en ellas. Por tanto, la publicación oficial del acuerdo internacional concluido por la Unión Europea no es un requisito preceptivo para su incorporación, del mismo modo que no lo es la adopción del acto de aprobación: la regla general, con la salvedad vista de Reglamentos adoptados con la intención de permitir la mayor eficacia del acuerdo, es que la norma convencional internacional no es transformada en una norma específica del sistema jurídico de la Unión y que forma plenamente parte integrante de este último en cuanto tal, manteniendo su naturaleza jurídico-internacional. De lo contrario un tratado internacional concluido por la Unión Europea podría ser derogado a través de una norma posterior de igual o superior rango

parte integrante de este ordenamiento. En palabras de DÍEZ-HOCHLEITNER: “*En cualquier caso, mientras el acuerdo se encuentre en vigor en el plano internacional, su inaplicabilidad en el orden comunitario a resultas de la sentencia del TJCE puede comportar la violación por la Comunidad de sus obligaciones internacionales respecto de las demás partes en el mismo, violación que puede traer aparejada la exigencia de responsabilidad internacional*”, en J. DÍEZ-HOCHLEITNER, *La posición del Derecho Internacional en el Ordenamiento comunitario*, op. cit., p. 121. Igualmente puede consultarse, P. J. G. KAPTEYN, “*Quelques réflexions sur le contrôle de la constitutionnalité des accords conclus par la Communauté avec des pays tiers*”, en G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS et al. (eds.), *Mélanges en hommage à Fernand Schockweiler*, Nomos, Baden-Baden, 1999, p. 283. Un supuesto de control a posteriori del acto de aprobación, esta vez por motivos *intrínsecos*, que también tuvo consecuencias internacionales de relevancia fue el relativo a la anulación parcial de una Decisión del Consejo en virtud de la que se aprobaba la conclusión de un Acuerdo Marco sobre los plátanos con la República de Costa Rica, la República de Colombia, la República de Nicaragua y la República de Venezuela en el marco de las negociaciones multilaterales de la Ronda Uruguay, véase la Sentencia de 10 de marzo de 1998, *Alemania c. Consejo*, asunto C-122/95, Rec. 1998, p. I-973.

⁵⁶⁰ J. DÍEZ-HOCHLEITNER, *La posición del Derecho Internacional en el Ordenamiento comunitario*, op. cit., p. 9. La obligatoriedad de proceder a la publicación oficial de los acuerdos internacionales no se estableció hasta el año 2000 con ocasión de la reforma operada en el Reglamento interno del Consejo de la Unión Europea. Actualmente se establece la obligatoria publicación de los acuerdos internacionales concluidos por la Unión Europea con mención de su entrada en vigor, véase la Decisión del Consejo de 22 de marzo de 2004, 2004/338/CE, Euratom, por la que se aprueba su Reglamento interno, D.O.U.E. Serie L 106/22, de 15 de abril de 2004. De acuerdo con el artículo 17.1.h) de este Reglamento el Consejo de la Unión puede decidir la no publicación de acuerdos internacionales concluidos por la Unión Europea en el ámbito de la PESC en virtud de los artículos 4 y 9 del Reglamento 1049/2001/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, D.O.U.E. Serie L 145/43, de 31 de mayo de 2001.

jerárquico de su sistema jurídico; en este sentido no ha llegado a ser nimia la distinción entre monismo y dualismo.

Como evidencia la Sentencia del TJUE en el asunto *Racke* en 1998, un acuerdo internacional concluido por la Unión sólo puede ser modificado, terminado o suspendido de conformidad con las reglas del Derecho internacional general⁵⁶¹.

Como se vio el Consejo se pronunció por unanimidad en relación con la decisión relativa a la Decisión para permitir que la Unión manifestase el consentimiento en quedar obligada en relación con la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Además, siguiendo la práctica descrita, dicha decisión junto con el texto completo de la Convención y una declaración relativa a la distribución de competencias, fueron objeto de publicación en el DOUE con anterioridad al momento en que la Unión prestó su consentimiento en obligarse (23 de diciembre de 2010)⁵⁶². En el caso del CEDH, el acto de aprobación consistirá igualmente en una decisión del Consejo adoptada por unanimidad previa aprobación del Parlamento Europeo; ahora bien, la singularidad de esta decisión radica en que el artículo 218.8 TFUE supedita su entrada en vigor al hecho de que todos los Estados miembros la aprueben de acuerdo con sus respectivas normas constitucionales. Es decir, la Unión no podrá manifestar su consentimiento para convertirse en parte contratante del CEDH en tanto todos los Estados miembros no hayan aceptado de conformidad con sus propios ordenamientos constitucionales dicho acto de aprobación del acuerdo que ellos mismos habrán elaborado: se trata de una nueva ocasión para demorar la prestación del consentimiento, sometiendo el acuerdo de adhesión a la apreciación de los parlamentos nacionales o incluso a consulta popular de acuerdo con las peculiaridades de cada uno de los ordenamientos constitucionales de los Estados miembros. En otras palabras, la manifestación del consentimiento necesario para la adhesión de la Unión Europea al CEDH estará sujeta a la autorización no sólo del Parlamento Europeo y del Consejo, sino también de los órganos constitucionales

⁵⁶¹ Sentencia de 16 de marzo de 1998, *Racke c. Hauptzollamt Mainz*, asunto C-162/96, Rec. 1998, p. I-3655, apartado 45. Véase F. CAPOTORTI, “L’extinction et la suspension des traités”, *Recueil des Cours de l’Académie de La Haye*, nº 3, 1971, pp. 419-587. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 vincula a la Unión Europea en tanto que expresión del Derecho consuetudinario general, como ella misma prevé en su artículo 38, sus normas han permitido *relativizar* el efecto relativo de los tratados al llegar a ser obligatorias como costumbre internacional, véase J. ROLDÁN BARBERO, “La costumbre internacional, la cláusula *rebus sic stantibus* y el Derecho Comunitario (A propósito de la sentencia *Racke* dictada por el TJCE el 16.6.98)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. L, nº 2, 1998, p. 13.

⁵⁶² Véase la Decisión 2010/48/CE del Consejo de 26 de noviembre de 2009, *cit. supra*.

pertinentes de los Estados miembros. Por lo tanto se trata de una *ratificación nacional de la ratificación que haría la Unión Europea*, una exigencia de *ratificación formal* de la decisión de conclusión del acuerdo internacional de adhesión⁵⁶³. Una vez manifestado el consentimiento por la Unión Europea, el CEDH será un acuerdo mixto completo en la medida en que tanto ella como sus Estados miembros serán partes contratantes, y formará parte integrante del ordenamiento de la Unión. Por tanto, este alambicado procedimiento para la adhesión no introduce ninguna particularidad a la futura incorporación del CEDH en el ordenamiento de la Unión ni prejuzga su eficacia, tan sólo refleja la voluntad de los Estados miembros de establecer estas concienzudas cautelas previas a que la Unión pueda consentir en convertirse en parte contratante del CEDH. Cautelas inauditas que dan cuenta de que la adhesión al CEDH no se percibe como la celebración de un acuerdo internacional cualquiera. Esta pesada losa procedimental, como ha señalado GAJA, no tiene parangón con acuerdo internacional alguno cuya conclusión se haya planteado la Unión Europea⁵⁶⁴.

Como se dijo la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, también es un acuerdo mixto, aunque a diferencia del CEDH, éste no ha sido concluido por todos los Estados miembros, de modo que, como se verá, los Estados miembros que no han ratificado este tratado están obligados a acatar sus disposiciones para permitir a la Unión la buena ejecución del mismo: para algunos Estados miembros este acuerdo internacional sólo será vinculante a través de las competencias cuyo ejercicio ha sido transferido a la Unión Europea y de la aplicación del Derecho de la Unión, lo que en la práctica traduce la posición de estos Estados como una reserva *de facto* a buena parte de su contenido.

En lo que respecta a las decisiones de los órganos encargados del control de la aplicación de aquellos tratados internacionales que concluye válidamente la Unión Europea, éstas -al igual que los tratados de los que proceden- forman parte integrante de su ordenamiento desde el momento de la entrada en vigor del tratado internacional en cuestión, sin necesidad de ningún tipo de acto de incorporación⁵⁶⁵.

⁵⁶³ Nótese el empleo retórico del término *ratificación* para mostrar la redundancia con respecto al procedimiento de conclusión de cualquier otro tratado internacional por parte de la Unión Europea. Según el cauce ordinario, la decisión del Consejo de la Unión Europea que dispone la forma de manifestar el consentimiento de la organización internacional, o bien el acto de aprobación del acuerdo internacional cualquiera que sea su forma, es autoejecutivo y no necesita como en este caso de la aquiescencia separada de los Estados miembros.

⁵⁶⁴ G. GAJA, "Accession to the ECHR", *op. cit.*, p. 183.

⁵⁶⁵ Son ilustrativas las sentencias que se refieren a la incorporación de las decisiones adoptadas por los órganos creados en el marco de los acuerdos de asociación, y de las que cabe inferir que la incorporación

Por tanto, la regla es la recepción automática del derecho convencional derivado: ahora bien, el respeto a la ortodoxia monista no resulta tan diáfano en relación con los actos unilaterales adoptados por la ONU u otras organizaciones internacionales en que la Unión no ostente membresía pero sí sus Estados miembros. Esta heterodoxia se muestra en particular respecto de las medidas adoptadas para introducir en el ordenamiento jurídico de la Unión las resoluciones del Consejo de Seguridad que imponen sanciones de naturaleza económica en la lucha contra la financiación del terrorismo internacional:

*“Sin embargo, es preciso poner de relieve que la Carta de las Naciones Unidas no obliga a seguir un método determinado para la aplicación de las resoluciones aprobadas por el Consejo de Seguridad en virtud del capítulo VII de dicha Carta, ya que dicha aplicación debe producirse conforme a la normativa aplicable al respecto en el ordenamiento jurídico interno de cada Miembro de la ONU. En efecto, la Carta de las Naciones Unidas permite en principio que los Miembros de la ONU elijan libremente entre los diferentes métodos posibles de recepción de tales resoluciones en su ordenamiento jurídico interno”*⁵⁶⁶.

del derecho convencional derivado sigue la misma suerte que su principal, véanse, la Sentencia de 14 de noviembre de 1989, *Grecia c. Comisión*, asunto C-30/88, Rec. 1988, p. 3711, apartado 13; así como la Sentencia de 20 de septiembre de 1990, *Sevince c. Staatssecretaris van Justitie*, cit. supra, apartado 9.

⁵⁶⁶ Sentencia de 3 de septiembre de 2008, *Kadi/Al Barakaat International Foundation c. Consejo y Comisión*, cit. supra, apartado 298. Este planteamiento, sobre el que el TJUE fundamenta su jurisdicción para controlar la legalidad con arreglo a los principios generales del Derecho de la Unión de las medidas adoptadas por las instituciones comunitarias en aplicación de la resolución del Consejo de Seguridad, ha sido calificado de dualista, véase T. TRIDIMAS, “The Principle of Legality, Human Rights and the Management of Risks: Post-Kadi Reflections”, en M. EVANS, P. KOUTRAKOS (eds.), *Beyond the Established Legal Orders: Policy Interconnections between the EU and the Rest of the World*, Hart Publishing, Oxford-Portland, Oregon, 2011, p. 180. Cuestión distinta es la relativa a la incorporación de las resoluciones del Consejo de Seguridad que tienen efectos *erga omnes*, y que obligan a la Unión pese a no ser parte contratante en la Carta de las Naciones Unidas. Su carácter *self-executing* no se ve desmentido por el hecho de que la Unión Europea pueda adoptar un acto PESC primero, y luego un Reglamento para asegurar su aplicación uniforme en los Estados miembros: la implementación a nivel comunitario comporta una actividad adicional de coordinación y un cierto margen de apreciación para las instituciones. Véase, S. ADAM, P. DEVISSCHER, P. VAN ELSUWEGE, “Chronique de Jurisprudence Communautaire. Les relations extérieures (1er janvier 2006-31 décembre 2008)”, loc. cit., pp. 503-506. Lo que puede resultar más opinable y cuestionable es la necesidad de que el acto comunitario de implementación (el Reglamento) deba subordinarse a lo previamente concertado en el ámbito intergubernamental de la PESC. Sobre estas cuestiones, J. FERRER LLORET, “El cumplimiento por la Unión Europea de las sanciones decididas por el Consejo de Seguridad”, *RDCE*, Vol. 4, nº 8, 2000, pp. 453-492. Una opinión que señala el carácter intrínsecamente superfluo de las decisiones en el ámbito PESC por limitarse a reproducir un mero eco de las Resoluciones del Consejo de Seguridad puede verse en R. A. WESSEL, “The Inside Looking Out: Consistency and Delimitation in EU External Relations”, *Common Market Law Review*, Vol. 37, nº 5, 2000, pp. 1135-1160. Una crítica a la práctica de determinados Estados miembros de adoptar en algunas ocasiones medidas de implementación de las Resoluciones del Consejo de Seguridad, al margen de los Reglamentos comunitarios, en P. J. KUIJPER, “Implementation of Binding SC Resolutions by the EU/EC”, en E. DE WET, A. NOLLKAEMPER (eds.), *Review of the Security Council by Member States*, Intersentia, Amberes, 2003, pp. 39-48. Nótese que este autor llegó a apuntar hacia la existencia de una posible sucesión *de facto* de la Comunidad con respecto a la competencia para implementar las sanciones adoptadas por el Consejo de Seguridad en los ámbitos de las relaciones económicas y financieras, siguiendo el mismo razonamiento sostenido por el

Idéntico razonamiento ha sostenido recientemente el TEDH en el asunto *Nada c. Suiza*. El Tribunal de Estrasburgo reitera en él la idea de que las resoluciones adoptadas por el Consejo de Seguridad en el marco del Capítulo VII de la Carta de San Francisco no exigen un modelo de implementación determinado, imponiendo únicamente obligaciones de resultado que dejan por tanto a los Estados margen de discrecionalidad a la hora de elegir los medios más adecuados para su aplicación y ejecución. Dicha discrecionalidad es, lógicamente, el fundamento de la jurisdicción que ejerce en este caso el TEDH y que le permite condenar a Suiza por infracción del artículo 8 CEDH en conjunción con su artículo 13⁵⁶⁷. ¿Acaso este margen de apreciación de que disponen los órganos regionales y nacionales que comporta la libertad de elección de medios para la implementación de las resoluciones del Consejo de Seguridad conlleva también una libertad para introducir mecanismos de protección de los derechos humanos no articulados a nivel del propio Consejo de Seguridad?⁵⁶⁸

En lo que respecta a la publicación del derecho convencional derivado ésta es discrecional e incluso infrecuente por lo que se ha hablado en este caso de un *monismo*

TJUE en relación con el GATT 1947, P. J. KUIJPER, “Sanctions against Rhodesia: The EEC and the Implementation of General International Legal Rules”, *Common Market Law Review*, Vol. 12, nº 2, 1975, p. 231. Una panorámica sobre las medidas nacionales de implementación de las sanciones adoptadas por el Consejo de Seguridad en V. GOWLLAND-DEBBAS (ed.), *National Implementation of United Nations Sanctions*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2004. Finalmente, está por ver si los tribunales de los Estados miembros aceptan la posición del TJUE en el asunto *Kadi* en relación con las medidas nacionales de implementación, en especial ante un eventual choque entre obligaciones procedentes de la Carta de San Francisco y obligaciones provenientes del Derecho de la Unión.

⁵⁶⁷ Véase la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 12 de septiembre de 2012, *Nada c. Suiza*, Recurso nº 10593/08, apartado 176: “*The Court observes that Switzerland did not become a member of the United Nations until 10 September 2002: it had thus adopted the Taliban Ordinance of 2 October 2000 before even becoming a member of that organisation, whereas it was already bound by the Convention. Similarly, it had implemented at domestic level the entry and transit ban concerning the applicant, as required by Resolution 1390 (2002) of 16 January 2002 (see paragraph 74 above), on 1 May of that year by the amendment of Article 4a of the Taliban Ordinance. The Court acknowledges that this resolution, particularly in the light of paragraph 2, was addressed to ‘all States’ and not only the members of the United Nations. However, the Court observes that the United Nations Charter does not impose on States a particular model for the implementation of the resolutions adopted by the Security Council under Chapter VII. Without prejudice to the binding nature of such resolutions, the Charter in principle leaves to UN member States a free choice among the various possible models for transposition of those resolutions into their domestic legal order. The Charter thus imposes on States an obligation of result, leaving them to choose the means by which they give effect to the resolutions (see to the same effect, mutatis mutandis, the Kadi judgment of the CJEC, § 298, paragraph 86 above)*”.

⁵⁶⁸ L. BOISSON DE CHAZOURNES, “Les relations entre organisations regionales et organisations universelles”, *loc. cit.*, p. 398. Por su parte, A. TZANAKOPOULOS se ha preguntado con sorpresa acerca de qué otro modelo de implementación podría haber seguido la Unión Europea para cumplir con la obligación de resultado de congelar los fondos del Sr. Kadi sin vulnerar las obligaciones en materia de derechos fundamentales, sin que a su juicio existiera en tal caso margen de apreciación para una actuación alternativa por parte de las instituciones de la Unión, véase A. TZANAKOPOULOS, “Collective Security and Human Rights”, *op. cit.*, p. 59.

del ordenamiento de la Unión que llega a perder incluso su condición de moderado⁵⁶⁹: “Cuando un acuerdo celebrado entre las Comunidades y uno o más Estados u organizaciones internacionales cree un órgano competente para tomar decisiones, el Consejo decidirá, en el momento de la celebración de dicho acuerdo, si procede publicar en el Diario Oficial las decisiones que tome este órgano”⁵⁷⁰. Esta recepción automática se predicaría respecto de las decisiones que el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad adoptase en el caso de que la Unión aceptase su competencia para examinar reclamaciones individuales; y desde luego, se recibirán en el ordenamiento de la Unión desde el momento preciso de su emisión, aquellas directrices que el Comité adopte en respuesta a los informes que periódicamente deberá presentar la Unión de acuerdo con el artículo 35 de la CDPD⁵⁷¹. El Consejo no hizo en el momento de concluirse la CDPD mención alguna a la publicación de las decisiones que pueda adoptar el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad en relación con la Unión Europea, y cabe plantearse si una tal ausencia de publicidad estaría en pugna con el artículo 36.5 de la CDPD que obliga a dar difusión pública y facilitar el acceso a las sugerencias y recomendaciones recibidas que formule el Comité en relación con los informes presentados de forma periódica. De igual modo las sentencias y demás resoluciones del TEDH, así como las decisiones del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativas a la ejecución de aquéllas, cuyo destinatario fuera la Unión Europea se incorporarían al ordenamiento de la Unión. Más adelante, se retomarán en detalle las implicaciones de dicha incorporación en cuanto al alcance de la

⁵⁶⁹ J. ROLDÁN BARBERO, “La interacción entre las normas internas e internacionales en el acervo jurídico europeo”, *RDCE*, año 6, nº 13, 2002, p. 703.

⁵⁷⁰ Véase el artículo 17.5 de la Decisión del Consejo de 22 de marzo de 2004, 2004/338/CE, Euratom, por la que se aprueba su Reglamento interno, *cit. supra*. Ejemplos de actos que derivan de los órganos establecidos en virtud de un acuerdo internacional que son objeto de publicación los hallamos en las decisiones del Consejo en virtud de las cuales se concluye el procedimiento de consultas con un Estado ACP en virtud del artículo 96 del acuerdo de Cotonú, o bien en las decisiones de los Consejos establecidos en el marco de los acuerdos de asociación que la Unión concluye con terceros países.

⁵⁷¹ El hecho de que dichas directrices estén desprovistas de un valor jurídico vinculante directo e inmediato no impide que el TJUE pueda pronunciarse sobre su interpretación a través de la cuestión prejudicial. De igual modo aunque estas directrices o las decisiones del Comité (en caso de que la Unión acepte la competencia del mismo para recibir reclamaciones individuales de conformidad con el Protocolo Facultativo a la CDPD) no sean por su naturaleza capaces de engendrar derechos que los justiciables puedan invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales, estos deberán tenerlas en cuenta en los litigios que ante ellos se sustancien, especialmente cuando sean relevantes para interpretar las disposiciones de la CDPD, véase la Sentencia de 21 de enero de 1993, *Deutsche Shell*, asunto C-188/91, Rec. 1993, p. I-363, apartados 17 y 18.

jurisdicción del TJUE sobre el derecho convencional derivado y su aplicabilidad, eficacia directa, invocabilidad, justiciabilidad, etc.⁵⁷².

Por último, como se ha señalado, la disparidad de tradiciones jurídicas entre los Estados miembros en cuanto a la recepción del Derecho internacional convencional conduce a la paradójica situación de que para ciertos Estados miembros los tratados internacionales son susceptibles de tener efectos jurídicos de mayor alcance en su ordenamiento si son aplicados por mediación del Derecho de la Unión que cuando únicamente han sido concluidos por el Estado miembro en cuestión y se aplican por mor del derecho nacional⁵⁷³. Ésta puede ser una razón adicional para sostener la necesidad de que la Unión se vincule directa y expresamente a tratados internacionales de derechos humanos.

Por su parte, pese al silencio⁵⁷⁴ del Derecho originario de la Unión acerca del Derecho consuetudinario general, la jurisprudencia del TJUE ha puesto de manifiesto que éste se incorpora de forma tácita y automática al ordenamiento jurídico de la Unión⁵⁷⁵. Como se reflexionó anteriormente, la Unión Europea en su acción exterior, y particularmente mediante la introducción de la cláusula *democracia y derechos*

⁵⁷² Igualmente se reflexionará acerca de los matices existentes entre estas nociones presentadas como conceptos aparentemente distintos.

⁵⁷³ P. PESCATORE, “Treaty-making by the European Communities”, *op. cit.*, p. 184.

⁵⁷⁴ Este silencio se ve atemperado tanto por la referencia que el Preámbulo del TFUE realiza a la Carta de las Naciones Unidas como por el artículo 3.5 TUE que incorpora entre los objetivos de la Unión el respeto de sus principios. Ello en la medida en que el Derecho consuetudinario general se identifica en buena parte con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, teniendo en cuenta que el articulado tanto del TFUE como del TUE contienen dispersas un mayor número de menciones a la Carta de las Naciones Unidas que vienen a indicar una mayor vocación internacionalista del Derecho originario de la Unión tras su última reforma. Véase, J. ROLDÁN BARBERO, “El Derecho internacional y el Tratado Constitucional Europeo”, *Revista Electrónica de Derecho Internacional*, nº 8, 2004, p. 4.

⁵⁷⁵ Una jurisprudencia reiterada del TJUE ha señalado que las competencias de la Unión deben ejercerse respetando el Derecho internacional general, en clara alusión a normas consuetudinarias, y especialmente en el caso en que se encuentren recogidas en tratados internacionales. Véanse, las Sentencias de 27 de septiembre de 1988, *Ahlström c. Commission*, asuntos acumulados C- 89/95, 104/95, 114/95, 116/95, 117/95, 125/95 y 129/95, Rec. 1988, p. 5193, apartado 23; de 24 de noviembre de 1992, *Poulsen y Diva Navigation*, asunto C-286/90, Rec. 1992, p. I-6019, apartados 9 y 10; de 24 de noviembre de 1993, *Mondiet*, asunto C-405/92, Rec. 1993, p. I-6133, apartados 13-15; de 16 de junio de 1998, *Racke c. Hauptzollamt Mainz*, *cit. supra*, apartado 45, y de 3 de junio de 2008, *Intertanko y otros*, *cit. supra*, apartado 51. Como ha señalado DÍEZ-HOCHLEITNER, en la mayoría de países cuyos ordenamientos no se pronuncian abiertamente sobre sus relaciones con el derecho internacional general (como ocurre en el ordenamiento de la Unión), los tribunales han confirmado su recepción automática, J. DÍEZ-HOCHLEITNER, *La posición del Derecho Internacional en el Ordenamiento comunitario*, *op. cit.*, pp. 12. Véanse en este sentido, K. M. MEESSEN, “The application of rules of public international law within Community law”, *Common Market Law Review*, Vol. 13, 1976, pp.485-501; J. ROLDÁN BARBERO, “La costumbre internacional, la cláusula *rebus sic stantibus* y el Derecho Comunitario (A propósito de la sentencia *Racke* dictada por el TJCE el 16.6.98)”, *loc. cit.*, pp. 24-27; J. WOUTERS, “The tormented relationship between international law and EU law”, *op. cit.*, pp. 201-202; y A. GIANELLI, “Customary International Law in the European Union”, en E. CANNIZZARO, P. PALCHETTI, R. WESSEL (eds.), *International Law as Law of the European Union*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2012, pp. 93-110.

humanos en sus acuerdos internacionales, ha contribuido a la gestación, consolidación y fortalecimiento de normas consuetudinarias internacionales en el ámbito de la protección de los derechos humanos. Pese al carácter enigmático, volátil y difícilmente determinable de la costumbre inherente a su naturaleza, podría sostenerse, por ejemplo, que numerosas normas contenidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos han pasado a integrar el ordenamiento jurídico de la Unión por esta vía de forma imperceptible y automática. Cuestión distinta, como se verá, y que no desmiente su pertenencia al ordenamiento de la Unión Europea, es que, en su aplicación el TJUE hasta la fecha, haya preferido recurrir a las normas jurídico-internacionales de derechos humanos como sustrato para la determinación de los principios generales del Derecho de la Unión, en lugar de darles una aplicación directa.

2. Rango jerárquico del Derecho internacional en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea.

En primer lugar, debe indicarse que el hecho mismo de plantearse esta cuestión no habría lugar desde la perspectiva de un ordenamiento doméstico dualista: la posición que ocuparía el Derecho internacional sería aquella que la norma interna que permite su incorporación le otorgara. Esta cuestión será analizada desde el prisma del ordenamiento jurídico doméstico receptor, es decir, del ordenamiento de la Unión, puesto que como es sabido desde el punto de vista del Derecho internacional general se postula tradicionalmente una indubitada supremacía jerárquica absoluta e incondicional de éste sobre todo derecho interno⁵⁷⁶. El principal obstáculo a dicha primacía radica en que con frecuencia el Derecho internacional general carece de mecanismos para hacerla efectiva e imponerse sobre el Derecho doméstico. La primacía del Derecho internacional convencional sobre el derecho interno aparece formulada sin ambages en el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, que impide a toda parte en un tratado internacional invocar las peculiaridades de su derecho interno como justificación del incumplimiento de las obligaciones adquiridas frente a terceros por vía convencional⁵⁷⁷. El complemento necesario para la efectividad de esta

⁵⁷⁶ Opinión Consultiva de la CIJ de 26 de abril de 1988, *Aplicabilidad de la obligación de arbitraje en virtud de la Sección 21 del Acuerdo de 26 de junio de 1947 relativo a la sede de la ONU*, p. 34, apartado 57. Sentencia de la CIJ de 27 de junio de 1986, *Asunto de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y en contra de Nicaragua*, cit. *supra*, apartado 107.

⁵⁷⁷ El antes llamado TPI invocó esta regla para sostener la primacía de la Carta de las Naciones Unidas (que no es propiamente una obligación convencional de la Unión pero sí de todos sus Estados miembros) sobre toda regla perteneciente al derecho interno de los Estados miembros. Además, el TPI invocó este artículo 27 en conexión con el artículo 5 de la Convención de Viena de 1969 para precisar que dicha regla es aplicable a “todo tratado que sea un instrumento constitutivo de una organización internacional y a todo tratado adoptado en el ámbito de una organización internacional” y que por tanto la Carta de las Naciones Unidas prevalecería sobre el propio Derecho originario de la Unión Europea, según una regla que en opinión del TPI forma parte integrante del Derecho internacional consuetudinario de carácter general. Como es sabido el TPI extendió dicha primacía sobre el Derecho de la Unión a las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, extremos todos ellos que en casación no mantuvo el TJUE. Véanse, la Sentencia del Tribunal General de 21 de septiembre de 2005, *Kadi c. Consejo y Comisión*, cit. *supra*, apartado 182; así como la Sentencia de 3 de septiembre de 2008, *Kadi/Al Barakaat International Foundation c. Consejo y Comisión*, cit. *supra*. Sobre este último fallo del TJUE se ha dicho que el Tribunal desaprovechó la ocasión para haber formulado una jurisprudencia análoga a la *Solange I* del Tribunal Constitucional alemán o la línea iniciada en *Bosphorus* por el TEDH, ambas en relación con el Derecho de la Unión Europea. De este modo, el TJUE podría haber entablado con la ONU un diálogo más constructivo para mejorar la protección de los derechos fundamentales en el ámbito del Comité de Sanciones creado por el Consejo de Seguridad, de forma que el Tribunal se hubiese reservado la posibilidad de efectuar un control de legalidad de la normativa de la Unión destinada a dar aplicación a las resoluciones del Consejo de Seguridad, únicamente cuando la inclusión de personas físicas o entidades en las listas del Comité de Sanciones no permitiera un nivel de control jurisdiccional efectivo equivalente o asimilable al que el ordenamiento comunitario dispensa, véase F. J. MENA PARRAS, “Retour sur

disposición se encuentra en el artículo 1 del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos: “*Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional*”⁵⁷⁸. Por su parte, con especial relevancia para la Unión Europea a la hora de evitar zonas lacunarias entre ésta y sus Estados miembros en lo referente a la responsabilidad internacional por hechos ilícitos y como exigencia lógica de la primacía del Derecho internacional convencional de la Unión, el Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales por Hechos Internacionalmente Ilícitos resulta de utilidad tanto para determinar la responsabilidad de una organización internacional por un hecho internacionalmente ilícito como para determinar la responsabilidad del Estado por un hecho internacionalmente ilícito derivado de un acto imputable a una organización internacional de la que aquél es miembro⁵⁷⁹. A la inversa se contempla la responsabilidad internacional de la organización internacional por un hecho internacionalmente ilícito llevado a cabo por órganos de un Estado cuando estos han sido puestos a su disposición.

Kadi: de la nécessité d'une jurisprudence de type Solange I dans les rapports entre le Droit de l'Union européenne et le Droit des Nations Unies”, *loc. cit.*, pp. 683-729. Sobre los estándares mínimos de derechos fundamentales que el procedimiento ante el Comité de Sanciones debería verificar para que su protección fuese equivalente a la que otorgan el CEDH o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, puede verse la Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, 1597 (2008), *Listes noires du Conseil de sécurité des Nations Unies et de l'Union européenne*, Estrasburgo, 23 de enero de 2008, disponible en:

<http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewPDF.asp?FileID=17618&Language=FR>

Finalmente, acerca de la repercusión de la jurisprudencia del TJUE en la modificación del procedimiento de inclusión y supresión de personas físicas y entidades en las listas elaboradas por el Comité de Sanciones debe verse L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ, C. PÉREZ BERNÁRDEZ, “El derecho a la tutela judicial efectiva en el Derecho Europeo y las sanciones contra *Al-Qaeda*”, en M. J. AZNAR GÓMEZ (coord.), J. CARDONA LLORENS, J. PUEYO LOSA, J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J. M. SOBRINO HEREDIA (eds.), *Estudios de Derecho Internacional y Derecho Europeo en Homenaje al Profesor Manuel Pérez González*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 1569-1603. En este sentido también se ha dicho que: “[...] le raisonnement sibyllin de la CJCE dans son arrêt Kadi ne donnait pas au Conseil de sécurité et au comité des sanctions des directives suffisamment précises concernant la voie à suivre pour l'amélioration du mécanisme de sanction [...]”, véase L. BOISSON DE CHAZOURNES, “Les relations entre organisations regionales et organisations universelles”, *loc. cit.*, p. 397.

⁵⁷⁸ Texto aprobado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en su 53º Período de Sesiones (23 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001). Véase el texto con comentarios en *Documentos oficiales de la Asamblea General*, 56º Período de Sesiones, Suplemento nº 10, (A/56/10), pp. 10-405.

⁵⁷⁹ Dicho texto fue aprobado por la CDI en su 61º Período de Sesiones (4 de mayo a 5 de junio y 6 de julio a 7 de agosto de 2009), *Documentos oficiales de la Asamblea General*, 64º Período de Sesiones, Suplemento nº 10, (A/64/10). Véase también el informe de la CDI en su 63º Período de Sesiones (26 de abril a 3 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2011), *Documentos oficiales de la Asamblea General*, 66º Período de Sesiones, Suplemento nº 10, (A/66/10), p. 52.

2.1. Primacía del Derecho internacional convencional de la Unión Europea sobre el Derecho interno de los Estados miembros.

La primera manifestación de esta precedencia jerárquica se manifiesta en la posibilidad de que la Comisión Europea pueda interponer el recurso por incumplimiento ante el TJUE contra un Estado miembro por no respetar en su respectivo dominio competencial las obligaciones dimanantes de un tratado internacional en que la Unión es parte (artículo 258 TFUE)⁵⁸⁰. No obstante, la Comisión debería velar igualmente por la observancia que sus Estados miembros hacen del Derecho consuetudinario de carácter general, no siendo un obstáculo para esta labor de custodia la letra del artículo 258 TFUE, pues como se ha dicho la costumbre internacional se recibe de forma automática en el ordenamiento de la Unión⁵⁸¹.

La primacía se manifiesta, en segundo lugar, en la competencia que el TJUE se ha atribuido para interpretar las disposiciones de un acuerdo internacional concluido por la Unión en el marco de una cuestión prejudicial elevada por el juez nacional de un Estado miembro. De momento basta decir que dicha competencia para la interpretación le permite al TJUE declarar que una norma del Derecho nacional deba ser interpretada en uno u otro sentido para poder acomodarse al Derecho convencional de la Unión, pudiendo igualmente el TJUE constatar la incompatibilidad de la norma nacional con la norma convencional.

⁵⁸⁰ Esta posibilidad se verificó por vez primera al ser condenada Grecia por adoptar medidas equivalentes a restricciones cuantitativas contrarias a las obligaciones del Convenio de Lomé, véase la Sentencia de 25 de febrero de 1988, *Comisión c. República Helénica*, asuntos acumulados C-194/85 y 241/85, Rec. 1988, p. 1037. Téngase en cuenta que la Comisión estadísticamente se ha mostrado menos inclinada a iniciar recursos por incumplimiento contra los Estados miembros por infracción de acuerdos internacionales concluidos por la Unión que por falta de observación de su propio derecho derivado. Algunos ejemplos son, la Sentencia de 19 de marzo de 2002, *Comisión c. Irlanda*, asunto C-13/00, Rec. 2002, p. I-2943; así como la Sentencia de 7 de octubre de 2004, *Comisión c. Francia*, asunto C-239/03, Rec. 2004, p. I-9325 (Convención de Barcelona y Protocolo para la protección del Mar Mediterráneo); la Sentencia de 30 de marzo de 2006, *Comisión c. Irlanda (Mox)*, asunto C-459/03, Rec. 2006, p. I-4635, apartado 121; y recientemente la Sentencia de 29 de abril de 2010, *Comisión c. Reino de los Países Bajos*, asunto C-92/07, Rec. 2010, p. I-3683 (Acuerdo de asociación con Turquía).

⁵⁸¹ Véase J. ROLDÁN BARBERO, “La costumbre internacional, la cláusula *rebus sic stantibus* y el Derecho Comunitario (A propósito de la sentencia *Racke* dictada por el TJCE el 16.6.98)”, *loc. cit.*, pp. 25-26. Esta posición no constituye una entelequia si se tiene en cuenta que en la Constitución de algún Estado miembro, Bulgaria, por ejemplo, se prevé que el Tribunal Constitucional pueda controlar la compatibilidad de las normas internas con el Derecho consuetudinario. Por tanto, la Comisión Europea podría activar la jurisdicción del TJUE en este sentido. Véase el artículo 149.4 de la Constitución de Bulgaria relativo a las funciones de su Tribunal Constitucional: “[...] *rule on the compatibility between the Constitution and the international instruments concluded by the Republic of Bulgaria prior to their ratification, and on the compatibility of domestic laws with the universally recognized norms of international law and the international instruments to which Bulgaria is a party*”. No obstante, el reconocimiento constitucional no garantiza de inmediato una apertura mayor de los jueces nacionales al Derecho internacional que en ocasiones postergan debido a su mejor dominio de la norma nacional.

Además, como se ha visto, el TJUE ha constatado su competencia para pronunciarse acerca de si los Estados miembros incumplen las obligaciones derivadas del acuerdo internacional que la Unión ha concluido⁵⁸².

En tercer lugar, la eficacia directa que pueda tener toda norma o disposición de un acuerdo internacional concluido por la Unión va ineluctablemente ligada a su primacía, comportando para el juez nacional la obligación de dejar inaplicada por su propia autoridad toda norma nacional contraria a aquella, sea anterior o posterior, y sin necesidad de esperar a su previa invalidación de acuerdo con las peculiaridades de su propio orden constitucional. Dicha primacía se extendería a cualesquiera actos internacionales, siempre que estuvieran provistos de eficacia directa, derivados de dichos tratados concluidos por la Unión. La primacía del Derecho convencional de la Unión sobre el derecho de los Estados miembros es afirmada, claro está, de un modo incondicional e indiferenciado por el TJUE. No obstante, en su aceptación por los Estados miembros encuentra las mismas reticencias que la primacía del Derecho de la Unión en general: un límite implícito a la misma es el respeto a las estructuras constitucionales esenciales de los Estados miembros, dentro de las cuales los derechos fundamentales siguen teniendo un peso destacable (tal y como se ha plasmado en el artículo 4.2 TUE)⁵⁸³. Pero al mismo tiempo antes de confrontar la norma convencional

⁵⁸² Dictamen 1/91, de 14 de diciembre de 1991, *cit. supra*, apartado 38.

⁵⁸³ La primacía de los acuerdos internacionales concluidos por la Unión sobre el Derecho interno de los Estados miembros (incluso de rango constitucional) estaría por tanto formulada de forma absoluta, siendo trasladable a ellos lo dicho por el TJUE en la Sentencia de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal*, asunto C-106/77, Rec. 1978, p. 629. Véase J. DÍEZ-HOCHLEITNER, *La posición del Derecho Internacional en el Ordenamiento comunitario, op. cit.*, pp. 131-132. Este aserto forma parte de una jurisprudencia consolidada del TJUE, véanse *inter alia*, Sentencia de 26 de octubre de 1982, *Kupferberg*, asunto C-104/81, Rec. 1982, p. 3641; Sentencia de 31 de enero de 1991, *Kziberg*, asunto C-18/90, Rec. 1991, p. I-199. Sabidas son las reticencias de los Tribunales Constitucionales (especialmente el alemán e italiano) a aceptar incondicionalmente la primacía del derecho comunitario sobre su derecho interno cuando ésta hace peligrar alguna de sus estructuras constitucionales esenciales, en las que siempre se destaca la garantía de los derechos fundamentales, véase D. J. LIÑÁN NOGUERAS, P. J. MARTÍN RODRÍGUEZ, “Reflexiones sobre los derechos fundamentales en la Unión Europea a la luz del Tratado de Lisboa”, en A. M. BADÍA MARTÍ, A. PIGRAU SOLÉ, A. OLESTI RAYO, *Derecho Internacional y Comunitario ante los retos de nuestro tiempo, Homenaje a la Profesora Victoria Abellán Honrubia*, Vol. II, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 1076. El inicio a mediados de los años setenta mediante la *doctrina pretoriana* del TJUE de una protección de los derechos fundamentales similar en el ámbito comunitario a la que otorgaban los ordenamientos internos, fue esencial para poder afirmar la plena primacía del Derecho de la Unión (incluso sobre el derecho interno de rango constitucional, véase la Sentencia del TJUE de 17 de octubre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, asunto C-11/70, Rec. 1970, p. 1125, apartado 3), logrando contener la denominada *rebelión de los tribunales constitucionales*, que ha mantenido latente esa denominada doctrina de los límites intangibles a la primacía del Derecho comunitario, véase G. CÁMARA VILLAR, “Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional Europeo*, nº 4, Julio-Diciembre, 2005, pp. 17-21.; también debe verse en relación con el Tribunal Constitucional francés, A. SEGURA SERRANO, “La primacía y el control de constitucionalidad del Derecho comunitario en Francia”, *RDCE*, nº 20, 2005, pp. 93-132. El TC español también sitúa implícitamente el

con la norma nacional, el juez nacional puede albergar dudas acerca de la compatibilidad y validez de una norma contenida en un acuerdo internacional válidamente concluido por la Unión y su propio derecho originario: quedaría a su disposición la herramienta prejudicial y en tal caso los derechos fundamentales a nivel de la Unión podrían desempeñar una labor crucial para un control de constitucionalidad indirecto a posteriori de la norma convencional.

Por último, la primacía del Derecho internacional convencional sobre el derecho nacional de los Estados miembros se manifiesta en un deber para las jurisdicciones de los Estados miembros de interpretar y aplicar su derecho estatal, en la medida de lo posible, de conformidad con los objetivos establecidos por aquellos acuerdos internacionales concluidos por la Unión aun en el caso de que estos últimos no atribuyan derechos a los particulares y de que sus disposiciones no sean susceptibles de eficacia directa. A diferencia de la primacía fundada en la eficacia directa de la disposición del acuerdo internacional, el deber de interpretación conforme del derecho

régimen constitucional de protección de los derechos fundamentales dentro de una potencial activación de la teoría de los *contralímites*, véase la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, del pleno del Tribunal Constitucional español acerca del Tratado Constitucional Europeo. Un comentario a la misma en A. DEL VALLE GÁLVEZ, “Constitution espagnole et Traité constitutionnel européen –La déclaration du Tribunal Constitucional du 13 décembre 2004”, *Cahiers de Droit Européen*, Vol. 41, nº 5-6, 2005, pp. 705-723. También puede verse sobre los problemas de constitucionalidad que la implementación de la orden europea de detención y entrega ha ocasionado en algunos Estados miembros como Alemania, Chipre, Polonia o República Checa, J. KOMÁREK, “European constitutionalism and the European arrest warrant: In search of the limits of ‘contrapuntual principles’ ”, *Common Market Law Review*, Vol. 44, nº 1, 2007, pp. 9-40. Por su parte, el Tribunal Constitucional alemán ha admitido en su sentencia relativa al Tratado de Lisboa la posibilidad de inaplicar excepcionalmente y bajo condiciones estrictas (en caso de actos *ultra vires* así como para salvaguardar la identidad constitucional) el Derecho de la Unión Europea, véase la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 30 de junio de 2009, 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09. Un comentario a la misma en F. CASTILLO DE LA TORRE, “La sentencia del Tribunal Constitucional federal alemán de 30.06.09, relativa a la aprobación del Tratado de Lisboa –Análisis y comentarios”, *RDCE*, nº 34, 2009, pp. 969-1010. No obstante, la primera vez que un tribunal de un Estado miembro ha declarado *ultra vires* una sentencia del TJUE se ha producido a raíz de la Sentencia del TJUE de 22 de junio de 2011, *Landtová*, asunto C-399/09, (pendiente de publicación), Rec. 2011, que traía causa de una cuestión prejudicial elevada por el Tribunal Administrativo Supremo de la República Checa, en el conocido como asunto de las llamadas “Pensiones Eslovacas”. En su Sentencia de 31 de enero de 2012, el Tribunal Constitucional checo ha declarado *ultra vires* la sentencia prejudicial del TJUE, como señala RODRÍGUEZ IGLESIAS: “[...] la sentencia del Tribunal Constitucional constituye una violación grave del Derecho de la Unión Europea y pone de manifiesto que ha ocurrido lo que durante mucho tiempo muchos hemos creído que nunca podría ocurrir”, G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, *Discurso pronunciado en el acto de investidura de Doctor Honoris Causa del Excmo. Sr. Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Universidad de Granada, mayo de 2012, pp. 34-38. Asimismo, J. KOMÁREK, “Czech Constitutional Court Playing with Matches: the Czech Constitutional Court Declares a Judgment of the Court of Justice of the EU Ultra Vires; Judgment of 31 January 2012, Pl. ÚS 5/12, Slovak Pensions XVII”, *European Constitutional Law Review*, Vol. 8, nº 2, pp. 323-337. Con carácter general sobre las relaciones entre el TJUE y los tribunales constitucionales de los Estados miembros puede verse F. BALAGUER CALLEJÓN, “The Relations between the EU Court of Justice and the Constitutional Courts of the Member States”, en H-J. BLANKE, S. MANGIAMELI (eds.), *The European Union after Lisbon. Constitutional Basis, Economic Order and External Action*, Springer, Nueva York, 2012, pp. 251- 278.

nacional a los objetivos del acuerdo internacional concluido por la Unión, es una obligación de resultado que deja libertad para elegir los medios apropiados a la jurisdicción nacional, que por tanto no está obligada a inaplicar de forma inexcusable la norma interna sino a buscar su conciliación con la norma convencional por vía interpretativa: en este sentido, proponemos hablar en lo sucesivo de eficacia indirecta tanto de las disposiciones del acuerdo internacional como del propio derecho convencional derivado, siendo ésta una fórmula más atenuada de primacía que la eficacia directa.

Recientemente, el TJUE en respuesta a una cuestión prejudicial introducida por el Tribunal Supremo eslovaco ha decretado que corresponde a los jueces nacionales el deber de interpretar su derecho nacional -en los ámbitos cubiertos por el derecho medioambiental de la Unión- de manera conforme, en la medida de lo posible, a los objetivos del artículo 9 apartado 3 del Convenio de Aarhus⁵⁸⁴. Hay varios motivos para sostener este deber de interpretación conforme del derecho estatal a los objetivos de los acuerdos internacionales concluidos por la Unión Europea⁵⁸⁵:

- a) En primer lugar, la naturaleza del principio de cooperación leal tendente a asegurar el logro de la misión y objetivos que el Derecho originario asignan a la Unión conllevan dicho deber. Este principio debe ponerse en comunión con el principio de buena fe, al que el TJUE ha reconocido carácter de derecho consuetudinario general. Dada la naturaleza bidireccional del principio de

⁵⁸⁴ Sentencia de 8 de marzo de 2011, *Zoskupenie*, C-240/09, Rec. 2011, p. I-1255, apartado 50. El Convenio de Aarhus ha sido concluido tanto por la Unión como por todos sus Estados miembros en virtud de una competencia compartida, se trata de un acuerdo mixto. Debe verse el Reglamento 1367/2006/CE, de 6 de septiembre de 2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la aplicación, a las instituciones y a los organismos comunitarios, de las disposiciones del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, D.O.U.E. Serie L 264/13, de 25 de septiembre de 2006. Sobre esta decisión del TJUE puede verse un interesante comentario en T. FAJARDO DEL CASTILLO, “Avances y retrocesos en materia de acuerdos mixtos y de acceso a la justicia para la protección del medio ambiente a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de marzo de 2011 en el asunto *oso pardo*”, *RGDE*, n° 29, 2013. Como la autora apunta este mandato del TJUE equivale indirectamente a la concesión de la eficacia directa que se le niega al precepto, ya que obliga al Tribunal Supremo eslovaco a efectuar una interpretación *contra legem* de su legislación nacional. En otro orden de ideas, debe recordarse que la CDPD constituye el primer ejemplo *stricto sensu* de tratado internacional sobre derechos humanos concluido por la Unión Europea, no obstante, el Convenio de Aarhus en la medida en que regula importantes cuestiones relativas a derechos fundamentales en relación con la protección del medio ambiente *lato sensu* serviría como ejemplo de un tratado internacional sobre derechos humanos que había sido previamente concluido por la Unión Europea, así lo dice B. DE WITTE, “The EU and International Legal Order: The Case of Human Rights”, *op. cit.*, pp. 135-136.

⁵⁸⁵ Este esquema se mantiene invariablemente cierto para los acuerdos internacionales concluidos *sólo* por la Unión Europea, posteriormente, se matizará en qué medida es trasladable este razonamiento a los acuerdos mixtos dado el alcance que la jurisdicción interpretativa del TJUE de la que se derive una interpretación uniforme pueda tener sobre ellos.

cooperación leal⁵⁸⁶, si el TJUE estableció en el asunto *Intertanko*, en deferencia de un acuerdo internacional concluido por todos los Estados miembros pero en el que la Unión no era parte, que las disposiciones de una directiva debían interpretarse tomando en consideración este acuerdo (Convenio Marpol 73/78)⁵⁸⁷: *a contrario*, e invocando tanto el deber de cooperación leal como el principio de buena fe, no cabe mantener una interpretación del derecho estatal que no se acomode a los objetivos de un acuerdo internacional en que la Unión es parte. Es decir, si el TJUE ha admitido que el derecho derivado de la Unión debe tomar en su interpretación y aplicación en consideración un acuerdo internacional en que todos sus Estados miembros son parte, la reinversión lógica del argumento lleva necesariamente a que los Estados miembros no pueden argüir una interpretación de su derecho nacional que frustre los objetivos de un acuerdo internacional en que la Unión es parte.

- b) Sabido es que los Estados miembros tienen el deber de interpretar y aplicar su derecho interno a la luz y finalidad del derecho derivado de la Unión aun en ausencia de eficacia directa⁵⁸⁸. Además, como se examinará *infra*, el TJUE ha reconocido el deber de dar al derecho derivado de la Unión una interpretación conforme, en la medida de lo posible a su derecho convencional. Por tanto, si el derecho nacional debe ser interpretado de conformidad con el derecho derivado de la Unión, y éste a su vez debe interpretarse a la luz de los acuerdos convencionales concluidos por la Unión, siguiendo la propiedad transitiva del razonamiento, no hay motivo jurídico alguno que permita excluir la necesaria interpretación conforme del derecho nacional a los objetivos de

⁵⁸⁶ Véanse, C. HILLION, “Mixity and Coherence in EU external relations: the significance of the ‘duty of cooperation’”, *CLEER Working Papers*, 2009/1; asimismo, J. DE CENDRA DE LARRAGÁN, “United we stand, divided we fall: The potential role of the principle of loyal cooperation in ensuring compliance of the European Community with the Kyoto Protocol”, *Climate Law*, Vol. 1, 2010, pp. 159-176.

⁵⁸⁷ Téngase en cuenta que el TJUE al mismo tiempo excluyó la posibilidad de llevar a cabo un control de validez de la directiva fundado en su compatibilidad con un acuerdo internacional (Convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques -Convenio Marpol 73/78-) que no había sido concluido por la Unión, pero en el que todos sus Estados miembros son parte, véase la Sentencia de 3 de junio de 2008, *Intertanko y otros*, *cit. supra*, apartado 52. Un comentario a la misma puede verse en, J. GONZÁLEZ GIMÉNEZ, “Régimen comunitario de la contaminación por descargas procedentes de buques: la relación con las normas internacionales y la sentencia del TJCE sobre el asunto *Intertanko*”, *RDCE*, Vol. 13, nº 34, 2009, pp. 915-944.

⁵⁸⁸ Esto es particularmente cierto para las directivas, véase la Sentencia de 13 de noviembre de 1990, *Marleasing c. Comercial Internacional de Alimentación*, asunto C-106/89, Rec. 1990, p. I-4135, apartado 13. También, J. ROLDÁN BARBERO, “La jurisprudencia del tribunal de justicia en materia de relaciones exteriores”, *op. cit.*, p. 318.

los acuerdos internacionales en que la Unión sea parte (a reserva de las precisiones para la particularidades propias de los acuerdos mixtos).

Estas diversas manifestaciones de la primacía del Derecho internacional convencional de la Unión Europea sobre el derecho estatal de los Estados miembros, ha llevado a cierto sector doctrinal a caracterizar a la Unión “*as a door opener for Public International Law*”⁵⁸⁹. En el ordenamiento jurídico español, resulta paradigmática la Sentencia del Tribunal Constitucional 130/1995, de 11 de septiembre, que en el marco de un recurso de amparo planteado por un trabajador marroquí, estimó la lesión de un derecho fundamental debido a la falta de aplicación del Acuerdo de Cooperación entre la Comunidad Económica Europea y Marruecos de 1976: este caso demuestra la estrecha imbricación entre los diferentes ordenamientos en lo que a la protección de derechos fundamentales respecta. Así pues, dentro de la apertura constitucional que el artículo 10.2 de la Constitución Española realiza al Derecho internacional de los Derechos humanos, se permite a un acuerdo internacional concluido por la entonces Comunidad desplegar efectos hermenéuticos clave en el régimen interno de los derechos fundamentales tutelados en la Constitución española, al estar algunas de las disposiciones del acuerdo orientadas a regir la posición jurídica del individuo⁵⁹⁰.

En el ámbito de los acuerdos mixtos concluidos por la Unión y sus Estados miembros en dominios pertenecientes a la competencia compartida de ambos (tal es el caso del CDPD y lo será del CEDH una vez se complete la adhesión de la Unión)⁵⁹¹, el alcance de la primacía de estos acuerdos sobre el derecho nacional será modulado en función de cuál sea el alcance de la jurisdicción del TJUE para establecer una interpretación uniforme de sus disposiciones:

⁵⁸⁹ F. C. MAYER, “European Law as a Door Opener for Public International Law?”, en *Droit International et Diversité des Cultures Juridiques -International Law and Diversity of Legal Cultures*, Pédone, París, 2008, p. 253.

⁵⁹⁰ Sobre el artículo 10. 2 de la Constitución española puede verse, A. SAIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999. Una detallada exposición de la actitud del Tribunal Constitucional español frente al Derecho comunitario europeo en P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, “En pos de la relevancia constitucional del Derecho Comunitario (Una visión desde la labor de un Magistrado)”, en *Pacis Artes. Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, Tomo I, Eurolex Editorial, Madrid, 2005, pp. 864-895.

⁵⁹¹ Debe verse sobre acuerdos mixtos, C. KADDOUS, *Le droit des relations extérieures dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Bruylant, Bruselas, 1998, pp. 263-267.

- a) La competencia para trazar la línea divisoria entre las obligaciones que asume la Unión y las que asumen los Estados miembros en el marco de un acuerdo mixto corresponde al TJUE⁵⁹².
- b) A la hora de determinar si una disposición de un acuerdo mixto es susceptible de eficacia directa, el TJUE será competente si ésta recae sobre el ámbito del Derecho de la Unión: ello ocurre cuando la disposición recae en un ámbito en que la Unión ha legislado; pero aun en el caso de no haber legislado, el TJUE puede ser competente si la disposición se refiere a un ámbito regulado en acuerdos concluidos por la Unión y por sus Estados miembros y se trata de una cuestión *ampliamente cubierta* por este derecho⁵⁹³. En caso de que el TJUE concluya que la disposición es susceptible de efecto directo su primacía irá acompañada de la obligación de inaplicar el derecho nacional contrario a ella. En caso contrario, el deber del Estado miembro será de interpretación conforme a la letra y finalidad de la disposición concreta del acuerdo mixto carente de eficacia directa⁵⁹⁴.
- c) Igualmente el TJUE ha consolidado un alcance extensivo de su jurisdicción siguiendo el principio *in dubio pro communitate*: en aquellos casos en que una disposición sea susceptible de aplicarse tanto a situaciones regidas por el derecho interno como a situaciones de derecho comunitario “[...] existe un interés comunitario manifiesto en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, dicha disposición reciba una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tenga que aplicarse”⁵⁹⁵.
- d) En los restantes supuestos, corresponderá a los tribunales de los Estados miembros la competencia para determinar si una disposición de un acuerdo mixto es directamente invocable por los particulares o si debe ser

⁵⁹² Sentencias de 8 de marzo de 2011, *Zoskupenie*, cit. supra, apartado 31; de 14 de diciembre de 2000, *Dior y otros*, asuntos C-300/98 y 392/98, Rec. 2000, p. I-11307, apartado 33; y de 11 de septiembre de 2007, *Merck Genéricos – Productos Farmacêuticos*, cit. supra, apartado 33.

⁵⁹³ Sentencia de 8 de marzo de 2011, *Zoskupenie*, cit. supra, apartados 33 y 36.

⁵⁹⁴ Véase la Sentencia de 14 de diciembre de 2000, *Dior y otros*, cit. supra.

⁵⁹⁵ *Ibid.*, apartado 42; asimismo, Sentencias de 17 de julio de 1997, *Giloy*, asunto C-130/95, Rec. 1997, p. I-4291, apartado 28; y de 16 de junio de 1998, *Hermès*, asunto C-53/96, Rec. 1998, p. I-3603, apartado 32. Téngase en cuenta que la aplicación uniforme de las normas comunitarias está mediatizada por la diversidad de los sistemas jurídicos de los Estados miembros, por su autonomía institucional y procesal, así como por los principios fundamentales de sus ordenamientos que el Derecho de la Unión observa, véase J. ROLDÁN BARBERO, “Derecho comunitario y principios fundamentales del derecho interno (comentario a las Sentencias del TJUE van Schijndel y Peterbroeck de 14 de diciembre de 1995)”, *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 23, nº 3, 1996, pp. 812-813.

imperativamente aplicable por los jueces de oficio. De este modo, se ha dicho que el TJUE admite una cierta ruptura de la interpretación uniforme de los acuerdos mixtos: la jurisprudencia relativa a la eficacia directa de las disposiciones del derecho de la OMC (en concreto el Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio -en lo sucesivo APDIC-) demuestra que aunque el TJUE venga sistemáticamente denegando la eficacia directa a las disposiciones de un acuerdo cuando entran dentro del ámbito del Derecho de la Unión, nada obsta que los tribunales nacionales dentro del ámbito del derecho estatal reconozcan a otras disposiciones del mismo acuerdo la eficacia directa⁵⁹⁶.

Volviendo al terreno propio de los derechos fundamentales, ¿en qué medida podría beneficiar al cumplimiento de las sentencias del TEDH y su efectividad la primacía del CEDH sobre el derecho interno de los Estados miembros, en tanto que Derecho de la Unión, una vez completada la adhesión? En la medida en que el TJUE declare su propia competencia para establecer la interpretación uniforme de disposiciones concretas del CEDH, a la luz de la jurisprudencia analizada que implica un cierto grado de *pre-emption*, el Tribunal de Luxemburgo puede contribuir a reforzar los mecanismos de garantía de este instrumento, dado el carácter amplificador y la irradiación adicional de los efectos de las disposiciones del CEDH que pueden lograrse dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión mediante la utilización de la cuestión prejudicial.

La jurisdicción del TJUE sobre disposiciones del CEDH serviría de *recordatorio* a los Estados miembros de la Unión Europea de la jurisprudencia relevante del TEDH, que sería empleada por el TJUE para determinar el sentido y alcance de las disposiciones del CEDH, y a su vez esta jurisprudencia del TEDH en aquellos supuestos de nexo más claro con el Derecho de la Unión recibiría un significado unívoco para todos los Estados miembros⁵⁹⁷. De adoptar esta actitud, el TJUE se convertiría en un

⁵⁹⁶ Sentencia de 8 de marzo de 2011, *Zoskupenie*, *cit. supra*, apartado 32. Sobre el alcance de la jurisdicción del TJUE respecto de las disposiciones de los acuerdos mixtos puede verse en más detalle, C. KADDOUS, “Effects of International Agreements in the EU Legal Order”, en M. CREMONA, B. DE WITTE (eds.), *EU Foreign Relations Law: Constitutional Fundamentals*, Hart Publishing, 2008, p. 295; P. KOUTRAKOS, “Interpretation of Mixed Agreements”, en C. HILLION, P. KOUTRAKOS, *Mixed Agreements Revisited -The EU and its Member States in the World*, Hart Publishing, 2010, pp. 116-137.

⁵⁹⁷ El TJUE (en su caso la Comisión Europea mediante el recurso por incumplimiento) podría de este modo contribuir a mejorar la efectividad de los sistemas nacionales de los Estados miembros para la protección de los derechos fundamentales, al reforzar el conocimiento y observancia de los denominados *juicios piloto* del TEDH: esta idea alude a la conveniencia y a la posibilidad de potenciar la efectividad mediante la divulgación de aquellas decisiones en que el TEDH opera más como un órgano cuasi-constitucional que como una última instancia en materia de derechos fundamentales, decisiones de

nuevo peldaño orientado a facilitar el diálogo en materia de derechos fundamentales entre el TEDH y los tribunales de los Estados miembros, debiendo configurarse no como obstáculo procesal más, sino como un importante engarce para ampliar la *caja de resonancia* y el eco de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo contribuyendo a mejorar su efectividad⁵⁹⁸. En la medida en que la Comisión Europea asumiese el rol de guardiana del cumplimiento por parte de los Estados miembros de las obligaciones dimanantes del CEDH en ámbitos *ampliamente* cubiertos por el Derecho de la Unión se verían reforzadas las garantías asociadas a este instrumento. Debe tenerse en cuenta que el sistema de recurso individual del CEDH se encuentra amenazado por el ingente y creciente volumen de recursos pendientes ante el TEDH, así como por la escasez de medios puestos a su disposición⁵⁹⁹. En este sentido, la labor de instituciones que defienden un interés *comunitario* como es el caso del TJUE y de la Comisión Europea (ésta mediante el recurso por incumplimiento), podría servir de acicate para aumentar el crédito y el respeto hacia Sentencias del TEDH en otros Estados miembros que se encontraran ante situaciones semejantes a aquellas que han llevado a otro Estado del Consejo de Europa a ser condenado ante el Tribunal de Estrasburgo. Se podría dotar de una mayor *vis expansiva* a la jurisprudencia del TEDH con la adhesión, para salvar las deficiencias de los actuales mecanismos de control del CEDH: los Estados del Consejo de Europa tienen actualmente la tentación de esperar a ser ellos los demandados y condenados a una satisfacción equitativa o a una *restitutio in integrum*, para proceder a

repercusión para múltiples Estados parte en el CEDH por abordar situaciones sistémicas o estructurales de violación de derechos fundamentales. En particular, la ocasión es sustancialmente propicia en relación con los nuevos Estados miembros de la Europa Central y Oriental, que previamente habían ingresado en el sistema del CEDH. Si el Derecho de la Unión pone sus instrumentos para favorecer la cooperación con el Consejo de Europa y en concreto con el TEDH, en este sentido, podrá preservarse este importante baluarte como último guardián de los derechos fundamentales en el viejo continente, véase W. SADURSKI, “Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments”, *Human Rights Law Review*, Vol. 9, n° 3, 2009, pp. 397-453.

⁵⁹⁸ S. DOUGLAS-SCOTT, “The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon”, *Human Rights Law Review*, Vol. 11, n° 4, 2011, p. 657.

⁵⁹⁹ El volumen de asuntos pendientes ante el TEDH ha sido estimado entorno a 160.000, su presupuesto (59,96 millones de euros anuales) resulta irrisorio si se compara con el de la Corte Penal Internacional (209 millones de euros anuales). Dicha comparación resulta especialmente odiosa si se tiene en cuenta el número de asuntos que el TEDH decide anualmente así como su importancia cualitativa para el mantenimiento del Estado de Derecho y la democracia en los 47 Estados miembros del Consejo de Europa. Aunque la Unión Europea afronta asimismo una larga lucha por mejorar su nivel de recursos propios, cabe pensar que la adhesión es financieramente sostenible para ambas organizaciones internacionales, toda demora en su culminación es atribuible a la dificultosa tarea de concertar la voluntad política de los Estados miembros con la posición propia de la Comisión Europea, y los restantes miembros del Consejo de Europa. Véase *Bulletin Quotidien Agence Europe* de 26 de enero de 2012, punto 30.

reparar una situación o emprender una modificación legislativa necesaria para evitar una violación del Convenio que el TEDH ha constatado en relación con otro Estado.

Frente al modelo puramente intergubernamental de control y supervisión de la ejecución de las Sentencias del TEDH en manos del Comité de Ministros del Consejo de Europa (artículo 46 CEDH)⁶⁰⁰, podrían dos instituciones como el TJUE y la Comisión Europea, teóricamente libres del componente intergubernamental, contribuir dentro del respeto al principio de competencias por atribución, a revitalizar y desentumecer el amenazado sistema de recurso individual ante el TEDH, reforzando la efectividad del CEDH, que al ser parte integrante del Derecho de la Unión vería mejorar su estatuto en el derecho nacional de algunos Estados miembros.

En términos generales puede afirmarse que la *tolerancia constitucional* de los Estados miembros es mayor hacia el Derecho de la Unión que hacia el CEDH⁶⁰¹. Esto es particularmente cierto en el sistema judicial de Alemania o Reino Unido, donde los derechos fundamentales contenidos en el CEDH gozarían de mayor grado de coerción por la vía del Derecho de la Unión que por la vía de las Sentencias del Tribunal de Estrasburgo⁶⁰². El Tribunal Constitucional Federal de Karlsruhe ha señalado que en caso de conflicto irresoluble entre el CEDH y el derecho interno, el primero prevalece, pero existen áreas que el Tribunal excluye de esa primacía, es decir, *contralímites*: derecho de familia, derecho de la inmigración, así como los derechos destinados a la protección de la personalidad⁶⁰³. Aunque debe tenerse en cuenta que en Estados como Alemania o Italia la jurisdicción constitucional ha configurado un cierto deber de interpretación conforme del derecho nacional hacia el CEDH, así como, en Italia ha

⁶⁰⁰ C. MORTE GÓMEZ, “Eficacia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en J. SOROETA LICERAS (ed.), *La eficacia del Derecho internacional de los Derechos Humanos. Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián Vol. XI*, Universidad del País Vasco, 2011, pp. 225-242.

⁶⁰¹ Alemania, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Hungría, Italia, Lituania, Reino Unido y Suecia otorgan al CEDH mismo estatuto que a la norma interna en virtud de la cual éste se incorpora al derecho nacional, véase, F. HOFFMEISTER, “Germany: Status of European Convention on Human Rights in domestic law”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 4, n° 4, 2006, pp. 722-731. Aún sin ser parte contratante en el CEDH, se ha puesto énfasis en el rol crucial que ha desempeñado la jurisprudencia del TJUE en mediatizar el estatus y efecto de diversos acuerdos internacionales (entre ellos el propio CEDH, pero también el GATT 1947 o el CITES) en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, véase, N. LAVRANOS, *Decisions of International Organizations in the European and Domestic Legal Orders of Selected EU Member States*, Europa Law Publishing, Groningen, 2004, pp. 23-44.

⁶⁰² C. TIMMERMANS, “The Relationship between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights”, en A. ARNULL, C. BARNARD, M. DOUGAN, E. SPAVENTA (eds.), *A Constitutional Order of States? Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood*, Hart Publishing, Oxford –Portland, Oregon, 2011, p. 155.

⁶⁰³ Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, de 14 de octubre de 2004, *Görgülü*, 2 BvR 1481/04. Sobre este asunto puede verse, N. KRISCH, “The Open Architecture of European Human Rights Law”, *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, n° 11/2007, disponible en: <http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPS11-2007Krisch.pdf>

llegado a afirmar el valor supralegal del CEDH y la posibilidad de que éste pueda ser empleado como parámetro indirecto, mediato (doctrina de la *norma interposta*), en algunos casos, en los juicios de constitucionalidad⁶⁰⁴. También es cierto que en algunos Estados miembros como es el caso de Francia y de Países Bajos, existe una convergencia antes de la adhesión entre el Derecho de la Unión y el CEDH debido a que sus normas constitucionales no efectúan distinción entre el Derecho Internacional Público y el Derecho de la Unión Europea. En otros Estados miembros, como en Portugal, existe la posibilidad constitucional de que los jueces nacionales ordinarios dejen inaplicadas normas infraconstitucionales en conflicto con tratados internacionales de derechos humanos, como el CEDH, pero se ha llegado a describir esta posibilidad como un *gigante durmiente*⁶⁰⁵. En Bélgica los efectos del Derecho de la Unión y del CEDH parecen haberse asimilado en el ordenamiento interno recibiendo ambos derechos la calificación de derecho supranacional. No obstante, ninguno de los Estados miembros, con la excepción de Austria y de Países Bajos, otorga un verdadero rango jerárquico de nivel constitucional en su ordenamiento interno al CEDH⁶⁰⁶.

Como se tratará de razonar a lo largo de este trabajo, este rango jerárquico *constitucional* sí se le otorga al CEDH en el ordenamiento jurídico de la Unión (aun antes de que se produzca la adhesión de la Unión al mismo) por la vía mediata del artículo 52.3 CDFUE y del artículo 6.1 TUE, ya que la CDFUE es equiparada en valor jurídico al Derecho primario y a su vez, los derechos recogidos en ésta que se correspondan con disposiciones del CEDH deben recibir idéntico sentido y alcance en el

⁶⁰⁴ Véase G. CATTARINO, “La protection des droits fondamentaux. La Constitution et la Convention européenne des droits de l’homme dans la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle italienne”, en M. BAUDREZ, T. DI MANNO (coords.) *LIBER AMICORUM Jean-Claude Escarras. La communicabilité entre les systèmes juridiques*, Bruylant, Bruselas, 2005, pp. 753-766.

⁶⁰⁵ Véase J. MIRANDA, “Les droits fondamentaux au Portugal”, en M. BAUDREZ, T. DI MANNO (coords.) *LIBER AMICORUM Jean-Claude Escarras. La communicabilité entre les systèmes juridiques*, Bruylant, Bruselas, 2005, pp. 823-834.

⁶⁰⁶ En Austria las relaciones entre Constitución y CEDH se rigen por la regla *lex posterior derogat legi priori*, ya que con carácter adicional a su condición de tratado internacional el CEDH ha sido convertido en una ley interna con rango constitucional, y resulta directamente aplicable e invocable ante todos los órganos jurisdiccionales ordinarios y ante el propio Tribunal Constitucional. No obstante, esta posición amistosa hacia el CEDH encuentra sus límites ante una eventual violación de la Constitución austríaca, en tal tesitura, el Tribunal Constitucional austríaco contempla la posibilidad de desviarse de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. Bien es cierto que en los países bálticos, aun antes de su adhesión al CEDH y a la propia Unión Europea, el CEDH, incluida la jurisprudencia del TEDH, también ha sido una crucial fuente de inspiración para la construcción constitucional nacional, véase G. MARTINICO, “Is the European Convention Going to Be ‘Supreme’? A Comparative-Constitutional Overview of ECHR and EU Law before National Courts”, *European Journal of International Law*, Vol. 23, nº 2, 2012, pp. 401-424. Sobre el caso austríaco puede verse C. ELÍAS MÉNDEZ, “El modelo constitucional austríaco desde la perspectiva de su interacción con el Derecho de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional Europeo*, nº 14, 2010, pp. 137-173.

ordenamiento de la Unión, incluyendo, para ello la oportuna referencia a la jurisprudencia del TEDH.

Bien es cierto que la adhesión de la Unión al CEDH con la posibilidad de que el TJUE ejerza su jurisdicción interpretativa sobre las disposiciones de este acuerdo internacional para establecer un sentido unívoco de las mismas también entraña el riesgo de mermar el margen de discreción con el que cuentan los Estados miembros actualmente, a la luz de la jurisprudencia del TEDH, a la hora de aplicar el CEDH en sus ordenamientos.

Una vía menos explorada pero no por ello menos cierta es la que señala que el TEDH también contribuye aun sin haberse producido la adhesión a mejorar la eficacia del Derecho de la Unión en los ordenamientos de sus Estados miembros: ejemplos de esta línea se encuentran en asuntos como *Hornsby* donde el TEDH de forma indirecta ha considerado la no ejecución de una Sentencia del TJUE como contraria al artículo 6 CEDH; o aquellos casos donde el Tribunal de Estrasburgo ha considerado el rechazo arbitrario del juez nacional a plantear la cuestión prejudicial como incompatible con la exigencia de equidad del proceso garantizada por idéntico precepto; por último, otro ejemplo que puede resultar polémico, ha contribuido indirectamente a mejorar y amplificar la eficacia del estatuto de ciudadanía de la Unión se halla en la Sentencia del TEDH relativa al asunto *Mendizábal*, donde el TEDH consideró que Francia había infringido el derecho a la vida privada y familiar, debido a un retraso de más de catorce años en conceder un título de residencia permanente a la demandante de nacionalidad española⁶⁰⁷.

⁶⁰⁷ *Ibid.* Véase la Sentencia del TEDH de 19 de marzo de 1997, *Hornsby c. Grecia*, Recurso nº 18357/91 en relación con la no ejecución de una Sentencia del TJUE (véase la Sentencia de 15 de marzo de 1988, *Comisión c. Grecia*, asunto C-147/86, Rec. 1988, p. 1637). Por su parte, las Decisiones del TEDH de 13 de febrero de 2007, *John c. Alemania*, Recurso nº 15073/03; y de 8 de diciembre de 2009, *Herma c. Alemania*, Recurso nº 54193/07, apartado 2, en relación con el rechazo arbitrario a la elevación de la cuestión prejudicial: “*The Court reiterates that the Convention does not guarantee, as such, any right to have a case referred to the ECJ for a preliminary ruling under Article 234 (former Article 177) of the EC Treaty (which has become Article 267 of the Treaty on the Functioning of the EU since 1 December 2009). Nevertheless, refusal of a request for such a referral may infringe the fairness of proceedings if it appears to be arbitrary [...]*”. Debe destacarse también la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 23 de junio de 2008, *Maslov c. Austria*, Recurso nº 1638/03, apartados 44, 82 y 93. En la resolución del asunto *Maslov* el TEDH dictaminó que la expulsión de un menor de edad búlgaro con antecedentes penales constituía una infracción del artículo 8 CEDH, para ello el TEDH se refirió a la protección que en los supuestos de expulsión dispensa a menores de edad el artículo 28 de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, *cit. supra*; asimismo el TEDH se apoyó en dicho asunto en sendas sentencias del TJUE (la Sentencia de 29 de abril de 2004, *Orfanopoulos, cit. supra*; así como la Sentencia de 31 de enero de 2006, *Comisión c. España*, asunto C-503/03, Rec. 2006, p. I-1097). Véase, por último, la Sentencia del TEDH de 17 de enero de 2006, *Mendizábal c. Francia*, Recurso nº 51431/99, apartado 79.

Como se ha anticipado, aun antes de producirse la adhesión, existe una cierta ósmosis en materia de derechos fundamentales entre TEDH y TJUE sin excluirse totalmente la posibilidad de un eventual conflicto: resulta ilustrativa de que el TJUE ya ha operado como caja amplificadora de la jurisprudencia del TEDH su decisión en el asunto *K.B.*; en este asunto el Tribunal de Luxemburgo recordó que el TEDH había considerado contraria al artículo 12 CEDH -relativo al derecho a contraer matrimonio- la imposibilidad de que una persona que se había sometido a una operación de cambio de sexo pudiera contraer matrimonio con una persona del sexo al que pertenecía antes de la operación. Ello como consecuencia de que el Derecho de Reino Unido no permitía el reconocimiento de la nueva identidad sexual adquirida tras la operación. Paradigmático de esa permeabilidad recíproca es el hecho de que el TEDH se hubiese inspirado en la redacción más neutral en cuanto al género de los contrayentes del artículo 9 CDFUE relativo al derecho al matrimonio, en un momento en que la Carta carecía de valor jurídico vinculante y ni siquiera había sido empleada por el propio TJUE⁶⁰⁸.

Con posterioridad a la adquisición de pleno valor jurídico vinculante por la CDFUE, el TEDH ha tenido ocasión de constatar, inspirándose de nuevo en el artículo 9 CDFUE, que la aplicación del artículo 12 CEDH no se limita a los supuestos de matrimonio entre personas de sexo opuesto, pero que tampoco se desprende de dicho artículo la obligación de permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo⁶⁰⁹.

Una garantía adicional y subsidiaria (con carácter preferente se debe buscar la eficacia directa de las disposiciones del propio tratado) a disposición de los particulares respecto de aquellas disposiciones de tratados internacionales concluidos por la Unión Europea (CEDH en su caso, y CDPD) es el resarcimiento mediante la denominada responsabilidad por infracción del Derecho comunitario que deriva de la jurisprudencia

⁶⁰⁸ Sentencia de 7 de enero de 2004, *K. B. c. National Health Service Pensions Agency*, asunto C-117/01, Rec. 2004, p. I-0541, apartado 33. En esta Sentencia el TJUE reafirma la decisión del TEDH en la Sentencia de 11 de julio de 2002, *Goodwin c. Reino Unido*, cit. *supra*, apartado 58. En un caso relativo a la segregación en la educación escolar de niños pertenecientes a la minoría romaní encontramos otro notable ejemplo de la imbricación entre ambos tribunales: el TEDH se refiere ampliamente al derecho derivado de la Unión, así como a la jurisprudencia del TJUE, para indagar en el concepto de discriminación indirecta consolidado en la práctica del Derecho de la Unión, véase la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 13 de noviembre de 2007, *D.H. y otros c. República Checa*, cit. *supra*, apartados 81-91 y 184. Ahora bien, no debe perderse de vista que el nivel de protección ofrecido por el TEDH no siempre ha superado al establecido por el TJUE, en particular, el TJUE había sido pionero en el ámbito de la prohibición de discriminación en el empleo a las personas transexuales en su Sentencia de 30 de abril de 1996, *P. c. S. y Cornwall County Council*, asunto C-13/94, Rec. 1996, p. I-2143.

⁶⁰⁹ Sentencia del TEDH de 24 de junio de 2010, *Schalk y Kopf c. Austria*, Recurso nº 30141/04, apartados 60-63.

del TJUE establecida a raíz del asunto *Francovich*⁶¹⁰. En virtud de esta construcción jurisprudencial el particular podría buscar resarcimiento ante los órganos jurisdiccionales nacionales de los daños causados por una infracción del Derecho de la Unión imputable a cualquiera de los poderes públicos de un Estado miembro (legislativo, ejecutivo e incluso órganos jurisdiccionales en última instancia)⁶¹¹. Grosso modo los requisitos para que una causa de este tipo prospere son: la infracción suficientemente grave de una norma orientada a conferir derechos invocables a los particulares -disposición contenida en un tratado internacional en que la Unión sea parte-, así como un nexo causal directo entre la infracción de la obligación dimanante del Derecho de la Unión por parte del Estado miembro y la causación del daño alegado por el particular⁶¹².

El TEDH en el asunto *Dangeville* ha contribuido a otorgar una garantía adicional para sostener la responsabilidad del Estado por infracción del Derecho de la Unión Europea: en este caso la sociedad demandante no había obtenido éxito ante los órganos jurisdiccionales franceses a la hora de ser resarcida por las cantidades de IVA soportadas que había pagado en violación de una Directiva que no había sido transpuesta adecuadamente al ordenamiento jurídico de Francia. Pese a que los órganos

⁶¹⁰ Sentencia de 19 de noviembre de 1991, *Andrea Francovich c. República Italiana y Danila Bonifaci y otros c. República Italiana*, asuntos acumulados C-6/90 y 9/90, Rec. 1991, p. I-5357, apartado 37. En esta sentencia se estableció como principio de Derecho de la Unión la obligación para los Estados miembros de proceder a la reparación de los daños causados a los particulares por cualquier infracción de Derecho Comunitario de la que aquellos sean responsables. No hay motivo que permita, por tanto, discriminar excluyendo de esta fórmula a los tratados internacionales (válidamente concluidos), que como se ha dicho son desde su entrada en vigor parte integrante del Derecho de la Unión. Véase D. RUIZ-JARABO COLOMER, “Once Upon a Time –*Francovich*: From Fairy Tale to Cruel Reality?” en M. POIARES MADURO, L. AZOULAI (eds.), *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart Publishing, Oxford –Portland, Oregon, 2010, pp. 405-412.

⁶¹¹ Los derechos fundamentales que tutela el ordenamiento jurídico comunitario en tanto que principios generales vinculan a los Estados miembros cuando aplican el Derecho de la Unión: estos deben hacerlo en aplicación del principio de confianza legítima, en la medida de lo posible, observando y respetando dichas exigencias, véase la Sentencia de 24 de marzo de 1994, *Bostock*, asunto C-2/92, Rec. 1994, p. I-955, apartado 16.

⁶¹² Hasta la fecha el TJUE se ha pronunciado acerca del alcance de este principio en relación con la ausencia o incorrecta trasposición de directivas, infracciones imputables a la administración o al poder legislativo de un Estado miembro, o a un órgano judicial de última instancia. Como se ha dicho nada obsta a que pueda buscarse el resarcimiento frente a un daño ocasionado a un particular por el inadecuado cumplimiento de obligaciones establecidas por tratados internacionales en que la Unión Europea sea parte. Para ello es necesario que las disposiciones incumplidas sean susceptibles de conceder al individuo derechos exigibles y por tanto susceptibles de eficacia directa. En el caso de las disposiciones del CEDH, o de la CDPD, se analizará más adelante su potencial justiciabilidad. Véanse *inter alia* las Sentencias de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du Pêcheur c. Alemania* y *The Queen c. Factortame Ltd. y otros*, asuntos acumulados C-46/93 y 48/93, Rec. 1996, p. I-1029; de 30 de septiembre de 2003, *Köbler*, asunto C-224/01, Rec. 2003, p. I-10239. Sobre este tipo de responsabilidad pueden verse en mayor detalle, T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, 2nd Edition, Oxford University Press, 2006, pp. 498-547; T. C. HARTLEY, *The Foundations of the European Union*, 7th Edition, Oxford University Press, 2010, pp. 248-258.

jurisdiccionales franceses constataron el hecho de que la cantidad había sido pagada en infracción del Derecho de la Unión, no prosperó ante ellos la acción de responsabilidad. Finalmente, el TEDH condenó a Francia por infracción del artículo 1 del Protocolo nº 1 al CEDH, ordenando como reparación la satisfacción equitativa consistente en la devolución de las cantidades recaudadas en contravención del Derecho de la Unión. Por tanto, cabe entender que el TEDH aplicaría idéntico razonamiento en caso de que un Estado miembro infringiera una disposición de un acuerdo internacional que ha sido concluido por la Unión (verbigracia la CDPD), ocasionando con ello la infracción de alguno de los derechos tutelados bien en el CEDH bien en sus Protocolos⁶¹³.

Un último coletazo que puede derivarse de la prevalencia del Derecho internacional convencional de la Unión Europea sobre el Derecho interno, se puede extraer de la decisión del TJUE en el asunto *Promusicae*: en el ejercicio de adaptación normativa del Derecho interno a una directiva, los Estados miembros -dentro de su margen de apreciación- deben adoptar una legislación nacional conforme no sólo a dichas directivas, sino también a una interpretación y lectura de las mismas con arreglo a los derechos fundamentales que forman parte integrante del ordenamiento jurídico de la Unión Europea⁶¹⁴. Por tanto, en el ejercicio de trasponer al derecho nacional las directivas, los Estados miembros deben realizar un doble ejercicio hermenéutico previo de concreción de las estipulaciones de la directiva a la luz no sólo de las particularidades de su derecho nacional (en fase descendente), sino también de adecuación de las disposiciones de la directiva a la letra y finalidad de los derechos fundamentales contenidos en los tratados internacionales en que la Unión sea parte (en el plano abstracto y ascendente)⁶¹⁵. Dicho ejercicio de interpretación buscando el justo equilibrio entre los diversos derechos fundamentales contenidos en el ordenamiento

⁶¹³ “*In the Court's view, the applicant company cannot be required to suffer the consequences of the difficulties that were encountered in assimilating Community law or of the divergences between the various national authorities*”, Sentencia de 16 de abril de 2002, *Dangeville c. Francia*, Recurso nº 36677/97, apartado 57.

⁶¹⁴ Al convertirse la Unión en parte contratante de tratados internacionales que contienen disposiciones relativas a la protección de los derechos humanos, también se extiende a ellas ese ejercicio de implementación en dos fases, que en lo sucesivo no quedará limitado a la fórmula de los principios generales del Derecho de la Unión.

⁶¹⁵ El TJUE ha establecido en jurisprudencia reiterada, que los tratados internacionales concluidos por la Unión deben ser interpretados de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos en su respectivo contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin, siguiendo la regla recogida en el artículo 31 de los Convenios de Viena sobre derecho de los tratados de 1969 y 1986, que, en opinión del tribunal, constituye una regla de Derecho internacional general consuetudinario, véanse *inter alia*, las Sentencias de 6 de mayo de 2010, *Walz*, asunto C-63/09, Rec. 2010, p. I-4239; de 10 de enero de 2006, *IATA*, asunto C-344/04, Rec. 2006, p. I-403, apartado 40; y de 20 de noviembre de 2001, *Jany y otros*, C-268/99, Rec. p. I-8615, apartado 35.

jurídico comunitario se exige de igual modo a todos los poderes públicos internos encargados de aplicar la normativa interna de adaptación a las directivas adoptadas por las instituciones de la Unión⁶¹⁶. El carácter transversal y naturalmente expansivo de las normas de derechos fundamentales contenidas en aquellos tratados de derechos humanos que la Unión concluya, alcanzará de lleno por tanto al derecho nacional de trasposición de las directivas, y naturalmente, se exigirá a los Estados miembros su observancia en cualquier acto nacional que entre dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, todo ello sin alterar el reparto competencial vertical ni otorgar nuevas competencias a la Unión.

2.2. Primacía del Derecho internacional convencional de la Unión Europea y del Derecho internacional consuetudinario sobre el derecho derivado.

2.2.a) Primacía del Derecho internacional convencional de la Unión Europea sobre su derecho derivado.

Al abordar esta cuestión debe tenerse presente una idea fundamental: a diferencia de lo visto en relación con la primacía del derecho convencional de la Unión Europea sobre el derecho interno, en este caso, el juez nacional por su propia autoridad no puede dejar inaplicada una norma de derecho derivado por su presunta incompatibilidad con la disposición de un tratado internacional del que la Unión es parte. Admitir dicha facultad discrecional del juez nacional para inaplicar actos emanados de las instituciones de la Unión, comportaría la ruptura del monopolio que corresponde al TJUE en la apreciación de la validez de todo el derecho derivado de la Unión y con él de la aplicación uniforme de todo el ordenamiento de la Unión⁶¹⁷. Cuestión distinta es que el conflicto entre el derecho derivado y el derecho convencional pueda ser resuelto por el juez nacional por vía hermenéutica buscando la conciliación entre las disposiciones de ambas normas,

⁶¹⁶ Sentencia de 29 de enero de 2008, *Promusicae c. Telefónica*, asunto C-275/06, Rec. 2008, p. I-271. Además, en esta sentencia asume el TJUE la difícil tarea de conciliar el derecho a la protección de datos personales (como integrante del derecho a la intimidad), con los derechos de propiedad intelectual y las exigencias de la tutela judicial efectiva. Un comentario a la misma en, M. SOTO GARCÍA, “Sentencia de 29.01.2008, *Promusicae*, C-275/06 - Sociedad de la información, protección de datos personales, deber de divulgación de proveedores de servicios, protección de los derechos de autor”, *RDCE*, Vol. 12, nº 31, 2008, pp. 867-883. Finalmente, véase la Sentencia de 6 de noviembre 2003, *Lindqvist*, asunto C-101/01, Rec. p. I-12971, apartado 87. Estas sentencias deben ponerse en conexión con la noción *en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión*, cuya precisión se desprende de las Sentencias de 13 de julio de 1989, *Wachauf*, *cit. supra*; así como de 18 de junio de 1991, *ERT c. DEP*, *cit. supra*, apartado 42.

⁶¹⁷ J. DÍEZ-HOCHLEITNER, *La posición del Derecho Internacional en el Ordenamiento comunitario*, *op. cit.*, p. 133.

mediante una manifestación menos radical de la primacía de la norma convencional ya apuntada: su eficacia indirecta o el deber de interpretación conforme.

Comoquiera que el juez nacional no puede dejar de aplicar una norma de derecho derivado por su presunta incompatibilidad⁶¹⁸ con la disposición de un tratado del que la Unión es parte, en caso de presentarse dudas sobre la validez a la luz de la norma convencional de la norma o acto adoptados por las instituciones de la Unión, el juez nacional debe elevar una cuestión prejudicial al TJUE. A priori, con las salvedades que se matizarán en relación con las normas internacionales destinadas a la protección de los derechos humanos, se mantiene cierto lo afirmado por el Abogado General LENZ sobre la jerarquía en el ordenamiento de la Unión de las normas contenidas en los acuerdos sometidos al Derecho Internacional Público: éstas se sitúan en un nivel inferior al Derecho originario y en un nivel jerárquico superior al derecho derivado⁶¹⁹. Además, salvo escasas excepciones, se mantiene en la jurisprudencia del TJUE como cierta la presunción implícita de compatibilidad de la actuación del legislador comunitario con las disposiciones de los acuerdos internacionales concluidos por la Unión, tal y como sostiene KLABBERS:

*“The ECJ seems to work on the (unspoken) assumption that the EU legislator cannot be presumed to act in violation of international law [...]”*⁶²⁰.

Por lo tanto, en caso de plantearse ante un órgano jurisdiccional nacional la impugnación de la validez de una norma de derecho derivado por su presunta inadecuación a la norma convencional, el único competente para llevar a cabo el control de validez del derecho derivado será el TJUE. En el marco de la cuestión prejudicial éste viene supeditando la primacía de la disposición convencional sobre el derecho derivado a la eficacia directa de aquélla, y por tanto la utilización de la disposición de la norma convencional como parámetro para apreciar la legalidad del derecho derivado está subordinada a su eficacia directa.

En palabras del propio TJUE para que la disposición convencional pueda suponer la invalidez de la norma de derecho derivado alegada ante el juez nacional, resulta necesario que *“[...] dicha disposición pueda otorgar a favor de los justiciables de la*

⁶¹⁸ Lógicamente con la salvedad de que el TJUE haya puesto de manifiesto dicha incompatibilidad.

⁶¹⁹ Conclusiones presentadas el 5 de diciembre de 1990, *Nakajima c. Consejo*, asunto C-69/89, Rec. 1991, p. I-2069, apartado 53. En ellas se sostiene que los acuerdos internacionales concluidos por la Unión son normas jurídicas adoptadas en aplicación del Derecho primario y de rango jerárquico superior al derecho derivado. También véase la Sentencia de 10 de enero de 2006, *IATA, cit. supra*, apartado 35.

⁶²⁰ J. KLABBERS, “The validity of EU norms conflicting with international obligations”, en E. CANNIZZARO, P. PALCHETTI, R. WESSEL (eds.), *International Law as Law of the European Union*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2012, p. 125.

Comunidad el derecho a alegarla ante los órganos jurisdiccionales”⁶²¹. En el reciente asunto *Intertanko*, el TJUE desaprovechó una oportunidad de deslindar, en el marco de la cuestión prejudicial, la necesidad de eficacia directa de la disposición convencional del control de validez de una directiva que se remite *in toto* al Derecho internacional para guiar su aplicación: en este caso se concluyó que la “[...] *Convención de Montego Bay no establece reglas destinadas a aplicarse directa e inmediatamente a los particulares ni a conferir a éstos derechos o libertades que puedan ser invocados frente a los Estados*”, y por tanto, “[...] *la naturaleza y el sistema de la Convención de Montego Bay se oponen a que el Tribunal de Justicia pueda apreciar la validez de un acto comunitario en relación con dicha Convención*”⁶²².

Aunque el TJUE no ha tenido ocasión de pronunciarse explícitamente en el marco de la cuestión prejudicial, cabe pensar que podría apreciar la validez de un acto comunitario que ha sido adoptado en aplicación y ejecución de un acuerdo internacional del que la Unión es parte aun cuando sus disposiciones no sean susceptibles de tener eficacia directa: como se verá, esto podría permitir que el CDPD sea empleado como parámetro de validez del derecho derivado que será adoptado con seguridad en aplicación y desarrollo de este acuerdo internacional, y cuya trasposición y aplicación al derecho de los Estados miembros planteará litigios ante los órganos jurisdiccionales nacionales que podrán recurrir al incidente prejudicial, cuando una de las partes ante el mismo cuestione la validez de un acto comunitario a la luz de la propia CDPD⁶²³.

De forma implícita, el TJUE en la resolución de una cuestión prejudicial ya se ha pronunciado sobre la validez de un Reglamento a la luz de un acuerdo internacional concluido por la Unión, apreciando su compatibilidad, sin necesidad de entrar a analizar la potencial eficacia directa de la disposición convencional: así ha ocurrido en la Sentencia del TJUE de 23 de octubre de 2012, relativa a los procedimientos entre *Emeka Nelson y otros* contra varias compañías aéreas, donde el Tribunal ha concluido

⁶²¹ Sentencia de 12 de diciembre de 1972, *International Fruit Company y Otros*, *cit. supra*, apartado 8. No obstante, el TJUE ha señalado que el hecho de que un acuerdo internacional “[...] *contenga disposiciones carentes de efecto directo, en el sentido de que no crean derechos que los particulares puedan invocar directamente ante los órganos jurisdiccionales, [...] no impide que el Juez controle el cumplimiento de las obligaciones que incumben a la Comunidad en su calidad de parte de dicho Acuerdo*”, Sentencia de 9 de octubre de 2001, *Reino de los Países Bajos c. Parlamento y Consejo*, asunto C-377/98, Rec. 2001, p. I-7079, apartado 54.

⁶²² Sentencia de 3 de junio de 2008, *Intertanko y otros*, *cit. supra*, apartados 64 y 65.

⁶²³ “*Cuando un órgano jurisdiccional cuyas resoluciones pueden ser objeto de un recurso judicial de Derecho interno estima que uno o varios de los motivos de invalidez de un acto comunitario alegados por las partes o, en su caso, planteados de oficio están fundados, debe suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial sobre dicha validez*”. Véase la Sentencia de 10 de enero de 2006, *IATA*, *cit. supra*.

que los artículos 5 a 7 del Reglamento 261/2004/CE establecen el derecho de los pasajeros a ser compensados cuando sus vuelos sufren un retraso igual o superior a tres horas, salvo que éste se deba a circunstancias extraordinarias que escapen al control efectivo del transportista aéreo. El Tribunal ha rechazado en este caso el argumento de las compañías demandadas de la incompatibilidad de este régimen con el Convenio de Montreal, para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, concluido por la Unión Europea. Bien es cierto que el Reglamento comunitario invoca este tratado internacional, no obstante, el Tribunal entiende que el régimen establecido por el derecho derivado es complementario del establecido en virtud de este tratado internacional y que los preceptos controvertidos no entran plenamente en el ámbito de aplicación del Convenio de Montreal. De este modo el Tribunal aprecia la conformidad del Reglamento cuestionado⁶²⁴.

En cambio, dicha desvinculación entre el requerimiento de eficacia directa y el control de validez de un acto de las instituciones, sí ha sido abiertamente admitida en relación con el GATT en el marco del recurso de anulación, de modo que a falta de eficacia directa de las disposiciones de un acuerdo internacional en que la Unión es parte, éstas pueden erigirse en parámetro de validez de un acto de las instituciones siempre que este último haya sido adoptado en cumplimiento de una obligación asumida en el marco de dicho acuerdo, o bien cuando tal acto se remita expresamente a disposiciones precisas de dicho acuerdo internacional⁶²⁵. No existe motivo jurídico alguno que impida que en el marco de la cuestión prejudicial el TJUE abandone la exigencia de eficacia directa a las disposiciones de un acuerdo internacional para su consideración como parámetro de validez de aquellos actos de Derecho comunitario que han sido adoptados en ejecución de un tratado internacional concluido por la Unión⁶²⁶.

⁶²⁴ Deben verse la Sentencia de 23 de octubre de 2012, *Emeka Nelson y otros*, asuntos acumulados C-581/10 y C-629/10, (pendiente de publicación), Rec. 2012; así como la Decisión del Consejo 2001/539/CE, de 5 de abril de 2001, sobre la celebración por la Comunidad Europea del Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, D.O.U.E. Serie L 194/38, de 18 de julio de 2001.

⁶²⁵ Véanse, las Sentencias de 5 de octubre de 1994, *Alemania c. Consejo*, asunto C-280/93, Rec. 1994, p. I-4973, apartado 111; de 22 de junio de 1989, *Fediol c. Comisión*, asunto C-70/87, Rec. 1989, p. 1781, apartado 22; y de 7 de mayo de 1991, *Nakajima c. Consejo*, asunto C-69/89, Rec. p. I-2069, apartado 31. Puede verse en mayor detalle, C. LÓPEZ-JURADO, *El control jurisdiccional de la actividad comunitaria en materia de dumping y de subvención*, op. cit., pp. 501 y ss.

⁶²⁶ Aun en el caso de que las disposiciones del acuerdo internacional concluido por la Unión, no puedan considerarse como parámetro de validez de los actos de derecho derivado adoptados para dar aplicación a aquél, subsiste un especial deber de interpretación conforme del derecho derivado a la luz del derecho convencional: “Es sabido que los textos de Derecho comunitario deben interpretarse, en la medida de lo posible, a la luz del Derecho internacional, en particular cuando dichos textos tienen por objeto

Por otra parte, mientras que la subordinación del control de validez a la eficacia directa de las disposiciones convencionales puede encontrar justificación en el marco de la cuestión prejudicial (se trata de una cuestión de aplicabilidad, de desplazamiento de la norma que el juez nacional no puede realizar), en cambio, tal supeditación no tiene razón de ser en el contexto de un recurso de anulación o de una excepción de ilegalidad donde se trata de apreciar la conformidad a derecho de la norma de derecho derivado⁶²⁷: así lo ha entendido el Tribunal General en su Sentencia de 14 de junio de 2012 al resolver un recurso de anulación interpuesto por dos ONG de defensa del medioambiente (*Stichting Natuur en Milieu* y *Pesticide Action Network*) contra Decisiones de la Comisión Europea que establecían la inadmisibilidad de su solicitud de revisión interna del Reglamento 149/2008/CE de la Comisión que fija los límites máximos de residuos de pesticidas admisibles en los alimentos⁶²⁸. La Comisión inadmitió dichas solicitudes amparándose en el Reglamento comunitario (1367/2006/CE) destinado a dar aplicación en el ordenamiento de la Unión a las disposiciones del Convenio de Aarhus ya que aquél limitaba los supuestos de revisión interna a los actos administrativos que constituyeran medidas de alcance individual⁶²⁹. El Tribunal General, siguiendo lo establecido en *Nakajima* por el TJUE⁶³⁰ y sin que los particulares hubieran invocado la eficacia directa de las disposiciones del Convenio de Aarhus, entró a examinar la validez de algunas disposiciones del Reglamento 1367/2006/CE a la luz del Convenio de Aarhus al que el primero pretendía dar

precisamente la aplicación de un Acuerdo internacional celebrado por la Comunidad”, Sentencia de 14 de julio de 1998, *Safety Hi-Tech Srl c. S. & T. Srl*, asunto C-284/95, Rec. 1998, p.I-4301, apartado 22.

⁶²⁷ J. DÍEZ-HOCHLEITNER, *La posición del Derecho Internacional en el Ordenamiento comunitario*, op. cit., p.143. REMIRO BROTONS, ha criticado la limitación de las normas convencionales como parámetros de validez del derecho derivado a los supuestos de eficacia directa de sus disposiciones y a los casos de actos de ejecución, al entender que de este modo el TJUE no refleja adecuadamente mediante el control judicial el lugar que él mismo ha asignado a las obligaciones internacionales en el orden comunitario, véase, A. REMIRO BROTONS, “Pelagattos y aristogattos de la Comunidad Europea ante el reino de la OMC”, *Gaceta Jurídica de la Comisión Europea*, D-26, 1996, p. 62. Con carácter general sobre las posibilidades de combinar recurso de cuestión prejudicial, recurso de anulación y excepción de ilegalidad, puede verse, C. MARTÍNEZ CAPDEVILA, “The Action for Annulment, the Preliminary Reference on Validity and the Plea of Illegality: Complementary or Alternative Means?”, *Yearbook of European Law*, Vol. 25, nº 1, 2006, pp. 451-473.

⁶²⁸ Sentencia del Tribunal General de 14 de junio de 2012, *Stichting Natuur en Milieu*, asunto T-338/08, cit. supra. Véase el Reglamento 149/2008/CE de la Comisión, de 29 de enero de 2008, por el que se modifica el Reglamento 396/2005/CE del Parlamento Europeo y del Consejo mediante el establecimiento de los anexos II, III y IV que estipulan límites máximos de residuos para los productos que figuran en el anexo I de dicho Reglamento, D.O.U.E. Serie L 58/1, de 1 de marzo de 2008.

⁶²⁹ Debe verse el artículo 10.1 del Reglamento 1367/2006/CE, de 6 de septiembre de 2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la aplicación, a las instituciones y a los organismos comunitarios, de las disposiciones del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, cit. supra.

⁶³⁰ Sentencia de 7 de mayo de 1991, *Nakajima c. Consejo*, cit. supra.

aplicación en el ordenamiento de la Unión. De este modo el Tribunal General acogió favorablemente la excepción de ilegalidad formulada por los recurrentes y determinó la invalidez del artículo 10 apartado 1 del Reglamento 1367/2006/CE por ser incompatible con el artículo 9 apartado 3 del Convenio de Aarhus, puesto que aquél limitaba los actos administrativos impugnables a las medidas de alcance individual⁶³¹. En consecuencia, el Tribunal General estimó la pretensión de los recurrentes de anular las Decisiones mediante las cuales previamente la Comisión Europea había inadmitido su solicitud de revisión interna de un Reglamento comunitario. Para ello, el Tribunal apreció vía excepción de ilegalidad la invalidez de una disposición de un Reglamento por ser incompatible con la disposición de un acuerdo internacional concluido por la Unión (Convenio de Aarhus) sin necesidad de pronunciarse sobre su posible eficacia directa⁶³². El Convenio de Aarhus es un ejemplo de tratado internacional concluido por la Unión y sus Estados miembros que desarrolla en el ordenamiento de la Unión el derecho a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente: como su propio Preámbulo indica la protección del medio ambiente es una cuestión esencial para el disfrute de todos los derechos fundamentales, incluyendo el derecho a la vida⁶³³. Dicho acuerdo internacional da contenido al artículo 37 CDFUE relativo a la protección del medio ambiente, y en el presente asunto el Tribunal General, sin mencionarlo explícitamente, da un paso

⁶³¹ Sentencia del Tribunal General de 14 de junio de 2012, *Stichting Natuur en Milieu*, asunto T-338/08, *cit. supra*, apartados 52-84.

⁶³² El artículo 9 apartado 3 del Convenio de Aarhus a tenor de su redacción no resulta *prima facie* un supuesto claro de disposición a la que el TJUE otorgaría eficacia directa: “Además, sin perjuicio de los procedimientos de recurso a que se refieren los apartados 1 y 2 precedentes, cada Parte velará por que los miembros del público que reúnan los eventuales criterios previstos por su derecho interno puedan entablar procedimientos administrativos o judiciales para impugnar las acciones u omisiones de particulares o de autoridades públicas que vulneren las disposiciones del derecho medioambiental nacional”.

⁶³³ Debe verse la Decisión 2005/370/CE del Consejo, de 17 de febrero de 2005, sobre la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, del Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, D.O.U.E. Serie L 124/1, de 17 de mayo de 2005. En esta Decisión, que es el acto interno de aprobación del acuerdo internacional, no aparece el texto íntegro del acuerdo, que no es objeto de publicación, y en cambio aparece una Declaración que pretende salvaguardar el derecho derivado ya adoptado: “En relación con el artículo 9 del Convenio de Aarhus, la Comunidad Europea invita a las Partes en el Convenio a tomar nota de lo dispuesto en el artículo 2, apartado 2, y en el artículo 6 de la Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, relativa al acceso del público a la información medioambiental. Estas disposiciones permiten a los Estados miembros de la Comunidad Europea, en casos excepcionales y en condiciones estrictamente definidas, no aplicar a determinadas entidades o instituciones las normas que regulan los procedimientos de recurso en relación con las decisiones sobre las solicitudes de información. Por consiguiente, la ratificación del Convenio de Aarhus por la Comunidad Europea englobará las posibles reservas de un Estado miembro de la Comunidad Europea, en la medida en que dichas reservas sean compatibles con lo dispuesto en el artículo 2, apartado 2, y en el artículo 6 de la Directiva 2003/4/CE”.

importante ya que convierte el Convenio de Aarhus mediante una interpretación teleológica de sus disposiciones en parámetro de validez del derecho derivado adoptado por las instituciones de la Unión para su aplicación⁶³⁴. El Tribunal amplía el alcance de dos derechos fundamentales vehiculares para la protección del medio ambiente: la tutela judicial efectiva y el derecho a una buena administración (artículos 47 y 41 CDFUE). Está por ver si el TJUE en casación mantendrá este mismo parecer desvinculando la necesidad de eficacia directa de las disposiciones del Convenio de Aarhus para que sean parámetro de validez del derecho derivado adoptado en su aplicación.

Un sector de la doctrina sugiere que mientras que la consideración de una norma u obligación internacional como parámetro de validez del Derecho comunitario derivado puede estar supeditada a su eficacia directa, lo contrario no es cierto: es posible que una norma u obligación internacional sea invocable por los particulares con independencia de su consideración o no como parámetro de validez⁶³⁵.

Un posicionamiento novedoso del TJUE se encuentra en la resolución del recurso de anulación interpuesto por el Parlamento Europeo contra varios artículos de la Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar: en este caso el TJUE partiendo de la figura de los principios generales del Derecho de la Unión, en cuya determinación el CEDH ostenta una singular posición⁶³⁶, entra directamente a analizar si diversas disposiciones de la Directiva (en cuyo Preámbulo se establece la voluntad de respetar y observar las disposiciones del artículo 8 del CEDH⁶³⁷) son conformes al artículo 8 del CEDH tal y

⁶³⁴ A la hora de determinar el contenido del artículo 8 CEDH, relativo al derecho a la vida privada y familiar, en el que el TEDH incluye la protección del medioambiente, el Tribunal de Estrasburgo se ha servido ampliamente como parámetros interpretativos de los principios del Convenio de Aarhus relativos al acceso a la información, la participación del público en el proceso decisional, así como, el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, en este sentido véase la Sentencia del TEDH de 4 de diciembre de 2003, *Taşkın y otros c. Turquía*, Recurso nº 49517/99, apartados 99 y 119. Lógicamente el TJUE deberá tomar nota.

⁶³⁵ J. DÍEZ-HOCHLEITNER, *La posición del Derecho Internacional en el Ordenamiento comunitario*, *op. cit.*, p.143; asimismo, J. RIDEAU, “Les accords internationaux dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes: réflexions sur les relations entre les ordres juridiques international, communautaire et nationaux”, *Revue Générale de Droit International Public*, nº 2, 1990, p. 357 y ss.

⁶³⁶ Sentencia de 27 de junio de 2006, *Parlamento c. Consejo*, asunto C-540/03, Rec. 2006, p. I-5769, apartado 35. Véase E. DRYWOOD, “Giving with One Hand, Taking with the Other: Fundamental Rights, Children and the Family Reunification Decision”, *European Law Review*, Vol. 32, nº 3, 2007, pp. 396-407; asimismo S. IGLESIAS SÁNCHEZ, “El valor de la Directiva 2003/86/CE sobre reagrupación familiar a la luz de los derechos fundamentales y de la Sentencia del TJCE en el asunto 540/03”, *RDCE*, nº 26, 2007, pp. 125-153.

⁶³⁷ Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, D.O.U.E. Serie L 251/12, de 3 de octubre de 2003. Sobre la necesidad de que el legislador equipare las condiciones de reagrupación familiar de que disfrutaran los ciudadanos europeos según hayan ejercido o no la libertad de circulación, y sobre la progresiva similitud entre las condiciones de reagrupación familiar de las que pueden ser beneficiarios los nacionales de terceros países y aquellos

como ha sido interpretado en la jurisprudencia del TEDH. El TJUE igualmente toma en consideración, en el control de la validez de dicha Directiva, disposiciones de dos tratados internacionales de derechos humanos del ámbito universal, en los que *todos* los Estados miembros son partes, aun no siéndolo la Unión misma: el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966 y el Convenio sobre los Derechos del Niño de 1989. Estos instrumentos se encuentran entre aquellos tratados internacionales de derechos humanos que el TJUE considera a la hora de concretar los derechos fundamentales tutelados como principios generales del Derecho de la Unión⁶³⁸.

Bien sea porque el TJUE, fruto de esa singular posición que atribuye al CEDH en su jurisprudencia y que se ha codificado en el Derecho originario de la Unión⁶³⁹, ha admitido la aplicabilidad directa del artículo 8 CEDH de forma implícita al llevar a cabo el control de validez; bien sea porque el control de validez se ha llevado a cabo contrastando las disposiciones de la Directiva no directamente con una norma convencional sino con los principios generales del Derecho de la Unión: lo cierto es que al haber adoptado con carácter premonitorio esta posición respecto del CEDH, una vez se complete la adhesión de la Unión a este tratado internacional y éste forme en cuanto norma jurídico-internacional parte plenamente integrante del ordenamiento de la Unión, cabe esperar que:

- a) El TJUE reconozca la aplicabilidad y eficacia directa de sus disposiciones en el ordenamiento jurídico de la Unión.
- b) En su defecto, que desvincule el control de validez del derecho derivado en el marco del recurso de anulación y de la excepción por ilegalidad⁶⁴⁰ de la

ciudadanos europeos que han ejercido la libertad de circulación, véase, J. M. CORTÉS MARTÍN, “Ciudadanos de la Unión vs. Nacionales de terceros países: sobre la incipiente convergencia interpretativa del derecho europeo a la reagrupación familiar”, *RGDE*, nº 26, 2012.

⁶³⁸ Sentencia de 27 de junio de 2006, *Parlamento c. Consejo*, *cit. supra*, apartados 37 y 57. Por su parte, la Abogada General KOKOTT, toma en consideración las disposiciones de la Carta Social Europea a la luz de su interpretación por el Comité Europeo de Derechos Sociales, de cuya práctica jurisprudencial se hace eco igualmente el TEDH. La Abogada General también toma en consideración otro instrumento del ámbito del Consejo de Europa, descartando su relevancia en el caso concreto, puesto que éste al igual que la Carta Social Europea sólo atribuyen derechos a los nacionales de las partes contratantes: se trata del Convenio Europeo relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante de 24 de noviembre de 1977. Véanse las Conclusiones presentadas el 8 de octubre de 2005, *Parlamento c. Consejo*, asunto C-540/03, Rec. 2006, p. I-5769, apartados 74 y 76.

⁶³⁹ Artículo 6.3 TUE.

⁶⁴⁰ Como se dijo, el juez nacional no puede inaplicar una disposición del derecho derivado por su presunta falta de conformidad con el Derecho convencional. Por tanto, si estima fundada la impugnación que realiza alguna de las partes en el litigio de la validez de las normas de derecho derivado a la luz de la norma internacional, deberá promover la cuestión prejudicial de validez, y, en su resolución estará la primacía subordinada a la eficacia directa de la disposición convencional, al tratarse de un conflicto de

necesidad de eficacia directa de las disposiciones del CEDH, incluso en el caso en que el derecho derivado no constituya aplicación ni ejecución expresa de las provisiones del CEDH.

2.2.b) Una manifestación atenuada de la primacía del Derecho internacional convencional sobre el derecho derivado de la Unión Europea: el deber de interpretación conforme.

Dejando a un lado los supuestos de control de validez del derecho derivado como manifestación más radical de la primacía sobre el mismo de las disposiciones convencionales, la segunda manifestación de esa proclamada primacía del Derecho internacional convencional de la Unión sobre los actos de sus instituciones se encuentra en la obligación de dar a estos actos, en la medida de lo posible, una interpretación conforme a las disposiciones de los acuerdos celebrados por la Unión Europea⁶⁴¹. Además, en aquellos casos en que la disposición convencional no es susceptible de eficacia directa y no ha prosperado la impugnación de la validez del acto comunitario el deber de interpretación conforme opera subsidiariamente.

Esta obligación de interpretación conforme del derecho derivado con arreglo a los acuerdos internacionales concluidos por la Unión conduce hacia una cierta *europización o domesticación* del Derecho internacional convencional⁶⁴²: además en la medida en que el conflicto entre la norma internacional y el acto comunitario sea salvable por vía interpretativa, también se impone aunque no lo ha indicado explícitamente el TJUE, un *deber* más sutil de adecuar la norma convencional al derecho derivado, produciéndose una adecuación mutua entre ambas normas⁶⁴³. Este

aplicabilidad (salvo que el acto cuya validez se contesta hubiese sido adoptado en aplicación/ejecución del acuerdo internacional).

⁶⁴¹ Sentencia de 10 de septiembre de 1996, *Comisión c. Alemania*, asunto C-61/94, Rec. 1996, p. I-3989, apartado 52. Un ejemplo más actual donde el TJUE interpreta y aplica varias disposiciones de diferentes directivas comunitarias a la luz de los objetivos del Convenio de Aarhus concluido por la Unión es su Sentencia de 15 de enero de 2013, *Krizan y otros c. República de Eslovaquia*, asunto C-416/10, (pendiente de publicación), Rec. 2013.

⁶⁴² Véase, J. WOUTERS, A. NOLLKAEMPER, E. DE WET (eds.), *The Europeanisation of International Law. The Status of International Law in the EU and its Member States*, T.M.C. Asser Press, La Haya, 2008.

⁶⁴³ Cuando la norma comunitaria permite diversas opciones válidas y sólo una es compatible con el acuerdo internacional debe escogerse esta última en ejercicio del deber de interpretación conforme. Éste ha sido igualmente el efecto de la Sentencia del TEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, *cit. supra*, donde tras constatarse la incapacidad del sistema nacional griego de asilo, se ha obligado a los restantes Estados miembros a emplear como única opción válida la denominada cláusula *humanitaria* del Reglamento Dublín II; dicha cláusula inicialmente prevista como facultativa, se ha convertido en obligatoria para los restantes Estados miembros en aquellos casos en que la única opción para interrumpir la transferencia de demandantes de asilo hacia Grecia es asumir la responsabilidad de examinar la petición de asilo, aun cuando aplicando las reglas del citado Reglamento el Estado

deber de interpretación conforme del derecho derivado a la luz de la letra y objetivos del Derecho convencional de la Unión contribuye a procurar la interpretación y aplicación uniforme del Derecho de la Unión: dicho deber de interpretación conforme se dirige no sólo a las instituciones de la Unión, sino también a todos los órganos legislativos, jurisdiccionales y administrativos de los Estados miembros cuando trasponen, aplican, interpretan y desarrollan el derecho derivado de la Unión. En este sentido se habla de que el Derecho de la Unión Europea facilita la *interiorización* del Derecho internacional, o de su contribución a la *uropeización* de ese derecho internacional convencional. En el ordenamiento jurídico español, resulta interesante un ejemplo de interpretación conforme de la Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar a la luz de las disposiciones del Convenio sobre los derechos del Niño (en el que la Unión no es parte pero sí el Reino de España), para concluir que tal derecho se predica de la unidad familiar en su conjunto y no de sus miembros por separado. Esta interpretación del derecho derivado de conformidad a un acuerdo internacional en que la Unión no es parte, indica más bien una *internacionalización* del derecho derivado europeo, que tiene lugar en su aplicación descentralizada⁶⁴⁴.

Por otra parte, aunque la Unión Europea no es parte en la Carta de las Naciones Unidas, en la medida en que ha asumido el ejercicio de competencias de sus Estados miembros en áreas necesarias para dar cumplimiento a las obligaciones derivadas del sistema de seguridad colectiva de Naciones Unidas para estos, el TJUE ha establecido el deber de interpretar y aplicar de forma conforme a las Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas el derecho derivado adoptado por la Unión en su aplicación y ejecución⁶⁴⁵. Como el TJUE ha dejado entrever en el asunto *Melli Bank* las

originariamente responsable de su examen sería Grecia. Nótese que el TJUE, aun sin ser el CEDH -en su calidad de tratado internacional- parte integrante del ordenamiento de la Unión a falta de completarse la adhesión, ya ha asumido este deber de interpretación conforme de forma voluntaria, véase la Sentencia de 21 de diciembre de 2011, *N.S. c. Secretary of State for the Home Department y M.E. y otros c. Refugee Applications Commissioner*, *cit. supra*.

⁶⁴⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 11296/2011, de 15 de septiembre de 2011, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección I. Esta interpretación conforme es posible en primer lugar por mandato de los artículos 10.2 y 39.4 de la Constitución Española, en segundo lugar porque la propia Directiva se remite *in toto* al Derecho internacional, y en tercer lugar el propio TJUE examinó su conformidad con la Convención sobre los derechos del niño, véase la Sentencia de 27 de junio de 2006, *Parlamento c. Consejo*, *cit. supra*.

⁶⁴⁵ Sentencia de de 30 de julio de 1996, *Bosphorus Hava*, *cit. supra* y Sentencia de 27 de febrero de 1997, *Ebony*, asunto C-177/95, Rec. 1996, p. I-1111. De forma más reciente y explícita el TJUE ha señalado en un asunto relativo a las sanciones contra la proliferación nuclear del régimen iraní que: “*Del mismo modo, debe tenerse en cuenta el texto y el objeto de una resolución del Consejo de Seguridad para la interpretación del reglamento que pretende aplicarla*”, véase la Sentencia de 13 de marzo de 2012, *Melli Bank plc c. Consejo*, asunto C-380/09 P, (pendiente de publicación), Rec. 2012, apartado 55. Sobre este asunto, F. JIMÉNEZ GARCÍA, “Las sanciones internacionales en el marco europeo: ‘Protección

instituciones de la Unión gozan de un cierto margen de apreciación cuando adoptan primero una Decisión en el marco de la PESC y luego un Reglamento para implementar una Resolución del Consejo de Seguridad, por tanto, nada impide que el TJUE verifique si en ejercicio de ese poder discrecional se han respetado los derechos fundamentales⁶⁴⁶. Por el interés que presenta en materia de derechos humanos debe destacarse la Sentencia de 29 de abril de 2010 del TJUE, donde éste señaló que en la interpretación del Reglamento 881/2002 (relativo a las medidas restrictivas contra determinadas personas y entidades asociadas con Osama Bin Laden, la red Al Qaeda y los talibanes)⁶⁴⁷ debía tenerse en cuenta el objeto de la Resolución 1390 (2002), de 16 de enero, del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas a la que aquél pretendía dar aplicación en el ordenamiento comunitario⁶⁴⁸. El Tribunal recurre a este argumento para concluir que las prestaciones de seguridad social y asistenciales abonadas al cónyuge de una persona incluida en la lista elaborada por el Comité de Sanciones⁶⁴⁹ no son objeto de las medidas restrictivas contenidas en el Reglamento comunitario: tales fondos quedan en opinión del TJUE fuera del ámbito restrictivo del Reglamento dado que su nivel fijado para satisfacer necesidades vitales difícilmente permitiría aplicarlos a la financiación de actos terroristas⁶⁵⁰. Como TRIDIMAS pone de relieve, en la decisión y razonamiento del TJUE en este asunto, quedan implícitas importantes cuestiones relativas a la protección de ciertos derechos fundamentales:

diplomática subsidiaria’, ‘Contramedidas colectivas’ y el Estado de Derecho. Reflexiones en torno al asunto Bank Mellí Iran y el derecho de defensa”, *loc. cit.* Puede verse también, J. FERRER LLORET, “El cumplimiento por la Unión Europea de las sanciones decididas por el Consejo de Seguridad”, *loc. cit.*

⁶⁴⁶ Sentencia de 13 de marzo de 2012, *Melli Bank plc c. Consejo*, *cit. supra*, apartado 57: “En cuanto a la Resolución 1803 (2008), ésta no impone a los Estados la obligación de adoptar medidas concretas, sino que les pide que se mantengan vigilantes en lo que respecta a las actividades que ejercen las instituciones financieras de su territorio con Bank Mellí Iran, con el fin de evitar que esas actividades contribuyan a la realización de actividades nucleares que sean estratégicas desde el punto de vista de la proliferación nuclear [...]. De la mencionada recomendación no puede deducirse que no exista la necesidad de congelar los fondos de las entidades que sean propiedad o estén bajo el control de Bank Mellí Iran”.

⁶⁴⁷ Reglamento 881/2002/CE del Consejo, de 27 de mayo de 2002, por el que se imponen determinadas medidas restrictivas específicas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con Usamah bin Ladin, la red Al-Qaida y los talibanes y por el que se deroga el Reglamento 467/2001/CE del Consejo por el que se prohíbe la exportación de determinadas mercancías y servicios a Afganistán, se refuerza la prohibición de vuelos y se amplía la congelación de capitales y otros recursos financieros de los talibanes de Afganistán, D.O.U.E. Serie L 139/9, de 27 de mayo de 2002.

⁶⁴⁸ Sentencia de 29 de abril de 2010, *The Queen on the application of M y otros c. HM Treasury*, asunto C-340/08, Rec. 2010, p. I-3913, apartado 49.

⁶⁴⁹ Comité creado en aplicación del apartado 6 de la Resolución 1267 (1999), de 15 de octubre, del Consejo de Seguridad.

⁶⁵⁰ Sentencia de 29 de abril de 2010, *The Queen on the application of M y otros c. HM Treasury*, *cit. supra*, apartados 59-61.

*“The unspoken principles underlying the reasoning of the Court are respect for human dignity and the right to family life. The conditions to which payment of the social security benefit was subject appeared too harsh and in breach of the right to dignity and the right to family life, although the Court did not expressly state so”*⁶⁵¹.

En el momento de cerrarse el presente trabajo encontramos una interesante Sentencia del Tribunal de Justicia, dictada el 11 de abril de 2013, en ella se efectúa una interpretación de la Directiva 2000/78 conforme a disposiciones concretas de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁶⁵².

2.2.c) Peculiaridades de la primacía del Derecho internacional consuetudinario de ámbito general sobre el derecho derivado de la Unión Europea.

En lo que respecta al Derecho internacional consuetudinario de carácter general, se verifica la regla enunciada para el Derecho convencional de la Unión Europea: éste se introduce en el ordenamiento jurídico comunitario en un nivel jerárquicamente superior al de los actos y derecho derivado adoptado por las instituciones de la Unión. En la Sentencia *Poulsen*, el TJUE afirmó por vez primera de forma explícita que las competencias de la entonces Comunidad (por tanto los poderes de las instituciones cuando adoptan derecho derivado) deben ejercerse de conformidad con el Derecho internacional general⁶⁵³. En este asunto el TJUE puso de manifiesto que tanto al adoptar un Reglamento sobre la conservación de los recursos pesqueros como al proceder a su interpretación y aplicación debían ser respetadas las reglas consuetudinarias del Derecho internacional del mar (recuérdese que la Comunidad no era en aquel momento parte en la Convención de Montego Bay de 1982)⁶⁵⁴. Un paso más allá, dio el TJUE en

⁶⁵¹ T. TRIDIMAS, “The Principle of Legality, Human Rights and the Management of Risks: Post-Kadi Reflections”, *op. cit.*, p. 186-188.

⁶⁵² Sentencia de 11 de abril de 2013, *Ring y otros*, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, (pendiente de publicación), Rec. 2013, apartado 32.

⁶⁵³ Véase J. WOUTERS, D. VAN EECKHOUTTE, “Enforcement of Customary International Law through European Community Law”, en J.M. PRINSSEN, A. SCHRAUWEN (eds.), *Direct Effect. Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, European Law Publishing, Groningen, 2002, p. 181.

⁶⁵⁴ Resulta destacable que el TJUE recurra a las Convenciones de Ginebra de 29 de abril de 1958 sobre el Mar Territorial y Zona Contigua, sobre Alta Mar y sobre Pesca y Conservación de las reservas biológicas en Alta Mar, así como a la Convención de las Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1982 sobre el Derecho del Mar (haciendo notar que esta última aún no había entrado en vigor), para concluir que las primeras constituyen la codificación de normas generales consagradas por la costumbre internacional y que las disposiciones de la última reflejan en buena medida el estado actual del Derecho internacional de la mar de carácter consuetudinario. Para ello el TJUE se apoya en la jurisprudencia de la CIJ, véase la Sentencia de 24 de noviembre de 1992, *Poulsen y Diva Navigation*, *cit. supra*, apartados 9 y 10. Pese al aparente entusiasmo internacionalista del TJUE en esta decisión SÁNCHEZ RODRÍGUEZ ha señalado a raíz de la misma: “[...]pese al retórico -y teórico- respeto del TJCE por la escrupulosa observancia del

el asunto *Racke* que constituye hasta el momento la afirmación más contundente y nítida de la sumisión del derecho derivado de la Unión Europea al Derecho internacional consuetudinario de carácter general: en este caso, el TJUE entró a enjuiciar la validez de un Reglamento comunitario que venía a suspender las concesiones comerciales otorgadas en virtud del Acuerdo de Cooperación entre la CEE y la República Federativa Socialista de Yugoslavia, de cuyas disposiciones la sociedad impugnante pretendía derivar derechos invocables ante los órganos jurisdiccionales alemanes. La sociedad sostenía que la suspensión no era conforme a la cláusula *rebus sic stantibus*, contenida en el apartado 1 del artículo 62 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y el TJUE enjuició a la luz de esta regla de Derecho consuetudinario internacional la validez del Reglamento controvertido⁶⁵⁵. Para confirmar la legalidad del Reglamento cuestionado, el TJUE se limitó a apreciar si el Consejo había incurrido en un *error manifesto*⁶⁵⁶ en la aplicación de la doctrina del

Derecho internacional, este último ordenamiento ha salido malparado en ocasiones en su confrontación jurisprudencial con el ordenamiento comunitario, pues en el plano de la aplicación normativa se ha llegado a conclusiones que ignoran o menosprecian las reglas generales de oponibilidad de las normas internacionales, en beneficio, claro está, de una aplicación privilegiada -cuando no abusiva- del Derecho comunitario europeo”, en L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, “Derecho Comunitario y Derecho del Mar (Observaciones a la sentencia del TJCE de 24 de noviembre de 1992, Poulsen, C-286/90)”, *Revista de Instituciones Europeas*, nº 20, 1993, pp. 141-153, en particular p. 142. En este caso tras señalar la falta de oponibilidad de un Reglamento comunitario a un buque panameño en relación con el almacenamiento de salmón y truchas de mar capturadas fuera de las aguas jurisdiccionales y soberanas de los Estados miembros, el TJUE defirió al juez nacional plena libertad para deducir las consecuencias jurídicas de conformidad con el Derecho internacional. No en vano, se ha llegado a decir que el TJUE efectúa una deferencia hacia el ordenamiento internacional genérica y desde sus propios valores e intereses, que ha sido calificada de *cortesía*, si bien ello no obsta para que el Derecho de la Unión Europea se sitúe en la vanguardia contribuyendo a su evolución y a reforzar su legitimidad en la sociedad internacional actual, véase al respecto, A. SKORDAS, “*Völkerrechtsfreundlichkeit* as comity and the disquiet of neoformalism: a response to Jan Klabbers”, en P. KOUTRAKOS (ed.), *European Foreign Policy, Legal and Political Perspectives*, 2011, pp. 115-144.

⁶⁵⁵ Sentencia de 16 de marzo de 1998, *Racke c. Hauptzollamt Mainz*, *cit. supra*. También debe tenerse presente la Sentencia del antiguo Tribunal de Primera Instancia de 22 de enero de 1997, *Opel Austria GmbH c. Consejo*, asunto T-115/94, Rec. 1998, p. II-39. En este caso el Tribunal estableció que entre la fecha de la firma y la entrada en vigor de un acuerdo internacional concluido por la entonces Comunidad Europea, las instituciones comunitarias deben, conforme a una regla de Derecho internacional consuetudinario contenida en el artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, abstenerse de adoptar medidas que pudieran comprometer la realización del objeto y fin del acuerdo internacional. En materia de costumbre internacional, resulta de interés, finalmente, la ya aludida Sentencia de 27 de febrero de 2002, *Herbert Weber*, *cit. supra*, donde el TJUE consideró sobre la base de las disposiciones de la Convención de Ginebra de 1958 que la jurisdicción estatal se extendía a la plataforma continental.

⁶⁵⁶ En opinión de KLABBERS, el hecho de que fuera el particular quien tuviera que probar la existencia de ese error manifiesto y no el Consejo quien debiera probar la pertinencia del cambio fundamental en las circunstancias, supone una reinversión de la carga probatoria que indica la actitud general del TJUE hacia el Derecho internacional. Este autor sostiene que el TJUE realizó una aplicación excéntrica y extensiva del cambio radical en las circunstancias contraria a la que venía sosteniendo la CIJ, que se había mostrado cauto para evitar la apertura de esta suerte de Caja de Pandora. El autor, sin fundamentar su posición en este punto, llega a sostener que en la intención de los redactores de la Convención de Viena estaba la idea de excluir de su ámbito de aplicación la ruptura de las hostilidades con carácter general según su artículo

cambio fundamental en las circunstancias: lo novedoso de esta sentencia es que abrió la puerta para el escrutinio de la legalidad de los actos de las instituciones de la Unión en relación con el Derecho internacional consuetudinario de carácter general⁶⁵⁷.

El TJUE se ha mantenido en la línea iniciada en *Racke* en su reciente Sentencia en el asunto *ATAA*, donde ha confirmado la posibilidad de someter una Directiva -adoptada para integrar al sector de las actividades aéreas dentro del sistema de cuotas de emisión de gases de efecto invernadero- al control de validez en relación con ciertos principios que pertenecen al Derecho internacional consuetudinario de carácter general: el principio de que cada Estado dispone de una soberanía completa y exclusiva sobre su propio espacio aéreo, el principio según el cual ningún Estado puede someter a su soberanía parte alguna del alta mar y el principio de la libertad de sobrevuelo sobre el alta mar. Del mismo modo que en *Racke*, el TJUE ha restringido el alcance de su escrutinio a la apreciación de si las instituciones, dentro de su ámbito de competencias, habían cometido un *error manifesto* en la adopción de la legislación impugnada⁶⁵⁸.

La sumisión del derecho derivado de la Unión al Derecho internacional consuetudinario de carácter general ofrece enormes posibilidades en el ámbito del Derecho internacional de los Derechos humanos: en primer lugar, las instituciones de la Unión deben ejercer sus competencias al adoptar todo tipo de actos (incluyendo las decisiones tomadas en el ámbito de la PESC) de conformidad con las normas consuetudinarias del Derecho internacional de los Derechos humanos. A posteriori, la legalidad y validez de dichos actos puede ser contrastada mediante el control de su conformidad en relación con dichas normas consuetudinarias⁶⁵⁹ y, por último, persiste

73, J. KLABBERS, “*Völkerrechtsfreundlich? International law and the Union legal order*”, *op. cit.* 384, pp. 108-111. No obstante, debe recordarse como precisa el Abogado General JACOBS, que la Convención de Viena no agota la totalidad del Derecho consuetudinario en la materia que se puede ver completado por la práctica subsiguiente de los Estados, y ¿por qué no?, de la propia Unión Europea a través de su Tribunal de Justicia, véanse las Conclusiones presentadas el 4 de diciembre de 1997, *Racke c. Hauptzollamt Mainz*, asunto C-162/96, Rec. 1998, p. I-3655, apartados 57 y 58.

⁶⁵⁷ El interés y originalidad de esta sentencia, no sólo debe medirse desde la óptica del Derecho de la Unión Europea. Además, desde el punto de vista jurídico-internacional se trataba de la primera ocasión en que un tribunal decidió dejar sin efecto un tratado internacional en virtud de un cambio fundamental en las circunstancias. Véase, J. ROLDÁN BARBERO, “La costumbre internacional, la cláusula *rebus sic stantibus* y el Derecho Comunitario (A propósito de la sentencia *Racke* dictada por el TJCE el 16.6.98)”, *loc. cit.*, p. 11.

⁶⁵⁸ Sentencia de 21 de diciembre de 2011, *Air Transport Association of America y otros c. Secretary of State for Energy and Climate Change*, *cit. supra*. Un comentario a esta sentencia en F. J. PASCUAL VIVES, “Interacciones entre el Derecho Internacional y el Derecho de la Unión Europea: la inclusión de las actividades aéreas en el comercio de derechos de emisión”, *RGDE*, nº 27, 2012.

⁶⁵⁹ En este sentido deben tenerse presentes las fuertes limitaciones y restricciones que el artículo 275 TFUE impone a la jurisdicción del TJUE en relación con las decisiones y actos adoptados en el ámbito de la PESC.

un deber de interpretación y de aplicación conforme de todo el derecho derivado con arreglo a dicho acervo consuetudinario en materia de derechos humanos⁶⁶⁰.

2.2.d) Precisiones finales sobre la primacía, respecto del derecho derivado de la Unión Europea, del Derecho internacional convencional y consuetudinario en materia de derechos humanos.

Recapitulando, la primacía de las normas convencionales y consuetudinarias en materia de derechos humanos sobre el derecho derivado de la Unión Europea, (que implica la obligación de que las instituciones acaten dichas normas cuando ejercen sus competencias, así como la posibilidad de llevar a cabo el control de validez de los actos adoptados por las instituciones a la luz de dichas normas convencionales y el subsiguiente deber de interpretación conforme en los términos analizados), se manifiesta por tres vías principalmente:

- a) En primer lugar, en la medida en que dichas normas integren acuerdos internacionales concluidos por la Unión Europea, éste es el caso de la CDPD, y previsiblemente pasará a serlo del CEDH.
- b) La fórmula tradicional en que se ha manifestado la primacía sobre el derecho derivado de las normas convencionales en materia de derechos humanos, ha sido la empleada por el TJUE bajo la figura de los principios generales del Derecho de la Unión, en cuya construcción el Tribunal ha recreado las normas contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos en los que han participado los Estados miembros, dotándolas dentro del ordenamiento de la

⁶⁶⁰ Véase el Capítulo I, donde se exponen en mayor detalle las nociones indiciarias para la identificación y especificación de normas consuetudinarias en materia de protección de derechos humanos que pueden vincular a la Unión Europea y ser relevantes en este apartado a los efectos expuestos: con carácter general, puede señalarse que lo son las normas contenidas en tratados internacionales donde un elevado número de Estados miembros son parte, los derechos básicos de la persona que se derivan de la jurisprudencia de la CIJ, o las disposiciones contenidas en Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas que pueden ser fuertes indicadores de la *opinio iuris* de la Comunidad Internacional, descentralizada y horizontal (claramente en aquellos casos donde resultan adoptadas por unanimidad o incluso por el consenso entre los representantes de los Estados presentes y votantes). Recuérdese en relación con el valor jurídico de las Resoluciones de la Asamblea General como expresiones del elemento espiritual de la costumbre internacional, la Sentencia de la CIJ de 27 de junio de 1986, *Asunto de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y en contra de Nicaragua*, cit. supra. Asimismo debe verse la Opinión Consultiva de la CIJ de 8 de julio de 1996, *Licitud de la Amenaza o del Empleo de Armas Nucleares*, cit. supra, p. 255, apartado 70: “*La Cour rappellera que les résolutions de l’Assemblée générale, même si elles n’ont pas force obligatoire, peuvent parfois avoir une valeur normative. Elles peuvent, dans certaines circonstances, fournir des éléments de preuve importants pour établir l’existence d’une règle ou l’émergence d’une opinio juris. Pour savoir si cela est vrai d’une résolution donnée de l’Assemblée générale, il faut en examiner le contenu ainsi que les conditions d’adoption; il faut en outre vérifier s’il existe une opinio juris quant à son caractère normatif. Par ailleurs des résolutions successives peuvent illustrer l’évolution progressive de l’opinio juris nécessaire à l’établissement d’une règle nouvelle*”.

Unión Europea de un carácter *supralegal* y equiparable al del Derecho originario desde el punto de vista jerárquico. El Tratado de Lisboa ha equiparado al Derecho originario en cuanto a valor jurídico a la CDFUE⁶⁶¹, que codifica en buena medida los principios generales del Derecho de la Unión edificados previamente por el TJUE, y que incorpora y reafirma gran parte de las obligaciones internacionales comunes en materia de derechos humanos previamente asumidas por los Estados miembros (cuyo estándar de protección no puede ser lesionado en la aplicación del Derecho de la Unión por imperativo del propio artículo 53 de la CDFUE). Obviamente, dicha codificación operada por la CDFUE es eminentemente recopilatoria y en absoluto pétrea: la Carta está destinada a seguir evolucionando en manos del TJUE, de forma paralela y complementaria a la fórmula de los principios generales del Derecho de la Unión⁶⁶², y por supuesto, nutriéndose de toda evolución que se produzca en el Derecho internacional de los Derechos humanos.

- c) Una vía inexplorada por el TJUE y perfectamente plausible es la del Derecho consuetudinario de carácter general propiamente en materia de derechos humanos, salvo que entendamos que en la medida en que para construir los principios generales del Derecho de la Unión el TJUE se inspira en normas contenidas en tratados internacionales en los que los Estados miembros han participado, el Tribunal está implícitamente admitiendo su carácter de normas consuetudinarias e impulsando con su jurisprudencia su consolidación, vigencia y visibilidad, permitiendo que ciertas disposiciones de dichos tratados superen su efecto relativo⁶⁶³. La duda que persiste a la luz de la jurisprudencia analizada es si el TJUE limitará el alcance de su escrutinio

⁶⁶¹ Véanse *inter alia*, la Sentencia de 5 de octubre de 2010, *J. McB. y L. E.*, asunto C-400/10 PPU, Rec. 2010, p. I-8965; la Sentencia de 9 de noviembre de 2010, *Volker und Markus Schecke y Eifert c. Land Hessen*, asuntos acumulados C-92/09 y 93/09, Rec. 2010, p. I-11063; asimismo, la Sentencia de 1 de marzo de 2011, *Association belge des Consommateurs c. Conseil des Ministres*, asunto C-236/09, Rec. 2011, p. I-0773, apartado 32.

⁶⁶² S. PEERS, "Human Rights in the EU Legal Order: Practical Relevance for EC Immigration and Asylum Law", *op. cit.*, p. 133.

⁶⁶³ El rol del juez doméstico (apelativo extensible al TJUE en tanto que órgano jurisdiccional supremo de una organización internacional) en la creación de la costumbre internacional como contribución a su elemento material ha sido ensalzado de forma quizá excesiva: "[...] *le juge ne se borne pas à cueillir un fruit mûri sur l'arbre de la pratique au soleil de l'opinio iuris. Son rôle est au contraire créateur, quasi-législatif, et il demande à être saisi comme tel*", P. HAGGENMACHER, "La doctrine du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale de justice", *loc. cit.*, p. 113. Asimismo véase, J. ROLDÁN BARBERO, "El valor jurídico de las Resoluciones de la Asamblea General de la ONU en la Sentencia Nicaragua contra Estados Unidos de 27-6-86", *loc. cit.*, p. 98.

empleando normas de naturaleza consuetudinaria en materia de protección internacional de los derechos humanos al test del *error manifesto*.

2.3. Las relaciones entre el Derecho internacional convencional y consuetudinario y el Derecho originario de la Unión.

El TJUE nunca ha aceptado que los acuerdos internacionales concluidos por la Unión Europea (o anteriormente por la Comunidad) tengan prioridad o prevalezcan sobre el Derecho originario de la Unión, además el TJUE ha señalado que el recurso de anulación no es un cauce procesal que permita controlar la legalidad o instar la invalidación del Derecho originario de la Unión⁶⁶⁴. Lógicamente, a la luz de la letra del artículo 267 TFUE, tampoco es un cauce idóneo para apreciar la legalidad del Derecho originario la cuestión prejudicial de validez.

Desde el ordenamiento de la Unión Europea, se ha mantenido que los acuerdos internacionales concluidos por la Unión no prevalecen sobre las disposiciones del Derecho originario. Esta idea emana como consecuencia lógica y natural de la exigencia del actual artículo 216.1 TFUE, que engloba implícitamente las condiciones consolidadas en la jurisprudencia del TJUE para la válida conclusión de un tratado internacional por la Unión: el respeto al reparto sustantivo de competencias entre la Unión y los Estados miembros para las relaciones exteriores, las reglas relativas al procedimiento para la conclusión del acuerdo internacional y la manifestación del consentimiento en obligarse, así como la elección de la base jurídica apropiada.

El TJUE ha velado, en tanto que garante de la especificidad y autonomía del Derecho de la Unión Europea, para evitar que ningún acuerdo que no haya sido concluido en respeto de las citadas condiciones establecidas para su válida conclusión pueda desplegar efectos en este ordenamiento. Del mismo modo, cabe inferir de la consideración del Derecho originario como “*la carta constitucional de una Comunidad de Derecho*”⁶⁶⁵, que el TJUE no admite que las instituciones de la Unión puedan

⁶⁶⁴ Sentencia de 13 de enero de 1995, *Bonnamy c. Consejo*, asunto C-264/94 P, Rec. 1995, p. I-15, apartado 11. J. WOUTERS, “The tormented relationship between international law and EU law”, *op. cit.*, p. 206. Del mismo modo es jurisprudencia constante que los Tratados constitutivos prevalecen, en las materias que les son propias, sobre los convenios concluidos por los Estados miembros entre ellos, incluso con anterioridad a la entrada en vigor de aquéllos. Puede verse en este sentido, la Sentencia de 27 de septiembre de 1988, *Matteucci c. Comunidad francesa de Bélgica*, asunto C-235/87, Rec. 1988, p. 5589, apartado 22.

⁶⁶⁵ Dictamen 1/91, de 14 de diciembre de 1991, *cit. supra*, apartado 21.

negociar y concluir un acuerdo internacional incompatible con los Tratados constitutivos.

Esta primacía del Derecho originario sobre el Derecho convencional de la Unión Europea se manifiesta en la posibilidad que cualquier Estado miembro, el Parlamento, la Comisión o el Consejo tienen de recabar el dictamen del TJUE con carácter previo a la prestación del consentimiento en obligarse en relación con un acuerdo internacional previsto. Dicha opinión consultiva pero vinculante puede solicitarse en relación con la compatibilidad del acuerdo con el Derecho originario, tanto en lo relativo a una compatibilidad sustantiva o *intrínseca* sobre el contenido y efectos del acuerdo, como en lo tocante al procedimiento seguido para su negociación y conclusión, la base jurídica apropiada o la delimitación de competencias entre Estados miembros y la Unión en el ámbito de las relaciones exteriores, aspecto este último en el que los dictámenes emitidos por el TJUE en el marco del control previo han sido especialmente numerosos⁶⁶⁶.

El artículo 218.11 TFUE señala que en caso de que del dictamen se desprenda la incompatibilidad con el Derecho originario, el acuerdo no podrá desplegar sus efectos en el ordenamiento jurídico de la Unión, salvo que se modulen los efectos del acuerdo para hacerlos compatibles con el Derecho originario, o en caso de no haberse respetado las condiciones para su válida conclusión según el Derecho de la Unión, se proceda a la subsanación. Ahora bien, en el caso de un acuerdo que por su contenido es incompatible *per se* con el Derecho originario, la única vía para su conclusión es la reforma del Derecho originario⁶⁶⁷.

La solicitud de este control previo es pertinente incluso antes de la apertura de las negociaciones si el objeto general del acuerdo es suficientemente conocido⁶⁶⁸, puede efectuarse en cualquier momento anterior a la prestación definitiva del consentimiento en obligarse⁶⁶⁹, y para que su finalidad eminentemente preventiva se vea satisfecha el TJUE debe emitir su pronunciamiento antes de la entrada en vigor del acuerdo

⁶⁶⁶ El tenor literal del precepto que sólo parece aludir al control de la compatibilidad material, debe completarse teniendo en cuenta que el Reglamento de Procedimiento del TJUE añadió al mecanismo consultivo, la función de ponderar la existencia y alcance de la competencia de la Unión o de una de sus instituciones para concluir el acuerdo internacional, véase J. ROLDÁN BARBERO, “El dictamen 2/00 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 6 de diciembre de 2001”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 5, 2003, p. 163.

⁶⁶⁷ Recuérdese el Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996, *cit. supra*.

⁶⁶⁸ *Ibid.*, apartados 12 y 16.

⁶⁶⁹ Dictamen del TJUE, 1/94, de 15 de noviembre de 1994, *cit. supra*, apartados 10-12.

internacional previsto en pos de su efecto útil⁶⁷⁰. En ocasiones la celeridad y urgencia que en las relaciones internacionales pueda existir para la conclusión de un acuerdo, hace que las peculiaridades del sistema institucional de la Unión y de su Derecho originario puedan verse relegadas a un segundo plano, y se manifieste el consentimiento en quedar internacionalmente obligada la Unión por un acuerdo internacional que puede ser dudoso desde el punto de vista *extrínseco* y/o *intrínseco* en ausencia de dictamen previo sobre su conformidad con el Derecho originario. En otras ocasiones las instituciones se decantan por la aplicación provisional de un tratado tal y como contempla el artículo 25 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: éste fue el caso del acuerdo con los Estados Unidos de América relativo al tratamiento y la transferencia de datos de mensajería financiera de la Unión Europea a los Estados Unidos, a efectos del Programa de seguimiento de la financiación del terrorismo, cuya aplicación provisional se vio obstaculizada por el Parlamento Europeo al denegar la preceptiva aprobación (*vid., infra*)⁶⁷¹.

En aquellos casos donde se ha producido la entrada en vigor de un acuerdo internacional desde el punto de vista internacional y las dudas acerca de su compatibilidad *intrínseca* o *extrínseca* con el Derecho originario aparecen o subsisten, queda la vía del control posterior mediante el recurso de anulación (artículo 263 TFUE), que es el segundo indicio (tras el control previo) de la primacía del Derecho originario sobre el Derecho internacional convencional: desde el punto de vista de las relaciones exteriores de la Unión, esta vía es indeseable, puesto que en caso de que el TJUE declare la nulidad del acto interno de aprobación del acuerdo internacional que obliga a la Unión internacionalmente, la cesación de sus efectos en el ordenamiento doméstico puede determinar el nacimiento de la responsabilidad internacional⁶⁷².

⁶⁷⁰ Dictamen 3/94, de 13 de diciembre de 1995, Rec. 1995, p. I-4577.

⁶⁷¹ Acuerdo entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América relativo al tratamiento y la transferencia de datos de mensajería financiera de la Unión Europea a los Estados Unidos, a efectos del Programa de seguimiento de la financiación del terrorismo, D.O.U.E. Serie L 8/11, de 13 de enero de 2010. Éste preveía su aplicación provisional con anterioridad a su entrada en vigor, pero el Parlamento Europeo denegó su aprobación al acuerdo en uso de la facultad que le confiere el artículo 218.6 TFUE, al no ajustarse el acuerdo en su opinión a la CDFUE.

⁶⁷² En la medida en que el TJUE concluya que el acto de aprobación del acuerdo internacional estaba viciado, la consecuencia es que el acuerdo internacional no ha sido concluido válidamente de acuerdo con las reglas del Derecho originario y, aunque esté vigente en el plano internacional, se produce la desaparición *ex tunc* de sus efectos en el ordenamiento jurídico de la Unión, salvo que el TJUE por deferencia decida mantener temporalmente sus efectos para permitir subsanar el vicio y evitar el perjuicio a los intereses de la Unión y de terceras partes contratantes, como ocurrió en la Sentencia de 11 de septiembre de 2003, *Comisión c. Consejo*, asunto C-211/01, Rec. 2003, p. I-8913, apartado 57; o en la Sentencia de 7 de marzo de 1996, *Parlamento c. Consejo*, asunto C-360/93, Rec. 1996, I-1195. El propio TJUE ha advertido de los riesgos del control a posteriori al admitir que una de las partes en un acuerdo

En el asunto relativo al *Acuerdo PNR -Passenger Name Record-* con Estados Unidos, el Parlamento Europeo planteó la solicitud de un dictamen previo al TJUE, que dada la ausencia de efecto suspensivo sobre el acuerdo internacional finalmente retiró, ya que antes de que el TJUE emitiera su dictamen fue adoptada la Decisión del Consejo para su conclusión, con lo cual el pronunciamiento preventivo había perdido su objeto y posible efecto útil. Entonces, el Parlamento Europeo se decantó por acudir a la vía contenciosa en anulación en contra de las posiciones defendidas por Comisión y Consejo: en particular en el recurso de anulación el Parlamento contestó que la base jurídica fuera la apropiada para concluir el acuerdo, e igualmente señaló que este no garantizaba en un nivel suficiente el derecho a la protección de datos de carácter personal. El TJUE anuló la Decisión del Consejo que permitió la conclusión del acuerdo, así como la Decisión en la que la Comisión había constatado que el acuerdo respetaba las exigencias de la Directiva 95/46 relativa a la protección de personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos⁶⁷³. El TJUE resolvió apoyándose en motivos formales relativos a la inexistencia de competencia para concluir válidamente el acuerdo a partir de la base jurídica invocada y sin necesidad de entrar a valorar si dicho acuerdo respetaba los derechos fundamentales recogidos en el artículo 8 CEDH o 7 CDFUE, por tanto esta cuestión quedó inexplorada⁶⁷⁴. La consecuencia de la anulación fue la conclusión de un nuevo acuerdo, en el marco de los antiguos segundo y tercer pilares (PESC y Cooperación Policial y

internacional no puede unilateralmente modificar su contenido. Para eludir la responsabilidad internacional, en tal supuesto, podría invocarse el artículo 46 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, ahora bien, la dificultad estriba en demostrar que se ha infringido de forma manifiesta una norma de importancia fundamental relativa a la competencia para expresar el consentimiento en obligarse, y sobre todo, en que las particularidades del sistema institucional de la Unión sean objetivamente evidentes para otras partes contratantes de conformidad al principio de buena fe y a la práctica usual.

⁶⁷³ Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, *cit. supra*. Deben verse, la Decisión 2004/496/CE del Consejo, de 17 de mayo de 2004, relativa a la celebración de un Acuerdo entre la Comunidad Europea y los Estados Unidos de América sobre el tratamiento y la transferencia de los datos de los expedientes de los pasajeros por las compañías aéreas al Departamento de seguridad nacional, Oficina de aduanas y protección de fronteras, de los Estados Unidos, D.O.U.E. Serie L 183/83, de 20 de mayo de 2004; asimismo, la Decisión 2004/535/CE de la Comisión, de 14 de mayo de 2004, relativa al carácter adecuado de la protección de los datos personales incluidos en los registros de nombres de los pasajeros que se transfieren al Servicio de Aduanas y protección de fronteras de los Estados Unidos, D.O.U.E. Serie L 235/11, de 6 de julio de 2004.

⁶⁷⁴ Sentencia de 30 de mayo de 2006, *Parlamento Europeo c. Consejo y Comisión*, *cit. supra*. Un comentario a la misma en C. ORÓ MARTÍNEZ, “La anulación de la transferencia de datos personales de los pasajeros aéreos a los Estados Unidos. Comentario de la Sentencia del TJCE de 30 de mayo de 2006, C-317/04 y C-318/04, Parlamento Europeo contra Consejo de la Unión Europea y Parlamento Europeo contra Comisión de las Comunidades Europeas”, *RGDE*, nº 11, 2006.

Judicial en Materia Penal), con base jurídica combinada en los artículos 24 y 38 TUE, un acuerdo que ha sido descrito como menos favorable para los ciudadanos de la Unión que el original, y que sin duda al adoptarse partiendo de una decisión PESC conlleva una reducción de la intervención y prerrogativas, no solo del Parlamento Europeo en la fase anterior a la manifestación de consentimiento, sino también del propio TJUE al verse limitada su jurisdicción sobre los actos de aprobación del acuerdo según el actual artículo 275 TFUE⁶⁷⁵. Este caso es paradigmático de un acuerdo internacional que sin contener normas relativas a la protección de derechos humanos, puede en cambio afectar negativamente a los estándares domésticos de protección de los derechos fundamentales que el ordenamiento de la Unión tutela en tanto que principios generales del Derecho. Éstos a la luz de la decisión adoptada en *Kadi* por el TJUE constituyen una barrera de orden *constitucional* a la asunción de obligaciones internacionales por la Unión, impidiendo teóricamente que un acuerdo internacional que no respete dicho límite intangible pueda producir efectos en el seno del ordenamiento de la Unión⁶⁷⁶.

⁶⁷⁵ Decisión 2006/729/PESC/JAI, de 16 de octubre de 2006, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, de un Acuerdo entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América sobre el tratamiento y la transferencia de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) por las compañías aéreas al Departamento de Seguridad del Territorio Nacional de los Estados Unidos, D.O.U.E. Serie L 298/27, de 27 de octubre de 2006, y Acuerdo entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América sobre el tratamiento y la transferencia de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) por las compañías aéreas al Departamento de Seguridad del Territorio Nacional de los Estados Unidos, D.O.U.E. serie L 298/31, de 27 de octubre de 2006. En 2007, este acuerdo provisional fue reemplazado por un acuerdo sustancialmente idéntico destinado a estar en vigor por un periodo de siete años, Decisión 2007/551/PESC/JAI del Consejo, de 23 de julio de 2007, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, de un Acuerdo entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América sobre el tratamiento y la transferencia de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) por las compañías aéreas al Departamento de Seguridad del Territorio Nacional de los Estados Unidos (Acuerdo PNR 2007), D.O.U.E. Serie L 204/16, de 4 de agosto de 2007. Véase P. KOUTRAKOS, “Legal Basis and Delimitation of Competence in EU External Relations”, en M. CREMONA, B. DE WITTE (eds.), *EU Foreign Relations Law: Constitutional Fundamentals*, Hart Publishing, 2008, p. 198.

⁶⁷⁶ Sentencia de 3 de septiembre de 2008, *Kadi/Al Barakaat International Foundation c. Consejo y Comisión*, *cit. supra*, apartados 285 y 316. En esta decisión el TJUE enterró el antiguo debate sobre si los derechos fundamentales debían ser considerados una suerte de “super-legalidad comunitaria”, o simplemente su ubicación jerárquica debía establecerse en una posición intermedia a caballo entre el Derecho originario y el derivado, véanse, G. COHEN-JONATHAN, “La Cour des Communautés Européennes et les droits de l’homme”, *Révue du Marché Commun*, 1978, p. 75; J. ROLDÁN BARBERO, “Derecho comunitario y principios fundamentales del derecho interno (comentario a las Sentencias del TJUE van Schijndel y Peterbroeck de 14 de diciembre de 1995)”, *loc. cit.*, p. 807; J. COPPEL, A. O’ NEILL, “The European Court of Justice: taking rights seriously?”, *Common Market Law Review*, Vol. 29, n° 4, 1992, p. 682; en respuesta a este artículo, J. H. H. WEILER, N. J. S. LOCKHART, “Taking rights seriously: The European Court and its fundamental rights jurisprudence”, *Common Market Law Review*, Vol. 32 n° 1-2, 1995, pp. 51-94 (Part I) y 579-627 (Part II). De la decisión del TJUE en *Kadi*, cabe inferir mediante una interpretación elástica del deber de cooperación leal (artículo 4.3 TFUE), que aquellos Estados miembros que ostentan un puesto permanente en el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, están obligados, en la medida de lo posible, a evitar que este órgano dicte una resolución que pueda infringir los derechos fundamentales que el ordenamiento de la Unión tutela como principios generales. Nótese que el TEDH por su parte ha buscado una interpretación conciliadora entre las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y las obligaciones dimanantes del CEDH,

Aunque en este caso, el TJUE evitó quizá por pragmatismo entrar a pronunciarse sobre el respeto hacia los derechos fundamentales del Acuerdo *PNR*, la duda se ha trasladado al terreno de la PESC, donde dado el limitado alcance de la jurisdicción del TJUE, cabe plantearse si los derechos fundamentales siguen siendo un límite de orden constitucional a los acuerdos internacionales que puedan negociar y concluir las instituciones en nombre de la Unión, o si por el contrario, en el ámbito PESC se da la paradójica situación de que la Unión puede contraer obligaciones internacionales que exceden los límites del artículo 6 TUE⁶⁷⁷. No es una cuestión remota preguntarse si los Acuerdos *PNR* son compatibles con el régimen comunitario de protección de datos personales si se tiene en cuenta el contexto del que surgen: a raíz de los ataques terroristas del funesto 11 de septiembre de 2001, Estados Unidos adoptó una legislación en virtud de la cual todas las compañías aéreas que volaran con destino, procedencia o sobre el territorio de los Estados Unidos de América quedaban obligadas so pena de ser sancionadas a facilitar a las autoridades norteamericanas el acceso electrónico a los datos contenidos en sus sistemas automáticos de reserva y de control de salidas relativos a los pasajeros. El Abogado General LÉGER, a la luz de la naturaleza de los datos solicitados y de la duración de su conservación, estimó que el acuerdo internacional en efecto suponía una injerencia en los derechos tutelados por el artículo 8 CEDH, pero a la luz de la jurisprudencia del TEDH, entendió que dicha injerencia estaba justificada y era proporcionada y necesaria para la persecución de una finalidad legítima como la lucha contra el terrorismo internacional⁶⁷⁸. El Abogado General igualmente sugirió que su escrutinio en relación con el respeto a los derechos fundamentales se limitara a la

admitiendo la primacía de las primeras en virtud de los artículos 25 y 103 de la propia Carta de San Francisco, véase la Decisión de la Gran Sala del TEDH de 2 de mayo de 2007, *Behrami y Saramati c. Francia, Alemania y Noruega*, cit. supra, apartados 27 y 147. La posición del TJUE en *Kadi* ha sido reafirmada en su jurisprudencia posterior, debe verse A. GARRIDO MUÑOZ, “La jurisprudencia post-Kadi en materia de “sanciones selectivas” en la Unión Europea: misma función, distinto guión”, *RGDE*, nº 22, 2010.

⁶⁷⁷ Véase sobre el alcance del modelo “pretoriano” de protección de los derechos fundamentales en los dominios de la PESC, D. J. LIÑÁN NOGUERAS, P. J. MARTÍN RODRÍGUEZ, “Reflexiones sobre los derechos fundamentales en la Unión Europea a la luz del Tratado de Lisboa”, *op. cit.*, p. 1058. En la Sentencia de 23 de abril de 1986, *Les Verts/Parlamento*, asunto C- 294/83, Rec. 1986, p. 1339, apartado 23, el TJUE sostenía que la Comunidad era una Comunidad de Derecho en la medida en que “[...] ni sus Estados miembros ni sus instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la carta constitucional fundamental que constituye el Tratado y [en que este último ha establecido] un sistema completo de vías de recurso y de procedimientos destinado a encomendar al Tribunal de Justicia el control de legalidad de los actos de las instituciones”, pero, ¿puede a la luz de la exclusión de la jurisdicción del TJUE que opera el artículo 275 TFUE, extrapolarse esta fórmula de *Comunidad de Derecho* a la Unión, y puede hablarse de una verdadera *Unión de Derecho*?

⁶⁷⁸ Conclusiones, presentadas el 22 de noviembre de 2005, *Parlamento Europeo c. Consejo y Comisión*, cit. supra, apartados 225-262.

apreciación de si las instituciones Comisión y Consejo habían incurrido en *error manifiesto*, dado el amplio margen de apreciación de que en su opinión debían disfrutar las instituciones para llevar a cabo la negociación, considerando el “*contexto políticamente sensible*” en que ésta tenía lugar.

Precisamente, teniendo en cuenta el limitado alcance del margen de maniobra de que disponen las instituciones de la Unión a la hora de implementar las sanciones adoptadas por el Comité de Sanciones del Consejo de Seguridad contra Al-Qaeda, el Abogado General BOT, en la última secuela de la saga *Kadi*, ha sostenido que el control jurisdiccional del TJUE no debe extenderse a valorar la apreciación efectuada por parte del Comité de Sanciones de los elementos de prueba determinantes para la inclusión en la lista, ¿resulta esta visión compatible con el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos tal y como lo interpreta el Comité de Derechos Humanos? Las siguientes palabras son ilustrativas del alcance del escrutinio que según el Abogado General debe efectuar el TJUE:

*“En efecto, en el marco del mecanismo de interacción establecido entre la Unión y el Comité de Sanciones, corresponde a este último recabar de los Estados afectados los datos o las pruebas que permitan acreditar la existencia de hechos que puedan justificar la inclusión en la lista. No cabe esperar que las instituciones de la Unión dispongan de esos datos o pruebas. Dado que debe presumirse que el Comité de Sanciones establece la materialidad de los hechos, sólo un error patente en la determinación de los hechos realizada puede suponer la anulación del acto de aplicación”*⁶⁷⁹.

Volviendo al caso de los Acuerdos *PNR*, habría sido deseable un pronunciamiento del TJUE que marcara las líneas rectoras del difícil equilibrio entre libertad y seguridad en la lucha contra el terrorismo internacional⁶⁸⁰, y desde luego, su opinión habría sido

⁶⁷⁹ El Abogado General se muestra más cauto que el TJUE en su Sentencia de 2008, y tanto más sensible hacia la prerrogativa de salvaguardar la seguridad internacional que corresponde al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Además el Abogado General se hace eco de las mejoras que ha experimentado el procedimiento de inclusión y de supresión de las personas incluidas en la lista elaborada por el Comité de Sanciones desde 2008, deben verse sus Conclusiones presentadas el 19 de marzo de 2013, *Comisión Europea, Consejo de la Unión Europea, Reino Unido c. Yassin Abdullah Kadi*, asuntos acumulados C-584/10 P, C-593/10 P y C-595/10 P, (pendiente de publicación), véase el apartado 107.

⁶⁸⁰ Véase sobre este debate más amplio, R. HUESA VINAIXA, “Las “cláusulas derogatorias” de los Convenios de Derechos Humanos en el marco de la guerra global contra el terrorismo”, en J. SOROETA LICERAS (ed.), *La eficacia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián, Vol. XI, Universidad del País Vasco, 2011, pp. 149-173. Esta autora constata que en el marco de la *guerra global* contra el terrorismo algunos Estados han llegado a situaciones próximas al “estado de emergencia” sin una declaración formal, y sin una invocación previa de las cláusulas contenidas en los artículos 4 PDICP y 15 CEDH. Resulta de gran interés la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 7 de julio de 2011, *Al-Jedda c. Reino Unido*, Recurso nº 27021/08, apartados 101-102, donde el Tribunal de Estrasburgo contrariamente a lo sostenido por la *House of Lords* del Reino Unido, consideró que en virtud del artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, las disposiciones de

positiva si se tiene en cuenta la posterior dilución de garantías que comporta la conclusión de un nuevo acuerdo internacional en los dominios de la PESC. En cualquier caso, la anulación del acto interno de aprobación de este acuerdo internacional por motivos únicamente relativos a la base jurídica comportó un perjuicio a la credibilidad de la Unión Europea en las relaciones exteriores⁶⁸¹. Habiéndose producido tal perjuicio, el TJUE desaprovechó la oportunidad de arrojar luz a la cuestión del derecho a la vida privada, también de cara a futuros acuerdos internacionales similares⁶⁸². Se ha llegado a decir que al no haber procedido a realizar un análisis completo de la conformidad del Acuerdo *PNR* con el Derecho originario, el TJUE podría haber desconsiderado el deber

la Resolución 1546 (2004) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, no imponían a Reino Unido obligaciones contrarias al derecho a no ser detenido arbitrariamente consagrado en el artículo 5.1 CEDH. La base del razonamiento del TEDH radicaba en que ni del artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, ni de la Resolución del Consejo de Seguridad podía extraerse un mandato de exceptuar la aplicación del CEDH, máxime teniendo en cuenta los propósitos y la finalidad de la Carta de las Naciones Unidas de alentar el respeto universal de los Derechos Humanos. El TEDH busca una interpretación armoniosa que evite el conflicto y entiende que el Consejo de Seguridad debería haber empleado un lenguaje más explícito en caso de pretender permitir a los Estados adoptar medidas en conflicto con sus obligaciones bajo el Derecho internacional de los Derechos humanos. Finalmente Reino Unido fue condenado.

⁶⁸¹ En cambio, el TJUE sí consideró como base jurídica adecuada el artículo 95 TCE (hoy 114 TFUE), relativo al funcionamiento del mercado interior, para la adopción de la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE, D.O.U.E. Serie L 105/54, de 13 de abril de 2006. Irlanda esgrimía que por contra la finalidad primordial de la Directiva era la cooperación policial y judicial, para sostener la necesidad de que fuese adoptada tal regulación en virtud de una Decisión Marco, con la intención de preservar su legislación nacional ya que ésta preveía una duración máxima de la obligación de conservar los datos superior a la autorizada por la Directiva (dos años). Debe verse la Sentencia de 10 de febrero de 2009, *Irlanda c. Parlamento y Consejo de la Unión Europea*, asunto C-301/06, Rec. 2009, p. I- 593.

⁶⁸² En relación con los Acuerdos *PNR* entre la UE y Australia, hubo un grupo parlamentario que formuló una propuesta de solicitud de dictamen sobre su conformidad con el Derecho originario, en particular con los artículos 7 y 8 CDFUE. Aunque finalmente el Pleno del Parlamento Europeo decidió aprobar la firma de este acuerdo internacional, el TJUE sigue sin haberse posicionado al respecto, véase la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 27 de octubre de 2011, sobre el proyecto de Decisión del Consejo relativa a la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y Australia sobre el tratamiento y transferencia de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) por los transportistas aéreos al Servicio de Aduanas y de Protección de las Fronteras de Australia, (09825/2011 – C7-0304/2011 – 2011/0126(NLE)), P7_TA(2011)0470. Véase así mismo el texto del Acuerdo entre la Unión Europea y Australia sobre el tratamiento y la transferencia de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) por los transportistas aéreos al Servicio de Aduanas y de Protección de las Fronteras de Australia, D.O.U.E. Serie L 186/4, de 14 de julio de 2012. En su Preámbulo se reafirma el respeto al derecho a la privacidad y a la protección de datos personales con arreglo “[...] al artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, el Convenio no 108 del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal y su Protocolo adicional 181, los artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el artículo 17, sobre el derecho a vida privada, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”.

de lealtad interinstitucional, al omitir pronunciarse sobre la cuestión de los derechos fundamentales sugerida por el Parlamento Europeo⁶⁸³.

Por tanto, los derechos fundamentales tutelados bajo la fórmula de los principios generales o contenidos en la CDFUE (y por ende en el CEDH⁶⁸⁴), en tanto que exigencia de envergadura *constitucional*, suponen un límite *intrínseco* a la asunción de obligaciones por vía convencional por parte de la Unión Europea. De estos límites a la actividad convencional de la Unión, en la práctica se ha configurado en los últimos años el Parlamento Europeo como férreo guardián, en buena medida debido a los acrecidos poderes que, tras la reforma del Derecho originario operada por el Tratado de Lisboa, le confiere el artículo 218.6 a) TFUE: la manifestación del consentimiento en obligarse requiere en una serie de supuestos la previa aprobación del Parlamento Europeo, que le confiere la capacidad de evitar *prima facie* que la Unión contraiga obligaciones internacionales contrarias a su régimen interno de protección de los derechos fundamentales, si bien, esta facultad no está exenta de críticos que la consideran perjudicial para las relaciones exteriores de la Unión. Del potencial de esta importante prerrogativa del Parlamento Europeo en el control *ex ante* del respeto a los derechos fundamentales en la actividad convencional de la Unión también da buena cuenta el periplo experimentado por el denominado Acuerdo *SWIFT*⁶⁸⁵.

⁶⁸³ S. ADAM, “Quelques réflexions sur les relations entre les procédures a priori et a posteriori d'examen de compatibilité des accords communautaires suite à l'affaire dite de l' "accord PNR" ”, *Cahiers de Droit Européen*, Vol. 42, n° 5-6, 2006, pp. 677-678. Finalmente en relación con la serie de acuerdos PNR puede verse, J. FAULL, “The Role of the European Commission in Tackling Terrorism: the Example of Passenger Name Records”, en A. ARNULL, C. BARNARD, M. DOUGAN, E. SPAVENTA (eds.), *A Constitutional Order of States? Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood*, Hart Publishing, Oxford-Portland, Oregon, 2011, pp. 609-620.

⁶⁸⁴ Artículo 52.3 CDFUE.

⁶⁸⁵ Resulta significativo que el pleno del Parlamento Europeo dejara sin efectos en febrero de 2010, el Acuerdo internacional de la Unión con Estados Unidos sobre el tratamiento y transferencia de datos de mensajería financiera a efectos del Programa de Seguimiento de la Financiación del Terrorismo -TFTP- (Acuerdo *SWIFT*). El Consejo de Justicia y Asuntos de Interior de 30 de noviembre de 2009 autorizó a la Presidencia del Consejo de la Unión Europea a firmar un acuerdo provisional, que empezaría a aplicarse a partir del 1 de febrero de 2010, hasta el momento de la entrada en vigor. El Consejo de la Unión autorizó la firma del acuerdo interino un día antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, a reserva de su conclusión en una fecha posterior, véase la Decisión del Consejo 2010/16/PESC/JAI, de 30 de noviembre de 2009, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América relativo al tratamiento y transferencia de datos de mensajería financiera de la Unión Europea a Estados Unidos, a efectos del Programa de seguimiento de la financiación del terrorismo, D.O.U.E. Serie L 8/11, de 13 de enero de 2010. Al tratarse de un acuerdo referido a un ámbito donde se aplica el procedimiento legislativo ordinario (el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en este caso), la entrada en vigor del acuerdo provisional, con el nuevo régimen establecido por el Tratado de Lisboa, requería la previa aprobación del Parlamento Europeo, que este denegó en sesión plenaria el día 11 de febrero de 2010, mostrando su preocupación sobre la falta de garantías jurídicas suficientes a la privacidad, sobre la proporcionalidad (debido a la transferencia indiscriminada e ilimitada en el tiempo de datos) y la falta de reciprocidad. Anteriormente, el día 5 de febrero de 2010 la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo había puesto de manifiesto que la

Por tanto, la regla de partida es que las normas del Derecho originario prevalecen sobre las disposiciones de los acuerdos internacionales en que la Unión es parte, pero ¿se mantiene esta afirmación invariablemente cierta respecto de los acuerdos internacionales concluidos por la Unión Europea que contienen normas relativas a la protección de los derechos humanos, en la medida en que éstas entroncan con las normas *domésticas* relativas a derechos fundamentales, que bien en su calidad de principios generales, bien por razón de su inclusión en la CDFUE, forman parte del núcleo esencial, del corazón del Derecho originario o si se quiere de sus *principios constitucionales*?⁶⁸⁶ En otras palabras, ¿constituye el Derecho internacional de los Derechos humanos, ya sea convencional o consuetudinario, una excepción a esa proclamada escisión del Derecho de la Unión Europea con respecto de su cordón umbilical con el ordenamiento jurídico internacional?⁶⁸⁷

Propuesta de Decisión del Consejo para la celebración del Acuerdo “no garantiza a los ciudadanos y sociedades europeos, al amparo de la legislación estadounidense, los mismos derechos y garantías de que gozarían en el territorio de la UE” y que “tampoco se definen suficientemente los derechos de acceso, rectificación, compensación y reparación fuera de la UE de las personas a las que se refieran los datos”. La consecuencia fue que el acuerdo ha debido renegociarse, y en este caso las directrices contenidas en el mandato de negociación propuesto por la Comisión se hicieron eco de las principales preocupaciones del Parlamento Europeo en lo concerniente al respeto a la vida privada y al establecimiento de un recurso administrativo y judicial no discriminatorio. Véase la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 11 de febrero de 2010, sobre la propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América sobre el tratamiento y transferencia de datos de mensajería financiera de la Unión Europea a los Estados Unidos a efectos del Programa de Seguimiento de la Financiación del Terrorismo, D.O.U.E. Serie C 341E/100, de 16 de diciembre de 2010. La Propuesta de Resolución Legislativa presentada el 5 de febrero de 2010 por la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior está disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A7-2010-0013&language=ES>

Dicho rechazo del Parlamento Europeo condujo a una rápida renegociación del acuerdo que finalmente concitó la aprobación del Parlamento Europeo, debe verse la Decisión del Consejo de 13 de julio de 2010, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América relativo al tratamiento y la transferencia de datos de mensajería financiera de la Unión Europea a los Estados Unidos a efectos del Programa de Seguimiento de la Financiación del Terrorismo, D.O.U.E. Serie L 195/3, de 27 de julio de 2010. En más detalle, J. SANTOS VARA, “El Acuerdo SWIFT con Estados Unidos: génesis, alcance y consecuencias”, en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.), *La dimensión exterior del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea*, Iustel, Madrid, 2012, pp. 355-380. También puede verse M. CREMONA, “Justice and Home Affairs in a Globalised World: Ambitions and Reality in the tale of the EU-US SWIFT Agreement”, *Institute for European Integration Research Working Paper Series, Working Paper n° 04/2011*, Viena, 2011.

⁶⁸⁶ “As an important component of Union primary law, fundamental rights are, in principle, always applicable when Union institutions and other bodies act”, en A. ROSAS, L. ARMATI, *EU Constitutional Law, An Introduction*, op. cit., p. 147.

⁶⁸⁷ Claramente el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea que crea un ordenamiento jurídico transnacional y los tratados internacionales destinados a la protección de los derechos humanos comparten su capacidad de afectar la posición jurídica del individuo y una creciente subjetividad internacional del mismo. Dicha escisión se afirmó en la celeberrima Sentencia de 5 de octubre de 1963, Van Gend & Loos, asunto 26/62, Rec. 1963, p. 3: “[...] la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales [...]”. La permeabilidad de los principios constitucionales del ordenamiento de la Unión hacia

A) *En primer lugar cabe referirse al CEDH, una vez que se produzca la adhesión de la Unión al mismo.* Teóricamente y desde una visión estrictamente jerárquica cabe decir que se ubicará en una posición intermedia entre el Derecho originario de la Unión y su derecho derivado. Pero ciertamente la adhesión implica la aceptación de la jurisdicción obligatoria del TEDH y la sumisión de todo el ordenamiento jurídico de la Unión Europea al control externo del respeto de las obligaciones dimanantes del CEDH y de los protocolos a los que finalmente la Unión consienta en adherirse. Lógicamente el TEDH no podrá imponer a los Estados miembros ni a las instituciones de la Unión una interpretación obligatoria de ninguna disposición del Derecho originario ni mucho menos pronunciarse sobre su validez. Ahora bien, el TEDH, completada la adhesión, no estará obligado a respetar ningún tipo de inmunidad de jurisdicción en relación con el Derecho originario de la Unión, del mismo modo que las constituciones de los Estados parte en el CEDH no se benefician de tal exención, y el TEDH podrá constatar y determinar si una disposición del Derecho originario de la Unión (tal como se interpreta y aplica bien por las instituciones de la Unión, bien por los Estados miembros) es respetuosa con las obligaciones que el CEDH lleva aparejadas. Por tanto, el CEDH y su sistema jurisdiccional de control se incardinarán en el ordenamiento de la Unión, únicamente si satisfacen sus condiciones existenciales, y si no entran en conflicto flagrante con la especificidad y los principios estructurales de este ordenamiento; pero una vez forme parte integrante del ordenamiento jurídico de la Unión, la obligación de respetar sus disposiciones se extenderá de forma indiferenciada a todas las normas de este ordenamiento, incluidas las normas de Derecho originario y los actos de las instituciones y de los Estados miembros en aplicación del Derecho de la Unión. Por supuesto, al TJUE no le corresponderá la función de apreciar la validez de las disposiciones del Derecho originario a la luz del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH, pero sí de buscar por vía interpretativa la conciliación y convergencia con las mismas como incluso antes de la adhesión está haciendo. En caso de constatarse por el TEDH que una disposición del Derecho originario infringe el CEDH su reforma sólo pueden operarla los Estados miembros siguiendo el procedimiento reglado en el artículo 48 TUE.

el Derecho internacional de los Derechos humanos viene determinada por la existencia de una cierta subjetividad del individuo en ambos ámbitos. No obstante, existe la diferencia de partida de que en el ordenamiento comunitario el interés del individuo solo era inicialmente tutelado en su condición de nacional de un Estado miembro y en la medida en que se ejercitase alguna de las libertades económicas fundamentales; mientras que en el Derecho internacional de los Derechos humanos se tutela un interés intrínseco a todo ser humano en cuanto tal.

¿Cuál es la posición del CEDH, antes de la adhesión, a la luz de una lectura conjunta de los artículos 6.1 TUE y 52.3 CDFUE, y a la luz de la singular posición que el TJUE atribuye al CEDH como fuente de inspiración en la determinación de los principios generales del Derecho de la Unión? El artículo 6.1 TUE incorpora por referencia en el Derecho originario el contenido íntegro de la CDFUE⁶⁸⁸. En la medida en que se le reconoce a este instrumento el mismo valor jurídico que al Derecho originario, y en la medida en que la CDFUE, a su vez, incorpora como estándar mínimo de protección para aquellas de sus disposiciones que se correspondan con las del CEDH, el estándar fijado por este último a la luz de la jurisprudencia del TEDH, podría hablarse de una *doble incorporación por referencia* del CEDH en el Derecho originario de la Unión⁶⁸⁹. Se trata de una inserción muy forzada por vía interpretativa, que sin duda presenta grandes diferencias respecto de la adhesión en cuanto a la aplicabilidad/invocabilidad del CEDH en el ordenamiento de la Unión, y que obviamente no comporta la sumisión directa de la Unión al mecanismo de control del CEDH. No obstante, dado este estado de cosas, existe un deber jurídico para el TJUE de buscar por vía interpretativa la conciliación entre el Derecho originario y las disposiciones del CEDH, en el caso hipotético de un conflicto⁶⁹⁰. Además, DE WITTE ha llamado la atención sobre otro cambio importante del Derecho originario en este punto que el Tratado de Lisboa ha traído consigo y que ha pasado en buena medida inadvertido tanto para la doctrina mayoritaria como para el propio TJUE: la nueva redacción del artículo 6.3 TUE dispone que los derechos fundamentales que garantiza el CEDH formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales. Por tanto, de este lenguaje parece desprenderse que la Unión está obligada al respeto de los derechos recogidos en el CEDH, que dejaría de ser una mera

⁶⁸⁸ P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en la práctica española”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 15, 2008, p. 233.

⁶⁸⁹ Véase C. TIMMERMANS, “The Relationship between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights”, *op. cit.*, p. 152.

⁶⁹⁰ Esta búsqueda de la conciliación hermenéutica entre el Derecho originario y las disposiciones del CEDH es previa incluso a la adquisición de valor jurídico vinculante por parte de la CDFUE el 1 de diciembre de 2009. Una evidencia son los esfuerzos del TJUE por conciliar la configuración del *locus standi* de los particulares en el marco del recurso de anulación con las exigencias de los artículos 6 y 13 CEDH. Deben verse, la Sentencia del Tribunal General de 3 de mayo de 2002, *Jégo-Quéré*, asunto T-177/01, Rec. 2002, p. 2365; la Sentencia del TJUE de 1 de abril de 2004, *Comisión c. Jégo-Quéré*, asunto C-263/02, Rec. 2004, p. I-3425; y las Conclusiones del Abogado General JACOBS presentadas el 21 de marzo de 2002, *Unión de Pequeños Agricultores c. Consejo*, asunto C-50/00 P, Rec. 2002, I-6677. Puede verse sobre las repercusiones de esta jurisprudencia en la legitimación de los particulares, R. ALONSO GARCÍA, D. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones, concordancias, jurisprudencia*, Aranzadi, 2006, pp. 44-45. En profundidad sobre las vías de recurso que el ordenamiento de la Unión ofrece a los particulares para acceder a las instancias jurisdiccionales de la Unión, S. VAN RAEPENBUSCH, *Le recours des particuliers devant le juge de l'Union européenne*, Bruylant, Bruselas, 2012.

fuentes de inspiración para el TJUE a la hora de determinar los principios generales. Los Estados miembros podrían haber querido reducir la discrecionalidad con que cuenta el TJUE, para convertir *ipso iure* el contenido del CEDH en principios generales del Derecho de la Unión y no en una suerte de guía de referencia de singular trascendencia para su determinación, como ha venido ocurriendo hasta la fecha. De ahí que se haya dicho que, según esta visión, el CEDH podría tener aplicabilidad sustantiva propia en el ordenamiento de la Unión. Parece obvio que los Estados miembros han querido limitar mediante el artículo 6.3 TUE el juego de otros instrumentos internacionales para la protección de los derechos humanos en el modelo “pretoriano” del TJUE, aunque el Derecho originario no es un óbice para su desarrollo y evolución como no lo fue para su surgimiento, máxime teniendo en cuenta la apertura al Derecho internacional que presenta el artículo 53 CDFUE, plenamente equiparado en valor jurídico al Derecho originario. En cualquier caso, con anterioridad a la adhesión, pese a que las disposiciones del CEDH puedan formar parte del ordenamiento jurídico de la Unión directamente como principios generales, las instituciones de la Unión únicamente estarían obligadas a respetar las obligaciones dimanantes de este acuerdo internacional por la vía del Derecho de la Unión y la Unión seguiría sin tener una obligación nítida de Derecho internacional que comportase la sumisión a los mecanismos de control del CEDH⁶⁹¹.

B) En segundo lugar, las disposiciones de la CDPD que forman parte integrante del ordenamiento de la Unión están llamadas a ser un elemento determinante en la interpretación y determinación del alcance de las disposiciones de la CDFUE (en particular de sus artículos 21, 24 o 26). Como BIEL PORTERO ha puesto de manifiesto, la redacción del artículo 26 de la CDFUE es cuanto menos desafortunada: puesto que habla de “*personas discapacitadas*” y no de “*personas con discapacidad*”, que es la noción internacionalmente aceptada⁶⁹². Esta incongruencia deberá salvarse mediante la interpretación conforme del artículo 26 CDFUE al objeto y finalidad de la CDPD, ya que dicha terminología es incompatible con el enfoque social hacia el fenómeno de la discapacidad que está ínsito en los valores y filosofía de la Convención de Naciones

⁶⁹¹ B. DE WITTE, “The EU and International Legal Order: The Case of Human Rights”, *op. cit.*, pp. 129-130. El TJUE ha ignorado que la nueva redacción otorgada al artículo 6.3 TUE comporte un cambio sustancial en su jurisprudencia: “*Dicha disposición del Tratado UE refleja la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia según la cual los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia*”, véase la Sentencia de 24 de abril de 2012, *Kamberaj*, asunto C-571/10, (pendiente de publicación), Rec. 2012, apartado 61.

⁶⁹² I. BIEL PORTERO, *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, *op. cit.*, pp. 35-45 y 274.

Unidas. Asimismo serán las disposiciones de la CDPD un elemento clave en el que con seguridad el TJUE se inspirará para extraer los derechos fundamentales que tutela en su calidad de principios generales del Derecho de la Unión, al margen de que pueda permitir la eficacia directa de alguno de sus preceptos. Por otra parte, ciertas disposiciones de los Tratados de la Unión deben ser interpretadas y aplicadas a la luz de las obligaciones contraídas en virtud de la CDPD: de forma más evidente los artículos 10⁶⁹³ y 19 TFUE⁶⁹⁴. De igual modo, sería ilusorio esperar que las disposiciones de la CDPD afecten a la validez del Derecho originario, aunque la Unión está obligada a cumplir las obligaciones contraídas en virtud de este instrumento y desde el punto de vista jurídico-internacional debe recordarse que ni las exigencias de su Derecho originario pueden ser un obstáculo a dicho deber. Un razonamiento similar puede extrapolarse a los tratados en materia de derechos humanos que la Unión decida concluir en el futuro.

C) *En tercer lugar, deben analizarse las delicadas relaciones entre el Derecho internacional general en materia de Derechos humanos y el Derecho originario de la Unión teniendo en cuenta que el primero penetra de forma automática en este último ordenamiento jurídico*: a priori, señalar que los Estados miembros al crear el Derecho originario de la Unión no pueden derogar ni exceptuar aquellas normas concernientes a los derechos de la persona humana que tengan carácter de *ius cogens*⁶⁹⁵, del mismo

⁶⁹³ “En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”.

⁶⁹⁴ Apartado 1: “Sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión por los mismos, el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”, y el apartado 2: “No obstante lo dispuesto en el apartado 1, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, los principios básicos de las medidas de la Unión de estímulo, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, para apoyar las acciones de los Estados miembros emprendidas con el fin de contribuir a la consecución de los objetivos enunciados en el apartado 1”.

⁶⁹⁵ Sabidas son las dificultades de especificar el contenido de esta ampulosa categoría normativa recogida en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, véase, A. BIANCHI, “Human Rights and the Magic of Jus Cogens”, *loc. cit.* El propio Tribunal General reconoció la sumisión de todos los sujetos de Derecho internacional, incluyendo a la Unión Europea, al contenido de esta controvertida noción de derecho imperativo. Véase la Sentencia del Tribunal General de 21 de septiembre de 2005, *Kadi c. Consejo y Comisión*, *cit. supra*, apartado 226. Pese a las tentaciones de buscar a la noción de *ius cogens* fundamentaciones metajurídicas o iusnaturalistas, al ser ésta una categoría fuertemente impregnada de elementos axiológicos y éticos, es posible defender su existencia y determinar su contenido desde una perspectiva netamente positivista: el artículo 4, párrafo 2 del PIDCP o el artículo 15, párrafo 2 del CEDH convergen en la idea de que ciertos derechos deben ser respetados en todo lugar y en toda circunstancia y no son, en consecuencia, susceptibles de derogación: el derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida, el derecho a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos

modo que tampoco pueden derogar tales normas en aplicación de las disposiciones del Derecho originario ni las instituciones ni los propios Estados miembros. Debe tenerse en cuenta el carácter eminentemente evolutivo de esta noción, ya establecido en el artículo 64 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados al prever la aparición de nuevas normas imperativas mediante la figura del *ius cogens superveniens*. Por otra parte, de la fuerza del artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas cabe deducir que aquellos derechos humanos que la CIJ ha declarado como obligaciones *erga omnes*, no pueden ser infringidos por las disposiciones del Derecho originario ni en su creación por los Estados miembros, ni en su subsiguiente aplicación por las instituciones de la Unión y los propios Estados miembros⁶⁹⁶. Por último, dentro del Derecho internacional general encontramos una categoría más amplia que abarca a las nociones de *ius cogens* y de obligaciones *erga omnes*, pero que de un modo residual y para enfatizar su menor nivel de certeza en cuanto a la precisión de su juridicidad, puede ser designada como normas de naturaleza consuetudinaria relativas a la protección de los derechos humanos: desde luego estas normas no son desde el prisma del TJUE susceptibles de afectar a la validez del Derecho originario, pero de ello no cabe deducir que en aplicación del Derecho originario de la Unión puedan ser ignoradas o abiertamente infringidas. Cabe sostener esta visión no sólo desde la perspectiva del Derecho internacional sino desde el prisma del propio Derecho originario de la Unión. En este sentido resulta claramente reveladora la resolución a cargo del TJUE del recurso

inhumanos o degradantes, o el derecho a no ser sometido a esclavitud o servidumbre. Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que tanto el principio de igual protección ante la ley como la prohibición de discriminación forman parte de la categoría normativa del *ius cogens*, debe verse su Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, sobre la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Serie A Nº 18.

⁶⁹⁶ Las nociones de *ius cogens* y *erga omnes* son colindantes y en muchos casos se superponen, podría decirse que todas las normas imperativas constituyen obligaciones *erga omnes*, pero que no todas las obligaciones *erga omnes* son normas de *ius cogens*. Entre dichos derechos humanos que constituyen obligaciones *erga omnes* se hallan la prohibición de genocidio, su prevención y sanción, la noción más voluble de *normas concernientes a los derechos fundamentales de la persona humana*, así como la protección contra la práctica de la discriminación racial, el apartheid o la esclavitud, o el derecho a no ser objeto de denegación flagrante de justicia... Se trata de una categoría abierta y sujeta a una posiblemente prospera, expansiva y fructífera evolución, véase P. COUVREUR, “La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en materia de Derechos Humanos”, en J. SOROETA LICERAS (ed.), *La eficacia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián, Vol. XI, Universidad del País Vasco, 2011, pp. 138-147. Sobre la relación entre ambas categorías normativas, así como, una opinión que sostiene que la obligación de respetar y proteger los derechos humanos constituye una obligación *erga omnes* puede verse, A. SANJOSÉ GIL, “La responsabilité internationale des États pour les violations des droits de l’homme”, *op. cit.* Téngase en cuenta además el artículo 55 de la Carta de las Naciones Unidas que consagra el compromiso de la ONU con la promoción del respeto universal a los derechos humanos y libertades fundamentales. Este precepto permitió a la CIJ asentar la competencia de la Asamblea General de Naciones Unidas para solicitar su Opinión Consultiva de 30 de marzo de 1950, *Interpretación de los Tratados de Paz con Bulgaria, Hungría y Rumanía*, Rec. 1950, p. 70.

por incumplimiento interpuesto por Hungría contra Eslovaquia a causa de la denegación de la entrada en territorio eslovaco al Presidente de Hungría, con ocasión de la conmemoración de un día de fiesta nacional en Hungría, coincidente con el aniversario de la fecha en que las fuerzas armadas de cinco Estados del Pacto de Varsovia (entre ellos Hungría) habían invadido la antigua Checoslovaquia. El TJUE consideró que el hecho de que un ciudadano de la Unión ejerciera funciones de Jefe de Estado justificaba una limitación del derecho a la libertad de circulación que contempla el artículo 21 TFUE. Para ello el TJUE señaló que el Derecho de la Unión debía interpretarse y aplicarse a la luz del Derecho internacional, y en particular, de las normas consuetudinarias de Derecho internacional general (que forman parte del ordenamiento jurídico de la Unión): bajo este título el Tribunal invocó el artículo 1 de la Convención de Nueva York, de 14 de diciembre de 1973, sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas. De este modo el TJUE reconoció que una libertad fundamental integrante del estatuto de ciudadanía de la Unión podía estar limitada en virtud de la aplicación de normas consuetudinarias provenientes del Derecho internacional general. En esta ocasión, el TJUE eludió posibles atajos como podría ser haber señalado que la visita de un Jefe de Estado de otro Estado miembro no estaba comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 21 TFUE⁶⁹⁷.

Esta lectura de subordinación, en materia de derechos humanos, del Derecho originario al Derecho internacional general, se desprende de la literalidad del artículo 53 CDFUE, que sitúa como nivel mínimo, para la determinación del alcance de los derechos, libertades y principios dispersos en su articulado, el establecido por el Derecho internacional⁶⁹⁸.

Al margen de su fuerza convencional, resulta más difícil sostener la vinculación de la Unión Europea a los derechos económicos, sociales y culturales, cuya realización está más ligada a la existencia de una actividad prestacional y no meramente de no hacer o de observancia pasiva. No obstante, puede hablarse también de la existencia de un mínimo de derechos económicos, sociales y culturales que constituyen normas

⁶⁹⁷ Sentencia de 16 de octubre de 2012, *Hungría c. República Eslovaca*, Rec. 2012 (pendiente de publicación), apartados 44-52.

⁶⁹⁸ Cabe entender esta remisión en bloque como referida al Derecho internacional de los Derechos Humanos al margen de su naturaleza convencional. Recuérdese que al observar las disposiciones de la CDFUE, las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como los Estados miembros obligados al actuar en el ámbito del Derecho de la Unión, deben observar las normas consuetudinarias en materia de Derechos Humanos, y de este deber no resulta particularmente exento el Derecho originario.

consuetudinarias y cuya realización no puede verse entorpecida por la aplicación del Derecho originario de la Unión, e incluso puede sostenerse que ésta dentro del respeto a los principios de subsidiariedad y de competencias por atribución queda obligada a promover su realización. La Unión Europea, si se quiere también por aplicación del principio de cooperación leal, está obligada a no impedir y activamente a apoyar que los Estados miembros alcancen los niveles mínimos de realización de derechos subjetivos tales como la percepción de los alimentos esenciales, la atención primaria de salud esencial, la vivienda o la enseñanza básica⁶⁹⁹. Cuanto menos podría derivarse una forma atenuada de responsabilidad *in vigilando* bien de la Unión, bien atribuible al conjunto de Estados miembros por la elaboración del Derecho originario y su aplicación ulterior. Pues como ha establecido el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

“Así por ejemplo, un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y de vivienda básicos o de las formas más básicas de la enseñanza, no estaría prima facie cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto”⁷⁰⁰.

Como se ha dicho, el alcance de estas normas consuetudinarias no puede ser un pretexto para el escrutinio de la validez del Derecho originario, pero sí podría inferirse y sería más fácil sostener un cierto deber de interpretación y aplicación conforme del mismo a la finalidad de las normas consuetudinarias. E incluso en última instancia podría derivarse la necesidad de que el conjunto de los Estados miembros procedieran a una revisión en consonancia del propio Derecho originario en el caso de ser ésta necesaria para dar cumplimiento a dichas obligaciones.

D) *En cuarto lugar, en el contexto de la crisis de la eurozona algunos de los Estados miembros han adoptado tratados internacionales entre ellos que, pese a tener vocación*

⁶⁹⁹ El TJUE de forma indirecta ha respaldado y favorecido el derecho fundamental a la vivienda en su Sentencia de 14 de marzo de 2013, donde ha establecido que la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores se opone a una legislación nacional como la española “[...] que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final”. Debe verse la Sentencia de 14 de marzo de 2013, *Aziz c. Catalunya Caixa*, asunto C-415/11, (pendiente de publicación), Rec. 2013. Asimismo véase la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, D.O.U.E. Serie L 95/29, de 21 de abril de 1993.

⁷⁰⁰ Véase la Observación General N° 3, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, 5° Período de Sesiones, 1990, HRI/GEN/1/Rev.8, p. 19, apartado 10.

de integrarse en el Derecho de la Unión, difuminan y complican el análisis de las relaciones entre el Derecho originario y el Derecho internacional convencional o consuetudinario. Desde luego la crisis financiera internacional, cuyos efectos se vienen dejando notar especialmente en Europa desde 2008, y la subsiguiente crisis de deuda soberana de los Estados miembros (especialmente pero no únicamente de los que participan en la Moneda Única), en un contexto de recesión económica que amenaza con instalarse en un horizonte temporal considerable, han reducido fuertemente el margen con que tanto la Unión como los Estados miembros cuentan para realizar políticas públicas que favorezcan la realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Estos factores han afectado negativamente a los niveles de realización de dichos derechos, y lógicamente resulta necesario dilucidar en qué medida los Estados miembros o las instituciones de la Unión (el Consejo Europeo con un papel creciente en las orientaciones de política económica ha sido elevado desde el 1 de diciembre de 2009 a la categoría de institución) son responsables o corresponsables de la dilución o mejora del nivel de realización de tales derechos. Dicha responsabilidad se puede inferir del grado en que logren o no coordinar sus respectivas políticas económicas y presupuestarias los Estados miembros y de las respuestas adoptadas a nivel macroeconómico en ejecución del Derecho originario. En esta tesitura, parece difícil sostener que toda la responsabilidad en la realización de los mencionados derechos económicos, sociales y culturales en el interior de los Estados miembros de la Unión corresponda a ellos en exclusiva sin que pueda predicarse ningún tipo de responsabilidad de las instituciones de la Unión. Este dibujo se complica con la aparición de tratados internacionales entre algunos de los Estados miembros destinados a integrarse en el ordenamiento de la Unión como es el caso del nuevo Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria⁷⁰¹. La

⁷⁰¹ Este tratado en vigor desde el 1 de enero de 2013 fue firmado el 2 de marzo de 2012 por 25 Estados miembros. Su entrada en vigor ha requerido la ratificación de 12 de 17 Estados pertenecientes a la Moneda Única (es decir $\frac{3}{4}$), véase C. CLOSA, “Jugando a ratificar: las reglas de entrada en vigor del nuevo Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza del euro”, *Real Instituto Elcano*, ARI 15/2012, 2012, disponible en:

http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/riecano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ari15-2012

Asimismo debe verse, G. MARTINICO, C. M. CANTORE, “The New ‘Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union’: Asymmetry or Dis-integration?”, *Real Instituto Elcano*, Working Paper 10/2012, disponible en:

http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/riecano_eng/Content?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_in/zonas_in/dt10-2012_martinico-cantore_emu

Sobre la preferencia del uso de la cooperación reforzada frente a las fórmulas intergubernamentales para la integración europea en aquellos ámbitos donde la Unión tiene competencia y cuando hay un número de

responsabilidad de la Unión en aplicación del Derecho originario deberá calibrarse a la luz de la extensión de sus competencias, aunque lógicamente la Unión necesita dotarse de un sistema de auténticos recursos propios de naturaleza fiscal para disponer de la autonomía financiera que le permita orientar sus políticas públicas al logro de los objetivos transversales enunciados en el artículo 3 TUE (entre ellos combatir la exclusión social o mejorar la protección social), como ha señalado LÓPEZ ESCUDERO dicho proyecto no deja de ser asequible pese a su ambición y envergadura:

*“Las dificultades técnicas son importantes pero subsanables con voluntad política por parte de los países miembros. Sin medios financieros a la altura de sus competencias y de sus retos, la UE no podrá desempeñar el papel que debe en el siglo XXI”*⁷⁰².

Como decíamos, el Consejo Europeo viene asumiendo un papel prominente en la denominada *gobernanza económica* de la Unión. En este sentido adoptó el 25 de marzo de 2011, conforme al procedimiento de revisión simplificado (artículo 48.6 TUE), una Decisión que prevé insertar en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) una nueva disposición según la cual los Estados miembros cuya moneda es el euro podrán establecer un mecanismo de estabilidad que se activará cuando sea indispensable para salvaguardar la estabilidad de la zona del euro en su conjunto⁷⁰³. Dicha disposición que se recogerá en el nuevo apartado 3 del artículo 136 TFUE, supeditará la concesión de toda ayuda financiera a los Estados miembros a una estricta condicionalidad macroeconómica. Partiendo de dicha modificación, los Estados miembros que participan de la moneda común⁷⁰⁴ el 2 de febrero de 2012 firmaron el Tratado constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE), que cuenta con personalidad jurídica propia⁷⁰⁵. En respuesta a una petición prejudicial emanada del

Estados suficiente para articular la cooperación reforzada debe verse, C. MARTÍNEZ CAPDEVILA, “¿Son los acuerdos *inter se* una alternativa a la cooperación reforzada en la UE? Reflexiones al hilo del Tratado de Prüm”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 40, 2011, pp. 419-439.

⁷⁰² M. LÓPEZ ESCUDERO, “La financiación de la Unión Europea: reflexiones sobre una reforma necesaria”, en A. M. BADÍA MARTÍ, A. PIGRAU SOLÉ, A. OLESTI RAYO, *Derecho Internacional y Comunitario ante los retos de nuestro tiempo, Homenaje a la Profesora Victoria Abellán Honrubia*, Vol. II, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 1051-1052.

⁷⁰³ Decisión 2011/199/UE del Consejo Europeo, de 25 de marzo de 2011, que modifica el artículo 136 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en relación con un mecanismo de estabilidad para los Estados miembros cuya moneda es el euro, D.O.U.E. Serie L 91/1, de 6 de abril de 2011. Su entrada en vigor que estaba prevista para el 1 de enero de 2013, está supeditada a que todos los Estados miembros aprueben la decisión de conformidad con sus normas constitucionales. La República Checa no ha procedido todavía a su aprobación (12 de febrero de 2013).

⁷⁰⁴ Es decir: Alemania, Austria, Bélgica, Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Francia, Finlandia, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Malta, Países Bajos y Portugal.

⁷⁰⁵ España ha ratificado este tratado internacional, véase el Instrumento de Ratificación del Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE) entre el Reino de Bélgica, la República

Tribunal Supremo de Irlanda, el TJUE ha señalado que no encuentra ningún motivo por el que pueda verse afectada la validez de la Decisión 2011/199/UE del Consejo Europeo en virtud de la que se reforma el artículo 136 TFUE. Además, el TJUE consideró que la institución del MEDE no se oponía a la tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Para ello el TJUE consideró al amparo del artículo 51.1 de la Carta, que las disposiciones de ésta no resultan de aplicación puesto que mediante la constitución del MEDE los Estados miembros no están aplicando el Derecho de la Unión. Mediante esta interpretación restrictiva del alcance de las obligaciones derivadas de la CDFUE⁷⁰⁶, el TJUE no sólo desaprovechó una ocasión excelente para indicar que el Consejo Europeo en su condición de institución, adquirida con el Tratado de Lisboa, también está sujeto a la obligación de respetar los derechos fundamentales dimanantes de la Carta; sino que además, el Tribunal tan suspicaz en otras ocasiones hacia el Derecho internacional, ha dejado la puerta abierta a un desarrollo del Derecho de la Unión, mediante acuerdos internacionales entre sus Estados miembros, que puede contribuir a su fragmentación. Además, el TJUE en su decisión viene a decir que el establecimiento mediante un acuerdo internacional entre algunos de los Estados miembros de un mecanismo que da

Federal de Alemania, la República de Estonia, Irlanda, la República Helénica, el Reino de España, la República Francesa, la República Italiana, la República de Chipre, el Gran Ducado de Luxemburgo, Malta, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria, la República Portuguesa, la República de Eslovenia, la República Eslovaca y la República de Finlandia, hecho en Bruselas el 2 de febrero de 2012, B.O.E. núm 239 de 4 de octubre de 2012, p. 70375.

⁷⁰⁶ En concreto las Explicaciones al apartado 1 del artículo 51 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión aluden a la jurisprudencia anterior del TJUE donde se establece la obligación de respetar los derechos fundamentales “en el ámbito del Derecho de la Unión”, noción más amplia que la que dispone la letra del artículo 51.1 de la Carta. Dichas Explicaciones bien podrían haber sido tenidas en cuenta por el Tribunal a la hora de interpretar este precepto, tal y como dispone el propio artículo 6.3 TUE. En concreto el texto de esta *Guía interpretativa* establece: “*En lo que a los Estados miembros se refiere, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende inequívocamente que la obligación de respetar los derechos fundamentales definidos en el marco de la Unión sólo se impone a los Estados miembros cuando actúan en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión (sentencia de 13 de julio de 1989, Wachauf, asunto 5/88, Rec. 1989, p. 2609; sentencia de 18 de junio de 1991, ERT, Rec. 1991, p. I-2925; sentencia de 18 de diciembre de 1997, asunto C-309/96 Annibaldi, Rec. 1997, p. I-7493). Recientemente, el Tribunal de Justicia ha confirmado esta jurisprudencia en los siguientes términos: «Debe recordarse, además, que las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario vinculan, asimismo, a los Estados miembros cuando aplican la normativa comunitaria...» (sentencia de 13 de abril de 2000, asunto C-292/97, Rec. 2000, p. I-2737, apartado 37). Por supuesto, esta norma tal como se consagra en la presente Carta, se aplica tanto a las autoridades centrales como a las instancias regionales o locales así como a los organismos públicos cuando aplican el Derecho de la Unión». Véanse las Explicaciones a la Carta, actualizadas por el Praesidium de la Convención Europea publicadas en el D.O.U.E. Serie C 303/02, de 14 de diciembre de 2007. Sobre éstas puede verse, J. ZILLER, “*Le fabuleux destin des Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne*”, en *Chemins d’Europe. Mélanges en l’honneur de Jean Paul Jacqué*, Dalloz, París, 2010, pp. 765-781. Por último en relación con el alcance de artículo 51 de la CDFUE debe verse A. ROSAS, “When is the EU Charter of Fundamental Rights Applicable at National Level?”, *Jurisprudence*, Vol. 19, nº 4, Mykolas Romeris University, 2012, pp. 1269-1288.*

aplicación a lo previsto en el nuevo apartado 3 del artículo 136 TFUE está exento de respetar las disposiciones de la Carta, no sólo en su constitución sino también en su ulterior aplicación. El TJUE dispone que la inserción de dicha disposición en el Derecho primario demuestra que la competencia, en este caso, pertenece a los Estados miembros y por tanto estos no vienen obligados a observar lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales. ¿Está admitiendo el Tribunal su falta de jurisdicción para efectuar un escrutinio en términos de derechos fundamentales del Derecho primario y de los actos adoptados para su aplicación y ejecución?, ¿serían los tribunales de los Estados miembros los que deberían efectuar según su criterio tal control de compatibilidad?, ¿si los estándares de la Carta de los Derechos Fundamentales no son de aplicación a la constitución, establecimiento y funcionamiento ulterior del MEDE, significa esto que resultan de aplicación el Derecho internacional de los Derechos humanos, o en su caso, las disposiciones constitucionales de los Estados miembros relativas a los derechos fundamentales, tales como el invocado derecho a la tutela judicial efectiva⁷⁰⁷? Resulta evidente que los Estados miembros que participan en la moneda común han podido establecer este mecanismo cuya activación supondrá para el Estado miembro receptor de la ayuda financiera someterse a una estricta condicionalidad macroeconómica que será adoptada por la Comisión Europea en concierto con el Banco Central Europeo (BCE), además, la Comisión, en coordinación con el BCE velará por su cumplimiento. Cuesta comprender que no estemos en este supuesto en el ámbito del Derecho de la Unión⁷⁰⁸.

Siguiendo con la actual situación económico-financiera, aprovechamos para adentrarnos en una cuestión más amplia, que sólo se dejará apuntada como propuesta *de lege ferenda* y que no estará incardinada en el objeto central del presente trabajo: si de la gestión de agentes privados en el libre mercado, han terminado respondiendo de forma coordinada los Estados miembros de la Unión, que han comprometido una buena

⁷⁰⁷ Sobre el mencionado artículo 51 apartado 1 de la CDFUE el TJUE ha señalado: “[...] cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro deba controlar la conformidad con los derechos fundamentales de una disposición o de una medida nacional por la que se aplica el Derecho de la Unión en el sentido del artículo 51, apartado 1, de la Carta, en una situación en la que la acción de los Estados miembros no esté totalmente determinada por el Derecho de la Unión, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión [...]”, véase la Sentencia de 26 de febrero de 2013, *Aklagaren*, asunto C-617-10, (pendiente de publicación), Rec. 2013.

⁷⁰⁸ Véase la Sentencia del TJUE de 27 de noviembre de 2012, *Pringle c. Irlanda*, asunto C-370/12, (pendiente de publicación), Rec. 2012.

parte de sus recursos públicos para ello⁷⁰⁹, ¿no debería su *bailout* verse acompañado de un correlativo trasvase en términos de obligaciones internacionales en materia de derechos humanos?, de otro modo, ¿no debería producirse una cierta *privatización* de la obligación de respetar, proteger y promover los derechos humanos, proporcional al apoyo público recibido?⁷¹⁰ Resulta innegable en muchos Estados miembros la contaminación de las finanzas públicas y su sostenibilidad, como consecuencia de la situación de las finanzas privadas. En este sentido cabe apuntar *in statu nascendi* y todavía dentro del *soft law* la posible emergencia de una nueva tendencia en el Derecho internacional de los Derechos humanos en cuyo nacimiento la Unión Europea ha colaborado: se trata de la consolidación como sujetos obligados por las normas internacionales de derechos humanos de las personas jurídicas, en particular de las empresas tanto transnacionales como de todo tipo⁷¹¹. En este sentido la Unión Europea ha apoyado la adopción de los *Principios rectores de Naciones Unidas relativos a las empresas y los derechos humanos*⁷¹². De ellos merece extractarse el siguiente párrafo:

⁷⁰⁹ En buena medida resultan trasladables a este ámbito particular las palabras de CHEMILLIER-GENDREAU: “*Une addition de politiques nationales, pour la plupart sous l’influence d’acteurs économiques et financiers préoccupés de leurs profits et non de l’intérêt général universel, ne peut d’aucune manière aboutir à une réponse appropriée. Le monde se trouve ainsi dans la situation d’un bateau ivre*”, véase M. CHEMILLIER-GENDREAU, “Relativisme et universalisme en droit international”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. XI/XII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007/2008, p. 400.

⁷¹⁰ Dicha privatización no podría suponer una exención de responsabilidad del Estado ni del poder público, al contrario, la transferencia de obligaciones en materia de derechos humanos al sector privado debería verse acompañada de las facultades de control y de regulación que seguirían estando en manos del poder público. Tal y como se expuso a finales del siglo pasado: “*El hecho de que el Estado, en nuestros días, no sea el “benefactor” que conocimos durante décadas no puede implicar que desaparezca totalmente su responsabilidad ante los ciudadanos y que aquella se transfiera al sector privado. De esta manera, se corre el riesgo de conformar una sociedad todavía más asimétrica, carente de solidaridad, donde se privilegie el individualismo y el ser humano se encuentre relegado a un segundo plano frente a la lógica del máximo beneficio*”, véase A. PRERA, “El poder sin rostro. Los efectos de las privatizaciones y los Derechos Humanos”, en Karel Vasak *Amicorum Liber, Human Rights at the Dawn of the Twenty-First Century*, Bruylant, Bruselas, 1999, pp. 747-756, en p. 754.

⁷¹¹ Véase M. T. KAMMINGA, “La responsabilité des sociétés multinationales en cas d’atteinte aux droits de l’homme : un défi pour la communauté européenne”, en P. ALSTON, M. BUSTELO, J. HEENAN (eds.), *L’Union Européenne et les Droits de l’Homme*, Bruylant, Bruselas, 2001, pp. 573-590. Una reciente tesis doctoral esgrime cómo la Unión Europea podría aumentar sus esfuerzos para lograr el compromiso jurídico con el Derecho internacional de los Derechos humanos por parte de las empresas multinacionales afincadas en el territorio de sus Estados miembros cuando éstas operan en terceros países. Al mismo tiempo la autora recomienda a la Unión Europea promover en el seno de Naciones Unidas el marco jurídico adecuado de Derecho internacional para vincular las obligaciones de las empresas multinacionales al Derecho internacional de los Derechos humanos, estimulando, además, la evolución de este último en tal dirección, véase A. GATTO, *Multinational Enterprises and Human Rights Obligations under EU Law and International Law*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar, 2011.

⁷¹² Véanse los *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, respetar y remediar*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, HR/PUB/11/04, Ginebra, 2011. Estos principios rectores

“Los Estados deben adoptar medidas adicionales de protección contra las violaciones de derechos humanos cometidas por empresas de su propiedad o bajo su control, o que reciban importantes apoyos y servicios de organismos estatales, como los organismos oficiales de crédito a la exportación y los organismos oficiales de seguros o de garantía de las inversiones, exigiendo en su caso, la debida diligencia en materia de derechos humanos”.

He aquí una inmejorable ocasión para que la Unión Europea sirva de punta de lanza a un marco jurídico universal, al anticiparse estableciendo un marco jurídico obligatorio para las empresas vinculadas a sus Estados miembros que operan en el resto del mundo. De este modo podrían imponerse a los sujetos privados de carácter transnacional obligaciones internacionales de carácter público, facilitando a terceros Estados su respeto (por ejemplo, de los estándares de protección social), ya que dejarían de poseer la desregulación como arma de competencia económica y de atractivo para la inversión extranjera. Sería de esperar que la propuesta no quede relegada a la mera utopía⁷¹³.

A modo de recapitulación, pueden extraerse tres ideas para sintetizar los aspectos más relevantes de la relación entre el Derecho originario de la Unión y el Derecho internacional en lo concerniente a la protección de los derechos humanos:

- a) La regla general es que los acuerdos internacionales concluidos por la Unión se posicionan jerárquicamente en este ordenamiento de forma intermedia entre el Derecho originario y el derecho derivado. La validez del Derecho originario no se ve afectada por las obligaciones convencionales de la Unión, y la primacía del Derecho originario sobre los acuerdos internacionales concluidos

han sido acogidos con satisfacción por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas en su Resolución 17/4, *Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, de 16 de junio de 2011. De los citados principios rectores cabe extraer algunos pasajes que detallan cuál sería la vinculación de las empresas: *“La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se refiere a los derechos humanos internacionalmente reconocidos que abarcan, como mínimo, los derechos enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo”*. Asimismo: *“La responsabilidad de respetar los derechos humanos exige que las empresas: a) Eviten que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hagan frente a esas consecuencias cuando se produzcan; b) Traten de prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos”*.

⁷¹³ Debe verse la Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 25 de octubre de 2011, Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas, COM(2011) 681 final, en ella la Comisión Europea expresa su deseo de dar aplicación a los Principios rectores de Naciones Unidas relativos a las empresas y los derechos humanos.

por la Unión se manifiesta en la posibilidad de someter la conformidad de los acuerdos previstos con los Tratados a la apreciación del TJUE tanto mediante el control previo como mediante el control posterior.

- b) Los derechos fundamentales que el TJUE tutela como principios generales del Derecho así como los contenidos en la CDFUE constituyen límites *intrínsecos* a la asunción de obligaciones internacionales por vía convencional para la Unión Europea.
- c) Las normas relativas a la protección de los derechos humanos contenidas en acuerdos internacionales concluidos por la Unión y las normas consuetudinarias de carácter general en esta materia, en la medida en que contribuyen a reforzar y engrosar el patrimonio jurídico-político de los Estados miembros que ha sido tutelado por el TJUE como integrante del Derecho originario, se integran *nominalmente*, potencialmente y preferentemente por vía interpretativa en el Derecho originario de la Unión, constituyendo a su vez nuevos límites a la asunción de obligaciones internacionales. La apertura del artículo 53 CDFUE al ordenamiento jurídico-internacional y a los acuerdos concluidos por la Unión puede consagrar y acentuar este fenómeno.

3. Eficacia directa de las disposiciones contenidas en los acuerdos internacionales concluidos por la Unión Europea.

3.1. Cuestiones previas: aplicabilidad directa de los acuerdos internacionales, resoluciones de organizaciones internacionales y otras normas internacionales. Nociones de *self-executing*, invocabilidad, justiciabilidad y eficacia directa del Derecho internacional convencional.

Partiendo de la premisa de que el ordenamiento jurídico de la Unión es un ordenamiento monista -con los matices y cautelas señalados en un apartado anterior- en el que la incorporación y recepción de normas y de obligaciones internacionales es automática, la primera cuestión que debemos plantearnos respecto de aquellos acuerdos internacionales y demás normas y obligaciones internacionales que forman parte plenamente integrante de este ordenamiento, es si desde el punto de vista del Derecho internacional tales normas prescriben su propia aplicabilidad directa o carácter *self-executing*.

Dicho carácter *self-executing* o la cualidad de aplicabilidad directa de un acuerdo internacional o de otra norma u obligación internacional, puede ser determinado discrecionalmente por las partes que ostentan libertad para decidir las modalidades para su aplicación, salvo que la propia norma internacional postule su aplicabilidad directa. Podría decirse que la aplicabilidad directa o el carácter *self-executing* es una cualidad que se predica del conjunto de una norma internacional y que conlleva la ausencia de la imperiosa necesidad de adopción de medidas de ejecución o desarrollo para que dicha norma internacional despliegue sus efectos potenciales en el ordenamiento interno. No obstante, la existencia de aplicabilidad directa no excluye la adopción de medidas de desarrollo interno, si bien su no adopción, la omisión de actividad normativa de desarrollo o de ejecución no mitigaría la efectividad de la norma internacional en el ordenamiento doméstico: valga la analogía con los caracteres de la Directiva y el Reglamento comunitarios, la aplicabilidad directa sería una cualidad que se predicaría solo de este segundo acto normativo de derecho derivado⁷¹⁴.

⁷¹⁴ Recordemos que el presupuesto de partida es que la Unión es un ordenamiento con una actitud monista hacia el ordenamiento jurídico internacional. En relación con la analogía propuesta puede verse, L. MILLÁN MORO, "La eficacia directa de las directivas: evolución reciente", Vol. 18, nº 3, *Revista de Instituciones Europeas*, 1991, pp. 845-879.

En cambio, la noción de eficacia directa es una noción que se predica de una disposición particular de una norma internacional (no de la norma en su conjunto)⁷¹⁵, y que presenta gran relación con su capacidad de engendrar derechos cuya tutela los particulares pueden perseguir e invocar ante los órganos jurisdiccionales/administrativos de los ordenamientos jurídicos domésticos⁷¹⁶.

En este sentido puede decirse que la eficacia directa conlleva la invocabilidad de una disposición contenida en un acuerdo u otra norma/acto internacional, pero cabe deslindar la invocabilidad de la eficacia directa: la invocabilidad de la norma internacional es una noción más amplia que no se limita a su posible eficacia directa sino que puede llevar aparejada la obligación de dar una interpretación conforme a ella a la norma interna o que puede implicar el control de legalidad de la norma doméstica. Por tanto la invocabilidad (que comprende la posible eficacia directa) de las disposiciones de una norma/acto internacional en el ordenamiento de la Unión Europea es la noción que más interés presenta al analizar la aplicabilidad/efectividad de normas internacionales sobre derechos humanos en este ordenamiento.

Como se ha visto, hasta la fecha tratándose del control de legalidad efectuado a instancia de un particular de medidas adoptadas por las instituciones de la Unión, el TJUE ha venido supeditando la relevancia de la disposición de la norma convencional en el juicio de validez del derecho derivado a su eficacia directa (con la salvedad vista en el asunto *Nakajima*⁷¹⁷). Ahora bien, si el juicio de compatibilidad de las medidas adoptadas por las instituciones de la Unión con las disposiciones de un tratado internacional en que la Unión es parte contratante es instado por un Estado miembro o por alguna de las instituciones de la propia Unión (y no por un individuo), no debe supeditarse la relevancia como parámetro de legalidad de la norma/acto internacional a la eficacia directa, es decir, a su capacidad de engendrar derechos en favor de los

⁷¹⁵ Por tanto extrapolamos al ordenamiento jurídico internacional dos categorías que, aunque con frecuencia ignoradas, son viejas conocidas en el ordenamiento jurídico comunitario, véase, J. A. WINTER, "Direct Applicability and Direct Effect -Two Distinct and Different Concepts in Community Law", *Common Market Law Review*, Vol. 9, nº 4, 1972, pp. 425-438; también J. VERHOEVEN, "La notion 'd'applicabilité directe' du droit international", *Revue belge du droit international*, nº 2, 1980, pp. 243-264.

⁷¹⁶ Nótese que la expresión ordenamiento doméstico alude al ordenamiento jurídico de la Unión Europea, expresión que lleva ínsita el conjunto de ordenamientos internos de los Estados miembros en lo que respecta a la aplicación descentralizada de aquél. Esta idea relativa a los tres escalafones jurídicos ha sido descrita para el cumplimiento de las sanciones económicas adoptadas por el Consejo de Seguridad con la sugerente imagen de "*valse à trois temps*", véase F. NAUD, "L'embargo: une valse à trois temps. Nations Unies, Union Européenne et États Membres", *Revue du Marché Commun*, nº 404, 1997, pp. 25-33.

⁷¹⁷ Sentencia de 7 de mayo de 1991, *Nakajima c. Consejo*, cit. supra.

particulares, por lo que debería bastar en la apreciación de la validez con su eficacia indirecta, esto es, con la contraposición de la medida interna frente a la luz y objetivos del Derecho convencional⁷¹⁸.

La noción de “*justiciabilidad*” presenta estrecha conexión con las nociones de invocabilidad/eficacia directa, siendo una cualidad también atribuible a una disposición particular de la norma/acto internacional: el matiz que introduce alude a la capacidad de la disposición de contener derechos subjetivos exigibles por el particular, por tanto, dicha noción es de relevancia para determinar el alcance de la tutela judicial inherente a las normas que contienen derechos humanos, especialmente en el ámbito de las disposiciones relativas a derechos económicos, sociales y culturales.

Para determinar la eficacia directa de una disposición contenida en una norma u obligación internacional, y antes de ver lo que dice el ordenamiento jurídico doméstico al respecto (el de la Unión en este caso), parece lógico acudir en primer lugar a las directrices del propio Derecho internacional: la cuestión de la eficacia directa parece presentar íntima relación con la intención de las partes que crean la norma internacional según la opinión consultiva emitida por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto relativo a la *Jurisdicción de los Tribunales de Danzig*⁷¹⁹. Dicha intención de

⁷¹⁸ En alusión a la Sentencia de de 9 de octubre de 2001, *Reino de los Países Bajos c. Parlamento y Consejo*, *cit. supra*, apartados 50-68, se ha sostenido la posibilidad de deslindar las nociones de invocabilidad y eficacia directa a la vista de que el Convenio sobre la diversidad biológica firmado en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992 (en que la Unión es parte) fue empleado como parámetro de enjuiciamiento de la validez de la Directiva relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas (*cit. supra*) sin entrar a analizar la capacidad de sus disposiciones para engendrar derechos en favor de los particulares: “*So an EU measure can be challenged on the basis of (even) a multilateral treaty, even though that treaty does not have direct effect in the sense of conferring rights to the individuals*”, véase F. G. JACOBS, “The Internal Legal Effects of the EU’s International Agreements and the Protection of Individual Rights”, *op. cit.*, p. 538. Esta distinción otorga cierto potencial en el control de legalidad a aquéllas de las disposiciones relativas a derechos humanos contenidas en tratados internacionales concluidos por la Unión que presenten una redacción más difusa o programática: tales disposiciones carentes de eficacia directa pueden ser especialmente útiles cuando sean esgrimidas por un Estado miembro o por alguna institución de la Unión ante el TJUE. En tal caso parece ser que no es necesaria la eficacia directa de las disposiciones para un examen más amplio y abstracto del respeto en la adopción y subsiguiente aplicación del derecho derivado hacia las obligaciones internacionales asumidas por la Unión por vía convencional, éste es el sentido del escrutinio de mayor alcance (no limitado a la eficacia directa) propuesto por el Abogado General JACOBS: “*De modo más general, puede que en cualquier caso se considere deseable reconocer por principio competencia al Tribunal de Justicia para controlar la legalidad de la legislación comunitaria a la luz de los tratados vinculantes para la Comunidad. No existe otro órgano jurisdiccional que pueda controlar la legislación comunitaria, de modo que si se niega la competencia del Tribunal de Justicia los Estados miembros se verán sometidos a obligaciones opuestas sin posibilidad de solventar su contradicción*”, véanse las Conclusiones presentadas el 14 de junio de 2001, *Reino de los Países Bajos c. Parlamento y Consejo*, asunto C-377/98, Rec. 2001, p. I-7079, apartado 147.

⁷¹⁹ Opinión Consultiva de 3 de marzo de 1928, Rec. 1928, Serie B, nº 15, pp. 17-18. En este asunto la CPJI señaló que, según un principio de Derecho internacional sólidamente establecido, los acuerdos internacionales no pueden crear directamente derechos y obligaciones para los particulares. Es decir, que si un acuerdo internacional reconoce derechos u obligaciones a los particulares, éstos no pueden ser

las partes debe sondearse en el texto del acuerdo, norma o acto internacional, de conformidad con las reglas de interpretación contenidas en los artículos 31-33 de ambas Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y 1986⁷²⁰.

En el ámbito de la protección internacional de los derechos humanos, los acuerdos internacionales cuya conclusión ya se ha planteado y pueda plantearse en el futuro la Unión Europea, serán generalmente acuerdos mixtos bien de carácter completo (como será el caso del CEDH cuando se culmine el proceso de adhesión) bien de carácter incompleto o imperfecto como es el caso de la CDPD (en la que es parte la Unión pero no la totalidad de sus Estados miembros). Dada la naturaleza de la aplicación descentralizada del Derecho de la Unión y su vocación de ser interpretado y aplicado de modo uniforme en los Estados miembros, claramente al margen de las atribuciones competenciales del TJUE y del Tribunal General⁷²¹, los órganos encargados con

tutelados más que por los tribunales nacionales, ya que sus titulares no tienen la capacidad jurídica de entablar directamente una reclamación internacional para recabar su tutela. Por otra parte, la atribución de derechos y obligaciones a los particulares dependía, según la CPJI, enteramente de la voluntad de los Estados y es éste un parámetro que el juez nacional debe considerar a la hora de otorgar eficacia directa a las disposiciones de un tratado internacional. Téngase en cuenta que la CPJI, con anterioridad, había dejado sentado que cuando un Estado ha contraído válidamente obligaciones internacionales, está obligado igualmente a llevar a cabo las modificaciones legislativas necesarias para asegurar la plena ejecución de los compromisos asumidos, véase su Opinión Consultiva de 21 de febrero de 1925, *Intercambio de poblaciones griegas y turcas*, Rec. 1925, Serie B, nº 10, p. 20, de este modo se paliaría en términos de efectividad la ausencia de carácter *self-executing* y de eficacia directa de la disposición de una norma o acto internacional. La concepción de la CPJI se ha visto matizada y progresivamente modificada debido a la creciente subjetividad internacional del individuo que se manifiesta tanto en el Derecho internacional de los Derechos humanos como en el nacimiento y posterior evolución del ordenamiento jurídico comunitario europeo. Tampoco deben obviarse los desarrollos del Derecho Penal internacional desde la segunda mitad del S.XX que han ampliado sustancialmente el campo material originador de la responsabilidad internacional pasiva del individuo. No obstante, en materia de protección internacional de los Derechos humanos, y en particular, de los derechos económicos, sociales y culturales, sería especialmente deseable que durante el S.XXI los sujetos económicos de capacidad transnacional, normalmente personas jurídicas de naturaleza privada, vieran acrecer su responsabilidad internacional pasiva, incluso de naturaleza penal.

⁷²⁰ Véanse C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, *La Interpretación de las Normas Internacionales*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1996, pp. 79-102; asimismo, J. DÍEZ-HOCHLEITNER, *La posición del Derecho Internacional en el Ordenamiento comunitario*, *op. cit.*, p. 50. Por analogía, los tres métodos de interpretación contemplados en el artículo 31.1 de ambos Convenios considerados en plano de igualdad (interpretación gramatical, lógico-sistemática y teleológica) podrían servir para determinar la eficacia directa de disposiciones contenidas no únicamente en acuerdos internacionales, sino también en el derecho convencional derivado (decisiones de los órganos instituidos en virtud de los acuerdos internacionales), en normas de naturaleza consuetudinaria, o en actos unilaterales de organizaciones internacionales.

⁷²¹ La intervención del TJUE mediante la vía prejudicial es claramente una garantía que refuerza la observancia por parte de los Estados miembros de las obligaciones internacionales de la Unión. Deben recordarse las palabras del TJUE en la Sentencia de 26 de octubre de 1982, *Kupferberg*, *cit. supra*, apartado 14: “*Del carácter comunitario de estas disposiciones convencionales se deduce que no puede admitirse que sus efectos en el seno de la Comunidad varíen en función de que su aplicación corresponda en la práctica a las Instituciones comunitarias o a los Estados miembros y, en este último caso, según la postura que adopte el Derecho de cada uno de los Estados miembros con respecto a los efectos producidos, en su ordenamiento jurídico interno, por los acuerdos internacionales que haya celebrado.*”

carácter ordinario de determinar la existencia de eficacia directa de las disposiciones de estos acuerdos internacionales concluidos por la Unión y los Estados miembros serán los órganos judiciales de los Estados miembros: para ello deberán actuar en estrecha colaboración con el TJUE a través del diálogo prejudicial en los ámbitos de los acuerdos mixtos que recaigan dentro del ámbito del Derecho de la Unión⁷²². En aquellos ámbitos de los acuerdos mixtos que pertenezcan a la competencia puramente estatal, los jueces y tribunales de los Estados miembros podrán decidir con absoluta discrecionalidad acerca de la eficacia directa de las disposiciones de los acuerdos mixtos. Como se razonó en el apartado relativo a la relación entre el Derecho convencional de la Unión y su derecho derivado, la eficacia directa de las disposiciones contenidas en los acuerdos internacionales concluidos por la Unión, convierte a éstas en posibles parámetros para el control de la legalidad de su derecho derivado.

3.2. Reconocimiento o no de eficacia directa a las disposiciones de los acuerdos internacionales concluidos por la Unión Europea en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Debe partirse de la idea que el TJUE recoge en el asunto *Kupferberg* de que el Derecho internacional deja libertad (dentro del respeto a las exigencias del principio de buena fe) a las partes en un acuerdo internacional para elegir las modalidades de aplicación del mismo en aras de la consecución finalista de la ejecución plena de los compromisos contraídos internacionalmente:

“Según las normas generales del Derecho internacional, las partes deben ejecutar todo acuerdo de buena fe. Aunque cada una de las partes es responsable de la ejecución completa de los compromisos que ha contraído, le corresponde en cambio determinar las medidas jurídicas adecuadas para alcanzar dicha finalidad en su Ordenamiento jurídico, a menos que el acuerdo, interpretado a la luz de su objeto y de su finalidad, determine por sí mismo estas medidas. Con esta última reserva, la circunstancia de que los órganos jurisdiccionales de una de las partes estimen que determinadas estipulaciones del acuerdo

Por ello incumbe al Tribunal de Justicia garantizar su aplicación uniforme en toda la Comunidad, dentro del marco de su competencia para interpretar las disposiciones de los acuerdos”.

⁷²² Es decir aquellas disposiciones de los acuerdos internacionales referentes a ámbitos donde la Unión haya legislado, a ámbitos ampliamente cubiertos por el Derecho de la Unión o aquellas disposiciones susceptibles de aplicarse a situaciones regidas tanto por el derecho interno como por el Derecho de la Unión, véanse las Sentencias de 16 de junio de 1998, *Hermès*, *cit. supra*, apartado 32; de 14 de diciembre de 2000, *Dior y otros*, *cit. supra*, apartado 33; y de 8 de marzo de 2011, *Zoskupenie*, *cit. supra*, apartados 33 y 36. Téngase en cuenta que el competente para trazar la frontera entre las obligaciones asumidas por la Unión y aquellas que asumen los Estados miembros en el marco de un acuerdo mixto es el TJUE.

son directamente aplicables, mientras que los órganos jurisdiccionales de la otra parte no admiten esta aplicabilidad directa, no constituye, en sí misma y por sí sola, una falta de reciprocidad en la aplicación del acuerdo”⁷²³.

Dentro de dichas modalidades de aplicación, las instituciones comunitarias cuando negocian y concluyen un acuerdo internacional son libres para pactar que a sus disposiciones deba dárseles eficacia directa en los ordenamientos de las partes contratantes. En ausencia de tal estipulación convencional corresponde al TJUE, en el ámbito comunitario dentro del marco de las competencias que le atribuye el Derecho originario, pronunciarse acerca de la posible eficacia directa de las disposiciones de un acuerdo internacional concluido por la Unión o bien de los actos unilaterales adoptados por los órganos instituidos en virtud de tales acuerdos que forman parte plenamente integrante del ordenamiento de la Unión. Para ello el TJUE debe considerar en todo momento el origen internacional de las disposiciones⁷²⁴.

En el caso de acuerdos internacionales multilaterales -como son los tratados internacionales relativos a la protección de los derechos humanos- la falta de reciprocidad en el reconocimiento de eficacia directa en los ordenamientos de las otras partes contratantes a las disposiciones del acuerdo por parte de sus respectivos órganos jurisdiccionales, al margen de que pueda constituir una razón política o económica, no es *per se* una razón jurídica suficiente para descartar la eficacia directa⁷²⁵: este razonamiento es más válido máxime en el caso de acuerdos internacionales relativos a la protección internacional de los derechos humanos, que tienen una vocación cuasilegislativa y que no obedecen a la lógica *do ut des*⁷²⁶.

Obviamente los tratados internacionales relativos a la protección de los derechos humanos presentan una lógica diferente a las reglas del sistema de la OMC, donde en la determinación del contenido debe tenerse presente la flexibilidad inherente a su proceso

⁷²³ Sentencia de 26 de octubre de 1982, *Kupferberg*, *cit. supra*, apartado 18.

⁷²⁴ *Ibid*, apartado 17.

⁷²⁵ Véase la referencia en J. DÍEZ-HOCHLEITNER, *La posición del Derecho Internacional en el Ordenamiento comunitario*, *op. cit.*, p. 69, a M. MONTAÑA I MORA, “Equilibrium: A Rediscovered Basis for the Court of Justice of the European Communities to Refuse Direct Effect to the Uruguay Round Agreements”, *Journal of World Trade*, Vol. 30, nº 5, 1996, p. 53.

⁷²⁶ Esta idea no se ve desmentida por el hecho de que tratados como el CEDH prevean un sistema de demandas interestatales (artículo 33), o por el hecho de que la protección y realización doméstica de los derechos humanos presente una correlación directa y positiva con el grado de respeto hacia dichas obligaciones que logre promoverse en el plano multilateral o universal, debido al fenómeno globalizador, que podría estar moldeando y transformando la idea clásica de la subsidiariedad del sistema internacional para la protección de los derechos humanos.

de gestación y aplicación, en el que resulta esencial el continuo ajuste de las posiciones respectivas de las partes contratantes que también son socios comerciales⁷²⁷.

El TJUE ha llevado a cabo tradicionalmente un análisis *en dos etapas* para determinar la existencia de eficacia directa (entendida ésta como aptitud para generar derechos a favor de los particulares que estos puedan hacer valer ante todos los poderes públicos de los Estados miembros, habida cuenta de que el Tribunal ha empleado de forma indistinta los términos aplicación directa y efecto directo para referirse a este fenómeno) de las disposiciones de un acuerdo internacional concluido por la Unión⁷²⁸:

- a) En primer lugar, el TJUE examina la naturaleza general del acuerdo en que se inscribe la disposición, apreciando su tenor literal y su objeto (combinando por tanto los criterios literal, contextual y finalista para la interpretación), para determinar la aptitud general del acuerdo a la hora de generar derechos en favor de los particulares⁷²⁹.
- b) En segundo lugar, el análisis del TJUE pretende elucidar si la disposición convencional concreta presenta los rasgos de claridad, precisión e incondicionalidad, en modo suficiente para producir una obligación que no esté subordinada ni en su ejecución ni en sus efectos a la adopción de un acto jurídico ulterior⁷³⁰.

⁷²⁷ E. CANNIZZARO, “The Neo-Monism of the European Legal Order”, en E. CANNIZZARO, P. PALCHETTI, R. WESSEL (eds.), *International Law as Law of the European Union*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2012, p. 42.

⁷²⁸ “Una disposición de un acuerdo celebrado por la Comunidad con terceros países debe considerarse directamente aplicable cuando contiene, a la vista de su tenor, de su objeto, así como por la naturaleza del acuerdo, una obligación clara y precisa, cuya ejecución y cuyos efectos no se subordinan a la adopción de acto ulterior alguno”, este enunciado fue introducido en la Sentencia de 30 de septiembre de 1987, *Demirel*, cit. *supra*, apartado 14.

⁷²⁹ A nivel orientativo puede tenerse presente que el TJUE ha mostrado mayor reluctancia a la hora de reconocer eficacia directa a las disposiciones contenidas en tratados multilaterales que en el caso de las disposiciones ínsitas en tratados bilaterales. No obstante, la distinción entre tratados multilaterales y bilaterales no es en sí misma (sin considerar otros caracteres de los acuerdos internacionales) un criterio determinante de la aptitud del acuerdo internacional para generar derechos, véase F. G. JACOBS, “The Internal Legal Effects of the EU’s International Agreements and the Protection of Individual Rights”, *op. cit.*, pp. 531-532.

⁷³⁰ Bien es cierto que si los términos de la disposición invocada del acuerdo internacional no reúnen los requisitos de precisión e incondicionalidad, el TJUE podría prescindir de entrar en cualquier otro tipo de consideraciones, aunque de todos modos es recomendable que se pronuncie en primer lugar sobre la aptitud general del acuerdo en que se inserta para generar derechos en favor de los particulares de cara a allanar el terreno para futuros supuestos en que se plantee la aplicabilidad e invocabilidad del mismo acuerdo internacional. Por otra parte, la propuesta como primera fase del análisis no es en modo alguno prescindible, puesto que el TJUE ha rechazado que deba existir homogeneidad en la aplicación de disposiciones idénticas, que pueden tener sentido y alcance diverso según estén recogidas en uno u otro tipo de acuerdo internacional o en el Derecho originario. Esto es particularmente cierto en la comparación entre en el Espacio Económico Europeo y las mayores ambiciones presentes en la integración europea de

El TJUE ha sido criticado por no seguir siempre este orden propuesto en el análisis, habiendo llevado en ocasiones a una confusión entre ambas etapas, así como por invertirlo comenzando por el análisis de la disposición invocada, o bien por emplazar el énfasis en la primera parte del análisis cuando se trata de denegar la capacidad de un acuerdo internacional para que sus disposiciones puedan tener eficacia directa. Por tanto, parece que el orden propuesto para el análisis *en dos etapas* sigue constituyendo la secuencia que mayores ventajas presenta en términos de razón lógica y eficacia⁷³¹.

Como se ha dicho no puede formularse un enunciado teórico de validez general acerca de la práctica del TJUE en el reconocimiento de eficacia directa a las disposiciones de los diversos tipos de acuerdos internacionales que son concluidos por la Unión Europea, de ahí que resulte especialmente interesante la valoración casuística del sistema general del acuerdo a los efectos de determinar su aptitud para generar derechos a favor de los particulares, dado el necesario margen de discreción con que el Tribunal debe contar: el reconocimiento de eficacia directa no se reduce al supuesto de los acuerdos internacionales orientados a una gradual adhesión futura a la Unión Europea⁷³².

Se ha señalado que el TJUE no se conduce por los mismos parámetros a la hora de determinar la eficacia directa del derecho derivado *interno* al que privilegia frente al Derecho convencional, no obstante, en relación con el primero el TJUE parece regirse por la voluntad de los Estados miembros que al establecer los Tratados constitutivos pretendían otorgar derechos subjetivos, de modo que a la luz de su objeto y fin, el Tribunal admite la eficacia directa de cualquier disposición del derecho derivado dado que sea suficientemente precisa e incondicional⁷³³.

construir una Unión Económica y Monetaria, véase A. DEL VALLE GÁLVEZ, “La especificidad del ordenamiento comunitario. Comentario a los Dictámenes 1/91 y 1/92 del TJCE sobre el Espacio Económico Europeo”, *cit. supra*, pp. 155-193. En jurisprudencia reciente el TJUE ha sostenido que la libertad de establecimiento en el acuerdo con Suiza se extiende tan solo a personas físicas y no a personas jurídicas, ya que Suiza rehusa incorporarse al mercado interior y por tanto no pueden extenderse a las disposiciones de este acuerdo por analogía las interpretaciones dadas a las disposiciones correlativas del Derecho originario, véanse las Sentencias de 11 de febrero de 2010, *Fokus Invest*, asunto C-541/08, Rec. 2010, p. I-1025; y de 12 de noviembre de 2009, *Grimme*, asunto C-351/08, Rec. 2009, p. I-10777.

⁷³¹ F. G. JACOBS, “The Internal Legal Effects of the EU’s International Agreements and the Protection of Individual Rights”, *op. cit.*, p. 532.

⁷³² J. ROLDÁN BARBERO, “La jurisprudencia del tribunal de justicia en materia de relaciones exteriores”, *op. cit.*, pp. 320-321. Sirva de ejemplo el acuerdo de asociación y cooperación con Rusia, véase la Sentencia de 12 de abril de 2005, *Simutenkov c. Ministerio de Educación y Cultura y Real Federación Española de Fútbol*, asunto C-265/03, Rec. 2005, p. I-02579.

⁷³³ Véanse las Conclusiones presentadas por el Abogado General DARMON, el 19 de mayo de 1987, *Demirel*, asunto C-12/86, Rec. 1987, p. 3719, apartado 18.

Cuando se habla de eficacia directa de las disposiciones contenidas en acuerdos internacionales concluidos por la Unión, debe pensarse en la eficacia directa vertical. De todos modos, la eficacia directa en las relaciones horizontales que no ha sido explorada por el TJUE parece expedita; por ejemplo, cabría plantearse si numerosas disposiciones de la CDPD son susceptibles de eficacia directa en las relaciones horizontales ya que las mismas parecen de escasa efectividad si no van acompañadas de obligaciones jurídicas impuestas a operadores económicos privados (accesibilidad, no discriminación, acceso a la información, empleo, etc.). No obstante, a priori parece limitado el alcance de las disposiciones de la Convención en las relaciones horizontales ya que los destinatarios son las partes contratantes y de su tenor en determinadas ocasiones parecen desprenderse obligaciones de conducta más que de resultado.

En la literatura jurídica, un caso relativo a la eficacia directa de las disposiciones de los acuerdos internacionales en el ordenamiento de la Unión que ha acaparado gran parte de la atención es el del GATT primero y posteriormente del derecho de la OMC: se ha dicho que la denegación de eficacia directa al derecho de la OMC constituye más bien la excepción que la regla en la actitud del TJUE hacia el Derecho Convencional⁷³⁴. Si bien el Acuerdo de la OMC al introducir un mecanismo cuasi jurisdiccional para la solución de controversias había reducido la flexibilidad que aquejaba al GATT⁷³⁵, dejando cierta esperanza para el reconocimiento de eficacia directa a este derecho por parte del TJUE, lo cierto es que el Tribunal ha denegado la eficacia directa tanto a las disposiciones de los acuerdos internacionales concluidos por la Unión Europea en el seno de la OMC como a las resoluciones del Órgano de Solución de Diferencias de dicha organización internacional⁷³⁶. Entre los motivos que han llevado al TJUE a considerar en la primera etapa del análisis expuesto que por su naturaleza, economía y

⁷³⁴ A. VON BOGDANDY, “Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law”, *loc. cit.*, p. 405. Asimismo, A. REMIRO BROTONS, “Pelagatos y aristogatos de la Comunidad Europea ante el reino de la OMC”, *loc. cit.*

⁷³⁵ La existencia de un mecanismo para la solución de controversias fundado principalmente en la negociación entre las partes fue uno de los elementos decisivos considerados por el TJUE para denegar eficacia directa al GATT. Véase la Sentencia de 12 de diciembre de 1972, *International Fruit Company y Otros*, *cit. supra*, apartados 19-27.

⁷³⁶ Véanse *inter alia*: la Sentencia de 23 de noviembre de 1999, *Portugal c. Consejo*, asunto C-149/96, Rec. 1999, p. I-8395, apartados 40 y 47; Sentencia de 30 de septiembre de 2003, *Biret International c. Consejo*, asunto C-93/02, Rec. 2003, p. I-10497, apartado 52; Sentencia de 1 de marzo de 2005, *Van Parys*, asunto C-377/02, Rec. 2005, p. I-1465, apartado 39; y la Sentencia de 9 de septiembre de 2008, *FIAMM c. Consejo y Comisión*, asuntos acumulados C-120/06 P y C-121/06 P, Rec. 2008, p. I-6513, apartado 111. Véase asimismo, A. TANCREDI, “On the Absence of Direct Effect of the WTO Dispute Settlement Body’s Decisions in the EU Legal Order”, en E. CANNIZZARO, P. PALCHETTI, R. WESSEL (eds.), *International Law as Law of the European Union*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2012, pp. 249-268.

sistema las disposiciones del derecho de la OMC no son susceptibles de eficacia directa ni tampoco de convertirse en parámetros susceptibles de ser empleados para enjuiciar la legalidad de la actuación de las instituciones de la Unión hay que considerar: la posición política de la Unión⁷³⁷; la necesidad de otorgar un grado de margen de maniobra a los órganos legislativos y ejecutivos de la Unión equivalente al que ostentan los órganos de los socios comerciales⁷³⁸; la idea de que la decisión unilateral de conceder eficacia directa al derecho de la OMC ante los órganos del sistema jurisdiccional de la Unión situaría en desventaja a los operadores económicos europeos que operan en el territorio de otros socios comerciales, frente a los operadores económicos de estos últimos países que operan en el territorio de los Estados miembros de la Unión; y por último, se ha señalado como obstáculo a la eficacia directa del derecho de la OMC el hecho de que ésta entraña una discriminación inversa que favorecería al operador económico transnacional frente a los operadores *domésticos*⁷³⁹.

Precisamente en algún caso han sido estos operadores económicos de carácter transnacional, los que dada su insatisfacción ante la denegación de eficacia directa en el ordenamiento de la Unión al derecho de la OMC -incluyendo las decisiones del Órgano de Apelación- han acudido ante el TEDH alegando haber sufrido menoscabo en su derecho a un proceso equitativo que garantiza el artículo 6 del CEDH: éste es el caso de *Biret International* que recurrió ante el TEDH demandando a los entonces 15 Estados miembros de las Comunidades Europeas, tras haber fracasado ante el antes llamado TPI y posteriormente ante el TJUE en su pretensión de obtener indemnización por vía de la responsabilidad extracontractual. La sociedad recurrente pretendía inferir tal responsabilidad del hecho de haber sido declarada por el Órgano de Apelación de la OMC como contraria al Acuerdo de la OMC sobre la aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias la legislación comunitaria que establecía restricciones a la importación de carne bovina tratada con hormonas. En este caso la sociedad *Biret International*

⁷³⁷ Téngase en cuenta que la Comisión y el Consejo expresaron en la Decisión en virtud de la cual se aprobó la conclusión por la entonces Comunidad del Acuerdo por el que se crea la OMC, que ni dicho acuerdo ni sus anexos podían ser invocados directamente ante los tribunales de la Unión ni de los Estados miembros. Véase la Decisión 94/800/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 1994, relativa a la celebración en nombre de la Comunidad Europea, por lo que respecta a los temas de su competencia, de los acuerdos resultantes de las negociaciones multilaterales de la Ronda Uruguay (1986- 1994), D.O.U.E. Serie L 336/1, de 23 de diciembre de 1994. Obviamente, dicha decisión no es jurídicamente vinculante y está sujeta al control judicial por parte del TJUE, no obstante se presume que expresa la posición que interesa a la Unión en el seno de la OMC, véase J. Díez-Hochleitner, *La posición del Derecho Internacional en el Ordenamiento comunitario*, op. cit., p. 71.

⁷³⁸ Sentencia de 9 de septiembre de 2008, *FIAMM c. Consejo y Comisión*, cit. supra, apartado 119.

⁷³⁹ A. VON BOGDANDY, "Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law", loc. cit., p. 405.

esgrimía una infracción de los artículos 6 y 13 del CEDH al no haber podido contestar la validez de las directivas comunitarias en sede comunitaria antes de que se declarase por el Órgano de Apelación su no conformidad con las obligaciones internacionales de la Comunidad en el marco de la OMC; también extendía su demanda la recurrente al hecho de no poder obtener la declaración de responsabilidad extracontractual de la Comunidad sino en relación con los daños sufridos desde el momento en que finalizara el plazo concedido por el órgano de solución de diferencias a la Comunidad para adaptar su legislación a sus obligaciones internacionales. Por este motivo la recurrente también alegaba el menoscabo a su derecho a la propiedad recogido en el artículo 1 del Protocolo nº 1 al CEDH. La respuesta del TEDH fue declararse incompetente *ratione personae* en relación con la pretendida responsabilidad extracontractual de la entonces Comunidad al no haberse adherido ésta al CEDH; así como extender a las medidas de restricción de la importación de carne bovina tratada con hormonas adoptadas por Francia -en aplicación de las directivas comunitarias controvertidas- la presunción de protección equivalente hacia los derechos del sistema del CEDH, que el TEDH estableció en el asunto *Bosphorus*⁷⁴⁰ en relación con el Derecho proveniente del antiguo primer pilar de la integración europea, al no haberse podido constatar una insuficiencia manifiesta en el respeto hacia los derechos fundamentales del CEDH⁷⁴¹.

Por tanto, *de lege ferenda*, sin ánimo de reducir los derechos fundamentales a una visión instrumental o economicista y sobre todo una vez se complete la adhesión de la Unión al CEDH: queda pendiente que el TEDH determine si comparte el criterio que el TJUE ha mostrado en el asunto *FIAMM*, cuando este último concluye la inexistencia de responsabilidad extracontractual de la entonces Comunidad ante una restricción a los derechos de propiedad y de libre ejercicio de una actividad profesional que en su opinión no constituye “una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos así garantizados”, dado el riesgo -que en opinión del TJUE- deben asumir los operadores económicos cuyas operaciones incluyen la exportación hacia otros socios comerciales que, en el marco de la OMC, pueden dentro de la flexibilidad que otorga este derecho suspender determinadas concesiones comerciales⁷⁴².

⁷⁴⁰ Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 30 de junio de 2005, *Bosphorus c. Irlanda*, *cit. supra*.

⁷⁴¹ Decisión del TEDH de 9 de diciembre de 2008, *Biret International c. 15 Estados miembros de la Unión Europea*, Recurso nº 13762/04.

⁷⁴² Sentencia de 9 de septiembre de 2008, *FIAMM c. Consejo y Comisión*, *cit. supra*, apartados 181-186.

Del mismo modo, la adhesión de la Unión al CEDH permitiría que el TJUE viera reducido su gran margen de discrecionalidad a la hora de determinar en qué medida o hasta qué punto los individuos deben soportar los daños ocasionados por una intervención pública lícita de las instituciones comunitarias: es decir, el TEDH podría ayudar a determinar el contenido de la categoría de responsabilidad objetiva de la Unión que el Abogado General POIARES MADURO sugirió al TJUE en este mismo asunto al apuntar la posible existencia de responsabilidad de las instituciones de la Unión por una actividad lícita cuando ésta entrañe un perjuicio que pueda ser caracterizado como *anormal y especial*⁷⁴³. Lógicamente al presentar estrecha conexión con numerosos derechos fundamentales del CEDH, el TEDH se convertiría en un garante externo que ayudaría al TJUE a fijar los límites de la soportabilidad para los individuos de la actividad lícita e internacionalmente ilícita de las instituciones comunitarias: en esa actividad de garantía y de evaluación del conjunto de instituciones de la Unión el TEDH previsiblemente debería añadir a sus elementos de juicio todas las normas internacionales que integran y forman parte del ordenamiento jurídico de la Unión.

En relación con otros acuerdos internacionales, se ha dicho que el TJUE ha adoptado una postura alejada en cierto modo de ese análisis global y más sensible hacia la cuestión de si ciertas provisiones concretas del acuerdo internacional son susceptibles de gobernar la posición jurídica del individuo o si éstas tienen el objeto y propósito de proteger determinados intereses del individuo⁷⁴⁴. Más tarde en *Intertanko* en relación con la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982, el TJUE descarta que las disposiciones de este acuerdo internacional sean susceptibles de

⁷⁴³ Conclusiones presentadas el 20 de febrero de 2008, *FIAMM y Fedon c. Consejo y Comisión*, asuntos acumulados C-120/06 P y C-121/06 P, Rec. 2008, p. I-6513, apartados 71-83. A favor de la responsabilidad objetiva aun en el caso de actos lícitos como solución teórica y sustantiva a este supuesto puede verse, M. DANI, “Remedying European Legal Pluralism: The FIAMM and Fedon Litigation and the Judicial Protection of International Trade Bystanders”, *European Journal of International Law*, Vol. 21, nº 2, pp. 303-340. En estos asuntos los demandantes decidieron no acudir al TEDH como última oportunidad.

⁷⁴⁴ E. CANNIZZARO, “The Neo-Monism of the European Legal Order”, *op. cit.*, p. 47; asimismo C. KADDOUS, “Effects of International Agreements in the EU Legal Order”, *op. cit.*, p. 305; también, F. G. JACOBS, “The Internal Legal Effects of the EU’s International Agreements and the Protection of Individual Rights”, *op. cit.*, p. 533. Véanse la Sentencia de 12 de abril de 2005, *Simutenkov c. Ministerio de Educación y Cultura y Real Federación Española de Fútbol*, *cit. supra*, apartado 28, y en relación con el Convenio de Montreal para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional la Sentencia de 10 de enero de 2006, *IATA*, *cit. supra*, apartado 41. *Simutenkov* refleja esa postergación/relajación de la toma en consideración de los objetivos y propósitos inherentes a la naturaleza del acuerdo en que se inserta la disposición, ya que en este asunto el TJUE llegó a una solución idéntica a la alcanzada en relación con disposiciones análogas contenidas en otros acuerdos de asociación sí orientados a la adhesión a la Unión Europea: véanse la Sentencia de 29 de enero de 2002, *Meyer*, asunto C-162/00, Rec. 2002, p. I-1049 (Polonia); así como la Sentencia de 8 de mayo de 2003, *Kolpak*, asunto C-438/00, Rec. 2003, p. I-4135 (Eslovaquia).

eficacia directa, puesto que no otorgan a los individuos derechos autónomos, sino únicamente en virtud de un ligamen estrecho entre su buque y el Estado del pabellón⁷⁴⁵. Esa atención que el TJUE presta al marco interestatal que establece la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar para denegar la eficacia directa de sus disposiciones, contrasta con la actitud que el TJUE ha mantenido en relación con los preceptos de su propio Derecho originario. Al interpretar los tratados consitutivos, el Tribunal ha considerado que el hecho de dirigirse formalmente a los Estados miembros un precepto del Derecho originario no era óbice, por ejemplo, para el reconocimiento de la eficacia directa incluso en las relaciones horizontales, frente a empleadores públicos y privados, del principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos recogido en el entonces artículo 119 del Tratado CEE⁷⁴⁶.

Partiendo de este examen, intentaremos extraer de este análisis de la práctica del TJUE algunas nociones que puedan ser extrapolables a los acuerdos internacionales concluidos por la Unión Europea relativos a la protección internacional de los derechos humanos. Al tratarse de acuerdos mixtos, como se dijo, el TJUE será el encargado de determinar la eficacia directa de sus disposiciones en los ámbitos de competencia comunitaria, decidiendo los tribunales nacionales en las áreas de los acuerdos de competencia puramente estatal: aunque en todo caso la eficacia última de la parte comunitaria de los acuerdos queda en manos de los jueces nacionales en tanto que jueces ordinarios encargados de la aplicación descentralizada del Derecho de la Unión.

El caso del primer tratado de derechos humanos concluido por la Unión, la CDPD, parece indicar que sus disposiciones carecen de aplicabilidad directa, y que precisan de una ulterior actuación legislativa para la efectividad de los derechos y principios cuyo

⁷⁴⁵ Sentencia de 3 de junio de 2008, *Intertanko y otros*, cit. supra, apartados 59 y 64. Este razonamiento ha recibido críticas, ya que se dice que la mayor parte de acuerdos internacionales se orientan al establecimiento de un marco interestatal, por lo que de seguirse estrictamente esta visión, prácticamente ningún acuerdo generaría derechos subjetivos invocables por los particulares en el ordenamiento doméstico, véanse al respecto, J. GONZÁLEZ GIMÉNEZ, “Régimen comunitario de la contaminación por descargas procedentes de buques: la relación con las normas internacionales y la sentencia del TJCE sobre el asunto *Intertanko*”, loc. cit., pp. 936-941; asimismo, E. CANNIZZARO, “Il diritto internazionale nell’ordinamento giuridico comunitario: il contributo della sentenza *Intertanko*”, en *Il Diritto dell’Unione Europea*, nº 4, 2008, p. 651. Según la Abogada General KOKOTT el extremo hasta el cual los justiciables podían confiar en este acuerdo internacional dependía no de su naturaleza ni carácter general, sino del contenido de cada disposición particular por separado, véase J. W. VAN ROSSEM, “Interaction between EU Law and International Law in the Light of *Intertanko* and *Kadi*: The Dilemma of Norms Binding the Member States but not the Community”, loc. cit., p. 188. Véanse asimismo las Conclusiones presentadas el 20 de noviembre de 2007, *Intertanko y otros*, cit. supra, apartados 48-59.

⁷⁴⁶ Sentencia de 8 de abril de 1976, *Defrenne c. Sabena*, asunto C-43/75, Rec. 1976, p. 455, apartado 31.

articulado reconoce⁷⁴⁷. Por tanto, si bien el sistema y naturaleza general de este acuerdo internacional serían aptos para atribuir derechos subjetivos de acuerdo con el criterio del TJUE, el principal obstáculo para la eficacia directa estriba en la redacción de sus disposiciones singulares: el carácter de las disposiciones de la CDPD parece requerir de una actuación a cargo de las partes contratantes, su efectividad está condicionada a la actividad de los poderes de las instituciones de cada parte contratante, es decir, se imponen por tanto *obligaciones positivas*. En opinión de BIEL PORTERO, la igualdad de oportunidades y la no discriminación, principios transversales que presiden la interpretación y aplicación de la CDPD, configuran en la normativa internacional verdaderos derechos subjetivos:

*“Ello implica que la discapacidad nunca podrá ser, por sí misma, causa de denegación y limitación de cualquiera de los derechos humanos de los que son titulares estas personas. Y esta obligación de los Estados es una obligación inmediata, exigible incluso respecto de aquellos derechos, como el acceso al empleo, la salud o la educación, susceptibles de ser desarrollados de forma progresiva”*⁷⁴⁸.

Por tanto, a salvo de cuestiones como la prohibición de discriminación por razón de discapacidad⁷⁴⁹ o la exigencia de ajustes razonables que parecen suficientemente claras, precisas e incondicionales⁷⁵⁰, puede intuirse que el TJUE no se mostrará proclive a

⁷⁴⁷ Manifestación indiciaria de esta ausencia de aplicabilidad directa de la CDPD puede ser el hecho de que, con posterioridad a la fecha de su firma por la Unión (30 de agosto de 2007) y con anterioridad a la fecha de manifestación del consentimiento en obligarse internacional en virtud de este tratado (23 de diciembre de 2010), la Comisión Europea haya presentado una propuesta de Directiva para dar efectividad a algunas de sus disposiciones. Véase la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, de 2 de julio de 2008, *cit. supra*. Como se verá al abordar la cuestión de la aplicación y ejecución normativa y administrativa de este acuerdo internacional, tomando como representativo el caso del Reino de España en tanto que Estado miembro, la CDPD ha dado lugar a un importante número de modificaciones y adaptaciones legislativas en su ordenamiento interno.

⁷⁴⁸ I. BIEL PORTERO, *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, *op. cit.*, p. 507.

⁷⁴⁹ El articulado de la CDPD parece abocado a dar contenido a esta prohibición que también recibe una formulación unívoca y tajante en el artículo 21.1 CDFUE, lo que multiplica sus posibilidades de eficacia directa. En cambio el artículo 26 de la CDFUE relativo a la integración de las personas discapacitadas parece estar formulado de una forma más abierta albergando un principio y como se dijo emplea una terminología difícilmente reconciliable con la filosofía y valores de la CDPD.

⁷⁵⁰ El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha señalado que la denegación de un acomodo razonable a los alumnos con discapacidad en el ámbito de la educación constituye una discriminación contraria a la CDPD, siendo esta obligación de proveer ajustes razonables de aplicación inmediata y no sujeta a realización progresiva, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad a España*, Sexto Período de Sesiones, 19 a 23 de septiembre de 2011, CRPD/C/ESP/CO/1, p. 7, apartado 44. Por su parte, en un asunto reciente el TJUE ha considerado que la reducción de la jornada de trabajo constituye uno de los ajustes razonables exigibles en principio en virtud del párrafo 4 del artículo 2 de la CDPD. El Tribunal ha dejado en manos del juez nacional la comprobación de si dicho ajuste razonable

otorgar eficacia directa a las restantes disposiciones de la CDPD. No obstante, dentro de sus restrictivas condiciones de aplicación, sería posible que alguna institución o una persona física o jurídica recurriera al TJUE en virtud del marco ofrecido por el artículo 265 TFUE ante una inacción de las instituciones para dar efectividad a las obligaciones contraídas en virtud de la CDPD: entendiendo que toda violación del Derecho convencional de la Unión, en tanto que parte integrante de este ordenamiento supone una infracción en toda regla de los Tratados⁷⁵¹. En relación con este acuerdo internacional, hay que mencionar una enigmática disposición que da a entender que algunos de sus preceptos son susceptibles de eficacia directa y que así se ha establecido desde el propio ordenamiento internacional por las partes contratantes. Corresponde por tanto al TJUE despejar las dudas en el marco de la tarea asignada de favorecer la interpretación y aplicación uniforme de la Convención. Se trata del artículo 4.2:

“Con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de sus recursos disponibles y, cuando sea necesario, en el marco de la cooperación internacional, para lograr, de manera progresiva, el pleno ejercicio de estos derechos, sin perjuicio de las obligaciones previstas en la presente Convención que sean aplicables de inmediato en virtud del derecho internacional”.

Sabido es que el TJUE exige, para dictaminar la eficacia directa, los mismos requisitos tanto para las disposiciones materiales de un acuerdo como para las decisiones o actos unilaterales de los órganos instituidos por los acuerdos internacionales para el control de su aplicación⁷⁵². Como se señaló, el Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad establecerá recomendaciones y directrices en respuesta a los informes periódicos presentados por la Unión Europea relativos a las medidas adoptadas para dar cumplimiento a las obligaciones de la CDPD; de igual modo, de haber aceptado obligarse en virtud del Protocolo Facultativo, el Comité sería competente para dictaminar acerca de la existencia de una violación o no de las obligaciones asumidas por la Unión en el marco de la CDPD en respuesta a comunicaciones individuales. Tanto en uno como en otro caso estamos ante

constituiría o no una carga excesiva para el empleador en los asuntos principales, debe verse la Sentencia de 11 de abril de 2013, *Ring y otros*, cit. supra, apartados 53-64.

⁷⁵¹ No obstante una interpretación estrictamente literal del artículo 265 TFUE limitaría su empleo al Derecho originario, excluyendo tanto el derecho derivado como el derecho convencional de la Unión.

⁷⁵² Sentencia de 20 de septiembre de 1990, *Sevince c. Staatssecretaris van Justitie*, cit. supra, apartados 14-15.

recomendaciones no exentas de valor jurídico, que debería buscarse en lo dicho por el TJUE en el asunto *Deutsche Shell*:

“Aunque las recomendaciones [...] no puedan generar derechos en favor de los justiciables que éstos puedan invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales, estos últimos están obligados a tenerlos en cuenta al dirimir los litigios que se les hayan sometido, especialmente cuando, como sucede en el procedimiento principal, son útiles para interpretar las disposiciones del Convenio”⁷⁵³.

Queda el interrogante abierto de si dado el carácter cuasi jurisdiccional de las decisiones del Comité en respuesta a comunicaciones individuales, de concluir en el futuro la Unión el Protocolo Facultativo, serían susceptibles de efecto directo⁷⁵⁴. La existencia de un mecanismo cuasi jurisdiccional es un elemento que aboga en principio a favor del recocimiento de eficacia directa al contribuir a que las obligaciones del acuerdo internacional asuman un carácter más preciso, detallado e incondicional. En este caso, no existe el elemento de negociación presente en la solución de diferencias en el seno de la OMC, aunque las recomendaciones dejan un amplio margen de discrecionalidad a las partes para dar cumplimiento a las obligaciones contraídas y este elemento de flexibilidad parece ir en detrimento de la línea necesaria para el reconocimiento de eficacia directa⁷⁵⁵.

El otro acuerdo internacional relativo a derechos humanos sobre cuya potencial eficacia directa puede reflexionarse, de cara a la futura adhesión de la Unión a su entramado institucional, es el CEDH: en la antesala de la adhesión el TJUE ya ha otorgado a sus disposiciones un valor próximo a la eficacia directa en el control de legalidad de los actos de sus instituciones en la medida en que aquéllas integren la categoría de principios generales del Derecho de la Unión⁷⁵⁶. De igual modo se ha visto

⁷⁵³ Sentencia de 21 de enero de 1993, *Deutsche Shell*, *cit. supra*, apartado 18.

⁷⁵⁴ En caso de concluir el Comité que una de las partes ha violado sus obligaciones en virtud de la CDPD, la parte en cuestión tiene una obligación de poner todos sus medios para dar satisfacción y respetar los derechos recogidos en el acuerdo internacional a favor de todos los individuos que se hallen sujetos a su jurisdicción, véase por analogía Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Comunicación nº 31/2003, *LR c. Eslovaquia*, 10 de marzo de 2005, *cit. supra*, apartado 10, punto 10.

⁷⁵⁵ E. CANNIZZARO, “The Neo-Monism of the European Legal Order”, *op. cit.*, pp. 42-43; sobre el carácter ambiguo de la jurisprudencia del TJUE al respecto, B. I. BONAFÉ, “Direct effect of international agreements in the EU legal order: does it depend on the existence of an international dispute settlement mechanism?”, en E. CANNIZZARO, P. PALCHETTI, R. WESSEL (eds.), *International Law as Law of the European Union*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2012, pp. 229-248.

⁷⁵⁶ Sentencia de 27 de junio de 2006, *Parlamento c. Consejo*, *cit. supra*. El CEDH constituye un ejemplo de excepción a la renuencia que el TJUE muestra hacia la posibilidad de que la legalidad de las medidas y actos de las instituciones de la Unión puedan ser revisadas a la luz de una norma originada fuera de su propio ordenamiento jurídico, véase J. W. VAN ROSSEM, “Interaction between EU Law and International Law in the Light of Intertanko and Kadi: The Dilemma of Norms Binding the Member

que el TJUE en la resolución de algún asunto ha seguido de forma rigurosa e íntegra el razonamiento del Tribunal de Estrasburgo⁷⁵⁷. Esto ha llevado a GOVAERE a señalar:

*“Considering that respect for fundamental rights and freedoms is a constitutional principle which conditions the legality of EC measures, whereas the Treaty expressly refers inter alia to the ECHR as a point of reference in that respect, it would most likely be virtually impossible for the ECJ not to quasi-automatically give (direct) effect to a ruling made specifically by the ECtHR”*⁷⁵⁸.

En la medida en que en virtud del artículo 15 del CEDH hay algunos de sus derechos que no admiten derogación bajo ninguna circunstancia, parece difícil que pueda denegárseles eficacia directa en el ordenamiento jurídico de la Unión: se trata del derecho a la vida (salvo acto lícito de guerra)⁷⁵⁹, de la prohibición de tortura (que

States but not the Community”, *loc. cit.*, p. 208: “Admittedly, the non-binding nature of the ECHR for the EU does not appear to constitute an impediment to function as an external source of law against which the validity of EU legislation can be tested. A closer look reveals, however that this is not necessarily a fair representation”. Debe verse la Sentencia de 26 de junio de 2007, *Ordre des barreaux*, asunto C-305/05, Rec. 2007, p. 5305, apartado 37. No obstante, tampoco debe llegarse a un exceso de entusiasmo en este sentido, pues, como el TJUE ha recordado recientemente, el artículo 6.3 TUE no extiende al CEDH las características propias del Derecho de la Unión de primacía y efecto directo sobre los derechos nacionales, ni en modo alguno determina cuáles han de ser las relaciones entre el CEDH y los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, véase la Sentencia de 24 de abril de 2012, *Kamberaj*, *cit. supra*, apartados 60-63.

⁷⁵⁷ Sentencia de 21 de diciembre de 2011, *N.S. c. Secretary of State for the Home Department y M.E. y otros c. Refugee Applications Commissioner*, *cit. supra*.

⁷⁵⁸ I. GOVAERE, “Beware of the Trojan Horse: Dispute settlement in (Mixed) Agreements and the Autonomy of the EC Legal Order”, en *The External Relations of the EU: International and European Law Dimension*, Syllabus Topic 4, Año Académico 2010-2011, Colegio de Europa, Brujas, p. 27.

⁷⁵⁹ La CIJ ha confirmado el carácter inderogable incluso en tiempo de guerra del derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida, correspondiendo al Derecho internacional humanitario la labor de determinar en el marco de los conflictos armados qué supuestos constituyen una privación arbitraria del derecho a la vida, debe verse su Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996, *Licitud de la Amenaza o del Empleo de Armas Nucleares*, *cit. supra*, p. 240, apartado 25: “La Cour observe que la protection offerte par le pacte international relatif aux droits civils et politiques ne cesse pas en temps de guerre, si ce n'est par l'effet de l'article 4 du pacte, qui prévoit qu'il peut être dérogé, en cas de danger public, à certaines des obligations qu'impose cet instrument. Le respect du droit à la vie ne constitue cependant pas une prescription à laquelle il peut être dérogé. En principe, le droit de ne pas être arbitrairement privé de la vie vaut aussi pendant des hostilités. C'est toutefois, en pareil cas, à la *lex specialis* applicable, à savoir le droit applicable dans les conflits armés, conçu pour régir la conduite des hostilités, qu'il appartient de déterminer ce qui constitue une privation arbitraire de la vie. Ainsi, c'est uniquement au regard du droit applicable dans les conflits armés, et non au regard des dispositions du pacte lui-même, que l'on pourra dire si tel cas de décès provoqué par l'emploi d'un certain type d'armes au cours d'un conflit armé doit être considéré comme une privation arbitraire de la vie contraire à l'article 6 du pacte”. En este sentido se aprecia nuevamente la convergencia entre el Derecho internacional de los Derechos humanos de carácter general y el Derecho regional europeo de los derechos humanos. Asimismo este asunto ilustra la sinergia y complementariedad entre el Derecho internacional humanitario y el Derecho internacional de los Derechos humanos, así como la posibilidad de recurrir al primero como pauta hermenéutica del segundo en situaciones de conflicto armado, véanse M. PÉREZ GONZÁLEZ, “Pluralidad de regímenes unidad del ordenamiento”, *op. cit.*, p. 161; asimismo O. ORAKHELASHVILI, “The Interaction between Human Rights and Humanitarian Law: Fragmentation, Conflict, Parallelism, or Convergence?”, *European Journal of International Law*, Vol. 19, nº 1, 2008, pp. 161-182.

incluye la prohibición de *refoulement*)⁷⁶⁰, de la prohibición de esclavitud o servidumbre o del principio *nulla poena sine praevia lege*, todos ellos contenidos, además, en la CDFUE. También parecen disposiciones susceptibles de contener obligaciones suficientemente claras, precisas o incondicionales entre otras las relativas a un proceso equitativo, al derecho a un recurso efectivo o la prohibición de discriminación. En términos contundentes e ilustrativos se ha pronunciado de modo favorable a la eficacia directa de las provisiones del CEDH el antiguo Abogado General JACOBS:

*“What does it seem clear beyond doubt, as regards the internal legal effects of accession to the Convention and protocols, is that the provisions of the Convention and protocols laying down individual rights and freedoms would be accepted as having direct effect. Such provisions could indeed be regarded as the archetype of provisions having direct effect. That would be so notwithstanding the flexibility of some of the provisions, for example the element of discretion conferred on states by the notion of a ‘margin of appreciation’ used by the Strasbourg Court”*⁷⁶¹.

La existencia de un mecanismo jurisdiccional obligatorio como es el TEDH, encargado del control de la aplicación de las disposiciones del CEDH, así como de la determinación precisa, dinámica y evolutiva de su contenido a través de su jurisprudencia, es un elemento que puede aventurarse que influirá positivamente en el otorgamiento de eficacia directa a las disposiciones del CEDH. Ahora bien, cuestión radicalmente distinta es que el TJUE llegue a reconocer la eficacia directa a las Sentencias del TEDH: el CEDH no prevé un mecanismo para la ejecución forzosa de dichas sentencias que son obligatorias, sino que las partes disponen de libertad para elegir la modalidad que estimen más adecuada para dar la mayor efectividad a las mismas. El CEDH parece dar prioridad a la *restitutio in integrum*, pudiendo decantarse el TEDH en su defecto por la satisfacción equitativa (artículo 41 CEDH). El mecanismo

⁷⁶⁰ El TJUE indirectamente ya ha admitido el carácter inderogable de algunos de estos derechos recogidos en el CEDH: “Por tanto, los derechos a la libertad de expresión y a la libertad de reunión pacífica garantizados por el CEDH tampoco constituyen -contrariamente a otros derechos fundamentales reconocidos por el mismo Convenio, como el derecho de toda persona a la vida o la prohibición de la tortura y del trato inhumano o degradante, que no toleran ninguna restricción— prerrogativas absolutas, sino que deben considerarse según su función en la sociedad”, véase la Sentencia de 12 de junio de 2003, *Schmidberger c. República de Austria*, asunto C-112/00, Rec. 2003, p. I-5659, apartado 80.

⁷⁶¹ F. G. JACOBS, “The Internal Legal Effects of the EU’s International Agreements and the Protection of Individual Rights”, *op. cit.*, p. 542. Dicha afirmación no obsta para que disposiciones del CEDH que se refieren a libertades individuales cuyo ejercicio presenta necesariamente carácter colectivo también puedan gozar de eficacia directa en el ordenamiento de la Unión, éste es el caso de las libertades de reunión pacífica y de asociación recogidas en su artículo 11. Lógicamente el TJUE a la hora de decidir acerca de la posible eficacia directa de las disposiciones del CEDH deberá tener presente la posición sostenida por los tribunales supremos o constitucionales de los Estados miembros, sobre esta perspectiva puede consultarse, E. BJORGE, “National supreme courts and the development of ECHR rights”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 9, nº 1, 2011, pp. 5-31.

previsto para la supervisión de la ejecución y cumplimiento de las sentencias del TEDH en el artículo 46 CEDH, de naturaleza intergubernamental a través del Comité de Ministros, no parece en principio admitir margen para las transacciones entre las partes contratantes como ocurre en la solución de diferencias en el seno de la OMC. Debe tenerse en cuenta que cuando la ejecución de una sentencia afecte a la Unión Europea o bien a la Unión y a uno o varios Estados miembros, existirá la obligación de que los Estados miembros y la Unión expresen su posición y voten de forma coordinada con arreglo a las exigencias del principio de cooperación leal (artículo 4.3 TUE). Igualmente existirá, de completarse la adhesión de la Unión al CEDH, la obligación de que los Estados miembros y la Unión Europea con sus votos no bloqueen el funcionamiento del Comité de Ministros boicoteando la ejecución de las sentencias del TEDH⁷⁶²: no obstante, los Estados miembros y la Unión podrían *de facto* neutralizar la función que el artículo 46.4 CEDH atribuye al Comité de Ministros de urgir a un Estado parte -por mayoría de dos tercios de sus representantes- a dar cumplimiento a una sentencia del TEDH, pudiendo, para ello solicitar que el propio TEDH se pronuncie de nuevo acerca de si el Estado parte en cuestión está dando debido cumplimiento a una sentencia de carácter definitivo adoptada previamente por el Tribunal.

En cualquier caso, más que la naturaleza del mecanismo jurisdiccional encargado del control del CEDH y más allá del sistema del acuerdo internacional evaluado desde una perspectiva global, los factores que inducen en mayor medida a pensar que el TJUE no otorgará eficacia directa a las Sentencias del TEDH son: en primer lugar, que todos los Estados miembros no han llegado tan lejos, por lo que dicho reconocimiento unilateral por parte del TJUE tendría consecuencias inesperadas y de extremo alcance en los ordenamientos internos de los Estados miembros⁷⁶³; en segundo lugar, cabe pensar que

⁷⁶² Véase el artículo 7 del Proyecto de Acuerdo sobre la adhesión de la Unión Europea al CEDH, *Draft legal instruments on the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, CDDH-UE (2011)16, *cit. supra*.

⁷⁶³ Piénsese que no todos los jueces nacionales ordinarios y constitucionales de los Estados miembros llegan tan lejos como a inaplicar o dejar sin validez una norma interna por no ser compatible con la jurisprudencia del TEDH, ni todos los ordenamientos de los Estados miembros permiten la reapertura de los procedimientos o la revisión de resoluciones judiciales firmes, en materia penal, en caso de violaciones graves del CEDH declaradas por el TEDH. Véase G. MARTINICO, “Is the European Convention Going to Be ‘Supreme’? A Comparative-Constitutional Overview of ECHR and EU Law before National Courts”, *loc. cit.* No obstante, cuando el TEDH declara la aplicación de una legislación interna no conforme con el CEDH, en otro caso similar, los tribunales internos estarían obligados a no aplicar esa misma norma interna, aplicando en su lugar la jurisprudencia del TEDH, desde este punto de vista se ha señalado que las sentencias del TEDH tienen efecto directo, véase S. RIPOL CARULLA, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español*, Atelier, Barcelona, 2007, p. 79. En el caso del Tribunal Constitucional español debe recordarse su Sentencia 303/1993, de 25 de octubre, en cuyo Fundamento Jurídico nº 8 el Tribunal señaló que la jurisprudencia del TEDH no sólo

el otorgamiento de eficacia directa a las sentencias del TEDH en el ordenamiento de la Unión atenta de lleno contra la autonomía del mismo que con sumo celo trata de salvaguardar el TJUE en su labor de *gatekeeper* que no solo de *door opener* hacia el Derecho internacional.

Por último, debe tenerse en cuenta que el TJUE ha limitado hasta la fecha el efecto directo y el potencial de las normas consuetudinarias en el control de la legalidad de la actuación de las instituciones comunitarias al supuesto del *error manifestus*, exigiendo, al parecer de modo similar que para el caso de las disposiciones de los acuerdos internacionales, la suficiente claridad, precisión e incondicionalidad en su mandato jurídico⁷⁶⁴.

constituye un criterio hermenéutico esencial para la interpretación de los preceptos constitucionales relativos a la tutela de los derechos fundamentales por la vía del artículo 10.2 de la Constitución española, sino que llegó incluso a afirmar que ésta resulta de *aplicación inmediata* en el ordenamiento interno. Ahora bien, tampoco deben sobrevalorarse estas palabras ya que la ejecución *stricto sensu* de una sentencia del TEDH, que exija la anulación o revisión de una resolución judicial firme de los tribunales españoles, se limita aún a día de hoy al excepcional caso *Bultó*. En este caso, tras una serie de intervenciones del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional, el Tribunal Constitucional, en amparo, anuló resoluciones de los tribunales ordinarios ordenando la retroacción de actuaciones procesales, para restituir a los demandantes en el disfrute efectivo del derecho fundamental cuya violación había constatado el TEDH. Sobre este asunto véase C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, “Problemas planteados por la aplicación en el ordenamiento español de la sentencia Bultó, (Comentario a la STC 245/1991, de 16 de diciembre)”, *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 19, nº 1, 1992, pp. 139-164. En el caso de Francia puede verse R. DE GOUTTES, “La procédure de réexamen des décisions pénales après un arrêt de condamnation de la Cour Européenne des Droits de l’Homme”, en *Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan -Libertés, Justice, Tolérance-*, Vol. I, Bruylant, Bruselas, 2004, pp. 563-578.

⁷⁶⁴ Véanse la Sentencia de 16 de marzo de 1998, *Racke c. Hauptzollamt Mainz*, *cit. supra*; asimismo la Sentencia de 21 de diciembre de 2011, *Air Transport Association of America y otros c. Secretary of State for Energy and Climate Change*, *cit. supra*, apartado 110. En este último caso el TJUE admite que lógicamente un principio de derecho consuetudinario no reviste el mismo grado de precisión que una disposición de un acuerdo internacional, por ello el control jurisdiccional se limita a apreciar si las instituciones en adopción de un acto han cometido un error manifiesto en relación con tales principios generales del derecho internacional consuetudinario. Véase igualmente, J. ROLDÁN BARBERO, “La costumbre internacional, la cláusula *rebus sic stantibus* y el Derecho Comunitario (A propósito de la sentencia *Racke* dictada por el TJCE el 16.6.98)”, *loc. cit.*, pp. 30-32. Una opinión según la cual en *Racke* se admitió la revisión de la validez de un acto comunitario a la luz de una norma consuetudinaria carente de eficacia directa, puede verse en J. W. VAN ROSSEM, “Interaction between EU Law and International Law in the Light of *Intertanko* and *Kadi*: The Dilemma of Norms Binding the Member States but not the Community”, *loc. cit.*, p. 215. En el mismo sentido se pronuncia A. GIANELLI, “Customary International Law in the European Union”, *op. cit.*, p. 104.

4. Estatus en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea de los acuerdos internacionales sobre derechos humanos concluidos únicamente por los Estados miembros.

4.1. Consideraciones iniciales: la tradicional ausencia de sustantividad jurídico-internacional propia en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea de los acuerdos internacionales en materia de derechos humanos concluidos solo por los Estados miembros.

En este apartado nos referimos al potencial en el ordenamiento jurídico de la Unión de aquellos acuerdos internacionales sobre derechos humanos que vinculan formal y directamente tan solo a los Estados miembros. Por tanto, la Unión no tiene un ligamen convencional con los mismos, lo que excluye a priori toda posibilidad de que sus disposiciones puedan formar parte del *corpus* normativo en relación con el cual se enjuicia la validez del derecho derivado, lógicamente, con la importante salvedad de que sus disposiciones recojan normas de carácter consuetudinario o derechos fundamentales que el TJUE haya decidido salvaguardar en tanto que principios generales del Derecho de la Unión⁷⁶⁵.

En este apartado, se defenderá la idea de que la virtualidad jurídica de dichos acuerdos internacionales y su aplicabilidad en el ordenamiento jurídico de la Unión no se reducen al tratamiento que hasta la fecha han recibido como meras fuentes de inspiración para el TJUE en la determinación de los principios generales del Derecho de la Unión (vg: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966⁷⁶⁶, la

⁷⁶⁵ “Considerando que, como ha sostenido el Tribunal de Justicia, los derechos fundamentales forman parte integrante de los principios generales del Derecho, cuyo respeto asegura el propio Tribunal [...] que los Tratados internacionales para la Protección de los Derechos Humanos en los cuales han sido parte o a los cuales se han adherido los Estados miembros también pueden aportar indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco del Derecho comunitario”, Sentencia de 14 de mayo de 1974, *Nold c. Comisión*, asunto C-4/73, Rec. 1974, p. 491, apartado 13.

⁷⁶⁶ “El Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de recordar que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos figura entre los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos que el Tribunal de Justicia tiene en cuenta para la aplicación de principios generales del derecho comunitario (véanse, en particular, las sentencias de 18 de octubre de 1989, *Orkem/Comisión*, 374/87, Rec. p. 3283, apartado 31; de 18 de octubre de 1990, *Dzodzi*, C-297/88 y C-197/89, Rec. p. I-3763, apartado 68, y de 17 de febrero de 1998, *Grant*, C-249/96, Rec. p. I-621, apartado 44). Lo mismo sucede en el caso de la Convención sobre los Derechos del Niño antes mencionado, que, como el citado Pacto, vincula a todos los Estados miembros”, véase la Sentencia de 27 de junio de 2006, *Parlamento c. Consejo*, asunto C-540/03, *cit. supra*, apartado 37.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre Derechos del Niño...entre otros).

En sede judicial, el TJUE no ha admitido explícitamente que dichos acuerdos internacionales, aun en el caso de haber sido concluidos por todos los Estados miembros formen parte integrante del ordenamiento jurídico de la Unión. Cabe deducir, aplicando por analogía el razonamiento del Tribunal en el asunto *Intertanko* en relación con el Convenio Marpol 73/78⁷⁶⁷, que en opinión del TJUE dichos acuerdos internacionales que vinculan a todos los Estados miembros en materia de derechos humanos no son una parte integrante del ordenamiento de la Unión. El TJUE ha rechazado incluso una posible incorporación por referencia en el ordenamiento de la Unión de un acuerdo internacional en que todos los Estados miembros son parte, cuando existe una directiva que pretende dar aplicación y efectividad a algunas de las obligaciones internacionales de los Estados miembros en virtud de dicho acuerdo internacional. Del mismo modo, el Tribunal ha excluido la posibilidad de que tal acuerdo internacional forme parte del bloque de legalidad de dicha directiva que en parte da aplicación a sus obligaciones⁷⁶⁸.

El enfoque del Tribunal es ligeramente distinto en relación con los tratados internacionales sobre derechos humanos que vinculan a todos los Estados miembros, puesto que su estatus y aplicabilidad mediata vienen mejorados por la *doctrina pretoriana* relativa a los principios generales del Derecho de la Unión, en comparación con acuerdos internacionales comunes a todos los Estados miembros relativos a otros ámbitos materiales. Sirva de ejemplo el asunto *Mangold*: en la apreciación del TJUE fue determinante el hecho de que la Directiva 2000/78 se remitiese a tratados internacionales sobre derechos humanos concluidos solo por los Estados miembros (no obstante por todos ellos)⁷⁶⁹. Ello permitió que el Tribunal pudiese sortear la dificultad de otorgar eficacia directa a las disposiciones de la directiva relativas a la prohibición de

⁷⁶⁷ Con tales siglas se identifican dos tratados internacionales concluidos por todos los Estados miembros: a) El Convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques, firmado en Londres el 2 de noviembre de 1973; b) El Protocolo relativo al Convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques, firmado en Londres el 17 de febrero de 1978. Véase la Sentencia de 3 de junio de 2008, *Intertanko y otros*, cit. *supra*.

⁷⁶⁸ *Ibid*, apartado 50.

⁷⁶⁹ “El derecho de toda persona a la igualdad ante la ley y a estar protegida contra la discriminación constituye un derecho universal reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, los Pactos de las Naciones Unidas de Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de los que son partes todos los Estados miembros. El Convenio n° 111 de la Organización Internacional del Trabajo prohíbe la discriminación en el ámbito del empleo y la ocupación”, véase la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, cit. *supra*.

discriminación por razón de la edad incluso antes de finalizar su plazo de trasposición al derecho interno y con plena aplicabilidad incluso en los litigios entre particulares (aproximándose a la eficacia directa horizontal de la directiva)⁷⁷⁰, como corroboró su decisión en el posterior asunto *Küçükdeveci*⁷⁷¹.

Hasta la fecha dichos acuerdos internacionales de los Estados miembros en materia de derechos humanos y sus disposiciones no han gozado de una sustantividad jurídico-internacional propia en el ordenamiento jurídico de la Unión, pero como se verá, ahí no se agota todo su potencial en la aplicación y ejecución normativa del Derecho de la Unión.

⁷⁷⁰ Sentencia de 22 de noviembre de 2005, *Mangold c. Helm*, asunto C-144/04, Rec. 2005, p. I-9981, apartados 74-75. Sobre la imposibilidad de que las directivas impongan obligaciones a los particulares deben verse: la Sentencia de 26 de febrero de 1986, *Marshall*, asunto 152/84, Rec. 1986, p. 723; y la Sentencia de 14 de julio de 1994, *Faccini Dori*, asunto C-91/92, Rec. 1994, p. I-3325. Véase M. DOUGAN, “In Defence of *Mangold*?”, en A. ARNULL, C. BARNARD, M. DOUGAN, E. SPAVENTA (eds.), *A Constitutional Order of States? Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood*, Hart Publishing, Oxford –Portland, Oregon, 2011, pp. 219-244. Esta jurisprudencia ha propiciado que el Tribunal Constitucional alemán declare la posibilidad de ejercer un escrutinio y revisión de aquellos actos procedentes de las instituciones de la Unión que considere *ultra vires*. Ello siempre que se produzca un quebrantamiento estructural y suficientemente grave del reparto de competencias entre Estados miembros y Unión Europea en detrimento de los primeros y a favor de ésta. Eso sí, dicho escrutinio de los actos considerados como *ultra vires* debe plantearse dentro del espíritu de cooperación leal y siempre que el TJUE haya tenido oportunidad de pronunciarse de antemano sobre la validez del acto en cuestión por vía prejudicial, véase la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 26 de agosto de 2010, *Honeywell Bremsbelag GmbH*, 2 BvR 2661/06.

⁷⁷¹ Sentencia de 19 de enero de 2010, *Küçükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG*, asunto C-555/07, Rec. 2010, p. I-00365. La aplicación horizontal de los derechos fundamentales en su calidad de principios generales del Derecho de la Unión ha sido duramente criticada: en primer lugar, por *privatizar* la responsabilidad tradicionalmente correspondiente al Estado de dar cumplimiento adecuado al Derecho de la Unión; en segundo, por ignorar la existencia de tradiciones constitucionales que se han resistido a atribuir eficacia directa en las relaciones horizontales a los derechos fundamentales; y en tercer lugar se ha censurado que se abra con esta decisión la puerta a que el Tribunal se pueda inmiscuir en elecciones que corresponden en principio al legislador nacional y comunitario. Debe verse, E. SPAVENTA, “The Horizontal Application of Fundamental Rights as General Principles of Union Law”, en A. ARNULL, C. BARNARD, M. DOUGAN, E. SPAVENTA (eds.), *A Constitutional Order of States? Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood*, Hart Publishing, Oxford –Portland, Oregon, 2011, pp. 199-218. En cambio a favor de la aplicación horizontal de los principios generales del Derecho de la Unión, debe verse, S. DOUGLAS-SCOTT, “The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon”, *cit. supra*, p. 672. Asimismo, dos argumentos favorables a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, que compartimos, fueron señalados tiempo atrás por PÉREZ LUÑO: “En cualquier caso, entiendo que la necesidad de extender la aplicación de los derechos fundamentales a las relaciones entre sujetos privados es fruto de dos argumentos básicos. El primero que opera en el plano teórico, es corolario de la exigencia lógica de partir de la coherencia interna del ordenamiento jurídico, lo que constituye, al propio tiempo, una consecuencia del principio de la seguridad jurídica. Se ha indicado, con razón, que el no admitir la eficacia de los derechos fundamentales en la esfera privada, supondría reconocer una doble ética en el seno de la sociedad, la una aplicable a las relaciones entre el Estado y los particulares, la otra aplicable a las relaciones de los ciudadanos entre sí, que serían divergentes en su propia esencia y en los valores que consagran. El segundo obedece a un acuciante imperativo político del presente, en una época en la que al poder público, secular amenaza potencial contra las libertades, le ha surgido la competencia de poderes económico-sociales fácticos, en muchas ocasiones, más implacables que el propio Estado en la violación de los derechos fundamentales”, véase A. E. PÉREZ LUÑO, “La interpretación de los derechos fundamentales”, en M. MEDINA, R. MESA, P. MARIÑO (coords.), *Pensamiento Jurídico y Sociedad Internacional -Libro-Homenaje al profesor D. Antonio Truyol Serra-*, Vol. II, Madrid, 1986, p. 990.

El uso que el TJUE ha realizado de los tratados internacionales de derechos humanos en los que solo los Estados miembros son parte ha sido criticado principalmente por su excesivo énfasis hacia la singular posición del CEDH (antes de la anunciada adhesión) y la jurisprudencia del TEDH y por su enorme miopía hacia el Derecho internacional de los Derechos humanos auspiciado en el seno de la ONU⁷⁷². En la medida en que el CEDH recoge esencialmente derechos civiles y políticos, esta preferencia puede ser indicativa del tradicional olvido que los derechos sociales, económicos y culturales han padecido en el ordenamiento jurídico de la Unión, que no encaja con el reconocimiento de la indivisibilidad de los derechos humanos que la Unión ha realizado en la CDFUE y en el artículo 21.1 TUE⁷⁷³.

⁷⁷² I. BUTLER, *The EU and International Human Rights Law*, op. cit., p. 11-13. Un resumen del manejo de tratados internacionales relativos a derechos humanos, distintos del CEDH, por parte tanto del TJUE como de los Abogados Generales puede verse en, E. SHARPSTON, *La manière dont les traités et accords internationaux en matière de droits fondamentaux ont été appréhendés par la Cour de justice des Communautés européennes*, loc. cit.

⁷⁷³ Como ha señalado el juez ROSAS, no es fácil trazar la línea divisoria entre ambas categorías de derechos humanos, y ello explica que por vía interpretativa el TEDH sí se haya ocupado de asuntos relativos a derechos sociales, culturales y económicos pese a no estar, por lo general, explícitamente enunciados ni en el CEDH ni en sus Protocolos, A. ROSAS, *The EU and the ECHR*, Seminario Compacto, Colegio de Europa, Brujas, Enero-Febrero, 2011. En los asuntos *Viking* y *Laval*, el TJUE reconoció como principios generales del Derecho de la Unión el derecho a la huelga y el derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo. Para ello el Tribunal se inspiró entre otros instrumentos en el Convenio n° 87 de la Organización Internacional del Trabajo, de 9 de julio de 1948, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, que había sido ratificado por todos los Estados miembros. No obstante, en el litigio concreto el TJUE hizo primar sobre dichos derechos fundamentales las libertades económicas fundamentales de establecimiento y de desplazamiento temporal de trabajadores (en el marco de la libre prestación de servicios), lo que le ha valido al Tribunal críticas de admitir el *dumping social* dentro de la Unión. Bien es cierto que en el primer asunto el TJUE se remitió al juez nacional dejando a su discreción la apreciación de si las restricciones impuestas a la libertad de establecimiento en ejercicio de la acción colectiva eran o no adecuadas y de si excedían o no lo estrictamente necesario para la satisfacción del objetivo legítimo de la protección de los trabajadores. Véanse la Sentencia de 11 de septiembre de 2007, *International Workers' Federation (Viking Line)*, asunto C-438/05, Rec. 2007, p. I-10779, apartados 43 y 90; y la Sentencia de 18 de diciembre de 2007, *Laval c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, asunto C-341/05, Rec. 2007, p. I-987, apartado 90. Un comentario detallado de ambos casos puede verse en M. LÓPEZ ESCUDERO, "Comentario Artículo 28. Derecho de Negociación y de Acción Colectiva", en A. MANGAS MARTÍN (dir.), L. N. GONZÁLEZ ALONSO (coord.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, pp. 496-503. Un comentario que aplaude el carácter continuador y evolutivo de la tarea de protección de los derechos fundamentales llevada a cabo por el TJUE puede verse en, J. DE MIGUEL BÁRCENA, "Los problemas de la progresiva configuración de un sistema multilevel de derechos fundamentales en la Unión Europea. Comentario a la Sentencia TJCE de 11 de diciembre de 2007 (Viking C-438/05)", *RGDE*, n° 16, 2008. El razonamiento del TJUE también ha recibido fuertes críticas desde el punto de vista de los derechos fundamentales: "Yet such reasoning is antipathetic to fundamental rights and has been strongly criticised, especially in its application of a proportionality test to the concept of fundamental rights themselves", S. DOUGLAS-SCOTT, "The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon", loc. cit., p. 677. En cambio, un asunto donde el TJUE hizo primar los derechos fundamentales a la libertad de expresión y reunión invocados por el Gobierno de Austria (ambos en principio derechos civiles y políticos) sobre una libertad económica fundamental (libre circulación de mercancías) lo encontramos en su Sentencia de 12 de junio de 2003, *Schmidberger c. República de Austria*, cit. supra. Véase C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU, The Four Freedoms*, Oxford University Press, Nueva York, 2010, pp 171 y 372.

En este sentido resultan ilustrativas las palabras de DE SCHUTTER que sostiene la necesidad de establecer a nivel de la Unión Europea un mecanismo de vigilancia del respeto por los Estados miembros a los derechos sociales fundamentales para limitar el riesgo de diferencias sustanciales en su grado de protección entre Estados miembros:

*“Ce n’est pas à dire que le juge communautaire soit indifférent aux droits sociaux. Mais ceux-ci apparaissent dans la jurisprudence, plutôt que comme des prérogatives attachées à l’individu, comme des objectifs qu’il est légitime pour les États membres de l’Union européenne de vouloir poursuivre”*⁷⁷⁴.

Continuando con la actitud, en general, poco entusiasta hacia el Derecho internacional de los Derechos humanos de origen *onusiano*, constituye un objeto de crítica la renuencia del TJUE o la escasa atención prestada a la hora de admitir como fuente de inspiración la opinión y las observaciones generales realizadas por los mecanismos convencionales de control asociados a los tratados internacionales de derechos humanos del ámbito de Naciones Unidas. En el asunto *Grant* el Tribunal rechazó seguir la opinión del Comité de Derechos Humanos⁷⁷⁵ en el sentido en que fue invocada por una de las partes en el litigio principal, según la cual la prohibición de discriminación por razón de sexo debía extenderse a la prohibición de discriminación por motivo de orientación sexual. El TJUE sostuvo en relación con la naturaleza del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas su carácter de órgano no jurisdiccional así como la carencia de valor jurídico vinculante de sus opiniones para apartarse de su observación, ya que en opinión del Tribunal ésta no reflejaba adecuadamente “[...]la interpretación generalmente admitida hoy día del concepto de

⁷⁷⁴ O. DE SCHUTTER, “Le statut de la Charte Sociale Européenne dans le Droit de l’Union Européenne”, en *Chemins d’Europe. Mélanges en l’honneur de Jean Paul Jacqué, op. cit.*, p. 235. Sobre la situación de los derechos sociales en la jurisprudencia del TJUE resultan igualmente reveladoras sus siguientes palabras: “Dès lors qu’ils sont construits en tant qu’exceptions aux libertés fondamentales de circulation et de concurrence qui définissent un marché intérieur au sein duquel la concurrence n’est pas faussée, les droits sociaux fondamentaux dont la garantie est confiée aux États membres voient leurs possibilités de réalisation progressive nettement restreintes. Ces droits peuvent continuer d’être préservés au niveau étatique : leur développement, au-delà de l’extension qu’ils ont déjà prise, sera par contre envisagé avec plus de suspicion, de même que sera suspecte toute interprétation de ces droits qui semble un peu trop généreuse, si l’on prétend, à travers cette interprétation, justifier une entrave à la libre circulation des marchandises, à la libre prestation des services, ou au droit communautaire de la concurrence. Seule l’intégration positive -les progrès dans l’harmonisation des droits sociaux au plan de la Communauté européenne- serait de nature à véritablement pallier ce risque. Mais les compétences de la Communauté européenne à l’effet de réaliser les droits sociaux demeurent relativement limitées. L’on sait en outre que l’intégration négative, par l’interprétation des libertés économiques figurant dans le traité de Rome, est plus aisée à réaliser, par les acteurs supranationaux que sont la Commission européenne et la Cour de Justice, que l’intégration positive”, debe verse la p. 238 de este mismo trabajo.

⁷⁷⁵ Órgano encargado de la interpretación auténtica del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

discriminación por razón de sexo que figura en diferentes instrumentos internacionales en materia de protección de los derechos fundamentales[...]”⁷⁷⁶. El Tribunal habría hecho mejor en explicitar a qué instrumentos o tratados internacionales se refería, sin efectuar tal invocación laxa e imprecisa, en lugar de limitarse a desacreditar con carácter genérico la juridicidad de las opiniones del Comité de Derechos Humanos⁷⁷⁷. No obstante, podría compararse la actitud del TJUE en este asunto con la posición que tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo español han sostenido en relación con la naturaleza jurídica de las opiniones y dictámenes del Comité de Derechos Humanos, especialmente en relación con la problemática ligada a la doble instancia en materia penal⁷⁷⁸.

Ciertamente las opiniones de los mecanismos convencionales de control asociados a los tratados de derechos humanos no tienen un valor jurídico directamente vinculante, pero no puede obviarse que su función resulta esencial para que los Estados miembros puedan cumplir con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, labor que el TJUE no debe entorpecer, como BUTLER señala:

⁷⁷⁶ Sentencia de 17 de febrero de 1998, *Grant c. South West Trains Ltd.*, asunto C-249/96, Rec. 1998, p. I-621, apartados 43, 46 y 47. Sobre el resultado alcanzado por el Tribunal en este asunto, en el sentido de disponer que el Derecho de la Unión no exigía en ese momento una equiparación entre la situación de las parejas estables del mismo sexo y los matrimonios o relaciones estables entre personas de distinto sexo, se ha dicho que dada la disparidad de legislaciones existente entre los Estados miembros se trataba de la solución que mejor se adecuaba a los objetivos y estructura del Derecho originario, véase K. LENAERTS, J. A. GUTIÉRREZ-FONS, “The Role of General Principles of EU Law”, en A. ARNULL, C. BARNARD, M. DOUGAN, E. SPAVENTA (eds.), *A Constitutional Order of States? Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood*, Hart Publishing, Oxford –Portland, Oregon, 2011, pp 182-183. En cambio, el TEDH en un asunto posterior pese a mostrar su conocimiento del Derecho comunitario así como de la decisión del TJUE prefirió no adentrarse en valorar el Derecho comunitario, véase la Sentencia del TEDH de 27 de septiembre de 1999, *Smith y Grady c. Reino Unido*, Recursos acumulados nº 33985/96 y nº 33986/96. Véase, S. SANZ CABALLERO, “El control de los actos comunitarios por el TEDH”, *loc. cit.*, pp. 505-508.

⁷⁷⁷ Más explícito fue, en cambio, el TJUE a la hora de establecer que la supresión de las discriminaciones basadas en el sexo constituye uno de los derechos fundamentales que el Derecho de la Unión tutela en su calidad de principio general, apoyándose para ello en “[...] que, por lo demás, en la Carta Social Europea, de 18 de noviembre de 1961, y en el Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo relativo a la discriminación en materia de empleo y de profesión, de 25 de junio de 1958, se consagran estas mismas ideas”, véase la Sentencia de 15 de junio de 1978, *Defrenne c. Sabena III*, asunto 149/77, Rec. 1978, p. 399, apartado 28.

⁷⁷⁸ Véase, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 70/2002, de 3 de abril, Fundamento Jurídico nº 7: “Además, ha de tenerse en cuenta que las “observaciones” que en forma de Dictamen emite el Comité no son resoluciones judiciales, puesto que el Comité no tiene facultades jurisdiccionales (como claramente se deduce de la lectura de los arts. 41 y 42 del Pacto), y sus Dictámenes no pueden constituir la interpretación auténtica del Pacto, dado que en ningún momento, ni el Pacto ni el Protocolo facultativo le otorgan tal competencia”. En más detalle sobre el derecho a una doble instancia en materia penal y la repercusión de las opiniones del Comité de Derechos Humanos en la configuración del sistema de casación penal en derecho español puede verse mi comentario en J. ROLDÁN BARBERO (coord.), J. R. MARÍN AÍLIS et al., “Jurisprudencia en materia de Derecho internacional Público”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LXIII, nº 2, 2011, pp. 228-230.

“Given that the treaty bodies have been mandated by the States (including all the Member States of the EU) to provide authoritative interpretations of the treaties, it seems difficult to argue with the assertion that International Human Rights Law is very much what the monitoring bodies say it is”⁷⁷⁹.

También resulta ilustrativa de esta escasa atención, la omisión de toda referencia a la Convención sobre Derechos del Niño de 1989 así como al Comité de Derechos del Niño a la hora de aplicar el artículo 24 CDFUE claramente inspirado en dicho instrumento internacional⁷⁸⁰. Esta escasa atención que el TJUE presta a los tratados internacionales de derechos humanos del ámbito universal, en contraste con la posición otorgada al CEDH y la jurisprudencia del TEDH, así como la prácticamente inexistente observación de las opiniones de los mecanismos convencionales de protección de derechos humanos existentes en el ámbito de Naciones Unidas, no hacen sino poner en entredicho en el plano interno la noción holística y el carácter universal de los derechos humanos que la Unión trata de promover en el plano universal mediante su acción exterior.

La universalidad de los derechos humanos y el desarrollo de estándares normativos a nivel internacional requieren de un diálogo fructífero entre los mecanismos convencionales de control establecidos en el ámbito de Naciones Unidas⁷⁸¹, los mecanismos regionales de control (TEDH, Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como la Comisión y Corte Africana de Derechos Humanos), los actores judiciales regionales (como el TJUE) y los órganos jurisdiccionales nacionales.

Es en este sentido en el que contrasta la actitud del TJUE frente a la de la CIJ⁷⁸² y sobre todo frente a la del TEDH: el Tribunal de Estrasburgo claramente ha mostrado una actitud más receptiva hacia los tratados de derechos humanos adoptados en el ámbito de Naciones Unidas y hacia los comentarios generales, observaciones, opiniones

⁷⁷⁹ I. BUTLER, *The EU and International Human Rights Law*, op. cit., p. 12.

⁷⁸⁰ Sentencia de 9 de diciembre de 2009, *Detiček*, asunto C-403/09 PPU, Rec. 2009, p. I-12193, apartados 6, 53-58.

⁷⁸¹ Estos son el Comité de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, el Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el Comité contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles o Degradantes, el Comité sobre los Derechos del Niño, el Comité de Derechos de los Trabajadores Migratorios, el Comité para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas y el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

⁷⁸² La CIJ acoge la práctica constante del Comité de Derechos Humanos para confirmar el alcance extraterritorial de las obligaciones que impone el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Véase la Opinión Consultiva de 9 julio de 2004, *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en los territorios palestinos ocupados*, cit. supra, apartado 109. También hay que señalar que son escasas las ocasiones en que el TJUE se ha referido a la jurisprudencia de la propia CIJ, pero existen ejemplos: la Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 1992, *Poulsen y Diva Navigation*, cit. supra, apartado 10; o su Sentencia de 27 de febrero de 2002, *Herbert Weber*, cit. supra, apartado 34.

y decisiones de sus órganos de control. No deja de resultar paradójico y sorprendente que el TJUE se haya prevalido del CEDH para reforzar el autoproclamado carácter constitucional del ordenamiento de la Unión preservando así el núcleo de su autonomía y especificidad frente a la incorporación de normas provenientes del ordenamiento internacional y portadoras de valores ajenos⁷⁸³, mientras que el TEDH por su parte⁷⁸⁴, sin haberse proclamado como guardián de un orden constitucional de Derecho internacional, quizá por ello se haya mostrado más permeable hacia el ordenamiento internacional en general, y en particular hacia el Derecho internacional de los Derechos humanos proveniente del ámbito de Naciones Unidas⁷⁸⁵.

En este sentido resulta clave la decisión del TEDH en el asunto *Demir y Baykara c. Turquía*, en ella el Tribunal explica de forma pedagógica y detallada la metodología que emplea a la hora de interpretar el CEDH a la luz de otros instrumentos internacionales. Además, el TEDH explica que no es necesario que el Estado demandado haya ratificado todos los instrumentos internacionales aplicables al caso concreto para que estos puedan emplearse a la hora de determinar el contenido del CEDH; basta con que los instrumentos internacionales pertinentes denoten una evolución continua de los principios y normas aplicados en derecho internacional o *en la mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa*⁷⁸⁶ y que reflejen una visión compartida sobre un aspecto preciso⁷⁸⁷.

De lege ferenda sería interesante que el TJUE adoptase una actitud hacia el Derecho internacional de los Derechos humanos semejante a la que profesa el TEDH, que junto

⁷⁸³ Recuérdese la Sentencia de 3 de septiembre de 2008, *Kadi/Al Barakaat International Foundation c. Consejo y Comisión*, cit. *supra*.

⁷⁸⁴ Precisamente el TEDH o los Órganos de Solución de Diferencias de la OMC, al no haber proclamado explícitamente a sus respectivos sistemas como nuevos ordenamientos autónomos de derecho internacional con principios constitucionales, encuentran mayores dificultades que el TJUE a la hora de excusar la no aplicación de normas de derecho internacional originadas de forma externa a su propio sistema jurídico. Se ha dicho que tanto el TEDH como los Órganos de Solución de Diferencias pese a prestar, como es lógico, mayor atención a las normas de su sistema, son relativamente permeables a normas originadas en el exterior y que incorporan valores ajenos, véase A. LINDROOS, M. MEHLING, “Dispelling the Chimera of ‘Self-Contained Regimes’: International Law and the WTO”, *European Journal of International Law*, Vol. 16, nº 5, 2005, pp. 857-877.

⁷⁸⁵ No obstante el TEDH se ha referido al CEDH como *instrumento constitucional del orden público europeo en materia de protección de los derechos humanos*, véase la Sentencia de la Gran Sala de 23 de marzo de 1995, *Loizidou c. Turquía (Excepciones preliminares)*, Recurso nº 15318/89, apartado 75.

⁷⁸⁶ Énfasis añadido para hacer notar la diferencia, que será analizada en el precesente trabajo, que el Derecho de la Unión efectúa entre los tratados internacionales concluidos *por todos los Estados miembros* y aquellos concluidos *sólo por algunos de ellos*.

⁷⁸⁷ Lógicamente entre los instrumentos que el TEDH tiene en cuenta también se encuentran los elaborados en el seno del Consejo de Europa, véase la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 12 de noviembre de 2008, *Demir y Baykara c. Turquía*, Recurso nº 34503/97, apartados 60-86. De este modo se explica que Turquía pudiera ser declarada responsable por la violación de dos provisiones de la Carta Social Europea, que Turquía no había ratificado.

con la interpretación contextual del CEDH emplea como criterio hermenéutico del mismo las normas internacionales de derechos humanos pertinentes que sean aplicables a las partes en el CEDH (tanto normas consuetudinarias como convencionales especialmente del ámbito de Naciones Unidas, pero no únicamente⁷⁸⁸) en aplicación extensiva de la regla del artículo 31.3.c) de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados⁷⁸⁹: dicha regla interpretativa parece derivarse de forma lógica de las exigencias del principio consuetudinario de buena fe y del deber de cooperación leal; en este caso, en su vertiente de deferencia y de respeto del ordenamiento jurídico de la Unión hacia las obligaciones internacionales de sus Estados miembros⁷⁹⁰.

La decisión del TJUE en *Kadi* evidencia una actitud hacia el Derecho internacional que ha sido calificada, quizá con excesiva dureza, de “aislacionismo jurídico”, en la medida en que el Tribunal decidió ignorar el origen internacional de las obligaciones implementadas así como su jerarquía en el contexto del Derecho internacional a la hora de llevar a cabo el control de legalidad del Reglamento impugnado, empleando únicamente para ello parámetros propios del Derecho de la Unión⁷⁹¹.

⁷⁸⁸ En la Sentencia de 9 de junio de 2009, *Opuz c. Turquía*, Recurso nº 33401/02, apartado 164, el TEDH para determinar en qué medida el Estado demandado había adoptado las medidas necesarias para proteger a la mujer de la violencia de género, interpretó el CEDH a la luz de la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, y tomó en consideración la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer adoptada en el seno de la Organización de Estados Americanos, en tanto que expresión y concreción particular de la evolución de las normas y principios contenidas en aquella (lógicamente las disposiciones de este último acuerdo internacional en modo alguno vinculan a los Estados contratantes en el CEDH). En este asunto a la hora de establecer la definición de discriminación por razón de género, el TEDH se apoyó en la Observación General Nº 19 del Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de este modo el TEDH concluyó que la violencia de género constituye una discriminación contraria al artículo 14 CEDH.

⁷⁸⁹ “[...] Account must also be taken of any relevant rules and principles of international law applicable in relations between the Contracting Parties and the Convention should so far as possible be interpreted in harmony with other rules of international law of which it forms part”, véase la Sentencia de 7 de enero de 2010, *Rantsev c. Chipre y Rusia*, Recurso nº 25965/04, apartados 274 y 282. En relación con la regla contenida en el artículo 31.3.c) de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados debe verse un repaso a la jurisprudencia internacional que se ha amparado en ella en P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, “El principio de integración sistémica y la unidad del Derecho internacional”, en A. J. RODRIGO, C. GARCÍA (eds.), *Unidad y Pluralismo en el Derecho internacional Público y en la Comunidad internacional, Coloquio en Homenaje a Oriol Casanovas, Barcelona, 21-22 de mayo de 2009*, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 356-374. Como la autora pone de manifiesto, hay coincidencia en considerar que esta disposición exige tener en cuenta indudablemente las normas consuetudinarias y los principios generales del derecho.

⁷⁹⁰ Sentencia de 3 de junio de 2008, *Intertanko y otros, cit. supra*, apartado 52.

⁷⁹¹ Véase la Sentencia de 3 de septiembre de 2008, *Kadi/Al Barakaat International Foundation c. Consejo y Comisión, cit. supra*. El TJUE no tuvo en cuenta ni esperó para emitir su decisión al posterior Dictamen del Comité de Derechos Humanos, Comunicación nº 1427/2006, *Sayadi y Vinck c. Bélgica*, de 22 de octubre de 2008, CCPR/C/94/D/1472/2006; en este asunto el Comité de Derechos Humanos entendió que no se había vulnerado el derecho a un recurso jurisdiccional efectivo (artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) dado que los solicitantes pudieron interponer recurso judicial ante los tribunales nacionales y, a resultas de ello, un órgano judicial había obligado al Estado a presentar con

No obstante, esta misma actitud receptiva que profesa, en cambio, el TEDH hacia el Derecho internacional general, también ha supuesto la introducción de límites a la protección de derechos humanos debido al intento de buscar una interpretación armónica entre la prohibición de la tortura (en reconocimiento de su condición de regla perentoria, de *ius cogens*) y las reglas generales relativas a la inmunidad soberana de los Estados: en concreto el TEDH reconoció en *Al-Adsani* que el Estado de Kuwait mantenía su inmunidad ante los tribunales británicos en relación con procedimientos civiles iniciados para lograr la indemnización por daños derivados de actos de tortura, que habían tenido lugar en el territorio kuwaití, sin que el demandante aportara ningún nexo causal que implicara a Reino Unido en su realización⁷⁹².

En 2012 la CIJ se ha apoyado en este razonamiento del TEDH para resolver el asunto *Alemania c. Italia*, donde la Corte consideró que Italia había vulnerado las obligaciones internacionales derivadas de la inmunidad soberana al permitir que sus tribunales ejercieran jurisdicción y dictaran medidas de ejecución sobre bienes del

carácter urgente una solicitud de supresión de sus nombres de la lista ante el Comité de Sanciones. En cambio, sí apreció el Comité de Derechos Humanos que Bélgica había infringido los artículos 12 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Tampoco tuvo en cuenta el TJUE la Sentencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia de 2 de octubre de 1995, *Tadic*, IT-94-1, apartados 41-43, donde este Tribunal señaló que determinados contenidos del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no resultan de aplicación al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Véase en mayor detalle, L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ, C. PÉREZ BERNARDEZ, “El derecho a la tutela judicial efectiva en el Derecho Europeo y las sanciones contra *Al-Qaeda*”, *op. cit.*, pp. 1599-1601. Sobre la actuación del Comité de Derechos Humanos en el asunto *Sayadi*, han recaído no obstante importantes críticas, puesto que el Comité se limitó a examinar la conducta del Estado demandado, sin adentrarse en el examen de los efectos jurídicos del artículo 103 de la Carta de San Francisco, y sobre todo guardando silencio acerca de un hipotético conflicto entre las obligaciones dimanantes de la Carta de San Francisco y aquellas que derivan del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. No en vano su decisión ha sido calificada de “oportunidad perdida”, véase M. MILANOVIC, “The Human Rights Committee’s Views in *Sayadi v. Belgium*: A Missed Opportunity”, *Goettingen Journal of International Law*, Vol. 3, nº 1, 2009, pp. 519-538.

⁷⁹² Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 21 de noviembre de 2001, *Al-Adsani c. Reino Unido*, Recurso nº 35763/97, apartados 55-56 y 61. Sobre la misma pueden verse, A. SÁNCHEZ LEGIDO, “*Ius cogens*, inmunidad soberana y jurisdicción extraterritorial: el asunto *Al-Adsani* ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LIII, nº 1, 2001, pp. 313-330; asimismo I. ZIEMELE, “Case-Law of the European Court of Human Rights and integrity of International Law”, en R. HUESA VINAIXA, K. WELLENS (dir.), *L’influence des sources sur l’unité et la fragmentation du droit international*, Bruylant, Bruselas, 2006, pp. 197-199. Una visión crítica en A. ORAKHELASHVILI, “Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *European Journal of International Law*, Vol. 14, nº 3, 2003, pp. 529-568. Véase también, A. GARRIDO MUÑOZ, “Un paso moderado, aunque necesario y técnicamente novedoso, en materia de inmunidad de jurisdicción del Estado: Comentario a la sentencia del TEDH de 23 de marzo de 2010 en el asunto *Cudak c. Lituania*”, *RGDE*, nº 21, 2010. Téngase en cuenta que en el asunto *Yerodia* la CIJ mantuvo, escasos meses después de la resolución del asunto *Al-Adsani*, como norma de Derecho internacional consuetudinario la inmunidad de jurisdicción penal de los órganos en activo para las relaciones internacionales del Estado ante las jurisdicciones nacionales incluso en los casos de acusación de crímenes de guerra o de crímenes contra la humanidad, véase la Sentencia de la CIJ de 14 de febrero de 2002, *Orden de arresto de 11 de abril de 2000 (República Democrática de Congo c. Bélgica)*, Rec. 2002, p. 3.

Estado alemán situados en su territorio⁷⁹³, para reparar en la vía civil los daños ocasionados por las graves violaciones del Derecho internacional humanitario perpetradas por el Estado alemán como potencia ocupante de la República de Italia durante el periodo de 1943 a 1945. La CIJ entendió que en este supuesto no existía un conflicto de normas entre la norma de Derecho internacional general que establece la inmunidad soberana derivada de los actos *iure imperii* y las normas perentorias de *ius cogens*⁷⁹⁴. Como muestran las numerosas opiniones disidentes formuladas en ambos asuntos la relación entre ambas normas está sujeta a un intenso debate y dista de ser pacífica; especialmente ilustrativa, en este último asunto es la Opinión Disidente del juez de la CIJ CANÇADO TRINDADE que rechaza la ausencia de conflicto normativo en sentido formal y afirma la prevalencia de las normas de *ius cogens* sobre las normas consuetudinarias de inmunidad soberana que en ningún caso amparan los *delicta imperii*. Las consecuencias inmanentes de dicha prevalencia son el derecho de los individuos de acceder a la justicia para obtener la reparación en tanto que víctimas de graves violaciones del Derecho internacional de los Derechos humanos y del Derecho internacional humanitario, con la correlativa obligación imperativa de reparar para el Estado responsable de tales actos⁷⁹⁵.

⁷⁹³ Italia fue condenada además por vulnerar sus obligaciones internacionales en materia de inmunidades del Estado al declarar la ejecutoriedad en su territorio de las decisiones judiciales griegas sobre la violación del Derecho internacional humanitario en Grecia por el III Reich alemán.

⁷⁹⁴ El sostén principal de la argumentación de la CIJ radica en que las normas relativas a la inmunidad de jurisdicción son normas de carácter procedimental, que no están en conflicto con las normas perentorias de *ius cogens*, en la medida en que las primeras únicamente determinan si los tribunales nacionales pueden ejercer o no su jurisdicción sobre demandas planteadas contra otro Estado sin entrar a analizar si los hechos objeto del litigio son o no conformes al Derecho internacional, véase la Sentencia de la CIJ de 3 de febrero de 2012, *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia)*, Rec. 2012 (pendiente de publicación), apartados 90 y siguientes. Sobre este asunto puede verse un comentario en J. FERRER LLORET, “La insostenible levedad del Derecho internacional consuetudinario en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia: El caso de las inmunidades jurisdiccionales del Estado”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 24, 2012; también, S. SHAH, “Jurisdictional Immunities of the State: Germany v Italy”, *Human Rights Law Review*, Vol. 12, nº 3, pp. 555-573; asimismo, O. BAKIRCIOGLU, “Germany v Italy: The Triumph of Sovereign Immunity over Human Rights Law”, *International Human Rights Law Review*, Vol. 1, nº 1, 2012, pp. 93-109.

⁷⁹⁵ Véanse en la Sentencia del TEDH de 21 de noviembre de 2001, *Al-Adsani c. Reino Unido*, cit. supra, la Opinión Disidente conjunta formulada por los jueces ROZAKIS y CAFLISCH, así como la Opinión Disidente del Juez LOUCAIDES, que vienen a señalar que partiendo de que la prohibición de tortura es una norma de *ius cogens* que prevalece sobre las reglas de la inmunidad soberana, éstas dejan de ser invocables ante cualquier procedimiento judicial cuyo objeto es la atribución de la responsabilidad legal derivada de dichos actos de tortura. Del mismo interés resultan las respectivas Opiniones Disidentes formuladas por los jueces YUSUF, GAJA (juez *ad hoc*) y CANÇADO TRINDADE en la Sentencia de la CIJ de 3 de febrero de 2012, *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia)*, cit. supra. Este último juez alude para fundamentar su opinión a su Opinión Separada formulada en la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de septiembre de 2006, *Goiburú y otros c. Paraguay*, referida a la *Operación Cóndor*, una operación de represión concertada y orquestada por el aparato estatal y los servicios de inteligencia de varias dictaduras militares del Cono Sur de Sudamérica durante la década de los 70. El propio CANÇADO TRINDADE defiende que el acceso a la justicia en tales

Antes de continuar, pueden lanzarse algunas cuestiones en relación con este asunto llevado ante la CIJ: ¿no era ésta una controversia que los Estados miembros enfrentados deberían haber sometido a la jurisdicción exclusiva del TJUE por imperativo del artículo 344 TFUE?, ¿dónde quedaría la cooperación judicial en materia civil?, ¿cómo habría resuelto el fondo del litigio el TJUE de haber considerado que su objeto pertenece al ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea?⁷⁹⁶, etc.

En relación con los tratados internacionales de derechos humanos concluidos solo por los Estados miembros deben descartarse dos ideas: a) en primer lugar, no se contempla la utilización del régimen del artículo 351 TFUE que en caso de incompatibilidad con un acuerdo previo permite exceptuar temporalmente la aplicación del Derecho de la Unión, además de imponer al Estado miembro la obligación de solventar la incompatibilidad llegando para ello si fuere necesario a denunciar el acuerdo internacional que la produce; b) en segundo lugar, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, como se vio, no hay base para mantener que la Unión haya asumido dichas obligaciones de los Estados miembros por vía de sustitución funcional, sucesión o adhesión implícita.

Llegado este punto, y partiendo de la premisa de que dichos tratados internacionales relativos a derechos humanos no forman parte del ordenamiento de la Unión (salvo que sus disposiciones concretas alberguen normas consuetudinarias en cuyo caso la incorporación al ordenamiento de la Unión es automática) y que por tanto están

supuestos de violación de normas perentorias de Derecho internacional es una norma de *ius cogens* que no puede verse menoscabada por el juego de las reglas de la inmunidad soberana, máxime en situaciones de *terrorismo de Estado*. Éste es un nuevo ejemplo de la necesidad de que se intensifique la comunicación entre los sistemas regionales de protección de los derechos humanos como vía para la construcción de un cuerpo jurisprudencial homogéneo y coherente no solo de Derecho internacional de los Derechos humanos, sino también de Derecho internacional general.

⁷⁹⁶ Debe recordarse que en respuesta a una petición prejudicial elevada por un tribunal griego, el TJUE ya había tenido ocasión de señalar que no entraban dentro de la noción de “materia civil” a los efectos del Convenio de Bruselas de 1968 las reclamaciones judiciales efectuadas por los derechohabientes de las víctimas de la actuación de las fuerzas armadas de la Alemania nazi en el marco de las operaciones bélicas llevadas a cabo entre 1941 y 1944, incluso aunque los hechos que originaron la acción judicial pudieran tener un grado de ilicitud como el de los crímenes de lesa humanidad. Véase la Sentencia de 15 de febrero de 2007, *Lechouritou y otros c. Dimosio*, asunto C-292/05, Rec. 2007, p. 1519. A la luz de este supuesto y del derecho derivado de la Unión se ha dicho que el TJUE no se apartaría en cuanto al fondo de lo ya señalado por el TEDH y por la CIJ, pronunciándose con probabilidad de un modo favorable a las inmunidades jurisdiccionales del Estado, véase J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Inmunidades jurisdiccionales de los Estados, normas comunitarias y derechos humanos”, en *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. XI/XII, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007/2008, pp. 27-54. Finalmente hay que señalar que el TJUE se ha declarado manifiestamente incompetente *ratione materiae* para responder a una cuestión prejudicial elevada por un tribunal italiano donde éste se cuestionaba la compatibilidad con el Derecho primario de la inmunidad de jurisdicción del Estado alemán en relación con los actos cometidos por sus fuerzas armadas en territorio italiano durante la Segunda Guerra Mundial, véase el Auto de 12 de julio de 2012, *Currà y otros c. Alemania*, asunto C-466/11, (pendiente de publicación), Rec. 2012.

excluidos del *bloque de legalidad* del derecho derivado, encontramos un resquicio en la jurisprudencia del TJUE que parece abrir la puerta a un cierto grado de escrutinio de la validez del derecho derivado con arreglo a normas que no forman parte del ordenamiento de la Unión: en el asunto *Países Bajos c. Parlamento Europeo y Consejo* el TJUE entró a analizar la compatibilidad de la Directiva sobre la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas a la luz de las disposiciones del Convenio sobre concesión de patentes europeas celebrado en Múnich el 5 de octubre de 1973 (en el que la Unión no era parte)⁷⁹⁷. En un principio, el TJUE señaló que la legalidad de un acto comunitario no podía depender de su conformidad con un acuerdo internacional en que la Unión no es parte⁷⁹⁸; no obstante, el TJUE entró a analizar el motivo alegado por el demandante según el cual la Directiva comunitaria cuya validez se cuestiona obligaba a los Estados miembros a ignorar sus obligaciones en virtud de Derecho internacional, aun cuando el tenor literal de dicha Directiva invocaba la debida observación y respeto hacia tales obligaciones internacionales⁷⁹⁹. De este modo, un acto jurídico autónomo del ordenamiento de la Unión que pretende dar eficacia y aplicabilidad a las disposiciones de acuerdos internacionales que vinculan a los Estados miembros pero no a la Unión, podría ser sometido a una revisión de validez a la luz de las obligaciones que impone dicho acuerdo internacional. En *Intertanko*⁸⁰⁰ el derecho derivado⁸⁰¹ había establecido un régimen de sanciones para la represión de la contaminación de buques más riguroso que el del Convenio Marpol 73/78 en su aplicación a las zonas marítimas situadas más allá del mar territorial y en el caso de los estrechos utilizados para la navegación internacional. Ello con la pretensión de lograr estándares más exigentes a nivel comunitario que a nivel internacional: el margen de maniobra permitido a la acción estatal y comunitaria en el marco internacional habría sido excedido en persecución de

⁷⁹⁷ Sentencia de de 9 de octubre de 2001, *Reino de los Países Bajos c. Parlamento y Consejo*, *cit. supra*, apartados 61 y siguientes. Resulta interesante que se trate éste de un acuerdo internacional concluido principal y mayoritariamente por Estados miembros de la Unión Europea, pero no exclusivamente. Puede consultarse la lista de Estados contratantes en:

<http://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/epc/1973/e/ar1.html>

Una cuestión colateral, es que tanto la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos, como el Comité de Derechos Humanos, declararon inadmisibles *ratione personae* una comunicación individual contra un acto de la Organización Europea de Patentes creada en virtud de este acuerdo internacional. En ambos casos se constató la ausencia de jurisdicción del Estado demandado sobre dichos actos, véase Comité de Derechos Humanos, Comunicación nº 217/1986, *H.v.d.P. c. Reino de los Países Bajos*, 8 de abril de 1987, CCPR/C/OP/2.

⁷⁹⁸ *Ibid.*, apartado 52.

⁷⁹⁹ *Ibid.*, apartado 55.

⁸⁰⁰ Véase la Sentencia de 3 de junio de 2008, *Intertanko y otros*, *cit. supra*.

⁸⁰¹ Directiva 2005/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa a la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones, D.O.U.E. Serie L 255/11, de 30 de septiembre de 2005.

un objetivo tan loable como legítimo y justo, no obstante, quizá en detrimento del rigor jurídico de los medios empleados⁸⁰². Pero el supuesto para el que planteamos la revisión de la validez del derecho derivado es justamente el contrario: aquél en que las instituciones mediante su actividad pudieran erosionar a la baja los estándares internacionales de protección de los derechos humanos que vinculan a los Estados miembros. En tal caso, si las medidas adoptadas por las instituciones se orientan a dar aplicación a los acuerdos internacionales de derechos humanos en que sólo los Estados miembros son parte, lo lógico sería que el TJUE extendiera el escrutinio de su validez a las disposiciones concernidas de tales acuerdos aun carentes de eficacia directa⁸⁰³. En palabras de VAN ROSSEM:

*“[...] if a Community measure clearly intends to give effect to an international obligation of the member states, this could pave the way for a judicial review of the measure”*⁸⁰⁴.

Piénsese, por ejemplo, como secuencia lógica de este cambio de paradigma, en las posibilidades de revisar la legalidad del acervo comunitario en materia de no discriminación⁸⁰⁵ a la luz de las disposiciones de la Convención internacional sobre la

⁸⁰² “Aunque la Comunidad Europea (la Comunidad, en adelante) no es parte de este último instrumento internacional, sí lo es de la Convención NUDM, por lo que, en el caso de adoptar aquélla disposiciones sobre esta materia, al menos debería respetar los márgenes de discrecionalidad permitidos por la Convención NUDM respecto de los estándares internacionales regulados por el Convenio Marpol 73/78”, en J. GONZÁLEZ GIMÉNEZ, “Régimen comunitario de la contaminación por descargas procedentes de buques: la relación con las normas internacionales y la sentencia del TJCE sobre el asunto Intertanko”, *loc. cit.*, pp. 917 y 942-943. Este conglomerado de acuerdos internacionales que conforman el régimen Marpol 73/78 está únicamente abierto a la participación de Estados. Por ello en el litigio principal, una coalición de sociedades representativas de la industria internacional del transporte por vía marítima liderada por Intertanko, impugnó ante los tribunales británicos la validez de la Directiva comunitaria, considerando que el derecho derivado suponía en realidad una transgresión de los estándares internacionales a los que se pretendía dar aplicación con la iniciativa comunitaria, es decir, un sacrificio de la homogeneidad del régimen internacional en materia de responsabilidad por descargas en pro de una mayor eficacia del régimen comunitario. Como se ha señalado el TJUE rechazó en este asunto que las normas internacionales pudieran constituir parámetros de validez de las normas comunitarias sobre contaminación por descargas procedentes de buques.

⁸⁰³ Extrapolando a acuerdos internacionales que no forman parte del ordenamiento de la Unión pero que vinculan a los Estados miembros el razonamiento del TJUE en la Sentencia de 7 de mayo de 1991, *Nakajima c. Consejo, cit. supra*.

⁸⁰⁴ J. W. VAN ROSSEM, “Interaction between EU Law and International Law in the Light of Intertanko and Kadi: The Dilemma of Norms Binding the Member States but not the Community”, *loc. cit.*, p. 215. El mismo autor previene de las dificultades de que el TJUE admita este cambio de paradigma: “Invalidating a domestic measure on the ground of a violation of a norm that cannot be traced back to its own legal system would, under this reading, be ‘revolutionary’ and ‘make law indistinguishable from general political, or philosophical, discourse’”, véase p. 207 del artículo. Las normas de Derecho internacional general con carácter consuetudinario debieran ser una excepción dada su recepción automática en el Derecho de la Unión.

⁸⁰⁵ Entre otras: la Directiva 2000/43 del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, *cit. supra*; la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un

Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, interpretadas éstas a la luz de las observaciones de sus respectivos Comités. Esta perspectiva sería la más coherente y permitiría formar un verdadero cuerpo normativo homogéneo y congruente en materia de derechos fundamentales a nivel internacional y europeo. Ello a la vista de que la Unión se ha convertido en parte de la CDPD, cuyas disposiciones integran ya los parámetros de legalidad y que por tanto el derecho derivado que dé aplicación a la prohibición de no discriminación por razón de discapacidad deberá observar.

Para concluir, debe señalarse que el Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea ha ofrecido un ejemplo *heterodoxo*, en este sentido, en el asunto *Pia Landgren* resuelto en 2006: el Tribunal anuló la decisión de una Agencia de la Unión (la Fundación Europea de Formación ubicada en Turín) relativa a la resolución del contrato de trabajo por tiempo indefinido de Sra. Landgren, en calidad de agente temporal. Para llegar a esta solución el Tribunal de la Función Pública invocó tanto el Convenio n° 158 de la OIT, como la Carta Social Europea Revisada, para interpretar el artículo 30 CDFUE relativo a la protección en caso de despido injustificado. El interés de esta resolución radica no solo en el hecho de que en esa fecha la CDFUE no era jurídicamente vinculante, sino, fundamentalmente en el hecho de que el Tribunal omite toda alusión a los principios generales del Derecho de la Unión, en claro contraste con el razonamiento habitual del TJUE, y además, invoca ambos instrumentos internacionales sin precisar el grado de vinculación que los Estados miembros de la Unión presentan en relación con ellos⁸⁰⁶.

marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, *cit. supra*; o la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, *cit. supra*.

⁸⁰⁶ Sentencia del Pleno del Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea de 26 de octubre de 2006, *Pia Landgren c. Fundación Europea de Formación*, asunto F-1/05, Rec. Función Pública 2006, p. I-A-1-00123, apartado 69: “*En segundo lugar, ha de tomarse en consideración la existencia de criterios internacionales que establecen las condiciones mínimas necesarias en un Estado de Derecho para evitar despidos abusivos de trabajadores. Así, según el tenor del artículo 4 del Convenio n° 158 de la Organización Internacional del Trabajo (en lo sucesivo, «OIT») sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, adoptado el 22 de junio de 1982, «no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio». Asimismo, el artículo 24, letra a), de la Carta Social Europea revisada del Consejo de Europa (n° 163), adoptada el 3 de mayo de 1996, que, de acuerdo con el informe explicativo de la misma, «se inspira en el Convenio n° 158 de la OIT», garantiza «el derecho de todos los trabajadores a no ser despedidos sin que existan razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio»*”. Debe apuntarse que el Convenio n° 158 de la OIT no ha sido ratificado

4.2. El criterio de los Abogados Generales en relación con los tratados internacionales sobre derechos humanos concluidos únicamente por los Estados miembros.

Las conclusiones de los Abogados Generales se han caracterizado por ser más resueltas, variadas y expresivas en la cita de tratados internacionales de derechos humanos que las propias sentencias del TJUE⁸⁰⁷: en primer lugar, son ilustrativas de esta tendencia las Conclusiones presentadas por el Abogado General VAN GERVEN en el asunto *Grogan*⁸⁰⁸. En este caso el órgano judicial irlandés remitente de la cuestión prejudicial, se planteaba si la prohibición nacional de divulgar en el territorio de Irlanda informaciones y comunicaciones relativas a prácticas abortivas realizadas de forma lícita en clínicas situadas en otros Estados miembros, constituía una restricción admisible o no a la libre prestación de servicios. El TJUE señaló que el supuesto no recaía dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión al no existir conexión en grado suficiente entre el demandado en el litigio principal (el Sr. Grogan en

por todos los Estados miembros como tampoco lo ha sido la Carta Social Europea revisada. Como se verá, este detalle no es baladí ni meramente anecdótico. Sólo diez Estados miembros se han convertido en partes contratantes del Convenio nº 158 de la OIT, estos son: Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Letonia, Luxemburgo, Portugal y Suecia.

⁸⁰⁷ En algunos casos los Abogados Generales se han referido a disposiciones tanto del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos como del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la búsqueda de principios generales de Derecho de la Unión: sirvan de ejemplo, CAPOTORTI en sus Conclusiones presentadas el 6 de octubre de 1982, *Arantzamendi-Osa*, asuntos acumulados C-13 a 28/82, Rec. 1982, p. 3939, apartado 5; o LENZ en sus Conclusiones presentadas el 15 de junio de 1988, *Bergemann*, asunto C- 236/87, Rec. 1988, p. 5125, apartados 29-30. En otros casos se han referido solo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (DARMON en sus Conclusiones presentadas el 15 de mayo de 1990, *Sevince c. Staatssecretaris van Justitie*, asunto C-182/89, Rec. 1990, p. I-3461, apartado 64; TESAURO en sus Conclusiones presentadas el 28 de noviembre de 1995, *Reino de los Países Bajos c. Consejo*, asunto C-58/94, Rec.1996, p. I-2169, apartado 16; o JACOBS en sus Conclusiones presentadas el el 19 de marzo de 1998, *Bickel y Franz*, asunto C-274/96, Rec. 1998, p. I-7637, apartado 30) o bien solo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (verbigracia, TESAURO en sus Conclusiones presentadas el 22 de enero de 1998, *Metronome Musik*, asunto C-200/96, Rec. 1998, p. I-1953, apartado 12, nota 6). Otros tratados internacionales empleados por los Abogados Generales han sido la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 (TESAURO en sus Conclusiones presentadas el 27 de octubre de 1992, *Levy*, asunto C-158/91, Rec. 1993, p. I-4287, apartado 9; y JACOBS en sus Conclusiones presentadas el 15 de mayo de 1997, *Marschall*, asunto C- 409/95, Rec. 1997, p. I-6363, apartados 53-56), así como numerosos tratados internacionales adoptados en el seno de la OIT (JACOBS se refiere en el asunto *Marschall* al Convenio de la OIT nº 89, véanse los apartados 51-56; o COSMAS en sus Conclusiones presentadas el el 19 de enero de 1999, *Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse*, asunto C-309/97, Rec. 1999, p. I-2865, apartado 22, nota 25, donde alude al Convenio nº 100 de la OIT). En mayor detalle sobre el uso de tratados internacionales relativos a la protección de derechos humanos otros que el CEDH, tanto por los Abogados Generales como por el TJUE, debe verse, A. ROSAS, "The European Union and International Human Rights Instruments", *op. cit.*, pp. 57-59.

⁸⁰⁸ Conclusiones presentadas el 11 de junio de 1991, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd c. Grogan*, asunto C-159-90, Rec. 1991, p. I- 4685.

representación de asociaciones estudiantiles encargadas de divulgar la información) y las clínicas que realizaban las prácticas abortivas en otros Estados miembros: por tanto el supuesto no podía calificarse de restricción a la libre prestación de servicios y al no estar dentro del ámbito de aplicación del Derecho comunitario el TJUE señaló su falta de competencia para apreciar si la normativa nacional era respetuosa o no con la libertad de expresión e información (artículo 10.1 CEDH)⁸⁰⁹. En cambio el Abogado General VAN GERVEN, entró a analizar a fondo la cuestión subyacente mediante un difícil juicio de ponderación entre dos derechos fundamentales: las libertades de expresión e información y la protección de la vida intrauterina⁸¹⁰. Ante la inexistencia de tradición constitucional común en relación con la protección de la vida intrauterina el Abogado General se remitió a un asunto similar pendiente ante la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos (*Open Door Counselling*) encargada entonces del control del CEDH⁸¹¹. De este modo el Abogado General aplicó en sede comunitaria un test de proporcionalidad relativo al margen de apreciación equiparable a los utilizados en la jurisprudencia tanto de la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos como del TEDH, para concluir que las disposiciones del Derecho originario relativas a la libre circulación de servicios no se oponían a una normativa nacional que estableciera una prohibición general de asistencia a las mujeres embarazadas con vistas a la interrupción del embarazo, incluyendo la prohibición de difundir de información y comunicaciones relativas a clínicas que ofrecían tales servicios de forma lícita en otros Estados miembros⁸¹². Finalmente el asunto ante la Comisión Europea de Derechos Humanos en que se inspiró el Abogado General (que el TJUE no tuvo en consideración al considerar

⁸⁰⁹ Sentencia de 4 de octubre de 1991, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd c. Grogan*, asunto C-159-90, Rec. 1991, p. I- 4685, apartados 24, 30 y 31. El TJUE señaló que la interrupción médica del embarazo realizada con arreglo a la normativa nacional de un Estado miembro debe considerarse como “servicio” a los efectos de la aplicación del Derecho originario. En relación directa con este asunto está el Protocolo nº 35, *Sobre el artículo 40.3.3 de la Constitución irlandesa*, D.O.U.E Serie C 83/321, de 30 de marzo de 2010, que establece que el Derecho originario no se opone a la forma en que en aplicación de dicho precepto constitucional se limite en Irlanda el derecho a recibir o divulgar información sobre las prácticas de interrupción médica del embarazo llevadas a cabo legalmente en otros Estados miembros. Sobre esta decisión SANZ CABALLERO señaló: “[d]e excepción es lo menos que se puede experimentar tras la lectura de la sentencia. El TJCE salva la situación con un pronunciamiento técnico y aséptico pero la duda permanece: ¿y si los estudiantes hubieran cobrado por la inserción de los anuncios? Mientras subsista esa prohibición en Irlanda, la puerta quedará abierta al sometimiento al TJCE de casos similares pero en los que realmente se pueda decir que hay prestación de servicios. Entonces la respuesta del TJCE no podrá ser tan fácil”, S. SANZ CABALLERO, “El control de los actos comunitarios por el TEDH”, *loc. cit.*, p. 487.

⁸¹⁰ Conclusiones presentadas el 11 de junio de 1991, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd c. Grogan*, *cit. supra*, apartado 34.

⁸¹¹ *Ibid.*, apartado 36.

⁸¹² *Ibid.*, apartados 37, 38 y 41.

que la normativa nacional quedaba fuera del ámbito de aplicación del Derecho comunitario debido al tenue vínculo existente entre el demandado y los operadores económicos de otros Estados miembros), llegó al TEDH: éste condenó a Irlanda por violación del artículo 10 CEDH⁸¹³.

Sirven igualmente de ejemplo las Conclusiones presentadas por el Abogado General JACOBS en el asunto *Konstantinidis*⁸¹⁴. En la petición prejudicial del tribunal alemán se inquiría si la transliteración de un nombre griego al alfabeto latino efectuada por las autoridades alemanas, al no ser fonéticamente exacta, suponía una vulneración de las libertades de establecimiento y de prestación de servicios. El Abogado General, amparado en la jurisprudencia *ERT*⁸¹⁵, de forma lúcida conectó el asunto con la protección de la dignidad humana, la integridad moral y el derecho a la identidad personal en su vertiente de derecho a un nombre, entendiendo que su privación supondría la más elevada degradación de tales derechos⁸¹⁶. Pero el Abogado General fue más lejos para decir que dentro del ámbito de aplicación del Derecho comunitario no es admisible ninguna vulneración de derechos fundamentales cuando se ejerce la libertad de circulación (con carácter autónomo o en conexión con otra libertad fundamental), aun cuando dicha infracción se practique y tolere hacia los propios nacionales⁸¹⁷. En tal caso el nacional de otro Estado miembro podría invocar su estatuto

⁸¹³ Sentencia de 29 de octubre de 1992, *Open Door y Dublin Well Woman c. Irlanda*, Recursos nº 14234 y 14235/88.

⁸¹⁴ Conclusiones presentadas el 9 de diciembre de 1992, *Konstantinidis*, asunto C-168/91, Rec. 1993, p. I-1191.

⁸¹⁵ Sentencia de 18 de junio de 1991, *ERT c. DEP*, cit. supra.

⁸¹⁶ “El derecho de una persona a su nombre es fundamental en todos los sentidos de la palabra. Después de todo, ¿qué somos sin nuestro nombre? Es nuestro nombre lo que nos distingue del resto de la humanidad. Es nuestro nombre lo que nos da un sentido de identidad, dignidad y autoestima. Despojar a una persona de su legítimo nombre es la última degradación, como se prueba por la práctica habitual de los regímenes penales represivos consistente en sustituir el nombre del preso por un número. En el caso del Sr. Konstantinidis, la vulneración de sus derechos morales, si se viera obligado a llevar el nombre de «Hréstos» en lugar de «Christos», es especialmente grave; no sólo se disfraza su origen étnico, ya que «Hréstos» no parece ni suena como un nombre griego y posee un ligero sabor eslavo, sino que, además, se ofende a sus sentimientos religiosos, ya que se destruye el carácter cristiano de su nombre. En la vista, el Sr. Konstantinidis señaló que debe su nombre a su fecha de nacimiento (25 de diciembre), siendo Christos el nombre griego del fundador de la religión cristiana, no «Hréstiana»”, *ibid.*, apartado 40.

⁸¹⁷ “Supongamos que un Estado miembro introduce un código penal draconiano, con arreglo al cual se sanciona el hurto con la amputación de la mano derecha. Un nacional de otro Estado miembro se traslada a dicho país en el ejercicio de los derechos de libre circulación que le otorgan los artículos 48 y siguientes del Tratado, hurta una barra de pan y es condenado a sufrir la amputación de su mano derecha. Indudablemente dicha pena constituiría una pena inhumana o degradante, contraria a lo establecido en el artículo 3 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos. Ahora bien, ¿constituiría igualmente una vulneración de los derechos de la persona, con arreglo al Derecho comunitario, aun cuando se aplicara de forma no discriminatoria? Entiendo que sí”, *ibid.*, apartado 45.

*civis europeus sum*⁸¹⁸ para oponerse a violaciones de derechos humanos ante las cuales, según esta visión el Derecho de la Unión permanecería inerte (he aquí la razón de ser del imperfecto artículo 7 TUE).

En materia de derechos humanos un enfoque de separación tajante e incomunicación entre ordenamientos puede resultar pernicioso, y de hecho conduce a situaciones aberrantes desde el punto de vista del Derecho internacional de los Derechos humanos: la conocida discriminación inversa hacia los nacionales a los que la literalidad del Derecho de la Unión presupone tácitamente una mayor soportabilidad de infracciones a sus derechos fundamentales por parte de sus autoridades nacionales respectivas en comparación con los nacionales de otros Estados miembros⁸¹⁹, y, por otra parte, la necesaria discriminación y menor tutela de los derechos fundamentales de los nacionales de terceros Estados no miembros de la Unión (así como de los apátridas), que tanto el TJUE, como el TEDH, en cierto modo, han validado⁸²⁰.

Salta a la vista la diferencia de tratamiento en el Derecho de la Unión Europea entre aquellos nacionales de terceros Estados que tienen vínculos familiares con un ciudadano de la Unión que ejerce una de las libertades fundamentales y aquellos nacionales de terceros Estados que migran hacia la Unión Europea sin tal conexión⁸²¹.

⁸¹⁸ *Ibid.*, apartado 46. Estas palabras fueron reproducidas por el Abogado General POIARES MADURO en sus Conclusiones presentadas el 12 de septiembre de 2007, *Centro Europa 7 Srl c. Ministero delle Comunicazioni e Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, asunto C-380/05, Rec. 2008, p. I- 0349, apartado 16.

⁸¹⁹ Esto se debe a que una de las características *existenciales* del ordenamiento jurídico de la Unión Europea es la de ser un ordenamiento jurídico de *superposición incompleta* o *no omnipresente*, véase S. PLATON, “Le champ d’application des droits du citoyen européen après les arrêts *Zambrano*, *McCarthy et Dereci*. De la boîte de Pandore au labyrinthe du Minotaure”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Vol. 48, nº 1, 2012, pp. 23-52.

⁸²⁰ El TEDH ha considerado justificada en virtud del establecimiento de una ciudadanía de la Unión Europea la diferencia de tratamiento en materia de expulsión entre los nacionales de terceros Estados y los ciudadanos comunitarios. En su opinión no constituye una discriminación en el ejercicio del derecho a la vida familiar, debe verse la Sentencia de 7 de agosto de 1996, *Chorfi c. Bélgica*, Recurso nº 21794/93. El TEDH había establecido, con anterioridad, que los ciudadanos nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea no pueden ser considerados por otros Estados miembros de la Unión, que son parte en el CEDH, como extranjeros a los efectos del artículo 16 CEDH relativo a la restricciones a la actividad política de los extranjeros, véase su Sentencia de 27 de abril de 1995, *Piermont c. Francia*, Recursos acumulados nº 15773/89 y nº 15774/89. Debe verse igualmente la Sentencia del TEDH de 18 de febrero de 1991, *Moustaquim c. Bélgica*, Recurso nº 12313/86. Véase, por último, C. BLUMANN, “Citoyenneté européenne et droits fondamentaux en droit de l’Union européenne: entre concurrence et complémentarité”, en *Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan-Libertés, Justice, Tolérance-*, Vol. I, Bruylant, Bruselas, 2004, pp. 265-281. Por su parte, el TJUE ha considerado que la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad que recogen tanto el artículo 18 TFUE como el artículo 21.2 CDFUE no tiene vocación de aplicarse en relación con la diferencia de trato que reciben en Derecho de la Unión los nacionales de Estados miembros y los de Estados terceros, Sentencia de 4 de junio de 2009, *Vatsouras*, asuntos acumulados C-22/08 y C-23/08, Rec. 2009, p. I-4585, apartado 52.

⁸²¹ “If asked to summarise the enforcement by the Court of Justice of ‘the law to be observed’ in matters of migration and asylum, I would start recalling the contrast in EU law between on the one hand

El asunto *Koua Poirrez* es bien ilustrativo de este estado de cosas: el asunto que llegó en un primer momento por vía prejudicial al TJUE versaba sobre la situación de un nacional de Costa de Marfil, con un elevado grado de discapacidad física, que fue adoptado ya mayor de edad por un nacional francés. Al demandante le fue denegado un subsidio de garantía de ingresos mínimos que la legislación francesa reservaba para nacionales o bien para nacionales de terceros Estados a condición de reciprocidad. Dichos subsidios se encontraban en el ámbito de aplicación de diversos Reglamentos comunitarios relativos a la libre circulación de los trabajadores. Tanto el Abogado General⁸²² como el TJUE en este caso se hicieron eco de la jurisprudencia del Tribunal que precluye la aplicación a situaciones puramente internas de las disposiciones relativas a la libre circulación tanto de Derecho originario como del derecho derivado adoptado en su aplicación. De este modo los miembros (nacionales de un tercer Estado) de la familia de un trabajador migrante nacional de otros Estados miembros de la entonces Comunidad, en virtud de la aplicación del Derecho Comunitario, habrían podido recibir un trato más favorable en el acceso a dichos subsidios que los miembros extracomunitarios de la familia de un nacional francés, que en este caso, quedarían sujetos a un hipotético régimen bilateral con el Estado de su nacionalidad que estableciera la reciprocidad en el acceso a dichos subsidios⁸²³. Al no haber ejercido nunca el derecho a la libre circulación el padre del demandante, el TJUE consideró que las disposiciones relativas a la prohibición de discriminación de los trabajadores que ejercen la libertad de discriminación no resultaban de aplicación⁸²⁴. Bien es cierto que

*migration of EU nationals -encouraged as an advanced stage of EU citizenship and entailing rights for all third-country nationals who have family ties with EU citizens exercising their 'free movement' right - and on the other hand the movement towards Member States of third-country nationals that do not have such a family link -which is a phenomenon to be distrusted and where EU law is being used to restrict or at least control the 'movement'”, véase P. VAN NUFFEL, “Having ‘the Law’ observed. The role played by the European Court of Justice in the application of EU and International Law towards third-country nationals”, en M. MAES, M. C. FOBLETS, P. DE BRUYCKER, D. VANHEULE, J. WOUTERS, *External Dimensions of EU Migration and Asylum Law and Policy*, Bruylant, Bruselas, 2011, pp. 89-117, en 116.*

⁸²² En sus conclusiones el Abogado General VAN GERVEN admitió que la Declaración Universal de Derechos Humanos, en particular su artículo 22, constituye una fuente de inspiración para los derechos fundamentales que el ordenamiento de la Unión tutela en su calidad de principios generales. Además, el Abogado General prestó atención a la alegación del demandante en el procedimiento principal de que la legislación francesa y la denegación del acceso al subsidio infringían los Convenios ACP, argumento que descartó al no realizar el demandante actividad asalariada alguna en el territorio de un Estado miembro. Véanse, las Conclusiones presentadas el 22 de octubre de 1992, *Koua Poirrez c. CAF*, *cit. supra*.

⁸²³ Con carácter general sobre la discriminación inversa en el campo de la reagrupación familiar puede verse A. WALTER, *Reverse Discrimination and Family Reunification*, Wolf Legal Publishers, Nimega, 2008.

⁸²⁴ Sentencia de 16 de diciembre de 1992, *Koua Poirrez c. CAF*, asunto C- 206/91, Rec. 1992, p. I-6685. Con posterioridad debe verse la Sentencia de 25 de julio de 2008, *Metock*, asunto C-127/08, Rec. 2008, p.

este razonamiento se ha visto modificado por la evolución del estatuto de ciudadanía de la Unión. En cualquier caso, estos hechos le supusieron a Francia ser condenada por el TEDH once años más tarde por violación de la prohibición de discriminación fundada sobre la nacionalidad en aplicación del artículo 14 CEDH, en conjunción con el artículo 1 del Protocolo nº 1 al CEDH⁸²⁵. Se ha dicho que la Unión Europea ignora los derechos de la persona sedentaria, no que la Unión Europea los viole activamente⁸²⁶.

En el asunto *Ruiz Zambrano* la Abogada General SHARPSTON ha propuesto que el Derecho de la Unión debe asumir la responsabilidad de paliar las consecuencias negativas de la discriminación inversa cuando ésta implica que se infrinjan los niveles mínimos de protección de un derecho fundamental garantizado por el CEDH, ello como vía anticipatoria para favorecer la convergencia con el TEDH de cara a la planeada adhesión de la Unión a dicho sistema⁸²⁷.

El fenómeno de la discriminación inversa en detrimento de los propios nacionales puede, en el mejor de los casos, funcionar de igual modo como revulsivo positivo para que las autoridades nacionales eleven el estándar de protección generalizando el que corresponde al estatuto de ciudadano de la Unión. Aunque existe la tentación y el riesgo

I-6241, apartados 77 y 78: “A este respecto, según jurisprudencia reiterada, las normas del Tratado en materia de libre circulación de personas y los actos adoptados para la ejecución de éstas no pueden aplicarse a actividades que no presenten ningún punto de conexión con alguna de las situaciones contempladas por el Derecho comunitario y cuyos elementos pertinentes estén todos situados en el interior de un solo Estado miembro (sentencia de 1 de abril de 2008, *Gouvernement de la Communauté française y Gouvernement wallon*, C-212/06, Rec. p. I-0000, apartado 33) [...] Por consiguiente, la eventual diferencia de trato entre tales ciudadanos de la Unión y aquellos que hayan ejercido su libertad de circulación, en relación con la entrada y la residencia de los miembros de su familia, no se halla comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario”.

⁸²⁵ Sentencia de 30 de septiembre de 2003, *Koua Poirrez c. Francia*, Recurso nº 40892/98. El TEDH además se hizo eco de la Recomendación nº R (92) 6 adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa de 9 de abril de 1992, sobre una política coherente para las personas con discapacidad. En ella se animaba a los Estados a garantizar a las personas con discapacidad sin ningún tipo de discriminación por razón de origen el derecho a percibir asistencia individual, así como a poner en marcha un sistema de ayudas sociales para garantizar un nivel mínimo de vida.

⁸²⁶ J-Y. CARLIER, *La condition des personnes dans l'Union européenne*, Larcier, Bruselas, 2007, p. 41.

⁸²⁷ Conclusiones presentadas el 30 de septiembre de 2010, *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi*, asunto C-34/09, Rec. 2011, p. I- 1177, apartado 147: “Cuando la discriminación inversa diera lugar a un resultado que se considerara una vulneración de un Derecho protegido por el Tribunal de Estrasburgo en ese caso también se consideraría una vulneración de un derecho protegido por nuestro Tribunal. Entonces, el Derecho de la UE asumiría la responsabilidad de poner fin a las consecuencias de la discriminación inversa causada por la interacción del Derecho de la UE con el Derecho nacional cuando (y sólo en ese momento) estas consecuencias no guardarán coherencia con los estándares mínimos de protección establecidos por el CEDH. Por consiguiente, garantizando la protección efectiva de los derechos fundamentales en los niveles mínimos de «Estrasburgo» el Tribunal de Justicia anticiparía en parte los requisitos que podrían surgir de la planeada adhesión de la Unión Europea al CEDH. Tal desarrollo no haría sino fortalecer el espíritu ya existente de cooperación y confianza mutua entre los dos tribunales”. Sobre este asunto puede verse K. LENAERTS, J. A. GUTIÉRREZ FONS, “Ruiz-Zambrano (C-34/09) o de la emancipación de la Ciudadanía de la Unión de los límites inherentes a la libre circulación”, *Revista Española de Derecho Europeo*, Vol. 40, 2011, pp. 493-521.

de que las autoridades nacionales decidan equiparar a ciudadanos de la Unión y nacionales en idéntica mediocridad y desprotección⁸²⁸. En el asunto *Bressol* el TJUE en respuesta a una cuestión formulada por la Corte Constitucional belga ha señalado que Bélgica no podía esgrimir el artículo 13, apartado 2, letra c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales para limitar el número de estudiantes no residentes que pueden matricularse por primera vez en ciertos estudios sanitarios impartidos en centros de enseñanza superior, a pesar de que ese Estado miembro pudiera estar experimentando una afluencia de estudiantes susceptible de comprometer su capacidad de garantizar el acceso a la educación superior de sus nacionales, puesto que ello a ello se oponen los artículos 18 y 21 TFUE⁸²⁹. El TJUE no se pronunció sobre si el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que obliga a todos los Estados miembros, constituye una fuente de inspiración válida para la determinación de los principios generales, no obstante, la Abogada General SHARPSTON se pronunció en sentido afirmativo⁸³⁰.

Más problemática resulta la cuestión de los derechos fundamentales de nacionales de terceros Estados, para los cuales el estatuto de ciudadano de la Unión representa una abierta discriminación, aunque ello no impide que el derecho derivado vaya extendiendo de forma paulatina ciertos derechos o admita en relación con algunos de ellos una cierta equiparación⁸³¹.

Volviendo a las conclusiones de JACOBS en *Konstantinidis*, éste constata la inexistencia de una disposición específicamente destinada a la protección del derecho al nombre e identidad de la persona en el CEDH. Para ello contrasta su tenor literal con el de la Convención Americana sobre Derechos Humanos donde sí existe tal disposición. Dicha disposición existe igualmente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y

⁸²⁸ Sobre el difícil equilibrio entre la ciudadanía europea y los intereses nacionales pueden verse, E. SPAVENTA, “Seeing the Wood Despite the Trees? On the Scope of Union Citizenship and its Constitutional Effects”, *Common Market Law Review*, Vol. 45, nº 1, 2008, pp. 13-45; asimismo, S. DE LA ROSA, “La citoyenneté européenne à la mesure des intérêts nationaux. À propos de l’arrêt *Förster*”, *Cahiers de Droit Européen*, nº 3-4, 2009, pp. 549-567.

⁸²⁹ Sentencia de 13 de abril de 2010, *Bressol*, asunto C-73/08, Rec. 2010, p. I-2735.

⁸³⁰ Véanse sus Conclusiones presentadas el 25 de junio de 2009, *Bressol*, asunto C-73/08, Rec. 2010, p. I-2735, apartado 136.

⁸³¹ Véanse la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003 relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, D.O.U.E. Serie L 16/44, de 23 de enero de 2004; así como la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, *cit. supra*. No obstante, debe tenerse en cuenta que el TEDH en algunos casos ha señalado que las particularidades del ordenamiento jurídico comunitario constituyen una justificación razonable y objetiva para el trato preferencial que se da en los Estados miembros a los nacionales comunitarios con respecto a los de Estados terceros, véase S. SANZ CABALLERO, “El control de los actos comunitarios por el TEDH”, *loc. cit.*, p. 495; así como la Sentencia del TEDH de 18 de febrero de 1991, *Moustaquim c. Bélgica*, *cit. supra*, apartados 48 y 49.

Políticos, al que el Abogado General atribuye un valor central en su razonamiento, señalando que el TJUE lo ha empleado como fuente de inspiración para la determinación de los principios generales aun a sabiendas de que no todos los Estados miembros lo habían ratificado en tal momento⁸³². El TJUE concluyó de forma aséptica y elíptica respecto al razonamiento del Abogado General que pretendía enlazar la cuestión con un problema de derechos fundamentales, pero en el mismo sentido que éste, señalando que una grafía que desnaturalizara la pronunciación del nombre en aplicación de la legislación nacional era contraria a la libertad de establecimiento⁸³³.

Un tercer y más reciente ejemplo de la mayor profundidad en el sondeo de las fuentes internacionales para la protección de los derechos fundamentales por parte del Abogado General que del propio TJUE, lo hallamos en las Conclusiones presentadas por la Abogada General TRSTENJAK en el asunto *Domínguez*: en ellas la Abogada General explora diversos instrumentos internacionales de diverso contenido legislativo y alcance normativo (a la par que diferentes disposiciones constitucionales de los Estados miembros), para sugerir al Tribunal la calificación y reconocimiento como fundamental, del derecho a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas⁸³⁴. Por su parte el TJUE resolvió el asunto sin pronunciarse sobre el posible carácter fundamental o no de tal derecho, ateniéndose estrictamente a lo demandado en su petición prejudicial por el tribunal remitente, y fundándose para ello en exclusiva en la Directiva comunitaria relativa a la ordenación del tiempo de trabajo⁸³⁵.

En todo caso, el TJUE ha tenido ocasión con posterioridad de pronunciarse sobre el apartado 2 del artículo 31 CDFUE, relativo al derecho de todo trabajador a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas, y ha señalado que se trata de un *principio del Derecho social de la Unión de especial importancia*: de este modo el Tribunal mantiene las

⁸³² Grecia, Estado de la nacionalidad de la parte interesada en el litigio principal ante los tribunales alemanes, curiosamente era el único Estado miembro que no había ratificado dicho instrumento en el momento de sustanciarse el procedimiento. Véanse las Conclusiones presentadas el 9 de diciembre de 1992, *Konstantinidis*, cit. supra, apartado 35. El TJUE se había referido con anterioridad a este instrumento. Véase la Sentencia de 18 de octubre de 1990, *Dzodzi*, asuntos acumulados C-297/88 y C-197/89, Rec. 1990, p. I-3763, apartado 68.

⁸³³ Sentencia de 30 de marzo de 1993, *Konstantinidis*, asunto C-168/91, Rec. 1993, p. I- 1191.

⁸³⁴ Los instrumentos internacionales analizados son: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Carta Social Europea del Consejo de Europa de 1961, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas y el Convenio nº 132 de la OIT relativo a las vacaciones anuales pagadas de 1970. Véanse las Conclusiones presentadas el 8 de septiembre de 2011, *Domínguez*, asunto C-282/10, (pendiente de publicación) Rec. 2012, apartados 104-114.

⁸³⁵ Sentencia de 24 de enero de 2012, *Domínguez*, asunto C-282/10, apartados 104-114, (pendiente de publicación) Rec. 2012. Véase la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, D.O.U.E. Serie L 299/9, de 18 de noviembre de 2003.

dudas acerca de la posición de los derechos sociales en el ordenamiento jurídico de la Unión. No parece que se trate de una mera cuestión terminológica la distinción realizada frente a la categoría clásica de principios generales del Derecho de la Unión. No obstante, tampoco hay que desdeñar que en este supuesto la CDFUE permite superar la limitación de que la Directiva relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo tenga plena aplicabilidad en los litigios entre particulares⁸³⁶.

4.3. Repercusiones de la distinción entre los acuerdos internacionales sobre derechos humanos concluidos por todos los Estados miembros y aquellos concluidos por un grupo de Estados miembros. Eficacia y potencial en el ordenamiento jurídico de la Unión a la luz del artículo 53 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

No resulta baladí la precisión de que el TJUE se inspirase tácitamente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuando éste aun no había sido ratificado a la sazón por todos los Estados miembros. El TJUE, en cambio, sí esperó a que el CEDH fuese una obligación convencional común a todos los Estados miembros para utilizar dicho tratado internacional como fuente de inspiración⁸³⁷.

El TJUE, como es sabido, ha establecido en jurisprudencia reiterada dos fuentes para la determinación casuística de qué derechos fundamentales merecen ser tutelados en calidad de principios generales: a) en primer lugar, una figura jurídica de complejidad creciente, dados los entresijos de la ampliación de la Unión a los países de Europa Central y Oriental, que es la relativa a las tradiciones constitucionales comunes; b) en segundo lugar, el TJUE se inspira en aquellos “*instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos con los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido*”⁸³⁸. Por tanto, el TJUE abraza la posibilidad de que instrumentos internacionales relativos a la protección de derechos humanos sean empleados como fuente de inspiración, sólo con que los Estados miembros hayan participado en su elaboración, incluso en el caso de que no todos los Estados miembros se hayan vinculado a ellos convencionalmente. Lógicamente, la imprecisión del término

⁸³⁶ Sentencia de 8 de noviembre de 2012, *Heimann y Toltschin c. Kaiser*, asuntos acumulados C-229/11 y C-230/11, (pendiente de publicación), Rec. 2012.

⁸³⁷ Sentencia de 28 de octubre de 1975, *Rutili c. Ministre de l'intérieur*, cit. supra, apartado 32.

⁸³⁸ Sentencia de 27 de junio de 2006, *Parlamento c. Consejo*, cit. supra, apartado 35.

“*instrumentos internacionales*” abre la puerta de entrada, en la determinación de los derechos fundamentales a tutelar como principios generales, al *soft law* proveniente del ordenamiento internacional. En este sentido podrían resultar relevantes, a título de ejemplo, los dictámenes y opiniones del Comité Europeo de Derechos Sociales en ejercicio del sistema de revisión periódica a que están sometidos los Estados miembros que son parte en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961⁸³⁹. Del mismo modo, las decisiones adoptadas en el marco del sistema de reclamaciones colectivas que establece el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea de 9 de noviembre de 1995 (CETS N° 158) no han sido tenidas en cuenta hasta la fecha por el TJUE⁸⁴⁰. Por último, igualmente el legislador comunitario debería tener presentes las recomendaciones dirigidas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros para el cumplimiento de las obligaciones dimanantes de este tratado internacional⁸⁴¹. En el mismo sentido en que el TEDH ha sometido al Derecho de la Unión a un control mediato, indirecto, el Comité Europeo de Derechos Sociales en su Decisión de 2010 adoptada en el asunto *Confédération Générale du Travail (CGT) c.*

⁸³⁹ Véase J-F. AKANDJI-KOMBÉ, “The Material Impact of the Jurisprudence of the European Committee of Social Rights”, en G. DE BÚRCA, B. DE WITTE (eds.), *Social Rights in Europe*, Oxford University Press, 2005, pp. 88-108.

⁸⁴⁰ Este tratado internacional también divide a los Estados miembros: tan solo Bélgica, Chipre, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Países Bajos, Portugal y Suecia lo han ratificado. El TJUE en la Sentencia de 1 de diciembre de 2005, *Abdelkader Dellas y otros*, asunto C-14/04, Rec. p. I-10253, resolvió un asunto que ha sido considerado similar en sustancia al que el Comité Europeo de Derechos Sociales analizó previamente en su Decisión de 7 de diciembre de 2004, *Confédération Générale du Travail c. Francia*, Reclamación Colectiva n° 22/2003. En ambos casos se rechazó un régimen de equivalencia establecido en la legislación francesa para el cómputo del trabajo efectivo, que equiparaba a los periodos de descanso los periodos de inactividad en el marco de los servicios de guardia que comportan la presencia física en el lugar de trabajo. El TJUE no hizo mención a la Carta Social Europea entre la normativa aplicable ni tampoco a la Decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales, se valió en exclusiva para resolver de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores y de las disposiciones de la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, D.O.U.E. Serie L 307/18, de 13 de diciembre de 1993. Por su parte, el Comité Europeo de Derechos Sociales tampoco realizó mención alguna al marco jurídico comunitario. Puede verse L. JIMENA QUESADA, “El derecho a un proceso equitativo en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y su proyección nacional: entre el tiempo para *conocer Europa* y el tiempo para *hacer justicia conforme a los parámetros europeos*”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n° 50-51, 2005, pp. 190-191.

⁸⁴¹ Ilustrativa del potencial del *soft law* propiamente comunitario a la hora de aclarar el sentido de las disposiciones del Derecho originario y derivado, pero con la limitación de no crear propiamente derechos invocables por los particulares ante los órganos del sistema jurisdiccional/administrativo de la Unión Europea, es la Sentencia de 13 de diciembre de 1989, *Grimaldi c. Fonds de maladies professionnelles*, asunto C-322/88, Rec. 1989, p. I-4407. Puede verse R. ALONSO GARCÍA, “El Soft Law comunitario”, *Revista de Administración Pública*, n° 154, Enero- Abril, 2001, pp. 63-94. En principio cabe asignarle un papel hermenéutico similar al *soft law* proveniente del ámbito internacional.

Francia, ha formulado importantes observaciones de carácter general acerca de la relación entre el Derecho de la Unión Europea y la Carta Social Europea⁸⁴²:

- a) En primer lugar, el Comité recuerda que a él no le compete apreciar la conformidad de una Directiva de la Unión Europea con las obligaciones dimanantes de la Carta. No obstante, cuando los Estados miembros de la Unión Europea deciden adoptar una Directiva deben observar las obligaciones dimanantes de la Carta Social Europea y garantizar su respeto en el proceso de trasposición al Derecho nacional.
- b) Lógicamente éste es un caso de una Directiva que deja margen de apreciación considerable a los Estados en su trasposición y aplicación, pero el Comité formula observaciones que serían aplicables en supuestos donde el acto normativo controvertido fuese un Reglamento de la Unión y/o sus actos nacionales de aplicación: el Comité sostiene que en el caso de los derechos sociales, debido a su posición en el ordenamiento jurídico de la Unión y debido al procedimiento de elaboración del derecho derivado susceptible de afectar a su contenido, debe descartarse cualquier tipo de presunción de conformidad del Derecho de la Unión a la Carta Social Europea análoga a la que viene siendo sostenida por el TEDH a raíz de la jurisprudencia *Bosphorus*⁸⁴³. El Comité se mantiene atento a los cambios introducidos por el Tratado de Lisboa en el Derecho originario, en especial a la adquisición de valor jurídico vinculante de la CDFUE, de cara a una posible evolución de la posición de los derechos sociales en el ordenamiento de la Unión que permita extraer indicios favorables a una tal presunción futura de compatibilidad. Otro elemento que denota a juicio del Comité esa falta de madurez en el ordenamiento de la Unión en cuanto al grado de protección conferido a los derechos sociales en relación con el otorgado a los derechos civiles y políticos, es la ausencia de voluntad política de sus Estados miembros de proyectar la adhesión de la Unión a la Carta Social Europea, a diferencia de lo acontecido para el CEDH.

⁸⁴² Decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales de 23 de junio de 2010, *Confédération Générale du Travail (CGT) c. Francia*, Reclamación Colectiva nº 55/2009, apartados 30-42.

⁸⁴³ Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 30 de junio de 2005, *Bosphorus c. Irlanda*, *cit. supra*.

- c) El Comité deplora que la Directiva relativa 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo⁸⁴⁴, de la que trae causa la norma nacional sujeta a escrutinio, no invoque a la propia Carta Social Europea. El Comité critica la forma en que los Estados miembros en el marco de las instituciones de la Unión han redactado esta Directiva, puesto que las numerosas excepciones y derogaciones establecidas, a juicio del Comité, suponen una poderosa herramienta para que los Estados en su derecho interno generen situaciones no conformes a la Carta Social Europea.

Paradigmático de que no sólo ostentan relevancia en el ordenamiento jurídico de la Unión los acuerdos internacionales que hayan ratificado todos los Estados miembros, es el hecho de que la propia Carta Social Europea (en su versión de 1961 sólo ha sido ratificada por 22 de los 27 Estados miembros⁸⁴⁵) reciba una posición preeminente en la definición y ejecución de la Política social de la Unión Europea (artículo 151 TFUE): aunque se trate, no obstante, de una cita puntual y aislada si se tiene presente el Derecho originario en conjunto⁸⁴⁶. También debe tenerse presente en esta línea que las Explicaciones al artículo 31 CDFUE, relativo a las *condiciones de trabajo justas y equitativas*, se remiten al artículo 26 de la Carta Social Europea revisada (de la que no son parte muchos Estados miembros, entre ellos España) en lo que se refiere al derecho a la dignidad en el trabajo.

En cambio, es el propio Derecho originario el que en otras ocasiones cercena en apariencia el potencial de los tratados internacionales de derechos humanos, distintos al CEDH, en que son parte los Estados miembros y no la Unión; ni rastro de ellos se encuentra sorprendentemente en la redacción del artículo 6.3 TUE tras el Tratado de Lisboa, que al mismo tiempo reivindica la necesidad de respetar y desarrollar el Derecho internacional en el artículo 3.5 TUE.

⁸⁴⁴ Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, *cit. supra*.

⁸⁴⁵ No obstante aquellos Estados miembros que no han ratificado la Carta Social Europea de 1961, sí son por el contrario, partes contratantes en la Carta Social Europea revisada de 1996: se trata de Bulgaria, Eslovenia, Estonia, Lituania y Rumanía. Recuérdese que el TJUE se refirió a la Carta Social Europea, por ejemplo, en su Sentencia de 15 de junio de 1978, *Defrenne c. Sabena III*, *cit. supra*, apartado 28.

⁸⁴⁶ Debe verse O. DE SCHUTTER, “Le Statut de la Charte Sociale Européenne dans le Droit de l’Union Européenne”, en *Chemins d’Europe. Mélanges en l’honneur de Jean Paul Jacqué*, *op. cit.*, pp. 217-261. El TJUE se ha apoyado en las disposiciones de la Carta Social Europea, por ejemplo, para establecer que el principio de no discriminación en las condiciones de empleo a los trabajadores a tiempo parcial frente a los trabajadores a tiempo completo constituye un principio de Derecho social de la Unión que no puede ser interpretado de manera restrictiva, véase la Sentencia de 10 de junio de 2010, *INPS c. Bruno y Pettini*, asuntos acumulados C-395/08 y C-396/08, Rec. 2010, p. I-5119, apartados 31 y 32.

El fenómeno opuesto también se da: el TJUE ha admitido de soslayo la posibilidad de que un tratado internacional no ratificado por ningún Estado miembro tenga relevancia en la determinación de los principios generales del Derecho de la Unión; se trata de la Convención de Naciones Unidas sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de 18 de diciembre de 1990, en vigor desde 2003 y que fue invocada por el Parlamento Europeo⁸⁴⁷. Bien es cierto que el potencial dado por el TJUE a este tratado internacional es muy reducido, al emplearlo en última instancia según la lógica de la interpretación *in bonus*⁸⁴⁸, para ver si éste contenía disposiciones más protectoras de los derechos del niño que otros instrumentos internacionales donde los Estados sí son parte y que fueron examinados de forma preferente. No es desencaminado presumir que este tratado internacional que no ha recibido ninguna ratificación por parte de los Estados miembros sea ilustrativo de una colusión, en mayor o menor medida tácita, entre los Estados miembros para no dar el paso de forma unilateral en la asunción de un estándar más elevado de derechos. Ello viene a corroborar la observación empírica de que los derechos fundamentales bien se reafirman bien se erosionan en la medida en que exista o no concierto sobre su alcance a nivel multilateral. Su mayor aceptación en extensión geográfica parece indiciaria de su mayor fortaleza jurídica, también a nivel interno, debido a la existencia de una conciencia jurídica atribuible a la Comunidad internacional. En ese sentido, es deseable una mayor permeabilidad y sensibilidad del TJUE hacia los instrumentos internacionales que vinculan en materia de derechos humanos a los Estados miembros. En este mismo asunto el TJUE eludió examinar la compatibilidad entre la Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar⁸⁴⁹ y el Convenio Europeo relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante, de 24 de noviembre de 1977, adoptado en el ámbito del

⁸⁴⁷ Sentencia de 27 de junio de 2006, *Parlamento c. Consejo*, *cit. supra*, apartados 33 y 39.

⁸⁴⁸ Expresión empleada por J. ROLDÁN BARBERO, “La Carta de Derechos Fundamentales de la UE: su Estatuto Constitucional”, *loc. cit.*, p. 982. También se ha hablado de interpretación *pro homine*, véase M. PINTO, “El principio *pro homine*: Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos” en VV.AA., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 163: “*El principio pro homine es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre*”. A favor del principio de aplicar en materia de derechos humanos las obligaciones derivadas de las normas más protectoras también se decanta el profesor CARDONA LLORENS actual miembro del Comité sobre los Derechos del Niño, véase J. CARDONA LLORENS, “Los conflictos entre normas internacionales del mismo rango: a la búsqueda de criterios de solución”, *op. cit.*, p. 383.

⁸⁴⁹ Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, *cit. supra*.

Consejo de Europa, y a cuyas disposiciones más favorables se somete la propia Directiva⁸⁵⁰.

Frente a esta apertura relativa de la jurisprudencia del TJUE hacia instrumentos internacionales de derechos humanos sin distinciones de si vinculan convencionalmente o no a todos los Estados miembros, la CDFUE parece haber estrechado el cerco: su artículo 53 sitúa como estándar mínimo en la determinación del alcance de sus disposiciones (no solo la búsqueda de armonía con los principios generales y el CEDH) el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros⁸⁵¹. Por tanto, la CDFUE sitúa como estándar mínimo de protección de derechos fundamentales en el ordenamiento de la Unión el determinado por el Derecho internacional (entendemos que es una alusión a la costumbre internacional y a las normas imperativas) y el determinado por los tratados internacionales que concluya la Unión en la materia y aquéllos que vinculen a todos sus Estados miembros.

No obstante, el artículo 53 CDFUE ha sido interpretado de forma diferente por el Abogado General BOT, en el asunto *Melloni* que trae causa de la primera cuestión prejudicial elevada por el Tribunal Constitucional español en su historia⁸⁵². El Abogado General ha rechazado que el artículo 53 codifique un estándar mínimo para la protección de los derechos recogidos en la CDFUE que resultaría de elegir la norma más favorable de entre las diversas fuentes que éste menciona (Derecho de la Unión, Derecho internacional y convenios internacionales en que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el CEDH, así como las constituciones de los Estados miembros)⁸⁵³. El Abogado General llega a esta conclusión atendiendo al tenor literal del

⁸⁵⁰ Este tratado en vigor desde 1983 solo ha recibido ratificación por parte de España, Francia, Italia, Países Bajos, Portugal y Suecia. Véase Sentencia de 27 de junio de 2006, *Parlamento c. Consejo*, cit. *supra*, apartado 107.

⁸⁵¹ Énfasis añadido.

⁸⁵² La cuestión prejudicial se ha suscitado con ocasión de la ejecución de una orden europea de detención y entrega emitida por un tribunal italiano para la ejecución de una pena que fue impuesta en rebeldía, ya que el acusado, teniendo conocimiento del juicio previsto, dio mandato a un abogado para que le defendiera, y fue efectivamente defendido por éste sin comparecer personalmente. El Tribunal Constitucional quería saber si puede supeditar la entrega a la posibilidad de revisión de la sentencia en el Estado miembro emisor de la orden de detención de acuerdo con la interpretación del artículo 24.2 de la Constitución Española que el propio Tribunal había efectuado en su Sentencia 91/2000 de 30 de marzo. Deben verse las Conclusiones presentadas el 2 de octubre de 2012, *Melloni*, cit. *supra*.

⁸⁵³ Una visión que defiende que este precepto está orientado a consolidar el nivel más elevado de protección, reflejando el principio de *non regression* en materia de derechos fundamentales puede verse en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, “Comentario Artículo 53. Nivel de protección”, en A. MANGAS MARTÍN (dir.), L. N. GONZÁLEZ ALONSO (coord.), Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, Comentario artículo por artículo, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, pp. 852-869. No obstante como el propio autor advierte: “El art. 53 no garantiza en modo alguno una primacía del

artículo 53 CDFUE y a la letra de sus Explicaciones, ya que en ambos casos se reitera que la CDFUE no podrá resultar lesiva de los derechos y libertades fundamentales reconocidos *en su respectivo ámbito de aplicación*⁸⁵⁴ por las diversas fuentes que menciona.

Para el Abogado General el artículo 53 CDFUE presenta íntima conexión con el artículo 51.1 CDFUE relativo al ámbito de aplicación de este instrumento, y en su opinión, la CDFUE no puede afectar ni al Derecho internacional ni a las normas constitucionales de los Estados miembros estableciendo un estándar de protección más reducido de protección, en sus ámbitos de aplicación, es decir, fuera del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. En una visión que presenta al Derecho internacional, al Derecho de la Unión y al Derecho Constitucional de los Estados miembros como compartimentos estancos perfectamente delimitables, el Abogado General indica que la Carta no reemplaza a la norma constitucional en el ámbito de aplicación del Derecho nacional, no obstante, *a contrario*, sí admite que en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión el estándar más favorable recogido en la norma constitucional para la protección de un derecho fundamental no puede ser un obstáculo ni para la primacía ni para la aplicación uniforme del Derecho de la Unión. Las exigencias de la especificidad del ordenamiento de la Unión, hacen según el Abogado General, que el estándar de protección de derechos fundamentales no pueda elegirse *in*

ordenamiento que conceda un mayor nivel de protección al derecho fundamental en cuestión. Si así fuera se rompería el principio de primacía del Derecho Comunitario y representaría un riesgo a la unidad del ordenamiento jurídico comunitario. Supondría además que un único ordenamiento interno condicionaría unilateralmente la interpretación de ese derecho para toda la Unión", p. 858. Este razonamiento resulta irreprochable, no obstante, nuestra opinión es que el artículo 53 CDFUE no puede esgrimirse para sostener la primacía del Derecho de la Unión, en su propio ámbito de aplicación, en contra de obligaciones internacionales en materia de derechos humanos comunes a todos los Estados miembros o en contra del Derecho internacional general en materia de derechos fundamentales; ni tampoco en contra de una determinada concepción de un derecho fundamental que o bien es compartida a nivel constitucional por todos los Estados miembros, o bien constituye un elemento fundamental de la estructura constitucional del Estado miembro en cuestión. Tampoco pueden lógicamente ignorarse los estándares de protección consolidados por el TJUE en su jurisprudencia, ni los que se deriven de aquellos acuerdos destinados a la protección de derechos humanos –como la CDPD– en los que la propia Unión sea parte contratante. También se ha comparado el artículo 53 CDFUE con las cláusulas de *non regression* que contienen en sus respectivos artículos 5.2 tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aunque se advierte de las dificultades que esta visión relativa al estándar mínimo de protección presenta en el caso de la CDFUE, puesto que la misma pertenece a un ordenamiento jurídico que se presenta como autónomo y destinado a alcanzar una aplicación uniforme en los Estados miembros, a diferencia de los tratados internacionales cuya vocación es claramente complementar los sistemas nacionales de protección de los derechos humanos, véase R. ALONSO GARCÍA, “The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union”, *Jean Monnet Working Paper*, Vol. 4, nº 2, New York University School of Law, 2002.

⁸⁵⁴ Énfasis añadido.

abstracto según una regla de interpretación *in bonus*⁸⁵⁵, sino que debe establecerse dicho estándar a la luz del objetivo de establecer un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, que tiene como principio rector la confianza mutua para el reconocimiento y ejecución de resoluciones penales dictadas por órganos judiciales de otros Estados miembros.

A nuestro juicio no puede aceptarse esta visión, por múltiples razones: en primer lugar, la protección de los derechos fundamentales y de las tradiciones y de los sistemas jurídicos de los Estados miembros es uno de los objetivos capitales para la consecución del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, según el artículo 67.1 TFUE. En este caso concreto el conflicto aparece en la interpretación de una norma constitucional según la cual la ejecución de lo dispuesto en el derecho derivado (una Decisión marco) estaría condicionada a la celebración de un nuevo juicio en el estado emisor, sin ser esta visión compartida por todos los Estados miembros ni exigida por el TEDH. Hasta ahí de acuerdo, ahora imagínese que el conflicto se plantea no con una norma constitucional, sino con una norma recogida en un tratado internacional sobre derechos humanos -distinto al CEDH- concluido por todos los Estados miembros, ¿podrían la primacía del Derecho de la Unión y la CDFUE rebajar su estándar de protección? Negar al artículo 53 CDFUE el carácter de estándar mínimo debido a las exigencias de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión y de su especificidad, lleva al error de entender que los tres niveles señalados (internacional, Unión Europea, nacional) son compartimentos sellados sin vasos de comunicación con ámbitos de aplicación perfectamente delimitados.

Por supuesto, parecería excesivo que una peculiaridad constitucional de un solo Estado miembro que no sea relevante para su propia identidad constitucional pueda frustrar la primacía del Derecho de la Unión y la consecución de los fines del Espacio de Libertad Seguridad y Justicia. El TJUE así lo ha entendido al resolver el asunto *Melloni* definitivamente en febrero de 2013, pronunciándose de forma lacónica con respecto al carácter del artículo 53 CDFUE, sin desmentir que éste pueda funcionar como una cláusula de apertura al Derecho internacional de los Derechos humanos:

⁸⁵⁵ Sobre la relevancia hermenéutica del principio “in dubio pro libertate” en materia de derechos fundamentales puede verse, A. E. PÉREZ LUÑO, “La interpretación de los derechos fundamentales” *op. cit.*, pp. 990-993. Este principio “[...]obliga al intérprete a no considerar cada uno de los derechos fundamentales como un compartimento estanco dotado de una lógica propia y un sentido autosuficiente, sino como un elemento de un sistema unitario que expresa una estructura coherente y jerarquizada en función de los valores que lo informan”, en p. 992.

“El artículo 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea debe interpretarse en el sentido de que no permite que un Estado miembro subordine la entrega de una persona condenada en rebeldía a la condición de que la condena pueda ser revisada en el Estado miembro emisor, para evitar una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y de los derechos de la defensa protegidos por su Constitución”⁸⁵⁶.

Es nuestra opinión que la función del artículo 53 CDFUE es precisamente la de servir de vínculo, de nexo de comunicación, para lograr por vía hermenéutica determinar en el ordenamiento de la Unión el estándar de protección más adecuado para los derechos fundamentales uniendo las distintas fuentes de que puede nutrirse: Derecho internacional convencional o consuetudinario, Derecho de la Unión y Derecho constitucional de los Estados miembros. Negar la entrada por la vía del artículo 53 CDFUE en el ordenamiento de la Unión, siquiera como herramientas hermenéuticas que imponen un deber de interpretación conforme, a los acuerdos internacionales comunes en materia de derechos humanos concluidos por los Estados miembros, al Derecho internacional general (de fuerza extraconvencional), o a las normas constitucionales comunes de los Estados miembros que establecen una protección más favorable, resulta difícil de sostener a la luz de lo dicho por el propio TJUE en sus asuntos *Racke* u *Omega*⁸⁵⁷. En su visión funcionalista e instrumental del papel de las normas de derechos fundamentales, supeditadas en el ordenamiento de la Unión a las exigencias de la aplicación uniforme, el Abogado General olvida que no es necesario que una concepción sobre el alcance de un derecho fundamental sea compartida a nivel constitucional por todos los Estados miembros para que ésta pueda operar como límite a la primacía del Derecho de la Unión (incluso de rango primario) como demuestra la resolución del asunto *Omega* por parte del TJUE. Amén de privar este planteamiento a los Estados miembros de un cierto margen de apreciación en materia de derechos fundamentales en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, ¿estábamos en *Omega* ante una concepción de la dignidad humana de vital importancia para la *identidad constitucional*⁸⁵⁸ de Alemania, susceptible de protegerse con arreglo al actual artículo 4.2 TUE, que justifica la diferencia con respecto al asunto *Melloni*?⁸⁵⁹ Cabe

⁸⁵⁶ Sentencia de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, *cit. supra*.

⁸⁵⁷ Sentencia de 16 de marzo de 1998, *Racke c. Hauptzollamt Mainz*, *cit. supra*; y Sentencia de 14 de octubre de 2004, *Omega Spielhallen*, asunto C-36/02, Rec. 2004, p. I-9609.

⁸⁵⁸ Énfasis añadido.

⁸⁵⁹ “Por otro lado, a mi parecer, no debe confundirse lo que corresponde a una concepción exigente de la protección de un derecho fundamental con una vulneración de la identidad nacional, o más

recordar que el Tribunal Constitucional Federal de Alemania que contribuyó significativamente a definir el contenido del artículo 4.2 TUE, en su Sentencia de 30 de junio de 2009 relativa a la aprobación del Tratado de Lisboa, incluye entre los elementos que la primacía del Derecho de la Unión debe conceder al espacio constitucional nacional los supuestos de injerencia en los derechos fundamentales de gran gravedad como es el caso de la privación de libertad en el ámbito del Derecho Penal, aunque sea con alcance extraterritorial⁸⁶⁰. Curiosamente, en 2006, la Gran Sala del TEDH se anticipó al TJUE a la hora de pronunciarse sobre el nuevo artículo 53 CDFUE, cuando ésta todavía era un instrumento de *soft law*: en el asunto *Sørensen y Rasmussen c. Dinamarca*, el Tribunal de Estrasburgo empleó la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores como elemento interpretativo para determinar el contenido del artículo 12 CDFUE, referido a las libertades de reunión

precisamente de la identidad constitucional de un Estado miembro. En el presente asunto se trata ciertamente de un derecho fundamental protegido por la Constitución española cuya importancia no cabe subestimar pero ello no significa sin embargo que deba pensarse en la aplicación del artículo 4 TUE, apartado 2”, véase el apartado 142 de las Conclusiones presentadas por el Abogado General BOT el 2 de octubre de 2012, *Melloni, cit. supra*. En definitiva, siguiendo este planteamiento podría ocurrir que el Tribunal Constitucional español se mostrase más garantista en los procedimientos ordinarios de extradición a terceros Estados no miembros, que en los casos de ejecución de una orden europea de detención y entrega, pudiendo someter la entrega en el primer caso a la condición de que el condenado en ausencia pueda impugnar su condena para salvaguardar sus derechos de defensa con alcance extraterritorial. Dicha situación no sería del todo descabellada si se tiene en cuenta la importancia de la confianza mutua en los respectivos sistemas de justicia penal de los Estados miembros. De ahí la necesidad de armonizar las garantías que contienen sus sistemas procesales tal y como contempla el artículo 82.2 TFUE mediante el ejercicio del procedimiento legislativo ordinario. Sobre la problemática que rodea al artículo 4.2 TUE debe verse B. GUASTAFERRO, “Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause”, *Jean Monnet Working Paper*, nº 1, New York University School of Law, 2012.

⁸⁶⁰ “*La unificación europea, que descansa sobre la base de una unión, mediante tratados internacionales, de Estados soberanos, no puede en todo caso ser llevada a cabo de modo tal que los Estados miembros no conserven espacio suficiente para la ordenación política de las condiciones de vida económicas, culturales y sociales. Esto es especialmente aplicable a los ámbitos materiales que impregnan las circunstancias vitales de los ciudadanos, sobre todo su ámbito privado de responsabilidad personal y de seguridad personal y social, que están protegidos por los derechos fundamentales, así como a aquellas decisiones políticas que dependen de forma especial de presupuestos culturales, históricos y lingüísticos, y que se desarrollan a través de debates en un espacio político público estructurado por la política de partidos y el parlamento. Ámbitos fundamentales de conformación democrática son, entre otros, la ciudadanía estatal, el monopolio de la fuerza civil y militar, los ingresos y los gastos incluyendo el endeudamiento, así como los supuestos de vulneración que son relevantes para la realización de los derechos fundamentales, en especial en caso de injerencias de gran intensidad, tales como la privación de libertad en el ámbito del Derecho penal o las medidas de internamiento. Entre dichos ámbitos materiales se cuentan también las cuestiones culturales, como las decisiones sobre la lengua, la conformación de las relaciones familiares y educativas, la ordenación de la libertad de opinión, prensa y reunión, o el tratamiento de las creencias religiosas o de las posiciones ideológicas”*, Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 30 de junio de 2009, *cit. supra*, apartado 249, traducción al español realizada por C. VIDAL PRADO y C. ELIAS MÉNDEZ disponible en:

<http://www.cepc.gob.es/docs/default-document-library/setencia.pdf?sfvrsn=0>

Un recorrido evolutivo por la voluntad de preservar las identidades nacionales de los Estados miembros en el Derecho de la Unión puede verse en: F. BENOÎT-ROHMER, “Identité européenne et identité nationale absorption, complémentarité ou conflit?”, *op. cit.*, pp. 63-80.

y de asociación, amparándose para ello en el artículo 53 CDFUE. Lo cierto es que en este asunto ambos instrumentos de *soft law* fueron relevantes en la interpretación del CEDH a la hora de condenar a Dinamarca por el mantenimiento de prácticas de monopolio sindical⁸⁶¹. En esta actitud del TEDH de interpretar disposiciones de la CDFUE anticipándose a su intérprete natural -el TJUE- podría verse un claro intento del TEDH, no sólo de hacer evolucionar el contenido del CEDH mediante su interpretación dinámica para engrosar el acervo *paneuropeo* en materia de derechos fundamentales, sino de ocupar el terreno, de lograr una *preemption*, puesto que a posteriori el TJUE se vería obligado a seguir la interpretación realizada por el Tribunal de Estrasburgo.

En cualquier caso lo cierto es que la CDFUE deja fuera de su radio de acción acuerdos internacionales *que no son comunes* a todos los Estados miembros pero que podrían tener un valor esencial para dotar de contenido a algunas de sus disposiciones: en las Explicaciones a la CDFUE (que son orientativas en su interpretación según el artículo 6.1 TUE⁸⁶²) no hay ni rastro de la referencia a la Convención Marco para la Protección de las Minorías Nacionales de 1994 adoptada en el seno del Consejo de Europa⁸⁶³, que sería determinante para establecer el contenido de la prohibición de discriminación por razón de pertenencia a una minoría nacional contenida en el artículo 21 CDFUE. Además, se trata de un instrumento que la Comisión Europea no ha dudado en invocar en las relaciones con terceros Estados candidatos a la adhesión⁸⁶⁴. Igual de mal parada resulta la Carta europea de las lenguas regionales o minoritarias de 1992, también del Consejo de Europa⁸⁶⁵, y que dotaría de mayor contenido a la disposición del artículo 22 CDFUE relativa a la diversidad en su vertiente cultural y lingüística. Al no ser común a todos los Estados miembros se ha omitido referirse a este instrumento en las Explicaciones a la CDFUE.

El artículo 53 CDFUE debe verse como una regla interpretativa para la búsqueda de la disposición más favorable para la protección de derechos fundamentales, en ella se privilegia a los tratados internacionales que obligan a todos los Estados miembros⁸⁶⁶,

⁸⁶¹ Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 11 de enero de 2006, *Sørensen y Rasmussen c. Dinamarca*, Recursos acumulados nº 52562/99 y nº 52620/99, apartados 73-74.

⁸⁶² En este mismo sentido se ha pronunciado el TEDH que ha señalado que pese a que las Explicaciones carecen de un valor jurídico equiparable al de la CDFUE constituyen una herramienta valiosa para la interpretación de sus disposiciones, véase la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 19 de abril de 2007, *Eskelinen y otros c. Finlandia*, Recurso nº 63235/00, apartado 30.

⁸⁶³ CETS Nº 157.

⁸⁶⁴ A. ROSAS, "The European Union and International Human Rights Instruments", *op. cit.*, apartado 64.

⁸⁶⁵ CETS Nº 148.

⁸⁶⁶ Ilustrativo de esa consideración privilegiada hacia los tratados internacionales que obligan a todos los Estados miembros es el llamamiento que la Alta Representante para la Política Exterior y de Seguridad

pero desde luego no se excluye el potencial jurisprudencial ni de aplicación y ejecución normativa y administrativa en el ordenamiento de la Unión de tratados internacionales relativos a derechos humanos de los que son parte tan solo algunos de los Estados miembros. En un símil matemático, en materia de derechos fundamentales la CDFUE ante la diversidad de obligaciones convencionales de los Estados miembros ha apostado por un máximo común divisor (factores comunes al menor exponente) y no por un mínimo común múltiplo (factores comunes y no comunes al mayor exponente)⁸⁶⁷.

La CDFUE fija como *suelo* para la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico de la Unión, bien los principios generales del Derecho de la Unión, bien el Derecho internacional consuetudinario que forma parte de forma automática del ordenamiento de la Unión, bien (dejando al margen los tratados que la Unión ha concluido y pueda concluir *pro futuro*) los tratados internacionales que obligan a todos los Estados miembros; pero la CDFUE no fija un *techo* a la protección.

A propósito del principio de *ne bis in idem* en supuestos de doble sanción administrativa y penal en relación con un mismo hecho ilícito, el Abogado General CRUZ VILLALÓN ha tenido ocasión de ilustrar el menor valor jurídico que cabe atribuir en el ordenamiento de la Unión a tratados internacionales sobre derechos humanos que no han sido concluidos por todos los Estados miembros: a la hora de interpretar la disposición pertinente de la CDFUE (su artículo 50) de forma coherente con el CEDH y la jurisprudencia del TEDH (tal y como obliga la disposición horizontal del artículo 52.3 CDFUE), el Abogado General se hace eco de que la disposición correlativa a la de la CDFUE, contenida en el artículo 4 del Protocolo Adicional nº 7 al CEDH, no solo no vincula a todos los Estados miembros, sino que además los aceptantes han formulado diversas reservas y declaraciones a la misma que convierten su contenido en asimétrico.

Común de la Unión Europea, Catherine Ashton, ha hecho para que todos los Estados de la Tierra ratifiquen la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, véase *Bulletin Quotidien Agence Europe* de 22 de marzo de 2012, punto 10.

⁸⁶⁷ Deben verse las Conclusiones del Abogado General LAGRANGE, presentadas el 4 de junio de 1962, *Koninklijke Nederlandsche Hoogovens en Staalfabrieken N.V. c. Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero*, asunto 14/61, Rec. 1962, p. 485. También debe recordarse que “[r]esulta difícil resumir en fórmulas abstractas el método de determinación del parámetro común de protección de los derechos fundamentales seguido por el Tribunal de Justicia, entre otras razones como consecuencia del carácter frecuentemente poco explícito del discurso jurisprudencial. Sin embargo, es claro que dicho parámetro no se construye sobre la base de un “estándar mínimo común”, sino que la definición del estándar comunitario de protección se realiza sobre la base de una comparación crítica y valorativa de los sistemas jurídicos nacionales -valoración que incluye, naturalmente, el examen de la jurisprudencia nacional relevante- y culmina con una opción jurisprudencial del propio Tribunal de Justicia que se gesta en el proceso dialéctico de la deliberación”, véase G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS y A. DEL VALLE GÁLVEZ, “El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales”, *loc. cit.*, p. 336.

De este modo el Abogado General propuso dotar de un contenido normativo autónomo al artículo 50 CDFUE⁸⁶⁸.

4.4. Reflexiones en torno a los principios generales del derecho de la Unión y la costumbre internacional en materia de derechos humanos en el seno del ordenamiento jurídico de la Unión Europea.

¿Realmente los principios generales del Derecho de la Unión son algo distinto y diferenciado de forma diáfana de la costumbre internacional? En el asunto *Omega* el TJUE señaló que la dignidad humana en tanto que principio general tutelado por el ordenamiento de la Unión no se oponía a una medida nacional que restringiese por motivos de orden público la libre prestación de servicios en lo que respecta a juegos de entretenimiento donde se simulan acciones homicidas⁸⁶⁹. Para resolver en este sentido el Tribunal no acogió de forma explícita la terminología empleada por el órgano judicial alemán remitente de la petición prejudicial, que abiertamente preguntaba si para poder restringir dicha libertad económica fundamental era necesaria una *opinio iuris* común a todos los Estados miembros en cuanto al valor fundamental de la dignidad humana⁸⁷⁰.

Esta indicación pone de relieve que los principios generales del derecho de la Unión no son más que un puente de comunicación entre las dos fuentes de las que se nutre el TJUE para su determinación: el engarce entre el acervo jurídico internacional que obliga a los Estados miembros en materia de derechos humanos y su régimen constitucional de protección de derechos fundamentales permite al TJUE seleccionar dichos principios generales, que no son más que la manifestación de una convicción jurídica acompañada de una práctica reiterada y uniforme común a los Estados miembros. Dicho de otro modo, los derechos fundamentales que tutela el TJUE como principios generales no son más que normas que integran una costumbre regional en esta materia. Dicha costumbre presenta un núcleo común y deja a los Estados miembros una gama de matices abierta a

⁸⁶⁸ Conclusiones presentadas el 12 de junio de 2012, *Aklagaren*, asunto C-617/10, (pendiente de publicación), apartados 70 y ss.

⁸⁶⁹ Sentencia de 14 de octubre de 2004, *Omega Spielhallen*, *cit. supra*. Un comentario a la misma en S. SÁNCHEZ LORENZO, “Derechos Fundamentales y Libertades de Circulación a la sombra de una Constitución para Europa: Comentario a la Sentencia (Sala 1ª) de 14 de octubre de 2004 (As. C-36/02: “Omega””, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 5, Enero-Junio de 2006, pp. 383-391.

⁸⁷⁰ *Ibid.*, apartados 15, 16 y 23. Véanse así mismo las Conclusiones de la Abogada General STIX-HACKL, presentadas el 18 de marzo de 2004, *Omega Spielhallen*, asunto C-36/02, Rec. 2004, p. I-9609, apartados 82-91.

la discrecionalidad de sus órganos judiciales y administrativos al aplicar e interpretar Derecho de la Unión, como pone de manifiesto la decisión en *Omega*⁸⁷¹.

Precisamente el TJUE ha rehuído la noción de *opinio iuris*, y eludido la posibilidad de hablar de costumbre europea en materia de derechos fundamentales, para afianzar mediante la noción de los principios generales del Derecho de la Unión la autonomía y especificidad de ese nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional proclamado en *Van Gend & Loos*⁸⁷². Además, la noción de costumbre parece introducir un factor adicional de incertidumbre e indeterminación en el ordenamiento jurídico comunitario, mientras que la también voluble y evolutiva noción de principios generales se acomoda aparentemente mejor a las exigencias de la seguridad jurídica.

Lo cierto es que tanto la noción de costumbre como la de los principios generales permiten al TJUE convertirse en ese *juez Hércules* del que habla DWORKIN que debe resolver casos difíciles mediante un juicio de ponderación en el que ninguna de las normas en conflicto es expulsada del ordenamiento comunitario para hallar la solución: las nuevas *libertades electrónicas* traerán seguro ante el Tribunal de Luxemburgo litigios donde entren en pugna los derechos a la protección de datos de carácter personal (*derecho al olvido*, como una de sus nuevas manifestaciones) y la libertad de empresa (que la CDFUE eleva nominalmente a la categoría de fundamental en el artículo 16), o conflictos entre la libertad de expresión e información (derechos de los cibernautas) y la propiedad intelectual (también elevada al rango de fundamental por la Carta en el artículo 17.2)⁸⁷³.

⁸⁷¹ K. LENAERTS, J. A. GUTIÉRREZ-FONS, “The Role of General Principles of EU Law”, *op. cit.*, p. 192.

⁸⁷² Sentencia de 5 de octubre de 1963, *Van Gend & Loos*, *cit. supra*, apartado 3. En la siguiente sentencia de importancia capital para el desarrollo de los principios vertebradores del entonces incipiente Derecho comunitario europeo se omite dicha mención, para señalar que este ordenamiento a diferencia de los “*Tratados internacionales ordinarios*” está destinado a integrarse plenamente en el sistema jurídico de los Estados miembros. Véase la Sentencia de 15 de julio de 1964, *Costa c. E.N.E.L.*, asunto 6/64, Rec. 1964, p. 1141.

⁸⁷³ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1977-1978. Como se ha dicho la tesis de DWORKIN presupone: “1.º, que el ordenamiento jurídico es un sistema en el que junto a las normas legales existen principios que incorporan las exigencias de justicia y de los valores éticos; 2.º, que el juez a falta de norma legal y, en ocasiones, por encima de ella debe decidir de acuerdo con tales principios; y 3.º, que esos principios constituyen el soporte axiológico que da coherencia interna y estructura armónica a todo el sistema jurídico”, véase A-E. PÉREZ LUÑO, “La interpretación de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, p. 968. Los juicios de ponderación para lograr un equilibrio entre las libertades del individuo y el interés general no son algo novedoso ni exclusivo del TJUE, sino que la ponderación es una técnica prevista tanto en los instrumentos internacionales de derechos humanos como en el Derecho constitucional comparado, debe verse J. H. H. WEILER, N. J. S. LOCKHART, “Taking rights seriously: The European Court and its fundamental rights jurisprudence”, *loc. cit.*, pp. 585-587. El artículo 17.2 CDFUE fue ya tenido en cuenta por el TEDH, en la Sentencia de la Gran Sala de 11 de abril de 2007, *Anheuser-Busch Inc. c. Portugal*, Recurso nº 73049/01, apartado 38.

Debe servir como ilustración el asunto *Scarlet Extended*, relativo a las obligaciones que pueden serle impuestas a un proveedor de servicios de internet por razón de la protección de los derechos de propiedad intelectual. En este caso el TJUE tuvo que ponderar los derechos a la propiedad intelectual (artículo 17 CDFUE), la libertad de empresa (artículo 16 CDFUE), el derecho a la protección de datos de carácter personal (artículo 8 CDFUE), así como la libertad de información (artículo 11 CDFUE)⁸⁷⁴.

También debe tenerse en cuenta que, como ha señalado el profesor CASANOVAS Y LA ROSA, los conflictos entre normas sobre propiedad industrial e intelectual y normas sobre derechos humanos pueden encerrar además de un mero conflicto normativo un conflicto entre distintos regímenes de derecho internacional⁸⁷⁵. Como sostiene el profesor CARDONA LLORENS en este tipo de supuestos que entrañan conflictos entre diferentes sectores del Derecho internacional, el juez, en este caso el TJUE, deberá partir de la presunción de compatibilidad entre las reglas en liza y, en caso de no poder mantenerse ésta, deberá inclinarse por aplicar la norma que proteja el interés jurídico más importante, lo cual sigue entrañando una elección que para nada es baladí, como se ha dicho⁸⁷⁶.

Dicho dibujo se ve complicado por la redacción e indeterminación del artículo 52.5 CDFUE, que señala que algunas de sus disposiciones contienen meros principios únicamente invocables como herramienta para la interpretación y el control de legalidad del derecho derivado adoptado en su ejecución ¿En ningún caso de otras disposiciones de Derecho originario? De nuevo el recurso al Derecho internacional de los Derechos humanos por la vía de la apertura al mismo que realiza el artículo 53 CDFUE puede ser crucial para discernir entre qué disposiciones de la CDFUE contienen verdaderos

⁸⁷⁴ El Tribunal llegó así a la conclusión de que el derecho derivado de la Unión interpretado a la luz de los preceptos aludidos de la CDFUE se opone “a un requerimiento judicial por el que se ordena a un proveedor de acceso a Internet establecer un sistema de filtrado de todas las comunicaciones electrónicas que circulen a través de sus servicios, en particular mediante la utilización de programas ‘peer-to-peer’; que se aplique indistintamente con respecto a toda su clientela; con carácter preventivo; exclusivamente a sus expensas y sin limitación en el tiempo; capaz de identificar en la red de dicho proveedor la circulación de archivos electrónicos que contengan una obra musical, cinematográfica o audiovisual sobre la que el solicitante del requerimiento alegue ser titular de derechos de propiedad intelectual, con el fin de bloquear la transmisión de archivos cuyo intercambio vulnera los derechos de autor”, Sentencia de 24 de noviembre de 2011, *Scarlet Extended SA c. Sociéte belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, asunto C-70/10, (pendiente de publicación), Rec. 2011.

⁸⁷⁵ O. CASANOVAS Y LA ROSA, “Aproximación a una teoría de los regímenes en Derecho internacional Público”, en A. J. RODRIGO, C. GARCÍA (eds.), *Unidad y Pluralismo en el Derecho internacional Público y en la Comunidad internacional, Coloquio en Homenaje a Oriol Casanovas, Barcelona, 21-22 de mayo de 2009*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 52.

⁸⁷⁶ J. CARDONA LLORENS, “Los conflictos entre normas internacionales del mismo rango: a la búsqueda de criterios de solución”, *op. cit.*, p. 389.

derechos y cuáles meros principios de eficacia más reducida⁸⁷⁷. De todos modos como señala ALONSO, la utilidad del artículo 53 CDFUE es mayor en aquellos litigios que enfrentan al individuo con la autoridad pública (sea comunitaria o nacional actuando en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión), para determinar de entre los estándares de protección posibles para un derecho fundamental el más favorable para el individuo.

Por tanto, en el caso de los juicios de ponderación que enfrentan a distintos derechos fundamentales en el ámbito del Derecho de la Unión, será el TJUE quien tenga la última palabra, sirviendo el artículo 53 CDFUE, quizá, para discernir si nos encontramos ante derechos o principios, sin resultar, empero, de gran utilidad para inclinar la balanza a favor de uno u otro derecho en liza la teoría del nivel de protección más elevado por sí sola⁸⁷⁸.

4.5. Aplicabilidad y potencial per se en el ordenamiento de la Unión Europea de los acuerdos internacionales de derechos humanos concluidos únicamente por los Estados miembros. Consideraciones a la luz de los principios de buena fe y cooperación leal.

Lo que se pretende poner de manifiesto en el presente y en los sucesivos apartados es que la virtualidad de los tratados internacionales de los derechos humanos concluidos por los Estados miembros no se reduce a que sus disposiciones por la vía mediata de los

⁸⁷⁷ La principal limitación de la incierta categoría de principios reconocidos en la CDFUE radica en que estos no entrañan obligación jurídica positiva alguna de llevar a cabo actividad normativa de desarrollo. Por tanto, en caso de no ser implementadas aquellas disposiciones de la CDFUE que recogen principios, las mismas no constituyen inmediatamente criterios hermenéuticos que deban ser imperativamente empleados en la aplicación del Derecho de la Unión, véase D. ANDERSON, C. C. MURPHY, “The Charter of Fundamental Rights”, en A. BIONDI, P. EECKHOUT, S. RIPLEY (eds.), *EU Law after Lisbon*, Oxford University Press, 2012, pp. 161-169. En particular el artículo 1.2 del Protocolo nº 30 al Tratado de Lisboa relativo a la aplicación de la CDFUE a Polonia y a Reino Unido podría tener la intención de degradar a la categoría de principios, en el sentido del artículo 52.5 CDFUE, las disposiciones del Título IV “Solidaridad” de la Carta. Dicha cuestión podría plantear no solo un conflicto normativo e interpretativo con disposiciones de tratados internacionales sobre derechos humanos que vinculan al conjunto de Estados miembros, sino también espinosas cuestiones sobre la aplicación uniforme de las disposiciones de la CDFUE y de los principios generales del Derecho de la Unión en el conjunto de Estados miembros, así como sobre la virtualidad de dicho Protocolo en relación con terceros Estados miembros. Debe verse el Protocolo nº 30 sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido, D.O.U.E. Serie C 83/313, de 30 de marzo de 2010. Sobre la limitada virtualidad jurídica del Protocolo véase, S. PEERS, “The ‘Opt-out’ that Fell to Earth: The British and Polish Protocol Concerning the EU Charter of Fundamental Rights”, *Human Rights Law Review*, Vol. 12, nº 2, 2012.

⁸⁷⁸ R. ALONSO GARCÍA, “The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union”, *loc. cit.*, pp. 30-31.

principios generales puedan servir de límite y contrapeso a la hora de modular y perfilar las libertades económicas fundamentales del mercado interior: el estadio actual de la integración europea no solo permite, sino que requiere, un papel de mucha mayor relevancia para estas normas.

Una vez desglosado el potencial de las disposiciones de los acuerdos internacionales relativos a derechos humanos que vinculan solo a los Estados miembros, bien como portadoras de normas consuetudinarias, bien por la vía mediata de los principios generales del Derecho de la Unión, cabe plantearse cuál es la aplicabilidad e invocabilidad de estas normas ajenas al Derecho de la Unión en este ordenamiento sin perder su propia sustantividad jurídico-internacional.

En un primer orden de ideas, expuestas las reticencias a que el TJUE admita considerar dichas normas como parámetros de legalidad del derecho derivado, parece que el rol que pueden desplegar dichas normas queda limitado a ser herramientas hermenéuticas para la determinación del contenido del derecho derivado. En este sentido de nuevo encontramos la distinción entre tratados internacionales que obligan a todos los Estados miembros⁸⁷⁹ y tratados que han sido ratificados por un grupo numeroso (pero no completo) de Estados miembros.

El asunto *Intertanko* ha puesto de manifiesto que el derecho derivado debe interpretarse y aplicarse *tomando en consideración* las disposiciones de aquellos acuerdos internacionales de los que son todos los Estados miembros, de acuerdo con las exigencias del principio de derecho consuetudinario de la buena fe y del principio comunitario de cooperación leal⁸⁸⁰. Este críptico lenguaje muestra una forma quizá eufemística para referirse al deber de interpretación conforme del derecho derivado a la luz de la finalidad y objetivos de los acuerdos internacionales (que vinculan a todos los Estados miembros pero no a la Unión como tal). Deber que se predica sin ambages en relación con las disposiciones de acuerdos internacionales que sí han sido concluidos por la Unión.

⁸⁷⁹ En el caso de la Convención de Chicago relativa a la aviación civil internacional de 7 de diciembre de 1944, el TJUE la empleó como parámetro de validez de una directiva al haber sido dicha Convención concluida por todos los Estados miembros y ser portadora de normas consuetudinarias, Sentencia de 21 de diciembre de 2011, *Air Transport Association of America y otros c. Secretary of State for Energy and Climate Change*, *cit. supra*. En cambio el TJUE negó esta posibilidad a las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982 por carecer sus disposiciones de eficacia directa aun habiendo sido concluida por la Unión, ello pese a que antes de su entrada en vigor el TJUE había reconocido que la Convención codificaba en buena medida el derecho consuetudinario en la materia, véanse la Sentencia de 24 de noviembre de 1992, *Poulsen y Diva Navigation*, *cit. supra*; así como la Sentencia de 3 de junio de 2008, *Intertanko y otros*, *cit. supra*.

⁸⁸⁰ Sentencia de 3 de junio de 2008, *Intertanko y otros*, *cit. supra*, apartado 52.

Se trata, por tanto, de un intento más por preservar la autonomía y diferenciar los efectos de un acuerdo internacional que es plenamente integrante del ordenamiento de la Unión (en este caso su eficacia indirecta), frente a los efectos que puedan tener los compromisos de todos los Estados miembros que ni forman parte ni son totalmente ajenos a este ordenamiento.

En el caso de los acuerdos internacionales ratificados por la mayoría de los Estados miembros, el TJUE ignoró en el asunto *Commune de Mesquer* incluso una eventual toma en consideración de un acuerdo internacional sobre responsabilidad civil por contaminación por hidrocarburos en el que numerosos pero no todos los Estados miembros eran parte. Ello a pesar de que la Abogada General KOKOTT sostenía un cierto deber de interpretación conforme⁸⁸¹.

Como se ha señalado, esta distinción es un tanto artificiosa, y las exigencias de ambos principios -buena fe y cooperación leal- impondrían a la Unión un deber de no ignorar totalmente acuerdos internacionales en que algunos Estados miembros son parte⁸⁸². Ahora bien, no debe olvidarse que en ambos casos el TJUE resolvió en este sentido porque entendía que la normativa comunitaria desarrollada con posterioridad a la actividad convencional de los Estados miembros era más avanzada.

En materia de normas de derechos humanos, al margen de los principios apuntados de buena fe y de cooperación leal en deferencia hacia los compromisos internacionales de los Estados miembros, existe el principio de interpretación *in bonus* que debe llevar a la búsqueda de la interpretación más favorable a la protección del derecho fundamental *in concreto*. No obstante, esta sencilla regla se verá complicada cuando entren en colisión derechos portadores de valores de diversa naturaleza y origen y el TJUE deba resolver por ponderación.

Llegados a este punto cabe inferir de lo dicho que tanto el principio de derecho internacional consuetudinario relativo a la buena fe, como el deber propiamente comunitario de cooperación leal, imponen a las instituciones de la Unión el deber de observar los acuerdos internacionales sobre derechos humanos concluidos por los Estados miembros (sean comunes o no a todos ellos). Lógicamente, por la vía mediata

⁸⁸¹ Sentencia de 24 de junio de 2008, *Commune de Mesquer*, *cit. supra*. Véanse las Conclusiones presentadas el 13 de marzo de 2008, *Commune de Mesquer*, asunto C-188/07, Rec. 2008, p. I-4501, apartados 99-103.

⁸⁸² S. ADAM, P. DEVISSCHER, P. VAN ELSUWEGE, “Chronique de Jurisprudence Communautaire. Les relations extérieures (1er janvier 2006-31 décembre 2008)”, *cit. supra*, p. 510. Sobre ambos principios debe verse J. LASO PÉREZ, *La cooperación leal en el ordenamiento comunitario*, Ed. Colex, Madrid, 2000.

del artículo 53 CDFUE, este deber parece más evidente en el caso, como se dijo, de los acuerdos concluidos por todos los Estados miembros.

Donde mayor importancia tendrán estos acuerdos internacionales será en la incorporación mediante actos jurídicos autónomos de las instituciones, es decir, cuando *motu proprio* las instituciones ya han adoptado y adoptarán derecho derivado que incorpore en sustancia estos acuerdos internacionales dentro del ordenamiento de la Unión: un ejemplo de Reglamento comunitario que pretende aumentar la eficacia de instrumentos internacionales de protección de derechos humanos de diversa naturaleza y entidad⁸⁸³ es el destinado a prohibir la exportación e importación de materiales cuyo único uso práctico sea aplicar la pena de muerte o infligir torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, así como a imponer controles a las exportaciones de aquellos productos que además de estos usos son susceptibles de otros usos legítimos⁸⁸⁴.

De lege ferenda, sería deseable una mayor receptividad del TJUE a la hora de revisar la legalidad de dicho derecho derivado y proceder a su interpretación y aplicación, en la medida de lo posible, a la luz de los objetivos de dichos acuerdos internacionales y de las interpretaciones autorizadas de sus órganos de control y seguimiento.

En los siguientes apartados se pretende examinar en algunos casos concretos en qué medida las instituciones de la Unión Europea han legislado y actuado en ámbitos incluidos en estos acuerdos, tratando de reflexionar acerca de si la Unión favorece o dificulta que los Estados miembros cumplan tales obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Por último, resulta llamativo que en la medida en que la Unión Europea vaya *ocupando dicho terreno* mediante su derecho derivado (*preemption*), y en función de la profundidad de éste lógicamente irá ganando en competencia externa para acceder ella misma a dichos acuerdos internacionales.

Como se vio en el Capítulo I, el principal escollo más que en la existencia de competencia externa radica en la falta de previsión de la participación de un sujeto derivado de derecho internacional en tales instrumentos, es decir, en la imprevisión de que una organización internacional de integración de carácter regional como la Unión llegue a ser parte contratante en ellos. No obstante, el TJUE en su célebre Dictamen

⁸⁸³ Esto es: la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el CEDH o la Convención de Naciones Unidas de 1984 contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

⁸⁸⁴ Reglamento 1236/2005/CE del Consejo, de 27 de junio de 2005, sobre el comercio de determinados productos que pueden utilizarse para aplicar la pena de muerte o infligir tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, D.O.U.E. Serie L 200/1 de 30 de julio de 2005. Véase I. MARRERO ROCHA, “El régimen de comercio de armas convencionales en la Unión Europea”, *RDCE*, nº 40, 2011, pp. 669-700.

2/91 dejó una puerta abierta alternativa a la adhesión, en concreto para los Convenios adoptados en el ámbito de la OIT, que en algunos casos incluyen materias que pertenecen a la competencia exclusiva de la Unión y que dotan de contenido a algunos derechos sociales fundamentales reconocidos en este ordenamiento: se trata de la cooperación entre las instituciones comunitarias y los Estados miembros para garantizar la mejor ejecución posible de las obligaciones dimanantes de dichos Convenios⁸⁸⁵. Dicho deber derivado en buena medida del preceptivo principio de la buena fe y de la obligada cooperación leal resulta por tanto exigible a los Estados miembros y a las instituciones de la Unión para permitir la ejecución en el ordenamiento de la Unión de los compromisos internacionales de los primeros en materia de derechos humanos: nótese que el carácter transversal y horizontal de las obligaciones derivadas de los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por los Estados miembros también alcanza al ejercicio de competencias de la Unión Europea que tengan carácter exclusivo.

Para concluir, debe señalarse que los tratados internacionales relativos a la protección de los derechos humanos que vinculan a todos los Estados miembros -o a un grupo numeroso de ellos- tienen vocación de integrarse en última instancia en el ordenamiento jurídico de la Unión debido a su *vis expansiva* y a su naturaleza cuasilegislativa.

⁸⁸⁵ Dictamen 2/91, de 19 de marzo de 1993, *cit. supra*, apartados 37-38. Véase M. CREMONA, “Member States agreements as Union Law” en E. CANNIZZARO, P. PALCHETTI, R. WESSEL (eds.), *International Law as Law of the European Union*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2012, pp. 296-297. Otra cuestión contigua es que el Consejo de la Unión autorice a los Estados miembros a concluir en interés de la Unión un acuerdo internacional en el que ésta no puede ser parte contratante, véase este mismo artículo pp. 291-324.

Capítulo III: Ejecución en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea de acuerdos internacionales concretos destinados a la protección internacional de los derechos humanos. Los casos de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

1. Consecuencias de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para la Unión Europea y su ordenamiento jurídico.

1.1. Consideraciones iniciales: reparto de los efectos de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad entre la Unión Europea y sus Estados miembros.

La Unión Europea, en cuanto parte en la Convención al haber depositado el 23 de diciembre de 2010 su instrumento de confirmación oficial, queda obligada como sujeto de derecho internacional a implementar las disposiciones de la Convención tal y como señaló la CIJ en su Opinión Consultiva de 20 de diciembre de 1980⁸⁸⁶. La Unión debe actuar de buena fe con arreglo al principio *pacta sunt servanda* establecido por la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados en su artículo 26⁸⁸⁷.

La CDPD es un *acuerdo mixto*⁸⁸⁸ en la medida en que su ámbito material recae sobre ciertas competencias de naturaleza compartida entre la Unión y sus Estados miembros; por lo tanto, la Convención debe ser implementada conjuntamente por la Unión y sus Estados miembros con arreglo al principio de cooperación leal (artículo 4.3 TUE)⁸⁸⁹.

Desde el punto de vista del derecho de la Unión, la responsabilidad *ad intra* a la hora de implementar la Convención se regirá por la delimitación de competencias entre la Unión y sus Estados miembros, en la cual la última palabra corresponde al TJUE⁸⁹⁰;

⁸⁸⁶ Opinión Consultiva de la CIJ de 20 de diciembre de 1980, *Interpretación del Acuerdo de 25 de Marzo de 1951 entre la OMS y Egipto*, Rec. 1980, pp. 89-90, apartado 37: “*International organisations are subjects of international law and as such are bound by any obligations incumbent upon them under general rules of international law, under their constitutions or under international agreements to which they are parties*”.

⁸⁸⁷ El TJUE reconoció el carácter de principio fundamental del ordenamiento jurídico internacional de este principio en la Sentencia de 16 de marzo de 1998, *Racke c. Hauptzollamt Mainz*, cit. *supra*, apartado 49.

⁸⁸⁸ El régimen de los acuerdos mixtos no puede ser abordado con exhaustividad en el presente trabajo, pero puede consultarse en: C. HILLION, P. KOUTRAKOS, *Mixed Agreements Revisited -The EU and its Member States in the World*, Hart Publishing, 2010; véase también R. A. WESSEL, “The EU as a Party to international agreements: shared competences, mixed responsibilities”, en A. DASHWOOD, M. MARESCEAU, *Law and Practice of EU External Relations*, Cambridge University Press, 2008, pp. 152-187; asimismo A. ROSAS, “The European Union and Mixed Agreements”, en A. DASHWOOD, C. HILLION, *The General Law of E.C. External Relations*, Sweet & Maxwell, Londres, 2001, pp. 200-220.

⁸⁸⁹ Con carácter general, J. LASO PÉREZ, *La cooperación leal en el ordenamiento comunitario*, op. cit.

⁸⁹⁰ No en vano, el TJUE tuvo ocasión de anular en el marco del EURATOM un párrafo de la declaración de competencias realizada por la entonces Comunidad Europea de la Energía Atómica por imperativo de la Convención sobre Seguridad Nuclear, véase la Sentencia de 10 de diciembre de 2002, *Comisión c. Consejo*, asunto C-29/99, Rec. I-11221. Dicha sentencia ilustra el sometimiento al control jurisdiccional

mientras que desde el punto de vista del Derecho internacional, la responsabilidad internacional pasiva se regirá en principio por la declaración de competencias -sujeta a evolución- realizada con arreglo al artículo 44.1 de la Convención que se contiene en la Decisión del Consejo relativa a la conclusión de la CDPD⁸⁹¹, en la que se explicita en qué grado (exclusivo, compartido, suplementario) la Unión ha recibido la transferencia por parte de los Estados miembros para ejercer las competencias sobre las materias regidas por la Convención.

En cualquier caso, esta declaración de competencias no es suficientemente precisa para efectuar un deslinde perfecto y tajante entre las áreas de la CDPD cuya implementación corresponde a la Unión y aquéllas que son puramente estatales. Además, en virtud del artículo 44.1, la Unión queda obligada a comunicar al depositario del instrumento de confirmación oficial de la Convención cualquier modificación sustancial en su grado de competencia, algo que sin duda ocurrirá dependiendo de la intensidad con que la Unión legisle en áreas cubiertas por la CDPD. Como se dijo en el Capítulo I al hablar de la participación de la Unión en la conclusión de este tratado, se trata de un *acuerdo mixto incompleto*, en la medida en que algunos Estados miembros siguen sin ratificar la CDPD y por tanto las obligaciones en materia de derechos de las personas con discapacidad que reciben por vía del Derecho de la Unión están en abierta asimetría con aquéllas que han asumido en virtud de su núcleo de soberanía de ejercicio puramente estatal⁸⁹².

Dado el carácter artificial y en cierto modo simplificador de la declaración de competencias y dada la naturaleza concurrente de la competencia en un importante ámbito material como es la no discriminación por razón de discapacidad en el empleo y la ocupación, resulta imprescindible para una adecuada implementación de la CDPD en el ordenamiento jurídico de la Unión que todos los Estados miembros ratifiquen la Convención, dirigiéndose de este modo la Unión al cumplimiento de su ambicioso objetivo de combatir la exclusión social y la discriminación (artículo 3.3 TUE)⁸⁹³. De

por parte del TJUE de las declaraciones de competencias introducidas por exigencia de un tratado internacional.

⁸⁹¹ Decisión 2010/48/CE del Consejo de 26 de noviembre de 2009, *cit. supra*. Sobre el modo en que se reparten los efectos obligatorios entre la Unión Europea y sus Estados miembros de un acuerdo internacional mixto que incorpora una declaración de competencias debe verse, E. NEFRAMI, *L'Action extérieure de l'Union européenne. Fondements, moyens, principes*, *op. cit.*, pp. 102-107.

⁸⁹² Con fecha de 14 de febrero de 2013, Finlandia, Irlanda y Países Bajos, siguen sin ratificar la CDPD, véase

<http://www.un.org/spanish/disabilities/countries.asp?navid=18&pid=578>

⁸⁹³ J. SANTOS VARA, "Las implicaciones de la participación de la Unión Europea en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", en L. N. GONZÁLEZ

otro modo, la *probatio diabolica* que resulta de demostrar a quién corresponde con certeza la competencia en un área material cubierta por la CDPD para poder exigir responsabilidad en caso de incumplimiento por omisión de las obligaciones impuestas por este acuerdo internacional, solo redundaría en detrimento precisamente del grado de realización de los derechos de las personas con discapacidad; máxime teniendo en cuenta que la propia Unión Europea sigue sin obligarse en relación con el Protocolo Facultativo para otorgar al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad la competencia para recibir y considerar las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas sujetas a su jurisdicción⁸⁹⁴.

Como WESSEL señala no hay razón que permita concluir que el razonamiento del TJUE en el asunto *Haegeman*⁸⁹⁵ no sea extensible a los acuerdos celebrados por la Unión Europea -del mismo modo que se aplicaba a los acuerdos celebrados por las Comunidades Europeas-. Por tanto, los acuerdos concluidos por la Unión forman parte integrante desde su entrada en vigor de su ordenamiento jurídico⁸⁹⁶. Por lo tanto, los Estados miembros quedan obligados a respetar los acuerdos celebrados por la Unión especialmente con arreglo al Derecho de la Unión; es decir, debido al ejercicio del *ius ad tractatum* de la Unión contraen una obligación no sólo sus instituciones sino también los Estados miembros, como señala el nuevo artículo 216.2 TFUE⁸⁹⁷.

Por lo tanto, en aquellas materias recogidas en la Convención que pertenezcan a la competencia de la Unión (sea ésta exclusiva o compartida con los Estados miembros), como el TJUE recientemente ha recordado, los Estados miembros quedan obligados por el principio de cooperación leal en la implementación de las obligaciones contraídas: existe un deber de cooperación estrecha entre ellos y las instituciones de la Unión con

ALONSO (dir.), A. GARRIDO MUÑOZ (coord.), *La Unión Europea y el multilateralismo eficaz ¿Un compromiso consistente con Naciones Unidas?*, Iustel, Madrid, 2011, p. 387.

⁸⁹⁴ En su trabajo SANTOS VARA, *ibid.*, p. 388, afirma que el Consejo efectuó una declaración en el momento de firmar la Convención, en la que se declaraba que esta institución abordaría con la mayor brevedad posible la firma del Protocolo Facultativo. Lo cierto es que hasta la fecha no se tiene ulterior noticia sobre tal firma.

⁸⁹⁵ Sentencia de 30 de abril de 1974, *Haegeman*, *cit. supra*, apartado 5.

⁸⁹⁶ R. A. WESSEL, “The EU as a Party to international agreements: shared competences, mixed responsibilities”, *op. cit.*, p. 182.

⁸⁹⁷ Sentencia de 26 de octubre de 1982, *Kupferberg*, *cit. supra*, p. 3641, apartado 13: “Al garantizar la observancia de los compromisos emanados de un acuerdo celebrado por las Instituciones comunitarias, los Estados miembros cumplen con una obligación no sólo en relación con el tercer país afectado, sino también y sobre todo con la Comunidad, que ha asumido la responsabilidad de la buena ejecución del acuerdo”.

objeto de facilitar la misión de la Unión y el cumplimiento de los fines señalados por los Tratados⁸⁹⁸ -en particular el artículo 10 TFUE-.

Mientras que en aquellas materias regidas por la Convención cuya implementación corresponda en exclusiva a la competencia de los Estados miembros, al tratarse de un ámbito cubierto por el Derecho de la Unión -pues como se ha expuesto los acuerdos celebrados por la Unión forman parte integrante de su ordenamiento- rige el principio que el TJUE ha recordado en el asunto *Rottmann*: “Sin embargo, el hecho de que una materia sea competencia de los Estados miembros no obsta para que, en situaciones comprendidas en el ámbito del Derecho de la Unión, las normas nacionales de que se trate deban respetar este último”⁸⁹⁹.

El efecto acumulado de ambas líneas jurisprudenciales -*Kupferberg-Rottmann*- implica que los Estados miembros están obligados a respetar e implementar en sus respectivos ámbitos de competencia las disposiciones de la CDPD, bien sea por mandato del principio de cooperación leal, bien sea por su obligación de ejercer las propias competencias sin contravenir el Derecho de la Unión⁹⁰⁰.

Difícilmente, pueden los Estados miembros cumplir con el mandato de cooperación leal si no ratifican ellos también la CDPD y ponen en marcha las políticas, acciones, medidas legislativas y administrativas (artículo 4 de la Convención) necesarias para cumplir con las obligaciones que de la misma se derivan: los objetivos de la Convención que recaen en áreas de competencia compartida no pueden lograrse sino mediante una acción coordinada, complementaria y cumulativa de la Unión y sus

⁸⁹⁸ Sentencia de 20 de abril de 2010, *Comisión c. Suecia*, *cit. supra*, apartados 69-75.

⁸⁹⁹ Sentencia de 2 de marzo de 2010, *Rottmann c. Freistaat Bayern*, asunto C-135/08, Rec. 2010, p. 1449, apartado 41.

⁹⁰⁰ En el caso de aquellos Estados miembros que no han ratificado la CDPD es más discutible que según este razonamiento estén obligados a implementar, es decir, a aplicar y ejecutar aquellas numerosas disposiciones de la Convención que entrañan obligaciones positivas, *obligaciones de proteger*, para la efectiva realización de los derechos que contienen en ámbitos donde la Unión no haya asumido ningún tipo de competencia siquiera de apoyo o complemento. Aunque esta tesis desde una perspectiva *federalizante* pudiera resultar abiertamente defendible con fundamento en el principio de cooperación leal que también es un principio de Derecho de la Unión. Ahora bien, resultaría una clara contravención del principio de cooperación leal y por ende del Derecho de la Unión que los Estados miembros no se abstuvieran y refrenaran de conculcar disposiciones de la CDPD en áreas de competencia concurrente/exclusiva de la Unión aun en el caso de no haber procedido a ratificar la CDPD. En última instancia el TEDH como se verá en este capítulo interpreta el CEDH de acuerdo con las exigencias de la CDPD, de modo que esto viene a restar importancia al hecho soberano de que un Estado miembro en concreto haya ratificado o no la CDPD, ya que ésta forma parte de un cierto *consenso europeo sobre los derechos fundamentales*, y el CEDH constituye una obligación internacional común a todos los Estados miembros y con un destacado papel en el ordenamiento de la Unión Europea. Se trata de un nuevo ejemplo de la superación del efecto relativo de los tratados internacionales de derechos humanos.

Estados miembros, en este sentido la ratificación por todos y cada uno de ellos de la Convención parece como se ha señalado necesaria.

Al mismo tiempo debe admitirse que tanto la consecución de los objetivos de la Unión como el deber de cooperación leal reducen el margen discrecional de soberanía que los Estados miembros tienen para concluir o no este acuerdo internacional. No obstante, persisten dudas acerca de si la significación y alcance jurídico del deber de cooperación leal son o no de tal magnitud en el ordenamiento de la Unión como para acarrear la constatación de su infracción y la imposición de sanciones a manos de la Comisión Europea y del TJUE (artículos 258-260 TFUE) en caso de no proceder un Estado miembro a la ratificación de la CDPD. Aunque no debe olvidarse que existen condenas a Estados miembros por infracción de este principio⁹⁰¹, la Comisión sigue ostentando un poder discrecional para elevar o no un asunto al conocimiento del TJUE.

1.2. Exigencias de la unidad de representación internacional de la Unión Europea y directrices para la aplicación de la Convención: la adopción de un Código de conducta.

Con anterioridad al depósito del instrumento de confirmación oficial de la CDPD por parte de la Unión Europea, fue adoptado un Código de conducta entre el Consejo, los Estados miembros y la Comisión, al objeto de esclarecer tanto la aplicación por la Unión Europea de las disposiciones de la Convención como la representación de la Unión en el marco institucional de la misma⁹⁰². El Código de conducta parte del principio primordial de reafirmar la función centralizadora de la Comisión Europea para la aplicación de las disposiciones de la Convención en las cuestiones que incumban a la Unión por razón de competencia⁹⁰³. Para la aplicación de las disposiciones de la CDPD y para la unidad de representación exterior de la Unión y sus Estados miembros en el marco de los órganos creados por la Convención el Código reafirma la necesidad de

⁹⁰¹ Por ejemplo, en la Sentencia de 20 de abril de 2010, *Comisión c. Suecia*, *cit. supra*; o en la Sentencia de 30 de marzo de 2006, *Comisión c. Irlanda (Mox)*, *cit. supra*. Sobre este último asunto puede verse V. CARREÑO GUALDE, “TJCE -Sentencia de 30.05.2006, Comisión/Irlanda, C-459/03, *MOX*- La competencia exclusiva del TJCE y la Parte XII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar”, *RDCE*, nº 26, 2007, pp. 185-202.

⁹⁰² Código de conducta entre el Consejo, los Estados miembros y la Comisión por el que se establecen disposiciones internas para la aplicación por la Unión Europea de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y para la representación de la Unión Europea en dicha Convención, D.O.U.E. Serie C 340/11, de 15 de diciembre de 2010.

⁹⁰³ *Ibid.*, punto 11.

estrecha cooperación entre las instituciones de un lado, de otro lado de los Estados miembros y por supuesto un correcto ensamblaje del conjunto: es decir, se requiere la combinación sinérgica de la cooperación interinstitucional e intergubernamental al máximo nivel, con arreglo a los principios de subsidiariedad y respeto a la atribución de competencias⁹⁰⁴. Las reglas relativas a la colaboración y coordinación de la Unión Europea y sus Estados miembros tanto para la aplicación de la CDPD como para la participación en sus respectivos órganos de control aparecen detalladas en este Código de conducta:

- a) En áreas de la Convención donde la competencia bien de los Estados, bien de la Unión, tiene alcance exclusivo se establece una obligación de conducta de que bien los Estados o bien la Unión coordinen sus posiciones/adopten una posición propia de la Unión, respectivamente. La Comisión Europea ejercerá el derecho de voto en la Conferencia de los Estados Partes en aquellos asuntos pertenecientes a la competencia exclusiva de la Unión siempre que se hayan acordado posiciones comunes.
- b) En aquellos ámbitos donde la Unión comparte competencia con los Estados miembros o presenta una competencia de apoyo, complementaria o de coordinación, se establece que los Estados miembros y la Unión procurarán elaborar posiciones comunes, de cara por ejemplo a la adopción de actos legislativos para luchar contra la discriminación por razón de discapacidad fundados en el artículo 19 TFUE. Para clarificar el reparto de competencias a la hora de participar en los órganos creados por la Convención se prevé la posibilidad de convocar reuniones de coordinación de la Comisión y de los Estados miembros, a iniciativa de la Presidencia del Consejo de la Unión, de la Comisión Europea o de un Estado miembro. Ante la posibilidad de que no pueda efectuarse un deslinde limpio de competencias en ciertas áreas de la CDPD, se prevé un criterio abierto para determinar a quién corresponderá presentar las posiciones comunes: cuando la materia corresponda a un ámbito de competencia preponderantemente correspondiente a la Unión se encargará la Comisión Europea; si la materia pertenece preponderantemente a la

⁹⁰⁴ Este Código de conducta reafirma la jurisprudencia del TJUE relativa al deber de cooperación leal en materia de relaciones exteriores en otros casos donde se habían adoptado códigos de conducta, para facilitar la participación conjunta de la Unión y sus Estados miembros en el marco institucional de la FAO y el proceso de implementación de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, respectivamente. Véanse las Sentencias de 19 de marzo de 1996, *Comisión c. Consejo*, asunto C-25/94, Rec. 1996, p. I-1469; y de 30 de marzo de 2006, *Comisión c. Irlanda (Mox)*, *cit. supra*.

competencia de los Estados miembros se encargará bien la Presidencia del Consejo bien un Estado miembro. Para el ejercicio del voto en la Conferencia de los Estados Partes⁹⁰⁵, la Comisión Europea lo hará en relación con los asuntos de competencia compartida que pertenezcan preponderantemente a la competencia de la Unión, siempre que se hayan alcanzado posiciones comunes. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.4 de la CDPD, la Unión tendrá derecho a un número de votos correspondiente al número de Estados miembros que hayan ratificado la Convención. Por último, en ausencia de posiciones comunes, serán los Estados miembros quienes ejerzan el derecho de voto y lo harán *“en el ámbito de su competencia a condición de que su posición sea coherente con las políticas de la Unión y se ajuste al Derecho de la Unión”*.

Del mismo modo, en el Código de conducta se prevé que junto con los candidatos que los Estados miembros puedan proponer para su designación como expertos integrantes del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad con arreglo al artículo 34.5 de la CDPD, la Unión pueda proponer un candidato propio *“sobre la base de una propuesta de la Comisión que deberá ser aprobada por consenso por los Estados miembros dentro del grupo competente del Consejo”*.

En lo que respecta a la presentación periódica de informes al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad exigida por el artículo 35 de la CDPD⁹⁰⁶, se ha previsto que la Unión prepare el informe en relación con aquellos asuntos que pertenezcan a su competencia exclusiva o cuando pertenezcan preponderantemente a su competencia. Del resto de materias serán los Estados miembros quienes emitan sus informes. No obstante, se prevé que los Estados miembros y la Comisión se transmitan recíprocamente sus informes antes de presentarlos al Comité, así como que se asistan mutuamente durante la supervisión ante el mismo.

⁹⁰⁵ Como se vio en el Capítulo I, la Unión Europea participó en la Cuarta Reunión de la Conferencia de Estados Partes, el día 7 de septiembre de 2011. Sus esfuerzos se orientaron a coordinar la actividad de los Estados miembros en aras del logro de los objetivos de la CDPD, señalando que en áreas prioritarias de la misma (sanidad, empleo o educación) la responsabilidad primordial corresponde a los Estados miembros. Del mismo modo se hizo referencia a la puesta en marcha de la Estrategia 2010-2020, así como a la necesidad de adoptar 44 instrumentos para la implementación de la CDPD. Los documentos de esta Cuarta Reunión están disponibles en:
<http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=1571>

⁹⁰⁶ A finales de 2012, la Unión deberá hacer llegar al Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad por conducto del Secretario General de Naciones Unidas un informe sobre las medidas adoptadas para el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la Convención.

El propio Código de conducta da aplicación al artículo 33.1 de la Convención y forma parte de los mecanismos de coordinación a los que éste alude. En aplicación de este mismo precepto existe un Grupo de Alto Nivel en materia de discapacidad compuesto por representantes de los Estados miembros, entre los que se encuentran integrantes de la sociedad civil y de las organizaciones que representan a las personas con discapacidad tal y como exige el artículo 33.3 de la CDPD⁹⁰⁷. Por otra parte sigue pendiente el establecimiento de un marco integrado que incluya uno o varios mecanismos independientes para promover y supervisar la aplicación de la Convención, en cumplimiento de lo dispuesto en su artículo 33.2.

En definitiva, el Código de conducta es un instrumento idóneo para regular las directrices que han de presidir la aplicación de la Convención en el ordenamiento de la Unión, así como su representación externa en el seno de los órganos creados por ella. No obstante, solo arrojará resultados satisfactorios en la medida en que tanto las instituciones como los Estados miembros muestren un compromiso sólido en su ejecución como medio para realizar los compromisos asumidos en virtud de la CDPD⁹⁰⁸. Como el TJUE ha tenido ocasión de establecer en una jurisprudencia reiterada, cuando la materia de un acuerdo internacional recae sobre un dominio en que los Estados miembros y la Unión comparten la competencia, es una obligación para los Estados miembros y las instituciones de la Unión entablar una cooperación estrecha que permita la adecuada ejecución de las obligaciones contraídas. Dicha obligación emana de las exigencias de unidad de representación internacional de la Unión⁹⁰⁹.

⁹⁰⁷ La creación de este Grupo de Alto Nivel se previó en la Comunicación de la Comisión sobre la Igualdad de Oportunidades de las Personas con Minusvalía de 30 de julio de 1996, *cit. supra*. Puede consultarse este informe elaborado por el Grupo de Alto Nivel sobre el proceso de implementación de la Convención: *Fourth Disability High Level Group Report on the Implementation of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, mayo de 2011, disponible en: http://ec.europa.eu/justice/discrimination/files/dhlg_4th_report_en.pdf

⁹⁰⁸ J. SANTOS VARA, “Las implicaciones de la participación de la Unión Europea en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *op. cit.*, p. 390.

⁹⁰⁹ Véanse *inter alia*, el Dictamen 2/91, de 19 de marzo de 1993, *cit. supra*, apartado 36; el Dictamen 1/94, de 15 de noviembre de 1994, *cit. supra*, apartado 108; la Sentencia de 19 de marzo de 1996, *Comisión c. Consejo*, *cit. supra*, apartado 48; así como la Sentencia de 20 de abril de 2010, *Comisión c. Suecia*, *cit. supra*, apartado 73.

1.3. Ejecución normativa y judicial de la Convención en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea.

Desde mediados de la década de los noventa, a través de los Fondos Estructurales y en particular del Fondo Social Europeo, fueron puestos en marcha diferentes programas e iniciativas comunitarias con el objeto de prestar asistencia financiera a proyectos que facilitaran y promovieran la integración, especialmente en el ámbito del empleo, de personas con algún tipo de discapacidad⁹¹⁰. Antes de esa fecha, en la legislación comunitaria se encuentra alguna mención puntual e incipiente a las necesidades de acomodación de los lugares de trabajo para los trabajadores con discapacidad⁹¹¹. Tras la introducción en el Tratado de Ámsterdam de una nueva base jurídica en el artículo 13 TCE que permitía a las instituciones la adopción de actos legislativos para luchar contra la discriminación entre otros motivos por razón de discapacidad, fue adoptada la Directiva 2000/78, que como se vio en el Capítulo I fue uno de los principales detonantes de que la Unión Europea se decidiera a participar en la elaboración de una convención multilateral sobre los derechos de las personas con discapacidad⁹¹².

Con posterioridad fue adoptado el Reglamento 2204/2002/CE, de la Comisión, relativo a las ayudas estatales al empleo: en él se autorizaba a los Estados miembros a financiar hasta el 60% del coste salarial anual bruto y de las cotizaciones obligatorias a la seguridad social cuando una empresa contrataba de forma permanente a un trabajador con discapacidad⁹¹³. Este régimen jurídico expiró a finales de junio de 2008, y fue

⁹¹⁰ I. BIEL PORTERO, *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, op. cit., pp. 252-266. En detalle sobre la aplicación de los Fondos Estructurales a este tipo de medidas durante la década de los 90 puede consultarse, la Comunicación de la Comisión sobre la Igualdad de Oportunidades de las Personas con Minusvalía de 30 de julio de 1996, cit. supra, puntos 52-58.

⁹¹¹ Directiva 89/654/CEE del Consejo, de 30 de noviembre de 1989, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud en los lugares de trabajo, D.O.U.E. Serie L 393/1, de 30 de diciembre de 1989, artículo 20.

⁹¹² Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, cit. supra.

⁹¹³ Reglamento 2204/2002/CE de la Comisión, de 12 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales para el empleo, D.O.U.E. Serie L 337/3, de 13 de diciembre de 2002. En este Reglamento también se autorizaba a los Estados a financiar hasta un 50% idénticos costes que para los trabajadores discapacitados para el supuesto de los trabajadores desfavorecidos entre los que se encuentran los miembros pertenecientes a una minoría étnica existente en un Estado miembro. Este régimen jurídico ha estado en vigor hasta el 30 de junio de 2008, véase el Reglamento 1976/2006/CE de la Comisión, de 20 de diciembre de 2006, por el que se modifican los Reglamentos 2204/2002/CE, 70/2001/CE y 68/2001/CE por lo que respecta a la prórroga de sus períodos de aplicación, D.O.U.E. Serie L 368/85, de 23 de diciembre de 2006.

entonces sustituido por otro Reglamento⁹¹⁴. En ambos casos la definición de “*trabajadores discapacitados*” contenida en estos instrumentos, es de dudosa compatibilidad con el espíritu de la nueva Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; no solo desde el punto de vista semántico, sino también sustantivo, al poner el énfasis en los daños físicos, mentales o psicológicos que padece la persona con discapacidad, reflejando un modelo médico tradicional hacia la discapacidad contrario al enfoque social que caracteriza a la filosofía de la Convención⁹¹⁵. Por lo demás, ambos instrumentos consideran como “*trabajadores discapacitados*” a quienes merezcan tal consideración en la legislación nacional.

En 2003, además de proclamarse el “*Año Europeo de las Personas con Discapacidad*”⁹¹⁶, fue adoptado un plan de acción europeo en materia de discapacidad tendente al logro de la igualdad de oportunidades, que introdujo una nueva orientación para las políticas de gasto público pensando en su viabilidad a medio y largo plazo: se trataba de potenciar las medidas activas en el mercado de trabajo para lograr la inclusión de las personas con discapacidad y evitar así la dependencia duradera y exclusiva de estas personas en relación con prestaciones sociales meramente pasivas⁹¹⁷. Complementaria de este plan de acción resulta la Comunicación que un año antes había presentado la Comisión Europea sobre la responsabilidad social de las empresas, dirigida entre otros objetivos a lograr la igualdad de oportunidades laborales para las personas con discapacidad⁹¹⁸.

⁹¹⁴ Reglamento 800/2008/CE de la Comisión, de 6 de agosto de 2008 por el que se declaran determinadas categorías de ayuda compatibles con el mercado común en aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado (Reglamento general de exención por categorías), D.O.U.E. Serie L 214/3, de 9 de agosto de 2008.

⁹¹⁵ Véase sobre el paso del enfoque médico hacia el enfoque social en materia de discapacidad que incorpora la CDPD, J. CARDONA LLORENS, A. SANJOSÉ GIL, “Un cambio de paradigma en la protección de los derechos humanos: la Convención de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad”, en S. SANZ CABALLERO, J. FERRER LLORET (eds.), *La protección internacional y europea de los grupos vulnerables*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 165-207.

⁹¹⁶ Decisión del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, sobre el Año Europeo de las personas con discapacidad, D.O.U.E. Serie L 335/15, de 19 de diciembre de 2001.

⁹¹⁷ Comunicación de la Comisión, de 30 de octubre de 2003, Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad: un plan de acción europeo, *cit. supra*, pp. 16-20. Véase A. MANGAS MARTÍN, “Comentario Artículo 26. Integración de las Personas Discapacitadas”, en A. MANGAS MARTÍN (dir.), L. N. GONZÁLEZ ALONSO (coord.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, p. 465.

⁹¹⁸ Comunicación de la Comisión, de 2 de julio de 2002, relativa a la responsabilidad social de las empresas: una contribución empresarial al desarrollo sostenible, COM (2002) 347 final, p. 21.

En 2004, con el fin de favorecer la libre circulación de las personas con discapacidad la Comisión se comprometió a reducir el número de prestaciones por invalidez que no son exportables de un Estado miembro a otro⁹¹⁹.

En 2005, la Comisión Europea lanzó un Libro Verde encaminado a la futura adopción de una estrategia de la Unión Europea en materia de salud mental para reducir la estigmatización y tradicional discriminación que las personas con discapacidad psíquica o intelectual han venido sufriendo en diferente grado e intensidad en los Estados miembros⁹²⁰. El propósito de la Comisión Europea era iniciar un debate con las demás instituciones europeas, los Estados miembros, así como con la sociedad civil, incluyendo a profesionales de la sanidad, a pacientes y a la comunidad investigadora, de cara a formular una estrategia que pudiera mitigar la incidencia de enfermedades mentales en la población, teniendo en cuenta su elevado coste en términos no solo humanos y sociales sino también financieros. Lo cierto es que esta estrategia no ha dado como fruto hasta la fecha ningún acto de contenido normativo, como lamentaba el pleno del Parlamento Europeo en una resolución de 2009⁹²¹. Por su parte, el Consejo de la Unión Europea en 2011, en sus conclusiones sobre el Pacto Europeo para la Salud y el Bienestar Mental, se limita a constatar hechos obvios como que los problemas de salud mental y los trastornos psíquicos repercuten negativamente en la economía, se traducen en pérdidas de productividad y en un coste (de nuevo económico) para las empresas⁹²². Ello al mismo tiempo que se recomienda a los Estados miembros dar prioridad a la

⁹¹⁹ Reglamento 883/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, D.O.U.E. Serie L 166/1, de 30 de abril de 2004. Véase igualmente el Reglamento 987/2009/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento 883/2004/CE sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, D.O.U.E. Serie 284/1, de 30 de octubre de 2009.

⁹²⁰ Libro Verde de la Comisión, de 14 de octubre de 2005, Mejorar la salud mental de la población. Hacia una estrategia de la Unión Europea en materia de salud mental, COM (2005) 484 final.

⁹²¹ Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de febrero de 2009, sobre la salud mental (2008/2209(INI)) P6_TA (2009)0063. En este caso el Parlamento Europeo instó a todos los Estados miembros a la ratificación del Convenio de la Haya, de 13 de enero de 2000, sobre protección internacional de los adultos. Véase sobre este instrumento D. J. VICENTE BLANCO, “La protección de los adultos en el derecho internacional privado codificado por la conferencia de La Haya: el convenio de 13 de enero de 2000 y sus soluciones (The protection of the adult in private international law codified by the Hague Conference: the Convention of 13 January 2000 and its solutions)”, *Oñati Socio-Legal Series*, Vol. 1, No. 8, 2011.

⁹²² La Comisión Europea había animado a los Estados miembros a tener en cuenta en sus estrategias las necesidades de las personas con discapacidad psíquica en el ámbito laboral, véase la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, de 21 de febrero de 2007, Mejorar la calidad y la productividad en el trabajo: estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2007-2012), COM (2007) 62 final.

salud mental en sus políticas de salud y bienestar mental así como a poner en marcha estrategias para la prevención de la depresión y el suicidio⁹²³.

Continuando con un orden cronológico, en el plano normativo debe destacarse la adopción en 2006, que se anticipaba a la de la propia Convención de Naciones Unidas, de un Reglamento relativo a los derechos de las personas de movilidad reducida en el transporte aéreo⁹²⁴.

El año 2007 fue proclamado “Año Europeo de la Igualdad de Oportunidades para Todos”⁹²⁵. Junto a él hallamos sendos programas plurianuales de la Unión Europea como el Plan de Acción sobre discapacidad y la Estrategia europea sobre discapacidad (2004-2010)⁹²⁶ y la actual Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020 que no ofrece detalle alguno sobre los resultados obtenidos con la anterior estrategia plurianual. La presente Estrategia contempla a nivel de las instituciones de la Unión y a nivel de coordinación de los Estados miembros ocho puntos de acción para la implementación de la Convención: accesibilidad, participación, igualdad, empleo, educación y formación, protección social, sanidad y acción exterior⁹²⁷. A caballo entre ambos periodos, y por tanto anticipándose a la entrada en vigor de la CDPD para la Unión Europea, está el denominado programa PROGRESS (2007-2013) que persigue facilitar la asistencia financiera a proyectos relativos al empleo, protección e inclusión social, la no discriminación y diversidad, teniendo en cuenta las necesidades de las personas con

⁹²³ Conclusiones del Consejo, El Pacto Europeo para la Salud y el Bienestar Mental: Resultados y actuación futura, D.O.U.E. Serie C 202/1, de 8 de julio de 2011. En este documento el Consejo se hace eco de la Resolución de la AGNU 65/95, de 1 de diciembre de 2010, sobre salud mundial y política exterior, A/RES/65/95. En el segundo plan comunitario en materia de salud para el periodo 2008-2013, apenas hay una mención a la discapacidad, en cualquier caso el enfoque es preeminentemente preventivo de la aparición de enfermedades, véase la Decisión 1350/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, por la que se establece el segundo Programa de acción comunitaria en el ámbito de la salud (2008-2013), D.O.U.E. Serie L 301/3, de 20 de noviembre de 2007.

⁹²⁴ Reglamento 1107/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo, *cit. supra*. Véase I. BIEL PORTERO, “Los derechos de las personas con discapacidad y las personas con movilidad reducida en el transporte aéreo. Comentario al Reglamento (CE) nº 1107/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006”, *cit. supra*.

⁹²⁵ Decisión 771/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006, por la que se establece el Año Europeo de la Igualdad de Oportunidades para Todos (2007) - Hacia una sociedad justa, D.O.U.E. Serie L 146/1, de 31 de mayo de 2006.

⁹²⁶ Dicho plan plurianual fue previsto en la Comunicación de la Comisión, de 30 de octubre de 2003, Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad: un plan de acción europeo, *cit. supra*.

⁹²⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo, y al Comité de las Regiones, sobre la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras, de 15 de noviembre de 2010, *cit. supra*.

discapacidad⁹²⁸. En el marco de este programa se creó el *Academic Network of European Disability Experts (ANED)* en diciembre de 2007, que se encarga de colaborar con la Comisión Europea en materia de discapacidad y ha suministrado un análisis crítico de algunos instrumentos pertenecientes al derecho derivado de las instituciones europeas para facilitar las modificaciones necesarias de cara a la implementación adecuada de la CDPD⁹²⁹.

La implementación de la CDPD en el ordenamiento de la Unión *prima facie* debería haber supuesto como primera medida la adopción de un acto legislativo sobre la base del artículo 19 TFUE dirigido en exclusiva a regular los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento de la Unión. En este sentido cabe resaltar que, como consecuencia de una campaña puesta en marcha en 2007 por el Foro Europeo de la Discapacidad -plataforma no gubernamental-, se recogieron por toda Europa más de 1.300.000 firmas invitando a las instituciones de la Unión Europea a estudiar esta opción de legislación específica en materia de discapacidad⁹³⁰. La respuesta más semejante a adoptar un instrumento normativo integral en materia de discapacidad por parte de las instituciones de la Unión Europea es la presentación de una propuesta de Directiva por la Comisión Europea en 2008 para la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, sin estar limitada al ámbito del empleo y la ocupación tal y como la Convención exige⁹³¹. Se pretende extender el principio de no discriminación y también establecer derechos subjetivos para las personas con

⁹²⁸ Decisión 1672/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 2006, por la que se establece un programa comunitario para el empleo y la solidaridad social - Progress, D.O.U.E. Serie L 315/1, de 15 de noviembre de 2006.

⁹²⁹ Véase una panorámica de 14 sectores diferentes del ordenamiento de la Unión Europea analizados desde el prisma de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, L. WADDINGTON (coord.), *European Law and Policy: Annotation of Selected Legal Instruments*, Academic Network of European Disability experts (ANED), University of Leeds, noviembre 2010.

⁹³⁰ I. BIEL PORTERO, *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, *op. cit.*, p. 264.

⁹³¹ Propuesta de Directiva del Consejo, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, *cit. supra*. Esta Directiva pretendería equiparar el grado de protección otorgado contra la discriminación por razón de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual al grado de protección contra la discriminación por origen racial o étnico que consolida la Directiva 2000/43 del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, D.O.U.E. Serie L 180/22, de 19 de julio de 2000. Véase J. CLIFFORD, "The UN Disability Convention and its Impact on European Equality Law", *The Equal Rights Review*, Vol. 6, 2011, p. 19. Con carácter general sobre la propuesta debe verse, L. WADDINGTON, "Future Prospects for EU Equality Law: Lessons to be Learnt from the Proposed Equal Treatment Directive", *European Law Review*, Vol. 36, nº 2, 2011, pp. 163-184.

discapacidad más allá de las limitaciones de la Directiva 2000/78⁹³². Al ser presentada la propuesta con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el Parlamento Europeo únicamente debía ser consultado (artículo 13 TCE), no siendo necesaria su aprobación como ocurre con el nuevo artículo 19 TFUE⁹³³. Finalmente, se optó por un instrumento conjunto de armonización para luchar contra diversos tipos de discriminación, aunque, como la propia Comisión, advierte algunos sectores y ONG habían mostrado su preferencia durante las consultas por un instrumento específico para luchar contra la discriminación hacia las personas con discapacidad⁹³⁴. La propuesta de la Comisión extiende la obligación de establecer ajustes razonables para evitar la discriminación y promover la igualdad de trato hacia las personas con discapacidad en el acceso efectivo a los siguientes ámbitos: la protección social, los beneficios sociales, la asistencia sanitaria, la educación y el acceso a bienes y servicios y su suministro (con disposiciones particulares para la banca y el sector de las aseguradoras⁹³⁵), incluyendo la vivienda (artículo 4). Nótese que el artículo 12.5 CDPD obliga a las partes a adoptar las medidas necesarias para garantizar el derecho de las personas con discapacidad a acceder en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito bancario.

A la hora de establecer si la realización de ajustes razonables constituye una carga desproporcionada e inasumible, la propuesta presta particular atención a la situación de pequeñas y medianas empresas distinguiéndola frente a la situación de grandes empresas u organismos públicos, siendo más exigente con estos dos últimos. El texto presentado por la Comisión contiene asimismo disposiciones usuales en otros instrumentos de derecho derivado de la Unión para promover la igualdad como son: a) la inversión de la carga de la prueba cuando una persona perjudicada por la denegación

⁹³² Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, *cit. supra*.

⁹³³ Véase la posición del Parlamento Europeo en el procedimiento legislativo especial para la adopción de la Directiva, en la que formula enmiendas a la propuesta de la Comisión: Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 2 de abril de 2009, sobre la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (COM(2008)0426 – C6-0291/2008 – 2008/0140(CNS)), P6_TA(2009)0211, D.O.U.E. Serie C 137 E/68, de 27 de mayo de 2010.

⁹³⁴ Propuesta de Directiva del Consejo, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, *cit. supra*, pp. 3-4.

⁹³⁵ Véase el artículo 2 apartado 7 de la Propuesta: “[...] por lo que se refiere a la prestación de servicios financieros, los Estados miembros podrán decidir autorizar diferencias de trato ajustadas en caso de que, para el producto en cuestión, la consideración de la edad o la discapacidad constituya un factor determinante de la evaluación del riesgo a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes y exactos”, *Ibid*, p. 19.

de la igualdad de trato presente hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta (artículo 8), o b) la introducción de medidas de acción positiva (artículo 5).

Algunas de las cuestiones más criticadas del texto propuesto por la Comisión estriban en la oportunidad perdida para introducir una definición o guía hacia el concepto de discapacidad acorde con la Convención de Naciones Unidas, es decir, separándose del intento de definición realizado por el TJUE en el asunto *Chacón Navas*⁹³⁶ que ha sido percibido como un regreso hacia el enfoque *médico*⁹³⁷.

En *Chacón Navas* el TJUE señaló que el legislador comunitario al combatir la discriminación por razón de discapacidad en el marco de la Directiva 2000/78, estaba pensando en supuestos que obstaculizaban la participación en la vida profesional durante un periodo de larga duración, excluyendo cualquier posibilidad de asimilación entre la simple enfermedad y la discapacidad⁹³⁸. Por su parte, el órgano jurisdiccional remitente de la petición prejudicial había puesto el énfasis en la enfermedad como origen de deficiencias que pueden discapacitar al individuo, invocando para ello la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF) adoptada en 2001 en el seno de la OMS⁹³⁹. La Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha constatado que los Estados miembros, en la implementación de esta Directiva, sin apartarse de lo dicho por el TJUE en *Chacón Navas*, mantienen divergencias e indefinición en lo que respecta a la discapacidad intelectual⁹⁴⁰. En el momento de cerrarse el presente trabajo el TJUE ha hecho un esfuerzo considerable en la resolución del asunto *Ring y otros* para adaptar la definición de discapacidad a los efectos de la Directiva 2000/78/CE en relación con el articulado de la CDPD⁹⁴¹.

⁹³⁶ Sentencia de 11 de julio de 2006, *Chacón Navas c. Eures Colectividades S.A.*, *cit. supra*.

⁹³⁷ M. BELL, “Advancing EU Anti-Discrimination Law: the European Commission’s 2008 Proposal for a New Directive”, *The Equal Rights Review*, Vol. 3, 2009, p. 8.

⁹³⁸ Sentencia de 11 de julio de 2006, *Chacón Navas c. Eures Colectividades S.A.*, *cit. supra*, apartados 44 y 45.

⁹³⁹ La CIF establece la siguiente definición de discapacidad: “es un término genérico que incluye déficits, limitaciones en la actividad y restricciones en la participación. Indica los aspectos negativos de la interacción entre un individuo (con una “condición de salud”) y sus factores contextuales (factores ambientales y personales)”. Esta definición inspira ese cambio de paradigma en materia de discapacidad que se observa en la filosofía de la CDPD y configura la discapacidad como un fenómeno complejo y multidimensional que resulta de la interacción dinámica del individuo con un estado de salud y los factores contextuales (su entorno físico y social). Véase I. BIEL PORTERO, *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, *op. cit.*, pp. 40-42.

⁹⁴⁰ Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *The legal protection of persons with mental health problems under non-discrimination law*, 2011, p. 24. Disponible en: <http://fra.europa.eu/en/publication/2011/legal-protection-persons-mental-health-problems-under-non-discrimination-law>

⁹⁴¹ Sentencia de 11 de abril de 2013, *Ring y otros*, *cit. supra*, apartados 34-47.

De igual modo, resulta clave para la nueva Directiva propuesta la inclusión de una prohibición expresa de la discriminación por asociación con personas con discapacidad o basada en la suposición de la discapacidad⁹⁴². Ambos aspectos (definición de discapacidad y discriminación por asociación) han sido abordados por el Parlamento Europeo en las enmiendas presentadas tras su consulta⁹⁴³. Uno de los aspectos más celebrados de las modificaciones que el Parlamento Europeo introduce a la Directiva propuesta es que aborda por fin el fenómeno de la discriminación múltiple⁹⁴⁴. Sería deseable que en el instrumento normativo finalmente adoptado se tenga presente la realidad de la discriminación múltiple. Como pone de relieve el Informe Mundial sobre la Discapacidad, el efecto de la discriminación por razón de discapacidad es más acentuado en aquellos grupos donde existe algún otro motivo de vulnerabilidad especial: la pertenencia a un grupo étnico minoritario, ser mujer o anciano, la escasez de recursos económicos o las dificultades en el acceso a la formación académica, son todos factores que amplifican la incidencia dañina en la persona de la discriminación por razón de discapacidad, pero no solo, pues dichos factores aislados o de forma concurrente están en numerosas ocasiones en la génesis y aparición de la propia discapacidad⁹⁴⁵.

Un instrumento normativo basado en un enfoque de no discriminación y de ajustes razonables puede ser el que se acomode en mayor medida a las competencias atribuidas a la Unión Europea, pero por sí solo no basta para implementar las obligaciones dimanantes de la CDPD. Deben atacarse de forma decidida aquellos factores que están en el origen de la estigmatización y exclusión social de personas con discapacidad: la

⁹⁴² *Ibid.* En la Sentencia de 17 de julio de 2008, *Coleman c. Attridge Law*, *cit. supra*, el TJUE había considerado contraria a la Directiva 2000/78/CE la discriminación padecida por un trabajador motivada por la discapacidad que padecía un hijo suyo, a quien dicho trabajador prodigaba la mayor parte de los cuidados que tal estado requería. Tal trato discriminatorio por asociación consideró el TJUE que era contrario a la prohibición de discriminación directa por razón de discapacidad. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha censurado en el Examen del informe presentado por España con arreglo al artículo 35 CDPD que no exista suficiente protección jurídica contra la discriminación por razón de asociación con una persona con discapacidad, véase Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad a España*, *cit. supra*, p. 3, apartado 19.

⁹⁴³ Véanse las enmiendas 17 y 41, respectivamente, a la propuesta de la Comisión, Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 2 de abril de 2009, *cit. supra*. Ésta es la definición de discapacidad propuesta formulada en términos abiertos e inclusivos: “Entre las personas con discapacidad se incluye a quienes sufren de discapacidades físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, en combinación con obstáculos de diverso tipo, bien en el entorno o en las actitudes, pueden dificultar su participación plena y efectiva en la sociedad, en pie de igualdad con los demás”.

⁹⁴⁴ Véanse: M. BELL, “Advancing EU Anti-Discrimination Law: the European Commission’s 2008 Proposal for a New Directive”, *loc. cit.*, así como la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 2 de abril de 2009, *cit. supra*.

⁹⁴⁵ Informe Mundial sobre la Discapacidad, Organización Mundial de la Salud y Banco Mundial, 2011.

percepción social de la discapacidad ha entorpecido tradicionalmente el acceso a la educación inclusiva de personas con discapacidad⁹⁴⁶, la ausencia de educación dificulta el acceso al empleo, sin empleo la asistencia sanitaria se obstaculiza... Del mismo modo la pobreza puede determinar la exclusión del acceso a la educación o dificultar el acceso a ella, siendo un factor que a su vez complica el acceso al empleo y a la sanidad, un factor que produce en última instancia un incremento notable del riesgo de que aparezca la discapacidad intelectual o mental en algún momento de la vida de la persona.

Lógicamente las dificultades se incrementan para las mujeres y también para personas con más de 65 años: la situación de la mujer es doblemente complicada puesto que suelen ocuparse en una mayor proporción (75%) del cuidado de personas con discapacidad, y en ocasiones mujeres que en edades avanzadas requieren servicios de asistencia por razón de discapacidad, prestan ellas mismas a su vez cuidado y atención a otras personas con discapacidad⁹⁴⁷.

Como ha puesto de manifiesto el Grupo de Alto Nivel en materia de discapacidad, apoyándose en las estadísticas que suministra Eurostat y que también sirven de referencia (en el marco de lo exigido por el artículo 31 CDPD) a la Comisión Europea a la que pertenece este último, se estima que alrededor de un 10 % de la población de los Estados miembros padece algún tipo de discapacidad. Además, las tasas de ocupación para personas con grados muy graves y graves de discapacidad son significativamente inferiores a las del resto de la población, a la par que la pobreza tiene en las personas con discapacidad una incidencia superior en un 70 % superior a la que tiene por término medio en el resto de la población. Como se ha dicho el énfasis en lograr el acceso de las personas con discapacidad a todos los niveles de educación y posteriormente al mercado de trabajo puede ser la forma de romper el círculo vicioso pobreza-discapacidad y lograr aumentar el grado de inclusión de estas personas⁹⁴⁸.

Si se tiene en cuenta que la incidencia y aparición de diversos tipos de discapacidad crece de un modo más que proporcional a la edad a partir de cierta edad (digamos por

⁹⁴⁶ La Comisión Europea ha puesto de manifiesto en un informe que los niños con necesidades especiales y los adultos con discapacidad siguen estando desfavorecidos en la educación, Comunicado de Prensa, Bruselas, 10 de julio de 2012. Desde 1996 los Estados miembros vienen colaborando e intercambiando conocimientos en el ámbito de la educación especial con la creación de Agencia Europea para el Desarrollo de la Educación Especial, en la que participan además Islandia, Noruega y Suiza y que cuenta con el apoyo financiero de la Comisión Europea.

⁹⁴⁷ *Ibid.* También véase un artículo periodístico sobre dicho informe, C. MORÁN, “La pobreza lleva a la discapacidad y la discapacidad lleva a la pobreza”, *El País*, 13 de enero de 2012.

⁹⁴⁸ *Fourth Disability High Level Group Report on the Implementation of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, cit. supra, p. 98.

ejemplo 65 años), no debe perderse de vista la evolución previsible de la estructura demográfica de los 27 Estados miembros, que ha dado lugar a que se plantee la necesidad de estimular el periodo de permanencia de forma voluntaria en el trabajo más allá de la edad de jubilación como fórmula preventiva frente a la aparición de problemas de discapacidad en personas de la tercera edad: es decir, a la búsqueda de que la transición del trabajo a la jubilación se posponga en la medida de lo posible como respuesta al aumento de esperanza de vida media y al aumento de la edad media de la población en el contexto de la apremiante lucha por la sostenibilidad de las finanzas públicas, y también de la solidaridad intergeneracional⁹⁴⁹. Esta perspectiva pone claramente en entredicho la virtualidad futura del modelo de bienestar.

Volviendo al terreno de la aplicación normativa de la CDPD, el principal bache para la adopción de esta nueva Directiva, que extendería en el ámbito del Derecho de la Unión la prohibición de discriminación por razón de discapacidad más allá del ámbito del empleo y de la ocupación, se encuentra precisamente en el procedimiento legislativo especial previsto en el artículo 19 TFUE para su adopción: dicho procedimiento requiere unanimidad en el Consejo de la Unión, por tanto, teniendo en cuenta que tal unanimidad no se ha producido entre los 27 a la hora de ratificar la CDPD, resulta fácil comprender que el acuerdo necesario en el seno del Consejo pueda demorar la adopción definitiva de este instrumento. Por otra parte, el deber de cooperación leal de los Estados miembros en el seno del Consejo de la Unión Europea no es de tal magnitud que les sea exigible llegar a un acuerdo unánime para permitir a la Unión Europea la consecución de sus objetivos en materia de lucha contra la discriminación por razón de discapacidad:

“La negativa a una proposición de la Comisión es un comportamiento exclusivamente con repercusiones políticas, sin que los Estados deban ejercer su derecho al voto de la forma que mejor pueda servir a los objetivos comunitarios. El principio de cooperación no obliga a los Estados a adoptar una decisión comunitaria aunque esta medida fuese necesaria para favorecer la consecución de los objetivos de la Comunidad”⁹⁵⁰.

⁹⁴⁹ Al mismo tiempo en la otra horquilla de edades inferiores de la pirámide poblacional son también patentes las crecientes dificultades de acceso al mercado de trabajo para los jóvenes y las tasas de desempleo en aumento con mayor incidencia en este sector de la población que presentan gran parte de los Estados miembros desde el inicio de la sempiterna crisis financiera y luego económica que aflige a Europa desde 2008. Sin duda otra fuente de potencial exclusión social, pobreza y discapacidad, véase Eurostat, *Active ageing and solidarity between generations. A statistical portrait of the European Union 2012*, Luxemburgo, 2011.

⁹⁵⁰ J. LASO PÉREZ, *La cooperación leal en el ordenamiento comunitario*, op. cit., p. 423. Al no existir una obligación de que el Consejo adopte medidas con anterioridad a un determinado límite temporal en el artículo 19 TFUE, y al no tratarse de un área donde la Unión posee la competencia exclusiva, debe descartarse la posibilidad de recurrir al recurso por omisión ante su inactividad con fundamento en el

En cualquier caso, no deja de ser llamativo que buena parte del desarrollo de un acuerdo internacional que impone obligaciones de naturaleza mediata, como es la CDPD, se haga en el ordenamiento de la Unión a través de un tipo de norma como la Directiva que también presenta dicho carácter indirecto, de este modo se demora en un doble escalón jurídico la plasmación normativa final de las obligaciones dimanantes de este acuerdo internacional⁹⁵¹.

En la Directiva 2012/29/UE, recientemente adoptada, para establecer un marco homogéneo de normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, se alude a la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad que sean víctimas tengan tanto acceso físico pleno a los locales donde tienen lugar los procesos penales, como accesibilidad a la información y posibilidad de comunicarse y ser oídos en un lenguaje adaptado a sus características personales. Del mismo modo se establece la obligación de garantizar a las personas con discapacidad el disfrute efectivo del conjunto de derechos comprendidos en la Directiva en pie de igualdad con los demás. Sin embargo, sorprendentemente la Directiva no alude en ningún momento a la necesidad de aplicar los principios y normas que contiene la CDPD⁹⁵². No es casual que dicha mención a la CDPD sí se contuviera, en cambio, en la Propuesta de Directiva formulada por la Comisión Europea⁹⁵³.

A la hora de paliar las deficiencias que se hayan podido producir en los procesos nacionales de trasposición y aplicación de la Directiva 2000/78, podría resultar de utilidad que el TJUE reconociese en el ámbito del empleo y la ocupación como principio general del Derecho de la Unión la prohibición de discriminación por razón de discapacidad. Como se vio, este resultado también podría coseguirse dando eficacia directa a las disposiciones de la CDPD, aunque sería más difícil por esta vía conseguir la aplicación de la prohibición de discriminación por razón de discapacidad en los

principio de cooperación leal. No obstante, si como consecuencia de la falta de acuerdo en el seno del Consejo la Unión dejase de cumplir adecuadamente las obligaciones que emanan de la CDPD, la opción del recurso de omisión no resultaría tan remota.

⁹⁵¹ J. ROLDÁN BARBERO, “La interacción entre las normas internas e internacionales en el acervo jurídico europeo”, *cit. supra*, p. 708.

⁹⁵² Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, *cit. supra*.

⁹⁵³ Véase el vigesimoprimer considerando de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, Bruselas, 18 de mayo de 2011, COM(2011) 275 final, 2011/0129 (COD).

litigios entre particulares. En cuanto al reconocimiento de un principio general que prohíba la discriminación por razón de discapacidad, en este caso tendría a priori menores dificultades que en el asunto *Mangold*⁹⁵⁴, ya que el periodo de trasposición de la Directiva al derecho de los Estados miembros ya habría expirado. Dicho principio general obligaría a los Estados miembros cuando adaptan su ordenamiento jurídico al ordenamiento de la Unión (es decir cuando actúan como agentes de la Unión), en aquellos supuestos donde invocan una excepción al Derecho de la Unión y, por último, en aquellas situaciones cubiertas por una norma sustantiva del Derecho de la Unión que resulte de aplicación. Dentro de dicho ámbito de aplicación un principio general que prohíba la discriminación por razón de discapacidad en el empleo y la ocupación presentaría la ventaja de ser aplicable en litigios entre particulares⁹⁵⁵. Ante el *impasse* en que se halla la propuesta de Directiva presentada en 2008 por la Comisión Europea, podría ser una opción el reconocimiento por parte del TJUE de un principio general de no discriminación por razón de discapacidad más allá del ámbito del empleo y de la ocupación. No obstante, el TJUE se encontraría con el límite de respetar la distribución horizontal y vertical de poderes que fija el artículo 19 TFUE⁹⁵⁶.

Está por ver si el TJUE efectúa el reconocimiento como principio general de la prohibición con carácter general de toda discriminación por razón de discapacidad apoyándose en el artículo 21 CDFUE. A consecuencia de la ratificación de la CDPD, las instituciones y especialmente el TJUE cuando tenga ocasión, deben hacer una interpretación conforme a sus disposiciones de todo el derecho derivado de la Unión. Además el articulado de la CDPD deberá servir para guiar al TJUE a la hora de determinar el contenido de los artículos 21 y 26 de la CDFUE. De estos preceptos, como se dijo, resulta criticable en primer lugar la terminología empleada por el artículo 21 CDFUE -en su versión española- de “personas discapacitadas” en lugar de hablar de “personas con discapacidad”, y en segundo lugar, que el artículo 26 CDFUE no implica un reconocimiento efectivo y autónomo de derechos para la integración de las personas

⁹⁵⁴ Sentencia de 22 de noviembre de 2005, *Mangold c. Helm*, *cit. supra*.

⁹⁵⁵ Véanse las Conclusiones de la Abogada General SHARPSTON, presentadas el 22 de mayo de 2008, *Bartsch*, asunto C-427/06, Rec. 2008, p. 7245, apartado 69. Un análisis de las condiciones en que los principios generales del Derecho de la Unión pueden desplegar su eficacia en litigios entre particulares puede verse en las Conclusiones de la Abogada General TRSTENJAK, presentadas el 8 de septiembre de 2011, *Domínguez*, asunto C-282/10, *cit. supra*, apartados 115-142.

⁹⁵⁶ Véanse las Conclusiones del Abogado General MAZÁK, presentadas el 15 de febrero de 2007, *Palacios de la Villa c. Cortefiel*, asunto C-411/05, Rec. 2007, p. I-8531.

con discapacidad⁹⁵⁷. Desde el punto de vista del Derecho de la Unión no debe olvidarse que la discapacidad no constituye una cuestión únicamente de derechos humanos, sino que dada la naturaleza de las competencias atribuidas a la Unión su incidencia en el mercado interior es considerable.

Un ámbito que recae sobre la competencia de los Estados miembros y que está cubierto por el Derecho de la Unión⁹⁵⁸ es el relativo al derecho de los ciudadanos europeos al sufragio activo y pasivo en elecciones al Parlamento Europeo⁹⁵⁹ y en elecciones municipales⁹⁶⁰ en aquel Estado miembro donde residan, otorgados en idénticas condiciones a sus nacionales. La Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha concluido en un informe que un elevado número de Estados miembros excluyen de la participación política o únicamente conceden derechos de participación limitados a personas con problemas de salud mental y/o discapacidad intelectual⁹⁶¹: dichas limitaciones deberán ser cuidadosamente analizadas a la luz del articulado y espíritu de la Convención, con los cuales resultan a priori dudosamente compatibles⁹⁶². Además, en algunos casos esta exclusión o limitación está consagrada a

⁹⁵⁷ I. BIEL PORTERO, *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, op. cit., p. 274. Asimismo, D. ANDERSON, C. C. MURPHY, “The Charter of Fundamental Rights”, op. cit., p. 162.

⁹⁵⁸ Ello en la medida en que el derecho de los ciudadanos europeos a participar en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales (en otros Estados miembros de residencia distintos al de su nacionalidad) mediante sufragio activo y pasivo emana del Derecho originario de la Unión. Al mismo tiempo, los Estados miembros siguen siendo competentes a la hora de establecer el procedimiento electoral, las circunscripciones electorales o el modo de escrutinio. Los Estados miembros aun cuando no hayan ratificado la CDPD estarán obligados a ejercer dichas competencias respetando las obligaciones dimanantes de este acuerdo internacional en tanto que Derecho de la Unión por mandato del artículo 216.2 TFUE. Debe verse el artículo 6.1 de la Directiva 93/109/CE del Consejo, de 6 de diciembre de 1993, por la que se fijan las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales, D.O.U.E. Serie L 329/34, de 30 de diciembre de 1993: “*Todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro sin tener su nacionalidad y que, por resolución individual en materia civil o penal, haya sido desposeído del derecho de sufragio pasivo en virtud, bien de la legislación del Estado miembro de residencia, bien de la del Estado miembro de origen, quedará desposeído del ejercicio de ese derecho en el Estado miembro de residencia en las elecciones al Parlamento Europeo*”. Por tanto, los Estados miembros siguen teniendo la competencia para restringir el ejercicio del derecho de sufragio pasivo en virtud de una resolución civil o penal, pero deben hacerlo respetando las obligaciones que emanan de la CDPD, aun sin haberla ratificado, en tanto que Derecho de la Unión.

⁹⁵⁹ Véanse los artículos 20.2 TFUE, 14. 3 TUE y 39 de la CDFUE.

⁹⁶⁰ Véanse los artículos 20.2 TFUE y 40 de la CDFUE.

⁹⁶¹ J. CLIFFORD, “The UN Disability Convention and its Impact on European Equality Law”, loc. cit., p. 12. Véase el informe: *The right to political participation of persons with mental health problems and persons with intellectual disabilities*, Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Octubre 2010, disponible en:

http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/Report-vote-disability_EN.pdf

⁹⁶² Según CLIFFORD, Alemania, Bélgica, Irlanda, Polonia, Portugal y República Checa excluyen del derecho a la participación política a personas con problemas de salud mental y a personas con discapacidad intelectual, J. CLIFFORD, “The UN Disability Convention and its Impact on European Equality Law”, loc. cit., p. 23. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha exhortado a España a que introduzca las modificaciones legislativas necesarias para permitir que las

nivel constitucional: éste es el caso de la Constitución de Bulgaria, Dinamarca, Estonia, Grecia, Hungría, Lituania, Luxemburgo, Malta, Polonia o Portugal, entre otros. Todos ellos exceptúan del derecho universal de sufragio a las personas que no tengan una capacidad legal de obrar plena, con independencia de su nivel concreto de habilidad funcional. De modo que aquellos de los Estados miembros que presentan este tipo de disposiciones constitucionales no están libres de un eventual conflicto constitucional con este acuerdo internacional, también por la vía del Derecho de la Unión, en concreto del artículo 216.2 TFUE. En la mayoría de Estados miembros los derechos de participación política parecen estar ligados a la capacidad jurídica (capacidad de obrar), que de acuerdo con el artículo 12 CDPD es una cuestión progresiva, y en caso de ausencia los Estados parte deben prestar el apoyo necesario para permitir a la persona con discapacidad su ejercicio en condiciones de igualdad.

El TEDH en el asunto *Alajos Kiss c. Hungría* concluyó que la denegación sistemática e indiscriminada del derecho de voto, sin un escrutinio judicial individual, a personas con discapacidad mental o intelectual por el mero hecho de estar sometidas a un figura de guarda legal, constituye una restricción desproporcionada que excede el margen de apreciación otorgado a los Estados en la persecución de un fin legítimo. De este modo Hungría fue condenada por vulnerar el artículo 3 del Protocolo nº 1 al CEDH⁹⁶³. Lo cierto es que con posterioridad a este asunto la nueva y polémica Constitución húngara adoptada en 2011 mantiene en su artículo XXIII apartado 6 una exclusión general de los derechos de participación política para las personas que hayan sido privadas de su derecho al voto por decisión judicial debido a su *limitada capacidad mental*.

Dentro de la competencia exclusiva de la Unión, el artículo 9 de la Convención relativo a la accesibilidad está llamado a introducir numerosos cambios en la práctica de las instituciones, órganos y organismos de la Unión: especialmente en conexión con el derecho a una buena administración (artículo 41 CDFUE), el acceso a los documentos públicos (artículo 42 CDFUE)⁹⁶⁴, el derecho de petición ante el Parlamento Europeo

personas con discapacidad puedan votar y participar en la vida pública en pie de igualdad con los demás, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad a España*, cit. supra, p. 8, apartado 48.

⁹⁶³ Sentencia del TEDH, de 20 de mayo de 2010, *Alajos Kiss c. Hungría*, Recurso nº 38832/06, apartados 41-44.

⁹⁶⁴ Sigue vigente el Reglamento 1049/2001/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, D.O.U.E. Serie L 145/43, de 31 de mayo de 2001. En el mismo no se hace ninguna mención a las necesidades particulares las de personas con algún tipo de discapacidad a la hora de acceder a la información.

(artículo 44 CDFUE) y en general en relación con la participación de las personas con discapacidad en la vida política de la Unión. En particular, el artículo 4.3 CDPD señala que las personas con discapacidad, incluidos los niños y niñas con discapacidad, serán consultadas y colaborarán en la adopción de la legislación y las políticas que les conciernan en la implementación de la Convención.

En el marco de los artículos 21 y 30 de la CDPD, en sus aspectos relativos a la libertad de información y al derecho a la participación en la vida cultural de las personas con discapacidad, resulta interesante una Resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2012 en la que se pide al Consejo de la Unión y a la Comisión Europea que presten su apoyo a la realización de un tratado internacional en el seno de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual con el objeto de mejorar el acceso a los libros para las personas con discapacidades visuales. El Parlamento Europeo constata la inexistencia de norma jurídica internacional alguna que permita establecer derogaciones a la regulación de los derechos de autor para la distribución transfronteriza de libros adaptados a las personas con discapacidades visuales de lectura⁹⁶⁵. Por su parte, la Comisión Europea había impulsado desde diciembre de 2009 una plataforma para el diálogo entre las asociaciones representativas a nivel europeo de personas con discapacidad visual y dislexia de un lado, y representantes de corporaciones de edición/publicación y de autores de libros de otro⁹⁶⁶.

La CDPD, para permitir el goce efectivo de los derechos que reconoce a las personas con discapacidad a lo largo de su articulado, contempla un mandato más amplio de ajustes razonables que la Directiva 2000/78⁹⁶⁷, pues no está limitado al ámbito del empleo y de la ocupación como ésta, y afectará a la Unión Europea pero sobre todo a los Estados miembros en sus respectivos ámbitos de competencia. Su artículo 5.3 establece la obligación de adoptar ajustes razonables para permitir el ejercicio y disfrute de todos los derechos humanos recogidos en la Convención por parte de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones⁹⁶⁸. Además de contemplarse la obligación

⁹⁶⁵ Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2012, sobre la petición 0924/2011, presentada por Dan Pescod, de nacionalidad británica, en nombre de la Unión Europea de Ciegos (UEC)/Royal National Institute of Blind People (RNIB), sobre el acceso de las personas ciegas a los libros y otros productos impresos (2011/2894(RSP)) P7_TA(2012)0059

⁹⁶⁶ Véase, Memorando de Acuerdo de la Plataforma de Diálogo entre Partes Interesadas de la UE sobre el acceso a las obras por parte de las personas con discapacidad de acceso al material impreso, 2009, disponible en:

http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/copyright-infso/copyright-infso_en.htm#otherdocs.

⁹⁶⁷ Directiva 2000/78/CE del Consejo, *cit. supra*.

⁹⁶⁸ J. CLIFFORD, “The UN Disability Convention and its Impact on European Equality Law”, *loc. cit.*, p. 15.

de introducir ajustes razonables en el trabajo y en el empleo, la Convención introduce esta obligación en el acceso a la educación (artículo 24) y en los casos en que personas con discapacidad se vean privadas de libertad con arreglo a derecho (artículo 14); ámbitos estos dos últimos donde la atribución competencial de la Unión Europea es más bien escasa o inexistente.

1.4. La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el contexto del Derecho internacional de los Derechos Humanos y su aplicabilidad en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea. Consideraciones finales.

En este sistema *multinivel* para la protección de los derechos humanos, debe servir como guía para el TJUE (en la interpretación de las disposiciones tanto de la CDPD, como de la CDFUE y de su derecho derivado) la jurisprudencia del TEDH establecida en la interpretación del artículo 14 de la CEDH y su Protocolo nº 12. Ambos contienen una prohibición general de la discriminación que incluye la discriminación por razón de discapacidad bajo la rúbrica final “*o cualquier otra situación*”⁹⁶⁹.

El TEDH consideró en el asunto *Glor c. Suiza*⁹⁷⁰ que Suiza en su incumplimiento de respetar la obligación de proveer ajustes razonables había infringido la prohibición de no discriminación por razón de discapacidad, entendiendo que la *diabetes mellitus tipo I* podía ser constitutiva de discapacidad. Ésta fue la primera ocasión en que el TEDH constató la infracción del artículo 14 por la existencia de una discriminación fundada en la discapacidad⁹⁷¹.

En el antes citado asunto *Alajos Kiss c. Hungría*, el TEDH señala que las restricciones a los derechos fundamentales de personas con problemas de salud mental o discapacidad intelectual deben ser sometidas a un elevado, riguroso y estricto escrutinio

⁹⁶⁹ El Reino de España ha sido uno de los escasos Estados miembros que han aceptado obligarse en relación con este Protocolo, véase el Instrumento de ratificación del Protocolo número 12 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CETS Nº 177), hecho en Roma el 4 de noviembre de 2000, B.O.E. núm. 64 de 14 de marzo de 2008, p. 15299. Con fecha de 14 de febrero de 2013, hay 18 Estados miembros que no han ratificado este Protocolo: Alemania, Bélgica, Bulgaria, Dinamarca, Eslovaquia, Estonia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Malta, Polonia, Portugal, República Checa, Reino Unido y Suecia.

⁹⁷⁰ Sentencia del TEDH, de 30 de abril de 2009, *Glor c. Suiza*, Recurso nº 13444/04.

⁹⁷¹ J. CLIFFORD, “The UN Disability Convention and its Impact on European Equality Law”, *loc. cit.*, p. 20. En su opinión esta Sentencia refleja la existencia de un consenso europeo acerca de la necesidad de proteger a las personas con discapacidad puesto que Suiza ni siquiera era signataria de la CDPD.

para poder ser justificadas, de conformidad, con la CDPD, con respecto a la cual el Tribunal constata que Hungría había consentido en obligarse⁹⁷².

En el reciente asunto *Kiyutin c. Rusia*, el TEDH ha efectuado una interpretación del CEDH conforme con la CDPD⁹⁷³ al declarar que Rusia infringió los artículos 8 y 14 del CEDH al haber denegado a un nacional uzbeko el permiso de residencia por ser VIH positivo⁹⁷⁴.

Por tanto, aun sin estar vinculado a la CDPD por vía convencional el Estado demandado y condenado en el caso concreto (ni Suiza ni Rusia lo estaban) el TEDH aplica el CEDH de forma conforme a sus disposiciones por considerar que la CDPD contiene normas vigentes de Derecho internacional general que se reflejan en ese consenso europeo regional. De este modo puede decirse que la Unión Europea, al participar en la elaboración y adopción de este instrumento normativo y convertirse en parte contratante del mismo en tanto que organización internacional, ha contribuido a dotar a parte de su contenido de un carácter consuetudinario que se ve reflejado por el enfoque seguido por el TEDH en estos casos examinados.

Por tanto, de la misma forma que el TEDH ha intentado efectuar una interpretación del CEDH conforme a las disposiciones y al espíritu de la CDPD, es de esperar que el TJUE convierta el respeto a la CDPD en parámetro de legalidad del derecho derivado de la Unión y promueva una interpretación del derecho derivado conforme a las disposiciones de la Convención⁹⁷⁵. En este sistema *multinivel* lo lógico sería, como se ha expuesto, que el TJUE se alinee en su jurisprudencia con la línea analizada y seguida por el TEDH que a su vez ha buscado la convergencia con las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas. En este sentido será crucial el rol del TJUE como garante de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión en la resolución de

⁹⁷² Sentencia del TEDH, de 20 de mayo de 2010, *Alajos Kiss c. Hungría*, *cit. supra*, apartado 44 en relación con el apartado 14.

⁹⁷³ J. CLIFFORD, “The UN Disability Convention and its Impact on European Equality Law”, *loc. cit.*, p. 21.

⁹⁷⁴ Sentencia del TEDH de 10 de marzo de 2011, *Kiyutin c. Rusia*, Recurso nº 2700/10, apartado 32. En este apartado el Tribunal constata que Rusia era signataria de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad pero que no la había ratificado. De todos modos, el Tribunal trata de construir su solución al caso de manera conforme con la CDPD.

⁹⁷⁵ “Whether the ECJ will follow the example of the ECtHR and take into consideration the CRPD when handing down decisions on disability-related issues is yet to be tested. However, in light of the increased protection from discrimination and the promotion of equality on the ground of disability required by the Charter of Fundamental Rights of the European Union, one would expect that the CRPD would be a natural source of guidance”. Véase en J. CLIFFORD, “The UN Disability Convention and its Impact on European Equality Law”, *loc. cit.*, p. 21.

cuestiones prejudiciales que planteen dudas sobre la interpretación de las disposiciones de la CDPD, en tanto que parte integrante ésta del Derecho de la Unión⁹⁷⁶.

El TJUE tiene en el momento presente asuntos pendientes de resolución donde se invoca la CDPD y que son de vital importancia tanto para la aplicación de este acuerdo internacional en el ordenamiento de la Unión como para dilucidar sus relaciones con el derecho derivado. De enorme interés resulta en especial la cuestión prejudicial planteada por un tribunal de Irlanda, que no es parte en la CDPD, y que trae causa de un hipotético supuesto de discriminación por razón de discapacidad al denegarse el permiso de maternidad a una mujer incapaz de gestar cuyo hijo biológico ha nacido mediante un contrato de maternidad subrogada⁹⁷⁷.

Paradójicamente, pese a que el artículo 14 CEDH y el Protocolo nº 12 al CEDH están llamados a tener gran utilidad en la protección de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, a día de hoy el CEDH no solo no contiene ninguna disposición específicamente destinada a los derechos de las personas con discapacidad, sino que además mantiene la redacción original del artículo 5.1.e) que difícilmente puede conciliarse con la CDPD. En este precepto se permite la privación de libertad conforme a derecho “*de una persona susceptible de propagar una enfermedad*

⁹⁷⁶ J. ROLDÁN BARBERO, “La jurisprudencia del tribunal de justicia en materia de relaciones exteriores”, *op. cit.*, p. 310.

⁹⁷⁷ En el primer asunto la Abogada General KOKOTT, propone una interpretación de la Directiva 2000/78/CE a la luz de las obligaciones contraídas en virtud de la CDPD, señalando que la primera no puede ofrecer una protección inferior a la proferida por la Convención *onusiana*, véanse sus Conclusiones presentadas el 6 de diciembre de 2012, *Ring y otros*, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, (pendiente de publicación). Este primer asunto ha sido ya resuelto por el Tribunal siguiendo a la Abogada General en su Sentencia de 11 de abril de 2013, *Ring y otros*, *cit. supra*. En segundo lugar, debe verse la Petición de decisión prejudicial planteada por The Equality Tribunal (Irlanda) el 30 de julio de 2012, *Z c. Government Department & Board of Management of a Community School*, asunto C-363/12, (pendiente de publicación). El Tribunal irlandés formula entre otras preguntas la siguiente: “¿debe interpretarse la Directiva 2000/78/CE y en particular sus artículos 3, apartado 1, y 5, en el sentido de que existe discriminación por razón de discapacidad en el caso de que a una mujer -que sufre de una discapacidad que le impide gestar y dar a luz, cuyo hijo biológico ha nacido mediante un contrato de maternidad subrogada y que es responsable del cuidado del hijo biológico desde el nacimiento- se le deniegue un permiso laboral retribuido equivalente al permiso de maternidad y/o por adopción?”. Finalmente, el Tribunal remitente solicita al TJUE que se pronuncie acerca de si las disposiciones de la CDPD pueden invocarse para atacar la validez de la Directiva 2000/78/CE, y en caso afirmativo, demanda que se pronuncie acerca de la compatibilidad de varios preceptos de la misma con la Convención de la ONU. El tercer asunto tiene su origen en el recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión Europea contra el Reino de España debido a la presunta infracción cometida de la Directiva sobre el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA). En este caso España había aplicado un tipo de IVA reducido a los aparatos y complementos esencial o principalmente utilizados para suplir las deficiencias del hombre, pero que no se destinan al uso personal y exclusivo de las personas con discapacidad (*minusválidos* según el tenor literal de la Directiva). El Abogado General JÄÄSKINEN se remite a la definición de discapacidad recogida en la CDPD en sus Conclusiones presentadas el 25 de octubre de 2012, *Comisión c. España*, asunto C-360/11, (pendiente de publicación), Rec. 2013, apartados 64-65. En su Sentencia de 17 de enero de 2013, *Comisión c. España*, asunto C-360/11, (pendiente de publicación), Rec. 2013, el TJUE ha condenado a España por infracción de la Directiva sobre el IVA, sin aludir a la CDPD.

contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo”⁹⁷⁸.

También en el Consejo de Europa debe destacarse el caso de la Carta Social Europea. La arcaica redacción de su artículo 15 ha sido remplazada en la Carta Social Europea Revisada de 1996 por una disposición tendente a la integración de las personas con discapacidad sobre la base del enfoque social. Además, se dice que en aplicación de este precepto el Comité Europeo de Derechos Sociales se ha situado a la vanguardia en materia de discapacidad⁹⁷⁹.

Por otra parte, las disposiciones de la CDPD deben interpretarse y aplicarse de conformidad con el *Derecho internacional de los Derechos humanos*: por un lado, la Convención contiene una cláusula habitual en los tratados de derechos humanos en la que se dispone que su aplicación no interfiere con disposiciones de otros instrumentos internacionales que puedan resultar más favorables para la protección de los derechos de las personas con discapacidad (artículo 4.4); por otro lado, son frecuentes las remisiones genéricas que la Convención realiza al *Derecho internacional de los Derechos humanos* (en relación con las situaciones de riesgo y emergencia humanitaria; la igualdad ante la ley; la libertad y la seguridad de la persona; la recopilación de datos y estadísticas y la participación en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte).

Cabe señalar también la disposición del artículo 4.2 de la Convención que establece que los preceptos relativos a los derechos económicos, sociales y culturales imponen a los Estados parte (y a la Unión dentro de su esfera de competencias) obligaciones de realización progresiva que dependen de su respectiva disponibilidad de recursos y, añade, “*sin perjuicio de las obligaciones previstas en la presente Convención que sean aplicables de inmediato en virtud del derecho internacional*”. Esta última parte del precepto parece estar vacía de contenido, pues extrañamente pueden tener carácter *self-executing* normas relativas a derechos económicos, sociales y culturales que requieren de una acción positiva por parte del Estado o de las instituciones europeas en el caso de la Unión para su efectiva realización; y ello pese a que la CDPD supera, como se ha

⁹⁷⁸ Sobre el término *enajenado* el TEDH ha admitido una cierta flexibilidad así como su carácter evolutivo dependiendo de la actitud y sensibilidad que una sociedad determinada muestra hacia los problemas de salud mental, véase la Sentencia del TEDH de 24 de octubre de 1979, *Winterwerp c. Países Bajos*, Recurso nº 6301/73, apartado 37. Sobre el artículo 5 CEDH en mayor amplitud puede verse, D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *El detenido en el Convenio europeo de derechos humanos: estudio del convenio y su jurisprudencia para un análisis comparativo con la Constitución española*, Universidad de Granada, Granada, 1980.

⁹⁷⁹ I. BIEL PORTERO, *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, op. cit., p. 504.

dicho, la tradicional dicotomía entre derechos negativos y positivos⁹⁸⁰. Esto es así puesto que la traducción de las disposiciones de la CDPD en un compromiso concreto que refuerce los derechos sociales, económicos y culturales de las personas con discapacidad y los convierta en justiciables, ante los tribunales de los Estados miembros o el TJUE en su caso, va a depender enormemente de la coyuntura económica y de las exigencias de equilibrio presupuestario⁹⁸¹.

Eso sí, no debe desdeñarse que tanto la Unión Europea⁹⁸² como aquellos de los Estados miembros que han ratificado la CDPD estarán sujetos al escrutinio del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que se encargará de determinar si han cumplido su obligación de adoptar medidas para la realización de los derechos reconocidos en la Convención “*hasta el máximo de sus recursos disponibles*” (artículo 4.2 CDPD)⁹⁸³. El gasto público por habitante destinado a la protección social de personas con discapacidad oscilaba en 2009 notablemente entre Estados miembros: de los cerca de 1700 euros/habitante destinados por Dinamarca o los 1600 euros/habitante empleados por Suecia, a los 42 euros/habitante de Bulgaria o los 31 euros/habitante de Rumanía. España con 303 euros/habitante, aunque a la zaga, no distaba mucho de

⁹⁸⁰ F. MÉGRET, “The Disabilities Convention: Towards a Holistic Concept of Rights”, *loc. cit.*, pp. 5-6.

⁹⁸¹ No debe desdeñarse que en el contexto de la crisis financiera internacional iniciada en 2008 y la consiguiente crisis de la deuda soberana que ha afectado a varios Estados miembros de la llamada zona euro, se ha planteado atribuir a la Comisión Europea y al Consejo de la Unión facultades intensificadas para supervisar la aprobación de los presupuestos nacionales de los Estados que han adoptado la moneda única. Véase la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de noviembre de 2011, sobre el reforzamiento de la supervisión económica y presupuestaria de los Estados miembros cuya estabilidad financiera dentro de la zona del euro experimenta o corre el riesgo de experimentar graves dificultades, COM (2011) 819 final. En el Parlamento Europeo se ha mostrado preocupación acerca de sus implicaciones en materia de derechos fundamentales y lucha contra la exclusión social, véase Comisión de Empleo y Asuntos Sociales del Parlamento Europeo, Ponente Frédéric Daerden, Opinión sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el reforzamiento de la supervisión económica y presupuestaria de los Estados miembros cuya estabilidad financiera dentro de la zona del euro experimenta o corre el riesgo de experimentar graves dificultades, (COM(2011)0819 – C7-0449/2011 – 2011/0385(COD)), Bruselas, 28 de marzo de 2012. Sobre el endurecimiento de los procedimientos de supervisión y control macroeconómico con incidencia en el poder presupuestario de los Estados miembros de la zona euro debe verse, M. LÓPEZ ESCUDERO, “Las interminables reformas de la gobernanza económica de la zona euro”, *RGDE*, n° 27, 2012.

⁹⁸² De cara a la adopción del paquete de medidas legislativas destinadas a la reforma de la Política de Cohesión de la Unión, los Estados miembros han abogado por suprimir toda mención a las personas con discapacidad, véase *Bulletin Quotidien Agence Europe* de 28 de abril de 2012, punto 10.

⁹⁸³ La persecución eficaz del fraude fiscal y la reducción del margen de tolerancia a éste son factores de sobra conocidos susceptibles de elevar ese máximo de recursos disponibles. Con carácter general sobre esta obligación puede verse S. SKOGLY, “The Requirement of Using the ‘Maximum of Available Resources’ for Human Rights Realisation: A Question of Quality as Well as Quantity?”, *loc. cit.*, pp. 393-420. Este autor pone de manifiesto que si bien los recursos presupuestarios de carácter financiero no son los únicos para cumplir con las obligaciones de realización progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales, sí que tienen un carácter determinante, según se infiere del propio Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Piénsese igualmente en los recursos humanos cuya formación requiere de una inversión también económico-financiera: psicólogos, médicos, psiquiatras, personal de enfermería, trabajadores sociales, etc.

Estados vecinos como Francia o Italia⁹⁸⁴. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad deberá evaluar si dichos recursos son o no suficientes para el cumplimiento de las obligaciones que se derivan de la CDPD en cada caso, a la vista de los resultados alcanzados por cada parte.

Por otra parte, difícilmente se puede negar que en el ejercicio de las competencias que la Unión Europea ha asumido en el marco de la Unión Económica y Monetaria -y en particular a través de la famosa “regla de equilibrio presupuestario”⁹⁸⁵- ésta condiciona a la baja el nivel de recursos de que disponen algunos Estados miembros para destinar al cumplimiento de las obligaciones derivadas de la CDPD (o, al menos, esto es lo que algunos Estados han esgrimido para reducir su nivel de inversión pública en áreas cubiertas por este tratado internacional⁹⁸⁶).

En este sentido resultan de gran interés las Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales formuladas en respuesta al quinto informe periódico presentado por España con arreglo a los artículos 16 y 17 del Pacto de Naciones Unidas de 1966 sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en ellas:

“El Comité expresa su preocupación por la reducción de los niveles de protección efectiva de los derechos consagrados en el Pacto que ha resultado de las medidas de austeridad adoptadas por el Estado parte, perjudicando de forma desproporcionada al disfrute de sus derechos por las personas y los grupos desfavorecidos y marginados, especialmente los pobres, las mujeres, los niños, las personas con discapacidad, los adultos y los jóvenes desempleados, las personas mayores, los gitanos, los migrantes y los solicitantes de asilo”⁹⁸⁷.

Entrando en el debate acerca de si el modelo de política económica predominante actualmente en la Unión Europea es un factor que puede agrandar las consecuencias de la discriminación por razón de discapacidad, lo cierto es que la mano invisible del mercado por sí sola (sin desdeñar las loables iniciativas que en ocasiones aparecen desde el sector privado) no es suficiente para la integración y plena efectividad de los derechos de las personas con discapacidad. Ni la Unión Europea ni los Estados miembros, por su parte, deberían dejar exclusivamente en manos del buen hacer y de la filantropía del sector privado los derechos de las personas con discapacidad.

⁹⁸⁴ Véanse las estadísticas elaboradas por Eurostat a precios constantes del año 2000, disponibles en: http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=spr_exp_fdi&lang=en

⁹⁸⁵ Véase el artículo 3 del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria, firmado el 2 de marzo de 2012 por 25 Estados miembros, *cit. supra*.

⁹⁸⁶ G. ORE AGUILAR, “Derechos sociales; el otro déficit”, *El País*, 7 de mayo de 2012.

⁹⁸⁷ *Observaciones finales del Comité Derechos Económicos, Sociales y Culturales a España*, 48º Período de Sesiones, 30 de abril a 18 de mayo de 2012, E/C.12/ESP/CO/5, p. 3, apartado 8.

Al sector público, bien a las instituciones europeas bien a las nacionales, les corresponde encauzar y estimular a la iniciativa privada a interesarse de forma creciente por los derechos de las personas con discapacidad, pero también le corresponde imponer obligaciones a los operadores económicos privados (en este sentido, la Unión Europea tiene competencias atribuidas; piénsese en la armonización del mercado interior o la regulación de las libertades económicas fundamentales).

Comoquiera que la opción por el *adelgazamiento* del Estado en la Unión Europea es una opción de política económica *urbi et orbi*, puesto que no hay ningún fundamento exclusivamente de teoría económica que convierta al endeudamiento *per se* en más arriesgado, menos rentable o más dañino socialmente para el caso del sector público que para el caso del sector privado, las medidas de política económica no son un motivo jurídicamente válido para desatender las obligaciones de un colectivo de especial vulnerabilidad y tendencialmente creciente en la Unión Europea en volumen e importancia demográfica, como es el de las personas con discapacidad. Lo cierto es que la parte destinada a los ejes prioritarios para la participación de las personas con discapacidad a través del Fondo Social Europeo ha aumentado en el periodo 2007-2013 con respecto al periodo anterior 2000-2006. Habrá que ver si esa deseable tendencia al incremento se mantiene en futuras perspectivas financieras plurianuales⁹⁸⁸. Por su parte, el Comité Económico y Social Europeo ha reivindicado la necesidad de que el nuevo Marco Financiero Plurianual correspondiente al periodo 2014-2020 permita financiar adecuadamente la aplicación de la CDPD. Además, el Comité Económico y Social Europeo se ha posicionado de forma favorable a la asignación directa de financiación con cargo a los Fondos Estructurales a medidas dirigidas a las personas con discapacidad. Por último, el Comité Económico y Social Europeo ha señalado la necesidad de redefinir la futura política de cohesión para ejecutar plenamente las obligaciones que derivan de la CDPD⁹⁸⁹.

Debe tenerse presente también en materia de política económica la disposición transversal que se incorpora en el artículo 10 TFUE, que obliga a la Unión a intentar luchar contra la discriminación por razón de discapacidad en la definición y ejecución de todas sus políticas y acciones, lógicamente también en materia de las relaciones

⁹⁸⁸ Comisión Europea, *El Fondo Social Europeo y las personas con discapacidad*, 2010.

⁹⁸⁹ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras”, COM(2010) 636 final, (2011/C 376/15), D.O.U.E. Serie C 376/81, de 22 de diciembre de 2011.

exteriores de la Unión, y cómo no en la omnipresente Política Económica y Monetaria⁹⁹⁰.

1.5. Aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en los Estados miembros: el caso de España.

En los Estados miembros, la implementación de la Convención supondrá de conformidad con el artículo 4 la adopción o modificación de medidas legislativas, administrativas, costumbres y prácticas, así como de políticas y de programas.

En el caso de España la implementación de la CDPD ha supuesto de momento la introducción de un importante número de modificaciones legislativas mediante la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁹⁹¹: esta medida configura el Observatorio Estatal de la Discapacidad como instrumento de promoción y orientación de las políticas públicas de conformidad con la Convención⁹⁹².

⁹⁹⁰ “La UE ha continuado su labor de protección y promoción de los derechos de las personas con discapacidades fuera de la UE, incluyendo sistemáticamente a estas personas en sus actividades de cooperación para el desarrollo. Desde el año 2000, la Comisión ha financiado más de 280 proyectos en 69 países (por un total de más de 145 millones de euros) centrados específicamente en las personas con discapacidades. Se han subvencionado así actividades relacionadas principalmente con la creación de capacidades, la elaboración de políticas, la rehabilitación basada en la comunidad, la promoción de los derechos humanos, la desinstitucionalización, la integración social y la mejora de la recogida de datos”, Documento del Consejo nº 8363/1/10, de 11 de mayo de 2010, Derechos humanos y democracia en el mundo. Informe sobre la acción de la UE, julio de 2008 a diciembre de 2009. Por otra parte, el respeto a los derechos de las personas con discapacidad también es una cuestión que se incorpora a la lista de requisitos que los candidatos a la adhesión a la Unión Europea deben asumir como integrante del acervo de la Unión. Debe tenerse presente que los objetivos de la desinstitucionalización y la integración social de las personas con discapacidad distan de ser una realidad en los propios Estados miembros de la Unión Europea, véase la siguiente publicación, *Forgotten Europeans– Forgotten Rights. The Human Rights of Persons Placed in Institutions*, United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, Europe Regional Office, 2011.

⁹⁹¹ B.O.E. núm. 184 de 2 de agosto de 2011, p. 87478. En su Preámbulo esta ley se hace eco del artículo 10 TFUE y de la vinculación de la Unión Europea a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad el 23 de diciembre de 2010. Esta ley ha supuesto la modificación, por ejemplo, de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad o de la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas, entre otras.

⁹⁹² Véase el Informe sobre la contratación a personas con discapacidad en España elaborado por el Observatorio Estatal de la Discapacidad. Primer trimestre de 2012. En él se constata que la contratación durante este periodo de personas con discapacidad en España ha sido de 13.987, una reducción del 7,8% con respecto al mismo periodo de 2011. También debe verse “Capítulo 2: La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su aplicación en España”, del *Informe Olivenza* elaborado en 2010 por el Observatorio Estatal de la Discapacidad.

Además, en España se ha adoptado un Real Decreto para la adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el que se designa con arreglo al artículo 33.2 de la Convención “*al Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, en tanto que asociación de utilidad pública más representativa en el ámbito estatal de los diferentes tipos de discapacidad, como mecanismo independiente para promover, proteger y supervisar la aplicación en España del citado Tratado internacional*”⁹⁹³. La labor del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) resulta de notable interés en la aplicación y ejecución normativa, administrativa y judicial de la CDPD, especialmente a través de un considerable número de informes y publicaciones⁹⁹⁴.

En España la trasposición de la Directiva 2000/78⁹⁹⁵ había dado ya lugar a la tipificación como infracciones muy graves en el orden social de aquellas decisiones unilaterales del empresario que sean directa o indirectamente discriminatorias por razón de discapacidad, junto con la consiguiente imposición de sanciones pecuniarias que pueden alcanzar la cifra de 187.515 euros⁹⁹⁶. Del mismo modo en la trasposición de la directiva se configura como derecho subjetivo de los trabajadores en la relación de trabajo el derecho a no ser sometidos a discriminación de carácter directo o indirecto

⁹⁹³ Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre de 2011, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, B.O.E. núm. 224 de 17 de septiembre de 2011, p. 98872. Al margen de este paquete normativo, la CDPD también ha supuesto la adopción, en 2012, del Real Decreto 1364/2012, de 27 de septiembre de 2012, por el que se modifica el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, B.O.E. núm. 245 de 11 de octubre de 2002, p. 72772, que de forma vaga e imprecisa sí invoca en su Exposición de motivos la CDPD. Un estudio de las medidas que supondrá la implementación de la Convención en el ordenamiento jurídico español puede consultarse en: *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Impacto en el Ordenamiento Jurídico Español*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid, Diciembre de 2008, disponible en: <http://www.feafes.org/publicaciones/ConvencionInternacionalordenamientojuridico.pdf>

⁹⁹⁴ Por ejemplo, *El Impacto de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre*, CERMI, 2010. En esta publicación se detallan propuestas de reforma legislativa de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre de 2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, B.O.E. núm. 299 de 15 de diciembre de 2006, p. 44142. Dichas propuestas se efectúan a la luz del objeto y finalidad de la nueva CDPD. Clarificadora resulta la relación conceptual entre los términos dependencia y discapacidad, no todas las personas con dependencia son personas con discapacidad ni todas las personas con discapacidad son dependientes. Otros estudios que resultan de enorme interés: *Derechos Humanos y Discapacidad, Informe España 2010*, CERMI, 2011; B. MARTÍNEZ RÍOS, *Pobreza, Discapacidad y Derechos Humanos*, CERMI, 2011; también M. J. ALONSO PARREÑO, *Propuestas de mejora del marco normativo de los menores con discapacidad en España*, CERMI, 2011; finalmente, R. DE LORENZO GARCÍA (dir.), G. ÁLVAREZ RAMÍREZ (coord.), *Derecho y discapacidad -In Memoriam José Soto García-Camacho*, CERMI, 2012.

⁹⁹⁵ Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, *cit. supra*.

⁹⁹⁶ Ley 62/2003, de 30 de diciembre de 2003, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, B.O.E. núm. 313 de 31 de diciembre de 2003, p. 46874.

por razón de discapacidad⁹⁹⁷. Para hacer efectivo este derecho se consideran nulos de pleno derecho y sin efecto cualquier disposición reglamentaria, pacto individual, cláusula contenida en un convenio colectivo o decisión unilateral del empresario que atente contra esta prohibición de discriminación por razón de discapacidad⁹⁹⁸. Además, se establece una inversión de la carga probatoria cuando de las alegaciones de la parte actora se infieren indicios razonables de la existencia de discriminación por razón de discapacidad, de modo que la parte demandada debe probar que las medidas adoptadas responden a una justificación objetiva y se ajustan al principio de proporcionalidad. Esta inversión de la carga probatoria se introduce en el procedimiento laboral como exige la Directiva comunitaria, pero en la legislación española se extiende así mismo al orden jurisdiccional civil y contencioso-administrativo⁹⁹⁹.

El derecho a no ser discriminado por razón de discapacidad también se configura como básico en el ámbito del empleo público e incluso del trabajo autónomo¹⁰⁰⁰. En el ámbito del empleo público la Ley 7/2007 ya había establecido la obligación de reservar un cupo no inferior al cinco por ciento de las vacantes para ser cubiertas a personas con discapacidad en aplicación del artículo 7 de la Directiva 2000/78 que permitía la introducción de medidas de acción positiva¹⁰⁰¹. Con ocasión de la aplicación en el ordenamiento español de la CDPD, mediante el paquete de medidas legislativas introducidas en 2011, el porcentaje mínimo de reserva de plazas vacantes en las convocatorias de empleo público se eleva a un siete por ciento, y por primera vez se garantiza con rango legal una cuota específica para personas con discapacidad intelectual¹⁰⁰².

En la aplicación normativa de la CDPD ha tenido incidencia su artículo 15, que pone énfasis en que nadie sea sometido sin su consentimiento a experimentos médicos o científicos, en la línea de lo que en el ámbito europeo la CDFUE ha recogido en su artículo 3 como integrante del derecho a la integridad de la persona: el derecho al consentimiento libre e informado de la persona en el ámbito de la medicina y la

⁹⁹⁷ *Ibid.*, Capítulo III.

⁹⁹⁸ *Ibid.*, artículo 37.

⁹⁹⁹ *Ibid.*, artículos 36 y 40.

¹⁰⁰⁰ Véanse la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2007, del Estatuto del Empleado Público, B.O.E. núm 89, de 13 de abril de 2007, p. 16270; así como la Ley 20/2007, de 11 de julio de 2007, del Estatuto del Trabajo Autónomo, B.O.E. núm. 166 de 12 de julio, p. 29964. Con carácter general sobre la discapacidad en el orden administrativo, M. A. TORRES LÓPEZ, *La discapacidad en el Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2012.

¹⁰⁰¹ Artículo 59, Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto del Empleado Público.

¹⁰⁰² Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *cit. supra*.

biología¹⁰⁰³. Estos derechos, que debe procurarse que sean accesibles a personas con discapacidad de toda índole, están llamados a tener repercusión notable en la legislación española sobre extracción y transplante de órganos, en los derechos del paciente con discapacidad en la atención sanitaria o en la legislación sobre las técnicas de reproducción asistida, como pone de manifiesto el paquete de reformas legislativas adoptadas en 2011 para implementar la CDPD¹⁰⁰⁴.

En lo que respecta a la definición de discapacidad, ha sido modificada la que en su momento introdujo la Ley 51/2003, inadecuada ya que establecía el concepto jurídico de discapacidad únicamente por referencia al de minusvalía y a la legislación en materia de seguridad social¹⁰⁰⁵. El legislador ha intentado establecer una definición de discapacidad acorde con la CDPD y su enfoque social hacia la discapacidad, puesto que como refleja y admite la propia postura oficial e institucional española en el Quinto Informe Periódico presentado recientemente al Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el término “minusválidos” ha dejado de ser un concepto jurídicamente válido desde la entrada en vigor de la CDPD¹⁰⁰⁶. El actual apartado 2 del artículo 1 de la citada Ley 51/2003, modificado por la Ley 26/2011 reza como sigue:

*“Son personas con discapacidad aquellas que presenten deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás [...]”*¹⁰⁰⁷.

¹⁰⁰³ El TJUE confirmó el carácter fundamental de este derecho, Sentencia de 9 de octubre de 2001, *Reino de los Países Bajos c. Parlamento y Consejo*, cit. supra, apartados 70, 78-80.

¹⁰⁰⁴ Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, cit. supra, véanse sus artículos 5-8. En este sentido se ha instado a España a que suprima “[...] la administración de tratamiento médico, en particular la esterilización, sin el consentimiento, pleno y otorgado con conocimiento de causa, del paciente [...]”, véase Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad a España*, cit. supra, apartado 38, p. 6.

¹⁰⁰⁵ “A los efectos de esta ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento. En todo caso, se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”. Artículo 1 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre de 2003, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, B.O.E. núm. 289 de 3 de diciembre, p. 43187.

¹⁰⁰⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Quintos informes periódicos presentados de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto por España*, 31 de enero de 2011, E/C.12/ESP/5, punto 200.

¹⁰⁰⁷ La referencia a personas con “minusvalía” ha sido reemplaza por “personas con discapacidad”, véase dicho artículo in fine: “Ello no obstante, a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. En todo caso, se considerarán que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases

Se aprecia el intento del legislador por ajustar la definición en especial al artículo 1 CDPD, satisfaciendo a su vez las exigencias establecidas por el TJUE en el asunto *Chacón Navas*, aunque en consonancia con el nuevo paradigma de la CDPD¹⁰⁰⁸. De dicha falta de correspondencia con la CDPD adolece, en cambio, la decisión del alto tribunal comunitario europeo¹⁰⁰⁹. El propio artículo 49 de la Constitución Española está, por la época en que se efectuó su redacción, alejado y posiblemente en antinomia con respecto al espíritu y filosofía de la CDPD¹⁰¹⁰, y difícilmente puede resolverse este conflicto por vía interpretativa mediante el artículo 10. 2 de la propia Constitución. De todos modos este precepto constitucionaliza el articulado de la CDPD como canon hermenéutico de los preceptos relativos a los derechos fundamentales y libertades públicas recogidos en la Constitución¹⁰¹¹.

También ha aprovechado la ocasión el legislador la ocasión en 2011 para modificar la definición de igualdad de oportunidades haciéndola más extensiva y comprensiva tanto de la denegación de ajustes razonables, a la que se equipara la discriminación por razón de discapacidad, como de las medidas de acción positiva encaminadas a favorecer la autonomía personal desinstitucionalizada y la plenitud de los derechos económicos, sociales y culturales de las personas con discapacidad en una sociedad inclusiva¹⁰¹².

pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”.

¹⁰⁰⁸ No obstante, pese a acoger la nueva definición con beneplácito, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha expresado su preocupación debido a que no todas las personas con discapacidad reciben adecuada protección, véase Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad a España*, cit. supra, p. 2, apartado 11.

¹⁰⁰⁹ Sentencia de 11 de julio de 2006, *Chacón Navas c. Eures Colectividades S.A.*, cit. supra, apartado 43.

¹⁰¹⁰ El artículo 49 está orientado a recuperar a personas con discapacidad hacia “la norma social”.

¹⁰¹¹ Estudios detallados desde una perspectiva jurídico-internacional sobre la función del artículo 10. 2 de la Constitución Española pueden verse en, D. J. LIÑÁN NOGUERAS, “El proyecto constitucional europeo y la interpretación de derechos y libertades en la Constitución Española: ¿Una nueva dimensión del art. 10.2 CE?”, en *Pacis Artes. Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, Tomo I, Eurolex Editorial, Madrid, 2005, pp. 933-946; así como D. J. LIÑÁN NOGUERAS, “La protección de los Derechos Humanos en la Constitución Española (Comentario al artículo 10.2)”, loc. cit.

¹⁰¹² Véase el artículo 1 de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, cit. supra: “A estos efectos, se entiende por igualdad de oportunidades la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por motivo de o sobre la base de discapacidad, incluida cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones por las personas con discapacidad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Asimismo, se entiende por igualdad de oportunidades la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, económica, cultural y social”.

Un aspecto donde confluye la competencia de la Unión Europea y la de los Estados miembros es la prestación de servicios de telecomunicaciones en el marco del mercado interior. En aplicación del artículo 9 de la CDPD y también de las múltiples comunicaciones de la Comisión Europea¹⁰¹³, la adaptación legislativa hecha en 2011 extiende a las populosas redes sociales en línea las obligaciones de accesibilidad vigentes con anterioridad para las páginas de internet públicas y las de las grandes empresas¹⁰¹⁴. Este ejemplo demuestra que bien sea en ejercicio de la competencia de las instituciones europeas bien en ejercicio de la parte de competencia estatal, la aplicación de la CDPD requiere también de la imposición de obligaciones a los operadores económicos, que como el caso de las redes sociales demuestra pueden tener carácter transnacional y extraeuropeo.

Un motivo de preocupación creciente en los colectivos de personas con discapacidad es la incidencia negativa en su situación de la desinversión pública creciente debida a la sucesión de crisis financiero-económicas iniciada en 2008. De momento la desinversión se ha traducido en un retraso temporal para el acceso a las prestaciones de asistencia para las personas que tengan reconocida una situación de dependencia moderada de acuerdo con Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. Lógicamente esta modificación puede afectar particularmente a personas con discapacidad psíquica e intelectual y excluirlos de toda forma de protección social temporalmente¹⁰¹⁵.

¹⁰¹³ La Unión Europea se había anticipado en materia de accesibilidad electrónica a la CDPD. Véanse la Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, eEurope 2002: Accesibilidad de los sitios Web públicos y de su contenido, de 25 de septiembre de 2001, COM(2001) 529 final; la Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, Hacia una sociedad de la información accesible, de 1 de diciembre de 2008, COM(2008) 804 final; finalmente la Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, Una Agenda Digital para Europa, de 26 de agosto de 2010, COM(2010) 245 final/2.

¹⁰¹⁴ “Las páginas de Internet que sirvan de soporte o canal a las redes sociales en línea, desarrolladas por entidades cuyo volumen anual de operaciones, calculado conforme a lo establecido en la normativa del Impuesto sobre el Valor Añadido, exceda de 6.101.121,04 euros, deberán satisfacer, a partir del 31 de diciembre de 2012, como mínimo, el nivel medio de los criterios de accesibilidad al contenido generalmente reconocidos. Excepcionalmente, esta obligación no será aplicable cuando una funcionalidad o servicio no disponga de una solución tecnológica que permita su accesibilidad”. Véase el artículo 16 de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *cit. supra*.

¹⁰¹⁵ Véase la Disposición Decimocuarta del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre de 2011, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, B.O.E. núm. 315, 31 de diciembre de 2011, p. 146574. Esta medida se plantea problemática a la luz de diversos apartados del artículo 28 de la CDPD.

Para concluir, puede señalarse que la legislación española en materia de discapacidad se había anticipado a la conclusión en el ámbito de Naciones Unidas de la CDPD, especialmente en el ámbito del empleo y de la ocupación, mediatizada en gran medida por la necesidad de trasposición del derecho derivado de la Unión Europea en materia de no discriminación. Tras la conclusión por parte de la Unión Europea y por España de esta CDPD, queda pendiente que ambas administraciones estén en estrecha colaboración para aplicar de forma conjunta todas las obligaciones dimanantes de este acuerdo internacional, a la par que la legislación nacional y de la Unión Europea, ya adoptada, debe someterse al escrutinio del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para determinar si es adecuada a la luz del objeto y fin de esta Convención.

Por último, será interesante ver en qué medida el Reino de España cumple en lo sucesivo con las obligaciones derivadas de la CDPD, teniendo en cuenta que su margen de acción está mediatizado, entre otras obligaciones por la disciplina presupuestaria asumida en el marco de una Unión Europea, la cual está igualmente obligada en virtud de este acuerdo internacional de naturaleza mixta¹⁰¹⁶.

Finalmente, España ha sido el primer Estado parte en la CDPD en presentar al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad su informe inicial con arreglo al artículo 35 de la misma. La evaluación inicial del Comité llevada a cabo en el mes de septiembre de 2011 elogió a España por su compromiso en tiempos de crisis económica para evitar la reducción de la asistencia social a personas con discapacidad así como para mantener la financiación de programas para garantizar el acceso a la educación tradicional de personas con discapacidad¹⁰¹⁷. Pero no todo fueron elogios y el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad identificó numerosos motivos de preocupación y formuló importantes recomendaciones de cuyo cumplimiento España deberá dar cuenta en un nuevo informe en 2015, entre otros los siguientes:

- España debe impulsar programas y políticas que aseguren el derecho de los niños con discapacidad a expresar sus opiniones (apartado 24).

¹⁰¹⁶ Por el momento sobre la incipiente aplicación judicial en España de la CDPD puede verse, J. SANTOS VARA (coord.), J. LASO PÉREZ, A. GARRIDO MUÑOZ, “Crónica sobre la Aplicación Judicial del Derecho Internacional Público en España (Enero-Junio 2012)”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 23, 2012, pp. 7-8; así como mi comentario en J. ROLDÁN BARBERO (coord.), J. R. MARÍN AÍS et al., “Jurisprudencia en materia de Derecho internacional Público”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LXIV, nº 1, 2012, pp. 139-143.

¹⁰¹⁷ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad a España*, cit. supra, p. 2, apartado 9.

- España es instada a adoptar medidas para promover el “*conocimiento de la Convención y de su Protocolo Facultativo en todos los niveles, particularmente en la judicatura y la abogacía, los partidos políticos, los funcionarios parlamentarios y gubernamentales, la sociedad civil, los medios de información y las personas con discapacidad, así como entre el público en general*” (apartado 26).
- El Comité recomienda a España que destine los recursos “*financieros y humanos suficientes para aplicar la legislación sobre la accesibilidad, así como para promover y vigilar su cumplimiento*”, mostrando especial preocupación por su grado de cumplimiento actual en los niveles regional y local, así como en el sector privado (apartado 28).
- Se recomienda al Estado revisar “*las leyes que regulan la guarda y la tutela y que tome medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por una asistencia para la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona*” (apartado 34)¹⁰¹⁸. Del mismo modo el Comité ha tomado nota y ha expresado su preocupación en relación con la legislación que permite el internamiento de las personas con discapacidad, incluidas las personas con discapacidad intelectual y psicosocial en establecimientos especiales. Asimismo al Comité le preocupa que “*se tienda a recurrir a medidas urgentes de internamiento que contienen solo salvaguardias ex post facto para las personas afectadas*” e inquietan “*los malos tratos de que, según se informa, son objeto las personas con discapacidad internadas en centros residenciales o en hospitales psiquiátricos*” (apartado 35). En este

¹⁰¹⁸ “El Comité observa que la Ley N° 26/2011 establece un plazo de un año desde su entrada en vigor para la presentación de un proyecto de ley que regule el alcance y la interpretación del artículo 12 de la Convención. Preocupa al Comité que no se hayan tomado medidas para reemplazar la sustitución en la adopción de decisiones por la asistencia para la toma de decisiones en el ejercicio de la capacidad jurídica”, *Ibid.*, apartado 33, p. 5. Debe verse F. PANTOJA GARCÍA, “Con la ley no basta”, *El País*, 18 de noviembre de 2012. En este artículo periodístico el Fiscal del Tribunal Supremo español denuncia que teniendo presente el ordenamiento jurídico español es inaceptable que puedan existir personas con discapacidad psíquica o intelectual que no reciben ningún tipo de ayuda ni asistencia y se encuentran en situación prácticamente de absoluto abandono y desamparo. Lógicamente ello requiere incrementar la disponibilidad de medios a todos los niveles: “*a través de la formación, especialización de los jueces, y de la organización judicial, del ministerio fiscal, para que los fiscales defiendan los derechos y representen y den voz a los que, generalmente, no tienen voz, son elementos imprescindibles para que las personas con discapacidades psíquicas, sean plenamente ciudadanos de derecho en lo que debe ser una sociedad democrática avanzada. También es necesario que el Ministerio de Justicia y las comunidades autónomas, se encarguen de dotar de medios materiales y personales -forenses, trabajadores sociales, personal administrativo-, y también, naturalmente, es preciso un adecuado y sensible funcionamiento de los servicios sociales generales*”.

sentido el Comité ha recomendado al Estado español que *“revise sus disposiciones legislativas que autorizan la privación de libertad por motivos de discapacidad, incluidas las discapacidades mentales, psicológicas o intelectuales; que derogue las disposiciones que autorizan el internamiento forzoso a causa de una incapacidad manifiesta o diagnosticada, y que adopte medidas para que los servicios médicos, incluyendo todos los servicios relacionados con la salud mental, se basen en el consentimiento otorgado con conocimiento de causa por el interesado”* (apartado 36).

- El Estado español deberá velar *“por que se proporcione una financiación adecuada para que las personas con discapacidad puedan, de forma efectiva, disfrutar de la libertad de elegir su residencia en pie de igualdad con los demás, tener acceso a toda una serie de servicios comunitarios en su domicilio o en residencias y a otros servicios para la vida cotidiana, incluida la asistencia personal, y disfrutar así de un ajuste razonable a fin de integrarse mejor en sus comunidades”* (apartado 40). El Comité muestra su preocupación en relación con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, puesto que en su opinión ésta limita *“los recursos disponibles para contratar asistentes personales a solo las personas que tienen discapacidad del tercer nivel, y solo para la educación y el trabajo”* (apartado 41). El Comité recomienda que se amplíen los recursos para asistentes personales a todas las personas con discapacidad, en función de sus necesidades (apartado 42).

2. Ejecución en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

2.1. Consideraciones iniciales: aplicación normativa y judicial del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico de la Unión en vísperas de la adhesión.

Sabido es que en el modelo “pretoriano” de protección de los derechos fundamentales, dentro del campo de aplicación del Derecho comunitario, el TJUE viene otorgando desde el asunto *Rutili*¹⁰¹⁹ un papel singular tanto a disposiciones concretas del CEDH y de sus Protocolos, como a la jurisprudencia del TEDH adoptada en su interpretación¹⁰²⁰. El hecho de que el CEDH y la jurisprudencia del TEDH hayan recibido y reciban una posición preeminente en este modelo de protección de los derechos fundamentales articulado por el TJUE puede verse como la aplicación jurisdiccional anticipada en el ordenamiento de la Unión Europea de un acuerdo internacional en el que ésta pretende convertirse en parte contratante. Pese a que el TJUE ha sustituido en algunos asuntos recientes la terminología relativa a la especial relevancia del CEDH en la determinación de los principios generales por una actitud más próxima a su aplicabilidad directa¹⁰²¹, el TJUE, de forma contraria a otras posibles

¹⁰¹⁹ Sentencia de 28 de octubre de 1975, *Rutili c. Ministre de l'intérieur*, cit. supra, apartado 32. Véase también sobre la especial significación que el TJUE concede al CEDH en la determinación de los principios generales del Derecho de la Unión la Sentencia de 21 de septiembre de 1989, *Hoescht c. Comisión*, cit. supra, apartados 13 y 19. Bien es cierto que con anterioridad a 1975, en su Sentencia de 14 de mayo de 1974, *Nold c. Comisión*, cit. supra, apartados 13 y 14, el Tribunal se había hecho eco de la invocación del CEDH por la parte recurrente, pero no mencionó expresamente este instrumento al formular su *doctrina pretoriana* ni analizó disposiciones concretas del mismo.

¹⁰²⁰ Véase L. MILLÁN MORO, “Los derechos fundamentales en la Unión Europea y el Tratado de Lisboa”, en J. SOROETA LICERAS (ed.), *La eficacia del Derecho internacional de los Derechos Humanos. Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián Vol. XI*, Universidad del País Vasco, 2011, pp. 181-182. Asimismo, G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, “Le rôle joué par la Convention européenne des droits de l’homme dans l’ordre juridique communautaire”, *Bulletin des Droits de l’homme*, n° 10, septiembre 2002, pp. 1-5.

¹⁰²¹ Véanse, por ejemplo, la Sentencia de 17 de febrero de 2009, *Meki Elgafaji y Noor Elgafaji c. Staatssecretaris van Justitie*, asunto C-465/07, Rec. 2009, p. I-921, apartados 27 y 28, donde el TJUE manda interpretar una Directiva comunitaria en conformidad con el CEDH al órgano jurisdiccional remitente de la cuestión prejudicial; así como la Sentencia de 14 de febrero de 2008, *Varec SA c. Estado belga*, asunto C-450/06, Rec. 2008, p. I-0581, apartados 44 y ss. Un comentario donde se aplaude la decisión del TJUE en el asunto *Elgafaji* por su contribución al desarrollo de un régimen europeo de protección de los demandantes de asilo coherente con la jurisprudencia del TEDH puede verse en S. MORGADES GIL, “Unidad y pluralismo en la protección internacional de refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria en Europa: el requisito de la individualización del riesgo en caso de violencia indiscriminada en situación de conflicto armado”, en A. J. RODRIGO, C. GARCÍA (eds.), *Unidad y*

interpretaciones, ha señalado que el artículo 6.3 TUE no extiende al CEDH (sin la autoridad mediata de los principios generales) las características propias del Derecho de la Unión de primacía y efecto directo sobre los derechos nacionales, ni en modo alguno prejuzga cuáles han de ser las relaciones entre el CEDH y los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros¹⁰²². De forma más elocuente el TJUE ha dispuesto:

*“Por lo que se refiere, en primer lugar, a las consecuencias que debe deducir un juez nacional en caso de conflicto entre el Derecho nacional y el CEDH, debe recordarse que, si bien los derechos fundamentales reconocidos por el CEDH forman parte del Derecho de la Unión como principios generales –como confirma el artículo 6 TUE, apartado 3–, y el artículo 52, apartado 3, de la Carta exige dar a los derechos contenidos en ella que correspondan a derechos garantizados por el CEDH el mismo sentido y alcance que les confiere dicho Convenio, éste no constituye, dado que la Unión no se ha adherido a él, un instrumento jurídico integrado formalmente en el ordenamiento jurídico de la Unión. En consecuencia, el Derecho de la Unión no regula la relación entre el CEDH y los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y no establece tampoco las consecuencias que debe deducir un juez nacional en caso de conflicto entre los derechos que garantiza dicho Convenio y una norma de Derecho nacional [...]”*¹⁰²³.

Mucho se ha escrito sobre las relaciones entre los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo. A ello cabe remitirse¹⁰²⁴, así como a lo visto en el Capítulo I cuando se abordaron los entresijos previos a la adhesión.

Pluralismo en el Derecho internacional Público y en la Comunidad internacional, Coloquio en Homenaje a Oriol Casanovas, Barcelona, 21-22 de mayo de 2009, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 495-538.

¹⁰²² Sentencia de 24 de abril de 2012, *Kamberaj*, *cit. supra*, apartados 60-63. En algún caso los jueces ordinarios italianos han entendido que el nuevo artículo 6 TUE convertía *ipso iure* al CEDH en parte plenamente integrante del ordenamiento jurídico de la Unión, extendiendo hacia él sin ambages las cualidades de primacía y eficacia directa, sobre esta cuestión: G. MARTINICO, “Is the European Convention Going to Be ‘Supreme’? A Comparative-Constitutional Overview of ECHR and EU Law before National Courts”, *loc. cit.*, p. 415; asimismo, G. COLAVITTI, C. PAGOTTO, “Il Consiglio di Stato applica direttamente le norme CEDU grazie al Trattato di Lisbona: l’inizio di un nuovo percorso?”, *Rivista dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2010, disponible en:

<http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/sites/default/files/rivista/articoli/allegati/Colavitti-Pagotto01.pdf>

¹⁰²³ Sentencia de 26 de febrero de 2013, *Aklagaren*, *cit. supra*, apartado 44.

¹⁰²⁴ En especial, G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS y A. DEL VALLE GÁLVEZ, “El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales”, *loc. cit.*; D. SPIELMANN, “Human Rights Case Law in the Strasbourg and Luxembourg Courts: Conflicts, Inconsistencies, and Complementarities”, en P. ALSTON, M. BUSTELO, J. HEENAN (eds.), *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, 1999, pp. 757-780; así como J. CALLEWAERT, “The European Convention on Human Rights and European Union Law: A Long Way to Harmony”, *loc. cit.*; también G. HARPAZ, “The European Court of Justice and its Relations with the European Court of Human Rights: The Quest for Enhanced Reliance, Coherence and Legitimacy”, *Common Market Law Review*, Vol. 46, nº 1, 2009, pp. 105-141. Una perspectiva más reciente que muestra la aptitud cooperativa y mutuamente beneficiosa para ambos tribunales en C. TIMMERMANS, “The Relationship between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights”, *op. cit.*, pp. 151-160. Sobre la deferencia que el TEDH viene teniendo hacia el Derecho de la Unión y en particular hacia la jurisprudencia del TJUE, debe verse como

Desde el punto de vista de las implicaciones de la jurisprudencia del TEDH en el Derecho de la Unión, la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2011 en los asuntos *N.S.* y *M.E.*¹⁰²⁵ da buena cuenta del estadio actual de las relaciones entre ambos tribunales: se trata de un reflejo inmediato y fidedigno de lo establecido por el TEDH en el asunto *M.S.S.* sustancialmente idéntico que se había resuelto escasos meses atrás¹⁰²⁶.

El TJUE ha señalado que una presunción irrefutable fundada en el principio de confianza mutua de que todos los Estados, sean miembros o terceros, que participan en el régimen de asilo de la Unión respetan los derechos fundamentales sería contraria a la CDFUE interpretada a la luz del CEDH¹⁰²⁷. Este asunto confirma, además, la enorme importancia que la jurisprudencia del TEDH sigue teniendo en el modelo de protección de los derechos fundamentales de la Unión, incluso cuando ésta se ha dotado de su propio catálogo de derechos fundamentales equiparado por fin en valor jurídico al Derecho primario.

Por tanto, puede considerarse que esta labor jurisprudencial ha allanado el camino que deberá seguirse cuando la Unión esté obligada de forma definitiva por vía convencional al CEDH y deba aplicarlo y ejecutarlo plenamente en la totalidad de su ordenamiento. El propósito de este apartado radica precisamente en ver qué parte del camino se ha recorrido en la adecuada implementación del CEDH y sobre todo qué parte de él está por recorrer.

Junto con la aplicación judicial del CEDH, encontramos en la antesala de la adhesión significativos esfuerzos de las instituciones de la Unión por adelantar en el terreno normativo la aplicación de este tratado internacional, en especial, en ámbitos materiales donde las competencias de la Unión han experimentado un considerable crecimiento: éste es el caso del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, en concreto de la Cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza. En este terreno, para facilitar el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, el nuevo artículo 82. 2 TFUE, tras la reforma del Derecho originario operada por el Tratado de Lisboa, permite de conformidad con el procedimiento legislativo ordinario la adopción de normas mínimas referidas, entre otras cuestiones, a los derechos de las personas

ilustrativa la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 12 de abril de 2006, *Stec y otros c. Reino Unido*, Recursos acumulados nº 65731/01 y nº 65900/01, apartado 58.

¹⁰²⁵ Sentencia de 21 de diciembre de 2011, *N.S. c. Secretary of State for the Home Department* y *M.E.* y *otros c. Refugee Applications Commissioner*, *cit. supra*.

¹⁰²⁶ Sentencia del TEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, *cit. supra*.

¹⁰²⁷ A. MATTERA, "Droits fondamentaux, principes et valeurs de l'Union européenne. Quelques réflexions suite à l'arrêt du 21 décembre 2011. Affaires jointes C-411/10 et C-493/10", *Revue du Droit de l'Union européenne*, nº 1, 2012, pp. 121-134.

durante el procedimiento penal. El propio Consejo de la Unión se anticipó a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa con la adopción de un plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales que tomaba el CEDH como punto de partida¹⁰²⁸.

De momento el procedimiento legislativo ordinario a partir del artículo 82.2 TFUE ha sido exitoso con la adopción de la Directiva 2010/64/UE relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales (con la finalidad de garantizar el contenido del artículo 6 CEDH a la luz de la jurisprudencia del TEDH)¹⁰²⁹, así como de la Directiva 2012/13/UE relativa al derecho a la información en los procesos penales (que trae causa de los artículos 5 y 6 CEDH)¹⁰³⁰. En ambos casos se refleja como mínimo el nivel de protección de los derechos fundamentales asociado al CEDH conforme a la jurisprudencia del TEDH, sin perjuicio de que los Estados miembros puedan establecer un nivel más elevado de protección. El caso de la Directiva 2012/13/UE, además, es ilustrativo de la introducción de una novedosa cláusula de “no regresión”, en su artículo 10, que implica que ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada como restrictiva de las disposiciones de la CDFUE, del CEDH ni de ninguna otra norma de Derecho internacional o del ordenamiento jurídico de los Estados miembros que establezca un nivel de protección más elevado. De este modo se salva cualquier conflicto más o menos directo que pueda producirse entre el derecho derivado y las obligaciones de los Estados miembros en materia de derechos humanos¹⁰³¹.

¹⁰²⁸ Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 2009 sobre un plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales, D.O.U.E. Serie C 295/1, de 4 diciembre de 2009. En dicho plan se contiene una *Medida E* relativa a *Salvaguardias especiales para acusados o sospechosos que sean vulnerables*: “Con el fin de garantizar la equidad procesal, es importante que se preste una atención particular a los sospechosos o acusados que no puedan comprender o seguir el contenido o el sentido del proceso debido, por ejemplo, a su edad o a su condición mental o física”. Lógicamente esta medida parece orientada a dar aplicación al artículo 14 de la CDPD como *lex specialis* frente al artículo 6 CEDH. El desarrollo y la aplicación normativa de esta medida encontrarán como principal óbice la indefinición de *persona vulnerable*. Sobre el estatuto en el proceso penal de la víctima especialmente vulnerable deben verse las Sentencias del TJUE de 21 de diciembre de 2011, X., asunto C-507/10, (pendiente de publicación) Rec. 2011, así como la Sentencia de 16 de junio de 2005, *Maria Pupino*, asunto C-105/03, Rec. 2005, p. I-5285.

¹⁰²⁹ Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales, D.O.U.E. Serie L 280/1, de 26 de octubre de 2010. La misma contiene únicamente en su Preámbulo una escueta mención a las particularidades de las personas vulnerables.

¹⁰³⁰ Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, D.O.U.E. Serie L 142/1, de 1 de junio de 2012. Igualmente en su artículo 3 se refiere la obligación de los Estados miembros de garantizar que la información se adecue a las necesidades particulares de las personas sospechosas o acusadas que sean vulnerables.

¹⁰³¹ “Ninguna disposición de la presente Directiva se interpretará en el sentido de que limita cualquier derecho o garantía procesal que estén reconocidos al amparo de la Carta, del CEDH y de otras

En otros casos la aplicación e invocación anticipada del CEDH es imprecisa, vaga y difícilmente puede sujetarse su respeto en la actualidad a un control jurisdiccional efectivo: éste es el caso de la operación militar *Atalanta*, establecida en el ámbito PESC y destinada a la disuasión, prevención y represión de los actos de piratería frente a las costas de Somalia. En el artículo 12 de la Decisión que ha ampliado su mandato para incluir las aguas interiores somalíes y el territorio en tierra únicamente se contempla que las personas detenidas puedan ser entregadas a un tercer Estado para su enjuiciamiento en virtud de un acuerdo internacional, de modo que se respeten las “*normas internacionales sobre derechos humanos, para garantizar en particular que nadie sea sometido a la pena de muerte, a tortura ni a ningún otro trato cruel, inhumano o degradante*”¹⁰³². En cualquier caso, se trata de una mención con escasas posibilidades prácticas de garantizar que los procesados en terceros Estados reciban con carácter extraterritorial una protección homologable a la contenida en el artículo 6 CEDH y en la jurisprudencia del TEDH.

2.2. Repercusiones para el ordenamiento jurídico de la Unión Europea derivadas de su adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

A grandes rasgos, pueden señalarse los ejemplos jurisprudenciales y normativos vistos y quizá otro elenco innumerable de ellos como parte del camino que ha sido andado hacia la ejecución completa de las obligaciones dimanantes del CEDH en el ordenamiento de la Unión Europea. Una vez completada la adhesión se conocerá con exactitud la magnitud del camino que resta por andar en esta dirección. Mientras tanto pueden ponerse de manifiesto algunas de las repercusiones que con gran probabilidad tendrá la adhesión en el ordenamiento jurídico de la Unión:

disposiciones pertinentes del Derecho internacional o de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros que garanticen un nivel de protección más elevado, ni de que es una excepción a dichos derechos y garantías procesales”, Ibid. Téngase en cuenta que este tipo de cláusulas no siempre se traducen en una aplicación favorable a la protección de los derechos fundamentales, en este sentido, puede verse el asunto relativo a la Directiva de reagrupación familiar, Sentencia de 27 de junio de 2006, Parlamento c. Consejo, cit. supra, apartado 107.

¹⁰³² Decisión 2012/174/PESC del Consejo, de 23 de marzo de 2012, por la que se modifica la Acción Común 2008/851/PESC relativa a la Operación Militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la disuasión, prevención y represión de los actos de piratería y del robo a mano armada frente a las costas de Somalia, D.O.U.E. Serie L 89/69, de 27 de marzo de 2012.

- El TJUE tendrá idéntica subordinación al TEDH respecto de las cuestiones ligadas a los derechos fundamentales que aparecen recogidos en el CEDH a la que tienen en la actualidad cualquiera de los tribunales supremos o constitucionales de los Estados miembros respecto del Tribunal de Estrasburgo. Como se ha dicho en numerosas ocasiones, no será una relación de dependencia jerárquica, sino una relación de cooperación y sumisión al criterio último del TEDH por razón de especialización¹⁰³³. Además, la posibilidad de recurso individual ante el TEDH vendría a dotar a los particulares de la vía de recurso necesaria para completar el modelo de protección de derechos fundamentales frente a las decisiones de las instancias que componen el TJUE según el artículo 19 TUE (es decir, Tribunal de Justicia, Tribunal General y los tribunales especializados).
- Desde el punto de vista del escrutinio del TEDH, la adhesión hará que los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y el ordenamiento jurídico de la Unión Europea conformen un cuerpo jurídico de complejas interacciones sometido por entero a su control. Ello implica que además de las situaciones puramente internas, desde el punto de vista del Derecho de la Unión¹⁰³⁴ y de aquellas situaciones donde los Estados miembros actúan en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión¹⁰³⁵, el TEDH tendrá jurisdicción plena *ratione personae* sobre las actuaciones de todas las instituciones, órganos, organismos y agencias de la Unión Europea. Por tanto, mientras que antes de la adhesión los únicos dominios compartidos por la jurisdicción del TJUE y del TEDH tenían que ver con la actuación de los Estados miembros en el ámbito del Derecho de la Unión (coincidiendo con el alcance vertical del mandato de la CDFUE según su artículo 51), tras la adhesión, las áreas de

¹⁰³³ J. POLAKIEWICZ, “Relationship between the European Convention on Human Rights and EU Charter of Fundamental Rights -Some proposals for a coherent system of human rights protection in Europe”, en V. KRONENBERGER, (ed.), *The EU and the International Legal Order: Discord or Harmony?*, Asser Press, La Haya, 2001, pp. 83-86.

¹⁰³⁴ Véase como ejemplo la Sentencia de 29 de mayo de 1997, *Kremzow c. República de Austria*, asunto C-299/95, Rec. 1997, p. I-2629.

¹⁰³⁵ Desde el punto de vista del TJUE, véanse como ejemplos una situación de derogación a una de las libertades fundamentales como la acaecida en la Sentencia de 12 de junio de 2003, *Schmidberger c. República de Austria*, cit. *supra*; o una situación de aplicación de un Reglamento de la Unión como la vista en la Sentencia de 21 de diciembre de 2011, *N.S. c. Secretary of State for the Home Department y M.E. y otros c. Refugee Applications Commissioner*, cit. *supra*. Desde el punto de vista del CEDH, ejemplos son aquellas situaciones donde los Estados miembros aplican con margen de apreciación el Derecho de la Unión (Sentencia del TEDH de 15 de noviembre de 1996 *Cantoni c. Francia*, cit. *supra*), o bien sin margen de apreciación (Sentencia del TEDH de 30 de junio de 2005, *Bosphorus c. Irlanda*, cit. *supra*).

potencial coincidencia de ambos altos tribunales se amplían de forma considerable¹⁰³⁶.

- Mientras que el TJUE carece de competencia para apreciar la validez del Derecho originario a la luz de los derechos fundamentales y lo único que puede hacer en caso de conflicto es o bien buscar la conciliación mediante su interpretación conforme o como mucho sugerir a los Estados miembros la revisión de los tratados según el procedimiento previsto en el artículo 48 TUE, el Tribunal de Estrasburgo no tendrá tras la adhesión limitación alguna a la hora de verificar el respeto a los derechos recogidos en el CEDH (y en los Protocolos nº 1 y 6, a los que de momento ha proyectado adherirse la Unión) en la interpretación y aplicación del Derecho originario. Lógicamente, los pronunciamientos de este último tribunal tampoco podrán afectar a la validez del Derecho originario de la Unión, no obstante, sí podrían hipotéticamente engendrar la obligación para los Estados miembros de revisar el Derecho originario para adecuarlo a las exigencias del Convenio y sus Protocolos¹⁰³⁷.
- Por tanto, con independencia de los actos específicos de derecho derivado que pueda requerir el desarrollo normativo del CEDH, las instituciones tendrán presente *ex ante* a la hora de elaborar el derecho derivado el nivel mínimo de protección hacia los derechos fundamentales dimanante de este instrumento con carácter transversal¹⁰³⁸. Precisamente, tratarán de evitar que la legalidad del derecho derivado sea atacada *ex post* ante los órganos jurisdiccionales del sistema de la Unión, puesto que es factible (quizá no probable) que el TJUE decida otorgar a las disposiciones del CEDH eficacia directa, de modo que éstas se conviertan en un parámetro de validez del derecho derivado de forma

¹⁰³⁶ Recuérdese que, con carácter previo a la adhesión, el TEDH nunca ha ejercido su jurisdicción en relación con actos jurídicamente vinculantes adoptados por las instituciones de la Unión. Valga como ejemplo la Decisión de la Gran Sala del TEDH de 10 de marzo de 2004 en el asunto *Senator Lines c. 15 Estados miembros de la Unión Europea*, *cit. supra*.

¹⁰³⁷ J. M. CORTÉS MARTÍN, “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 du Droit de l’Union Européenne*, nº 4, 2011, p. 617.

¹⁰³⁸ Téngase en cuenta que la Comisión Europea ha establecido la organización interna necesaria para garantizar que “sus servicios efectúen una comprobación sistemática y rigurosa del respeto de todos los derechos fundamentales concernidos en la elaboración de cualquier propuesta legislativa”. Lógicamente un elemento de referencia para verificar el respeto hacia los derechos fundamentales recogidos en la CDFUE serán las disposiciones del CEDH, véase Comunicación de la Comisión, de 19 de octubre de 2010, sobre la Estrategia para la aplicación efectiva de la Carta de los Derechos Fundamentales por la Unión Europea, *cit. supra*.

inmediata y no de forma interpuesta a través de los principios generales del Derecho de la Unión.

- El TJUE deberá procurar coherencia y armonía entre las diferentes fuentes de protección de los derechos fundamentales que contempla el actual artículo 6 TUE. Resulta de especial interés en este sentido la disposición horizontal del artículo 52.3 CDFUE: puesto que la CDFUE tiene idéntico valor jurídico al Derecho originario y sus artículos deben recibir como mínimo el contenido otorgado a los correspondientes artículos del CEDH en la jurisprudencia del TEDH, en sustancia el CEDH tendrá en el ordenamiento de la Unión un valor jurídico superior al que corresponde al resto de acuerdos internacionales concluidos por la Unión. Puede decirse que el CEDH no solo tendrá un valor superior al derecho derivado en tanto que acuerdo internacional concluido por la Unión, sino que estará equiparado en sustancia (a través de la CDFUE) al Derecho originario. La consecuencia más importante de este estatus es que el contenido del CEDH (y de los Protocolos Adicionales nº 1 y 6, si la Unión se convierte en parte) se configura como un límite material a la actividad convencional de la Unión Europea. De este modo, no solo el TJUE se erige en garante del respeto a la sustancia del CEDH en el ejercicio del *ius ad tractatum* mediante la figura del dictamen previo de conformidad del artículo 218.11 TFUE, en caso de pedirse el dictamen¹⁰³⁹, sino que el Parlamento Europeo también estará en una posición clave para garantizar el contenido del CEDH mediante su preceptiva aprobación de la decisión de concluir acuerdos internacionales en los casos contemplados en el artículo 218.6 a) TFUE. El caso del Acuerdo Comercial de Lucha contra la Falsificación (ACTA) es paradigmático de la concurrencia de ambos tipos de control del respeto a los derechos fundamentales recogidos en el CEDH en la actividad convencional exterior de la Unión: el 4 de julio de 2012 el pleno del Parlamento Europeo ha denegado su aprobación al acuerdo internacional al considerar que no refleja un adecuado equilibrio entre la protección de los derechos de propiedad intelectual y otros derechos fundamentales como la libertad de expresión, el derecho a la intimidad y la protección de los datos personales y la

¹⁰³⁹ El TJUE estaría lógicamente obligado una vez completada la adhesión, según lo razonado, a declarar incompatible con los tratados la conclusión de un acuerdo internacional por parte de la Unión Europea cuyo contenido no satisficiera las obligaciones derivadas del CEDH, esto es en caso de incompatibilidad *intrínseca*.

confidencialidad de las comunicaciones y el derecho a un procedimiento con las debidas garantías. Además, la Comisión Europea ha solicitado un dictamen al TJUE al abrigo del artículo 218.11 TFUE para que éste se pronuncie sobre su compatibilidad con el Derecho primario y en especial con la CDFUE, que debe ser interpretada y aplicada a la luz del CEDH y la jurisprudencia del TEDH¹⁰⁴⁰.

***2.3. ¿Distribución de la responsabilidad internacional pasiva derivada del Convenio Europeo de Derechos Humanos entre la Unión Europea y sus Estados miembros en la aplicación y ejecución del Derecho de la Unión?*¹⁰⁴¹**

La primera idea de la que debe partirse para la asignación de responsabilidades en la ejecución de las obligaciones derivadas del CEDH es que una vez se complete la adhesión, éste será un acuerdo internacional mixto del que serán partes contratantes la Unión y todos sus Estados miembros y que afectará a dominios materiales en los que Estados miembros y Unión comparten competencias.

En la medida en que el Protocolo n° 8 añadido por el Tratado de Lisboa y referido a la adhesión de la Unión al CEDH establece el límite de que el acuerdo relativo a la adhesión no afecte a la distribución de competencias entre la Unión y sus Estados miembros¹⁰⁴², parece lógico que la atribución de responsabilidad deba efectuarse

¹⁰⁴⁰ Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2012, sobre la propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración del Acuerdo Comercial de Lucha contra la Falsificación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, Australia, Canadá, la República de Corea, los Estados Unidos de América, Japón, el Reino de Marruecos, los Estados Unidos Mexicanos, Nueva Zelanda, la República de Singapur y la Confederación Suiza (12195/2011 – C7-0027/2012 – 2011/0167(NLE)), P7_TA(2012)0287. Asimismo debe verse la Opinión de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo, Ponente Dimitrios Droutsas, para la Comisión de Comercio Internacional sobre la compatibilidad del Acuerdo Comercial de Lucha contra la Falsificación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, Australia, Canadá, la República de Corea, los Estados Unidos de América, Japón, el Reino de Marruecos, los Estados Unidos Mexicanos, Nueva Zelanda, la República de Singapur y la Confederación Suiza con los derechos consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (12195/2011 – C7-0027/2012 – 2011/0167(NLE)).

¹⁰⁴¹ En relación con las cuestiones de última hora que hayan podido afectar al presente apartado como consecuencia del desarrollo de las negociaciones debe verse el Apéndice sobre la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos, contenido al final del presente trabajo.

¹⁰⁴² Esta cautela se ha recogido igualmente en el informe que el CDDH ha remitido al Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el proyecto de instrumentos jurídicos para la adhesión. Véase *Report to the Committee of Ministers on the elaboration of legal instruments for the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, cit. supra. El Proyecto de acuerdo de adhesión prevé en su artículo 2 que la Unión pueda formular reservas al CEDH o a los Protocolos n° 1 y 6, a los que de

atendiendo a la titularidad de la competencia y a su ejercicio efectivo en el caso concreto.

Desde el punto de vista del Derecho de la Unión, tal y como explicita el artículo 216.2 TFUE, no debe olvidarse que los Estados miembros quedarían también obligados -tras la adhesión- a respetar el CEDH frente a la Unión, en tanto que Derecho de la Unión, en el ámbito de aplicación de este ordenamiento. Una cuestión que no se despeja en el Proyecto de acuerdo de adhesión es si los recursos interestatales previstos en el artículo 33 CEDH serían compatibles con la jurisdicción exclusiva del TJUE al abrigo del artículo 344 TFUE en la interpretación y aplicación del Derecho de la Unión: cualquier recurso planteado ante el TEDH entre la Unión y sus Estados miembros o entre Estados miembros podría suscitar problemas desde el punto de vista de la exclusividad de la jurisdicción del TJUE en la resolución de controversias relativas a la interpretación y aplicación del Derecho originario¹⁰⁴³.

La distribución de la responsabilidad internacional en función de la titularidad de la competencia y de su ejercicio efectivo puede ser problemática puesto que para las terceras partes en el CEDH y para el propio TEDH la delimitación de competencias

momento ha proyectado adherirse. Cabe pensar que dichas reservas efectuadas de acuerdo con lo previsto en el artículo 57 CEDH vincularían a los Estados miembros dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, del mismo modo que teóricamente la Unión no se vería obligada a respetar las reservas realizadas por los Estados miembros dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, más allá de lo dispuesto en el artículo 351 TFUE. No obstante, en caso de conflicto -imagínese que un Estado miembro no acepta la reserva formulada por la Unión o viceversa- y teniendo en cuenta el artículo 2 del Protocolo nº 8 añadido por el Tratado de Lisboa -que señala que ninguna de las disposiciones del acuerdo de adhesión podrá afectar a la situación particular de los Estados miembros respecto del CEDH y sus Protocolos (medidas de excepción *ex* artículo 15 CEDH y reservas *ex* artículo 57 CEDH)- la última palabra correspondería al TJUE, dejando a salvo la competencia del TEDH para pronunciarse sobre la validez de las reservas. Véase, A. POTTEAU, “Les perspectives pour la citoyenneté européenne de l’adhésion de l’Union à la Convention européenne des droits de l’homme”, *Revue des Affaires Européennes*, nº 1, 2011, pp. 110-111. Otra de las cuestiones difíciles de resolver que podría plantearse es la relativa a la posibilidad de que la Unión formule objeciones a reservas emitidas por sus Estados miembros, o por terceros Estados parte, al CEDH o sus Protocolos Adicionales, por considerarlas contrarias a su objeto y fin, así como la oponibilidad de dichas objeciones frente a sus propios Estados miembros. Con carácter general sobre las consecuencias jurídicas de las reservas contrarias al objeto y fin de los tratados internacionales de derechos humanos, debe verse un trabajo donde se expone la existencia en tales casos de una presunción de la pervivencia del consentimiento en seguir obligado por el Tratado en cuestión, salvo que el ámbito material de la reserva se refiera a un elemento esencial para que pueda entenderse la continuidad del consentimiento prestado: B. SIMMA, G. I. HERNÁNDEZ, “Legal Consequences of an Impermissible Reservation to a Human Rights Treaty: Where Do We Stand?”, en E. CANNIZZARO (eds.), *The Law of the Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, 2011, pp. 60-85.

¹⁰⁴³ Como GAJA apunta, un Estado miembro no podría por imperativo del artículo 344 TFUE demandar a otro Estado miembro por infracción del CEDH si la misma se ha originado en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. Del mismo modo, cualquier recurso entre la Unión Europea y sus Estados miembros ante el TEDH implicaría la aplicación del Derecho de la Unión, y por tanto, debe considerarse proscrita esta posibilidad en virtud del artículo 344 TFUE, véase G. GAJA, “Accession to the ECHR”, *op. cit.*, p. 189.

entre la organización internacional y sus Estados miembros es un hecho vedado a su conocimiento e injerencia (*res inter alios acta*).

En este caso, el Proyecto de acuerdo de adhesión no ha previsto que la Unión formule una declaración relativa a las competencias que asume en los ámbitos cubiertos por el CEDH, a diferencia de lo que ocurrió en el caso de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982¹⁰⁴⁴, o de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

El TJUE ha confirmado que el efecto obligatorio de un acuerdo mixto no se reparte entre la Unión y sus Estados miembros cuando tal reparto no se deriva expresamente de su texto. En su Resolución 1/78 relativa al Convenio sobre la protección física de materiales, instalaciones y transportes nucleares el TJUE estableció:

*“[...] no es necesario manifestar y fijar, ante las demás partes del Convenio, el reparto de competencias en la materia entre la Comunidad y los Estados miembros, máxime habida cuenta de que dicho reparto puede evolucionar a lo largo del tiempo. Bastará afirmar ante las demás partes contratantes que la materia da lugar a un reparto de competencias dentro de la Comunidad, quedando claro que la exacta naturaleza de este reparto es una cuestión interna en la que los Estados terceros no tienen que intervenir”*¹⁰⁴⁵.

Igualmente en relación con el acuerdo internacional constitutivo de la OMC el TJUE señaló en el asunto *Hermès* que éste *“[...] fue celebrado por la Comunidad y ratificado por sus Estados miembros, sin que se hayan repartido entre ellos sus obligaciones respectivas frente a las demás partes contratantes”*¹⁰⁴⁶.

Estos ejemplos parecen indicar que en defecto de esa declaración de competencias o de un reparto competencial derivado del propio acuerdo de adhesión al CEDH, tanto la Unión Europea como sus Estados miembros serán partes contratantes en la totalidad de las disposiciones del CEDH y de los Protocolos Adicionales nº 1 y 6, o de los Protocolos a los que finalmente decida adherirse la Unión.

¹⁰⁴⁴ En este caso se dijo que el carácter difuso de la declaración no permitía a los terceros Estados comprender la índole exacta y alcance de las competencias transferidas a la organización internacional, véase J. ROLDÁN BARBERO, “La CEE y el Convenio sobre Derecho del Mar de 1982. Consideraciones sobre la relación entre el derecho comunitario y el derecho internacional”, *loc. cit.*, p. 560. En este caso el artículo 6.2 del Anexo IX *in fine* preveía: “El hecho de no dar esta información en un plazo razonable o de dar información contradictoria entrañará responsabilidad conjunta y solidaria”.

¹⁰⁴⁵ Resolución 1/78 de 14 de noviembre de 1978, Rec. 1978, p. 2151, apartado 35.

¹⁰⁴⁶ Sentencia de 16 de junio de 1998, *Hermès*, *cit. supra*, apartado 24.

De este modo el reparto de responsabilidades y competencias derivadas del CEDH debería ser una cuestión interna resuelta en el seno del ordenamiento jurídico de la Unión y donde el TJUE tenga la última palabra como exigencia de la autonomía de este ordenamiento.

Ello no obstante, también se ha dicho que el hecho de que los efectos obligatorios de un acuerdo mixto no se distribuyan entre la Unión Europea y sus Estados miembros podría suscitar la cuestión de su validez en el plano internacional, incluso después de su entrada en vigor, desde el punto de vista del artículo 46 de la Convención de Viena de 1986 sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales; ello puesto que la Unión y sus Estados miembros pueden estar comprometiéndose internacionalmente más allá de sus respectivas competencias¹⁰⁴⁷.

El establecimiento de la responsabilidad internacional pasiva en áreas donde la separación de competencias es nítida no presenta problemas; en cambio, se torna especialmente alambicado en dominios donde los Estados miembros y la Unión comparten competencias: la nueva regla del artículo 2.2 TFUE señala que en estos ámbitos los Estados miembros podrán legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes en la medida en que la Unión no haya ejercido su competencia o haya decidido dejar de utilizarla. A la luz de esta regla, ¿a quién cabría imputar una eventual infracción del CEDH en un ámbito de competencia compartida, cuando ésta sea debida a una inacción cumulativa de la Unión y del Estado miembro? Podría pensarse que en tal tesitura y a la luz de la regla descrita, atribuir la responsabilidad a la Unión implicaría extender el ámbito de las competencias atribuidas a la Unión más allá de lo previsto en su Derecho originario.

Por lo tanto la responsabilidad internacional pasiva en el marco del CEDH de la Unión Europea y sus Estados miembros deberá dissociarse de la distribución de competencias, puesto que ésta resta como una cuestión a dirimir en el seno del ordenamiento jurídico de la Unión Europea de modo que su autonomía se vea

¹⁰⁴⁷ Sin embargo, la virtualidad de tal hipótesis es escasa ya que dicho artículo 46 requiere que se trate de una violación manifiesta y que afecte a una regla de importancia fundamental concerniente a la competencia de la organización internacional para celebrar tratados. Además, dicha violación manifiesta debería ser, con arreglo al artículo 46.3, objetivamente evidente para cualquier tercera parte contratante en el CEDH o sus protocolos, véase E. NEFRAMI, *L'Action extérieure de l'Union européenne. Fondements, moyens, principes*, *op. cit.*, pp. 104-108.

respetada¹⁰⁴⁸. Sin embargo, no debe minimizarse la importancia de la identificación de las respectivas competencias ante el TEDH cuando se plantea de un modo directo o indirecto en una demanda (sea un recurso individual o interestatal) la compatibilidad de una interpretación o aplicación determinada del Derecho de la Unión con el CEDH: el TEDH deberá posicionarse acerca de si la parte contra la que ha sido dirigida la demanda ejerce o no su jurisdicción en el sentido del artículo 1 CEDH. Desde este punto de vista, difícilmente será, pues, el reparto de competencias una cuestión meramente interna.

2.3. a) La institución facultativa del codemandado.

Los Estados miembros en el Protocolo nº 8 añadido por el Tratado de Lisboa y referido a la adhesión de la Unión al CEDH establecieron como cautela que el futuro acuerdo de adhesión debería proveer los mecanismos necesarios para que los recursos interpuestos bien por terceros Estados bien por particulares fuesen correctamente dirigidos contra la Unión, contra los Estados miembros, o contra ambos, según el caso. Para satisfacer dicha exigencia, el Proyecto de acuerdo de adhesión introduce en su artículo 3 la institución facultativa del codemandado. En el Proyecto de acuerdo de adhesión únicamente se contempla que en los asuntos dirimidos contra uno o varios Estados miembros ante el TEDH la Unión pueda convertirse a petición suya en codemandada, así como que en los asuntos dirimidos contra la Unión los Estados miembros a petición propia puedan devenir en codemandados. En todo caso, para que se permita la constitución de esta suerte de litisconsorcio pasivo es esencial la voluntad de la parte que solicita al TEDH personarse como codemandada, así como que el TEDH, tras observar las razones esgrimidas por la parte interesada en personarse y tras oír a las restantes partes en el litigio permitiendo que formulen sus observaciones, lo estime oportuno.

A tenor del informe que el CDDH ha remitido al Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el proyecto de instrumentos jurídicos para la adhesión, el TEDH, cuando notifica a una de las partes contratantes la existencia de una violación alegada del CEDH, podrá indicar que otra parte (Estados miembros o Unión) puede comparecer en los procedimientos ante el TEDH como codemandada. Puesto que se trata de una mera

¹⁰⁴⁸ Véanse *inter alia* el Dictamen 1/91, de 14 de diciembre de 1991, *cit. supra*, apartados 35-36; el Dictamen 1/00, de 18 de abril de 2002, *cit. supra*, apartado 13; así como la Sentencia de 30 de marzo de 2006, *Comisión c. Irlanda (Mox)*, *cit. supra*, apartado 154.

sugerencia por parte del TEDH ésta sería respetuosa con la autonomía del Derecho de la Unión en los términos expuestos.

Como el Proyecto de acuerdo de adhesión señala, demandado y codemandado serán partes en el contencioso ante el TEDH en el que aparecerán de forma conjunta quedando obligados de acuerdo con el artículo 46 CEDH según los términos del fallo¹⁰⁴⁹.

El TEDH deberá pronunciarse sobre la admisibilidad de los recursos sin tomar en consideración la eventual activación de este mecanismo. La activación de este mecanismo no se plantea en supuestos hipotéticos o de conflicto *in abstracto* entre el Derecho de la Unión y el CEDH. Por el contrario, el conflicto debe suscitarse, según refleja el Proyecto de acuerdo de adhesión, en la propia alegación de infracción del CEDH, que, tras superar la fase de admisibilidad, el TEDH decide comunicar a una parte. En el Proyecto de acuerdo de adhesión dos son los supuestos que eventualmente darían lugar a este mecanismo:

- a) *En el caso de demandas dirigidas y notificadas a uno o más Estados miembros, pero no a la Unión, cuando la hipotética violación del CEDH únicamente podría haber sido evitada por el/los Estado/s miembro/s ignorando una obligación impuesta por el Derecho de la Unión (originario o derivado) que no le dejara margen de apreciación para su implementación a nivel nacional. Ante tal disyuntiva la Unión podría convertirse en codemandada para defender la conformidad con el CEDH de una norma de derecho derivado, ya que no está al alcance del Estado o Estados miembros inicialmente demandados modificar el derecho derivado para adecuarlo a las exigencias del CEDH. El sentido de que la Unión pueda coadyuvar al Estado miembro cuando es la aplicación sin margen de apreciación del Derecho originario la que se cuestiona, estribaría quizá en evitar una ruptura de su interpretación y aplicación uniforme. Hasta la fecha, debido a la ausencia de jurisdicción *ratione personae* frente a la Unión, el TEDH había atribuido la*

¹⁰⁴⁹ Ésta es la principal diferencia respecto de los dos supuestos de intervención de terceros que ya se contemplan en el artículo 36 CEDH y que se llegaron a plantear como alternativas a la institución del codemandado por algunos Estados miembros, como fue el caso de Alemania con carácter previo a la apertura de las negociaciones con vistas a la adhesión, véase J. M. CORTÉS MARTÍN, “Sur l’adhésion à la CEDH et la sauvegarde de l’autonomie de l’ordre juridique de l’Union dans l’identification du défendeur pertinent : le mécanisme du codéfendeur”, *loc. cit.*, pp. 656-659. En el asunto *Bosphorus* (Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 30 de junio de 2005, *Bosphorus c. Irlanda*, *cit. supra*) el Presidente del TEDH autorizó a la Comisión Europea en virtud del artículo 36.2 CEDH a presentar observaciones escritas y a participar en la fase oral del procedimiento como *amicus curiae*.

hipotética responsabilidad de una eventual infracción del CEDH a los Estados miembros cuando ésta pudiera derivarse de un acto de las autoridades nacionales de aplicación del Derecho de la Unión sin margen de apreciación alguno. Así ha ocurrido en situaciones semejantes a la que originó la Sentencia del TEDH en el asunto *Bosphorus* donde, ante las dificultades de ejercer su escrutinio sobre un Reglamento comunitario que a su vez traía causa de una Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, el Tribunal de Estrasburgo consideró que el antiguo primer pilar de la integración europea ofrece una protección equivalente a la del CEDH, salvo que en un caso concreto se demuestre la existencia de una protección manifiestamente deficiente¹⁰⁵⁰. Con razón se ha sostenido que esta presunción de respeto al CEDH hacia el ordenamiento de la Unión será difícilmente justificable, puesto que dicha presunción constituye una exención de la supervisión del TEDH hacia el ordenamiento de la Unión de la que no se benefician otras partes contratantes en el CEDH aun cuando puedan gozar de un sistema más completo de protección de los derechos fundamentales. Razón de más para abandonar dicha presunción es que el propio Proyecto de acuerdo prevé que la Unión Europea se adhiera al CEDH en igualdad de condiciones respecto al resto de partes contratantes¹⁰⁵¹. Esta apreciación del TEDH premonitoria a la adhesión contrasta lógicamente con la práctica ante los órganos de solución de diferencias en el marco de la OMC: tanto los Paneles como el Órgano de Apelación han considerado responsable a la Unión por los actos de aplicación descentralizada del Derecho de la Unión llevados a cabo por sus Estados miembros en casos donde sus autoridades actúan como agentes al servicio de la Unión, es decir, como meros ejecutores sin poder de

¹⁰⁵⁰ Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 30 de junio de 2005, *Bosphorus c. Irlanda*, *cit. supra*, apartados 155-156. Véase también la Decisión del TEDH de 20 de enero de 2009, *Kokkelvisserij c. Países Bajos*, *cit. supra*. Hasta la fecha dicha deficiencia manifiesta no ha sido encontrada por el TEDH, véase, T. LOCK, “Beyond *Bosphorus*: The European Court of Human Rights’ Case Law on the Responsibility of Member States of International Organisations under the European Convention on Human Rights”, *loc. cit.*, p. 545.

¹⁰⁵¹ G. GAJA, “Accession to the ECHR”, *op. cit.*, p. 188. En palabras de BURGORGUE-LARSEN: “*Il ne faudrait pas que sous couvert d’orchestrer l’harmonie, la Cour de Strasbourg se voile la face et entretienne, pis, légitime des lacunes en matière de protection des droits dans le système de l’Union européenne*”, véase L. BURGORGUE-LARSEN, “Le destin judiciaire strasbourgeois de la Charte des Droits Fondamentaux de l’Union Européenne. Vices et Vertus du Cosmopolitisme Normatif”, en *Chemins d’Europe. Mélanges en l’honneur de Jean Paul Jacqué*, Dalloz, París, 2010, p. 169.

apreciación¹⁰⁵². Cabe pensar que tras la adhesión el TEDH podría inspirarse en la regla contenida en el artículo 6 del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales por Hechos Internacionalmente Ilícitos aprobado por la CDI en primera lectura en 2009:

*“The conduct of an organ of a State or an organ or agent of an international organization that is placed at the disposal of another international organization shall be considered under international law an act of the latter organization if the organization exercises effective control over that conduct”*¹⁰⁵³.

La clave para atribuir estos supuestos a la organización internacional, la Unión Europea, radicará por tanto en que ésta mantenga un *control efectivo* sobre los órganos del Estado miembro puestos a su disposición para la aplicación descentralizada del Derecho de la Unión. El TEDH se desvió de este criterio en los asuntos *Behrami* y *Saramati* aplicando uno aun más amplio: considerar que el factor definitivo para imputar los comportamientos de la KFOR al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas era que éste había conservado la autoridad y el control en última instancia habiendo delegado tan solo el mando operacional¹⁰⁵⁴. Por tanto, el Tribunal de Estrasburgo deberá evaluar si a tenor de estos elementos y precedentes, el hecho de que la aplicación descentralizada sin margen de apreciación del Derecho de la Unión esté sujeta al control del TJUE y al eventual procedimiento por incumplimiento a disposición de la Comisión Europea, es suficiente para poder imputar a la Unión una eventual infracción del CEDH en tales situaciones al considerarse que la Unión mantiene un control efectivo en la aplicación de su Derecho cuando es llevada a cabo por los órganos de sus Estados miembros. No en vano, dada la posibilidad de establecer como *lex specialis* las reglas de la organización internacional que rigen las relaciones con sus Estados miembros que contempla el artículo 63 del Proyecto de Artículos sobre la

¹⁰⁵² No obstante, no debe olvidarse que en algunos de esos casos los Estados miembros actuaban en áreas de competencia exclusiva de la Unión, véase F. HOFFMEISTER, “Litigating against the European Union and Its Member States -Who Responds under the ILC’s Draft Articles on International Responsibility of International Organizations?”, *European Journal of International Law*, Vol. 21, nº 3, 2010, pp. 731-734.

¹⁰⁵³ Informe de la CDI, 61º Período de Sesiones (4 de mayo a 5 de junio y 6 de julio a 7 de agosto de 2009). *Documentos oficiales de la Asamblea General*, 64º Período de Sesiones, Suplemento nº 10, (A/64/10).

¹⁰⁵⁴ Decisión de la Gran Sala del TEDH de 2 de mayo de 2007, *Behrami y Saramati c. Francia, Alemania y Noruega*, cit. supra, apartado 133. Véase C. GUTIÉRREZ ESPADA, *La responsabilidad internacional de Estados y Organizaciones. Balance provisional de coincidencias y matices*, Diego Marín Librero Editor, Murcia, 2010, pp.144-151.

Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales, HOFFMEISTER propone una regla especial para la distribución de responsabilidad entre la Unión y sus Estados miembros ante los organismos internacionales de solución de controversias que pondría más énfasis en criterios como quién tiene el poder jurídico de poner fin a la infracción alegada o a quién correspondería la obligación internacional de reparar que en el criterio del autor material de la infracción¹⁰⁵⁵. En cualquier caso, el criterio mantenido por el TEDH hasta la fecha no dista sustancialmente del criterio del Tribunal Constitucional español que ha ejercido el control de constitucionalidad sobre los actos nacionales de aplicación del Derecho de la Unión Europea¹⁰⁵⁶.

- b) *El segundo supuesto de activación, tendría lugar cuando se trata de demandas dirigidas y notificadas únicamente a la Unión Europea.* En tal caso, los Estados miembros podrían instar convertirse en codemandados siempre que en la violación alegada del CEDH se suscitase un problema de

¹⁰⁵⁵ F. HOFFMEISTER, “Litigating against the European Union and Its Member States -Who Responds under the ILC’s Draft Articles on International Responsibility of International Organizations?”, *loc. cit.*, pp. 745-747.

¹⁰⁵⁶ Sirva como ejemplo que el Tribunal Constitucional ha admitido un recurso de amparo contra la aplicación de la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo de 26 de febrero, por la que se permitía la entrega a Italia de un condenado “en rebeldía”. El Tribunal Constitucional español ha suspendido la tramitación del recurso para plantear, por primera vez en su historia, una cuestión prejudicial al TJUE relacionada justamente con la compatibilidad de la aplicación de la Decisión Marco en cuestión con, entre otros extremos, los derechos de la tutela judicial efectiva y a un proceso justo del artículo 47 y los derechos de defensa del artículo 48.2 CDFUE. Debe verse la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, por la que se modifican las Decisiones Marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado, D.O.U.E. Serie L 81/24, de 27 de marzo de 2009. Por su parte, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania en su Sentencia de 2 de marzo de 2010, 1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08 y 1 BvR 586/08, declaró inconstitucionales por violación de derechos fundamentales algunos aspectos de la ley de transposición de la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE, *cit. supra*. El Tribunal Constitucional alemán estableció la incompatibilidad de varios preceptos de la ley de trasposición de la Directiva con algunos de los derechos fundamentales recogidos en la Ley Fundamental, sin elevar previamente la cuestión prejudicial al TJUE. Ahora bien, en opinión de MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, la sentencia no ha dado pie al menor conflicto entre el contenido de la Directiva comunitaria y la Ley Fundamental alemana, véase J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, “Viejos y nuevos problemas en el espacio europeo de los derechos humanos: reflexiones a propósito de la necesaria cooperación judicial efectiva entre el TJUE y el TEDH”, *op. cit.*, p. 806. Igualmente el Tribunal Constitucional de la República Checa ha declarado la inconstitucionalidad de la ley nacional de trasposición de esta Directiva, siguiendo la actitud mostrada por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, lo que le ha valido la crítica de seguir una línea poco cooperativa con el TJUE, véase F. VECCHIO, “Un nuevo capítulo en la “saga” del “data retention”: el Tribunal Constitucional de la República Checa declara la inconstitucionalidad de los actos de transposición de la Directiva 2006/24/CE”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 16, 2011, pp. 513-518.

compatibilidad entre el Derecho originario¹⁰⁵⁷ y los derechos recogidos en el CEDH. La Unión Europea, en caso de plantearse este conflicto normativo, estaría obligada a defender la compatibilidad con el CEDH de su propio derecho constitutivo, que le viene dado por sus Estados miembros que son sus creadores y los únicos capacitados para modificarlo en tanto que “señores de los tratados”¹⁰⁵⁸. Ahora bien, este hecho no les convertiría automáticamente en únicos responsables puesto que son las instituciones de la Unión, en especial el TJUE como intérprete último, quienes dotan de contenido al interpretar y aplicar el Derecho originario. Se trataría de que los Estados miembros pudieran coadyuvar a la Unión Europea en el proceso ante el TEDH para defender la compatibilidad del Derecho originario con el CEDH y al convertirse en partes contratantes podrían asumir la parte de la eventual responsabilidad que correspondiera. De este modo, llegado el caso estarían ellos obligados por el fallo del Tribunal de Estrasburgo siendo más viable iniciar una revisión del Derecho originario en caso de venir motivada por su ejecución. Desde el punto de vista del TEDH, a la hora de determinar en este tipo de asuntos quién y en qué grado ejerce su jurisdicción en el sentido del artículo 1 CEDH, podría resultar de interés examinar si las instituciones de la Unión ejercieron o no un poder discrecional a la hora de interpretar y aplicar el Derecho de la Unión¹⁰⁵⁹. El TEDH podría emplear como guía los artículos 57-62 del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales por Hechos Internacionalmente Ilícitos aprobado por la CDI en 2009, relativos a la responsabilidad de los Estados en conexión con los actos de una organización internacional¹⁰⁶⁰. El TEDH deberá resolver la cuestión de si los 27 Estados miembros (28 a partir del 1 de julio

¹⁰⁵⁷ El artículo 3 del Proyecto de acuerdo de adhesión se refiere a cualquier disposición recogida en el TUE o en el TFUE, así como cualquier otra disposición que tenga el mismo valor jurídico que dichos instrumentos. Por tanto, este supuesto abarca aquellos eventuales conflictos que pudieran surgir entre una disposición de la CDFUE y el CEDH. Esta mención abre la puerta a otra posible fuente de problemas que puede hallarse en los Protocolos, Anexos y Declaraciones anejas al Acta Final de la Conferencia intergubernamental por la que fue adoptado el Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007. Puede verse C. MARTÍNEZ CAPDEVILA, *Las Declaraciones en el Derecho Comunitario. Estudio de las Declaraciones a los Tratados y al Derecho derivado*, Tecnos, Madrid, 2005.

¹⁰⁵⁸ Expresión proveniente del Tribunal Constitucional alemán: *Herren der Verträge*.

¹⁰⁵⁹ Aunque el hecho mismo de determinar el grado de discrecionalidad que permite el Derecho de la Unión también podría constituir una forma de inmiscuirse en la interpretación del Derecho de la Unión contraria a la autonomía de este ordenamiento jurídico, C. LADENBURGER, “Vers l’adhésion de l’Union européenne à la Convention européenne des droits de l’homme”, *loc. cit.*, p. 21.

¹⁰⁶⁰ Informe de la CDI, 61º Período de Sesiones (4 de mayo a 5 de junio y 6 de julio a 7 de agosto de 2009), *cit. supra*.

de 2013 cuando se prevé que sea efectiva la adhesión de Croacia) serían colectivamente responsables por haber conducido a la organización internacional mediante la redacción del Derecho originario a adoptar un acto contrario a las obligaciones derivadas del CEDH. En este sentido el artículo 60 de este Proyecto de Artículos podría ser de utilidad:

“A State member of an international organization incurs international responsibility if it seeks to avoid complying with one of its own international obligations by taking advantage of the fact that the organization has competence in relation to the subject matter of that obligation, thereby prompting the organization to commit an act that, if committed by the State, would have constituted a breach of the obligation”¹⁰⁶¹.

En cualquier caso, como el propio artículo 62 deja entrever, la distribución de responsabilidad en estos casos no es tajante y el hecho de que el Estado responda por los actos de la organización internacional no enerva la responsabilidad de la propia organización por dichos actos.

El hecho de que en el Proyecto de acuerdo de adhesión solo se haya previsto como facultativa la institución del codemandado no deja de ser problemático por dos motivos:

- 1- Es posible que en los supuestos comentados la parte a la que correspondería instar su participación como codemandada decida no hacerlo empleando su poder discrecional. Lógicamente esta hipótesis podría ir en detrimento de la eficacia del eventual fallo condenatorio del TEDH.
- 2- Del mismo modo, puede ocurrir que los Estados miembros y la Unión Europea trasladen su desencuentro respecto al alcance de sus respectivas competencias ante el TEDH, de forma que éste se hallaría en una posición incómoda desde el punto de vista de la no injerencia en la autonomía del Derecho de la Unión a la hora de pronunciar su fallo.

Pese a este carácter incompleto del Proyecto de acuerdo de adhesión que solo prevé este mecanismo descansando siempre en la voluntad de los posibles codemandados, como propone DE SCHUTTER, es posible garantizar un adecuado equilibrio entre la eficacia de los fallos del TEDH y la autonomía del Derecho de la Unión siempre y

¹⁰⁶¹ *Ibid.* No debe desdenarse el hecho de que en la Unión Europea actualmente hay un elevado y creciente número de actos que son aprobados por mayoría cualificada en el Consejo de la Unión y en codecisión con el Parlamento Europeo.

cuando en los supuestos que involucren al Derecho de la Unión en las demandas ante este Tribunal se respeten dos elementos:

- 1- La parte contra la que ha sido dirigida y comunicada la demanda debe tener el derecho de solicitar que la demanda se extienda bien al conjunto de Estados miembros bien a la Unión Europea, de modo que las otras partes deban unirse obligatoriamente a la causa, según un mecanismo no de intervención voluntaria sino forzosa. Aunque no se haya previsto este mecanismo en el articulado del Proyecto de acuerdo de adhesión, desde el punto de vista del principio de cooperación leal y su corolario el principio de unidad de representación internacional de la Unión algunos de los supuestos examinados requerirían que la intervención del codemandado fuese obligatoria y no meramente facultativa. Por tanto, en el seno del ordenamiento de la Unión, una vez se complete la adhesión, deberán fijarse las directrices que a partir del principio de cooperación leal permitan identificar en qué supuestos la Unión Europea o sus Estados miembros deben comparecer conjuntamente como parte defensora ante el TEDH.
- 2- Ante los riesgos expuestos de que los conflictos de competencias entre Unión y Estados miembros se trasladen al TEDH, éste debe tener la posibilidad de extender los efectos obligatorios de su fallo a todas las partes en el contencioso: tanto hacia aquéllas a las que se había dirigido inicialmente la demanda como hacia aquéllas que se hayan incorporado de forma voluntaria o forzosa (según lo señalado inmediatamente atrás). De este modo al establecerse la responsabilidad solidaria y conjunta se respeta la autonomía del Derecho de la Unión, quedando los Estados miembros y la Unión obligados en el seno de este ordenamiento a elegir la modalidad más adecuada para la ejecución del fallo del TEDH dentro de la discrecionalidad que éste otorgue, sin que sus respectivos poderes se vean alterados¹⁰⁶². La responsabilidad solidaria y conjunta sería una opción siempre subsidiaria con respecto a que la Unión y sus Estados miembros propusieran durante el procedimiento al TEDH un modo más preciso de reparto de responsabilidades con arreglo al propio Derecho de la Unión. Por tanto, se trataría de una

¹⁰⁶² O. DE SCHUTTER, “L’adhésion de l’Union européenne à la Convention européenne des droits de l’homme: feuille de route de la négociation”, *loc. cit.*, pp. 555-562.

válvula de escape para el Tribunal de Estrasburgo, que le evitaría tener que pronunciarse sobre el reparto de efectos obligatorios de su fallo cuando los hechos ilícitos se encuadren en ámbitos materiales donde la competencia de la Unión y la de los Estados miembros se yuxtapone sin posibilidad de separación neta¹⁰⁶³.

Un punto problemático y por completar previsto por el Proyecto de acuerdo de adhesión es el relativo a la necesidad de articular un mecanismo que garantice el pronunciamiento previo del TJUE sobre la compatibilidad con el CEDH de una disposición del Derecho de la Unión. Éste se ha contemplado para aquellos asuntos donde la Unión sea codemandada y el Tribunal de Luxemburgo no haya tenido oportunidad de conocer al haberse agotado el sistema de recursos internos mediante una acción indirecta contra el Derecho de la Unión, es decir, ante los órganos jurisdiccionales nacionales sin que estos hayan elevado la cuestión prejudicial (artículo 3.6)¹⁰⁶⁴. Al margen de que este mecanismo se justifique o no por razón de preservar la autonomía del Derecho de la Unión, con independencia de los riesgos de que este mecanismo pueda introducir dilaciones indebidas ante el TEDH en perjuicio del demandante, así como de las enormes dificultades que presentan las alternativas para su puesta en práctica¹⁰⁶⁵ y del escollo de hallar una base jurídica sin que se amplíen las competencias de la Unión, cabe decir que, en caso de llegar a articularse, su principal utilidad podría consistir en dar la oportunidad al TJUE de pronunciarse *ex ante* sobre el reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros. Lógicamente una opinión del TJUE sobre la compatibilidad con el CEDH de una disposición del Derecho de la Unión solo debería ser tomada en cuenta por el TEDH, pero un pronunciamiento de aquél sobre la distribución de competencias debería ser seguido por este último a la hora de dictar fallo y le permitiría distribuir la responsabilidad entre la Unión y los Estados miembros derivada de una eventual infracción del CEDH y sus Protocolos¹⁰⁶⁶.

¹⁰⁶³ J. M. CORTÉS MARTÍN, “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 de codéfendeur”, *loc. cit.*, p. 656.

¹⁰⁶⁴ Cabe inferir de la reciente Sentencia del TEDH de 6 de diciembre de 2012, *Michaud c. Francia*, *cit. supra*, que en este tipo de casos el TEDH no mantendría la presunción de protección equivalente sobre el ordenamiento jurídico de la Unión y su sistema de recursos.

¹⁰⁶⁵ T. LOCK, “EU Accession to the ECHR: Implications for Judicial Review in Strasbourg”, *European Law Review*, nº 6, 2010, pp.787-795.

¹⁰⁶⁶ Se ha dicho que en el Reglamento del TEDH podría introducirse una reforma para que el Tribunal estuviera facultado a suspender el procedimiento y formular al TJUE la pregunta sobre la competencia en el asunto concreto siguiendo el ejemplo del artículo 57 del Reglamento del Tribunal Internacional del Derecho del Mar: “*En el supuesto de una controversia en la que es parte una organización internacional,*

Otra cuestión que no debe olvidarse es que, aun en supuestos en que la demanda ha sido dirigida y notificada tanto a la Unión como a uno o varios Estados miembros, cualquiera de ellos tiene la facultad de instar su conversión de demandado en codemandado. Existen supuestos donde el TEDH contribuye a reforzar los mecanismos de garantía de cumplimiento del Derecho de la Unión: por ejemplo, cuando se podría condenar a un Estado por no ejecutar una Sentencia del TJUE¹⁰⁶⁷, o cuando se infringe algún derecho recogido en el CEDH o sus Protocolos mediante la denegación por los órganos jurisdiccionales nacionales de la responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión (si se ha constatado dicho incumplimiento)¹⁰⁶⁸. En dichas ocasiones existe un interés potencialmente concurrente entre el TEDH y la Unión Europea, la acción es sinérgica y favorecedora del cumplimiento del Derecho de la Unión. Por ello, la Unión no tendría interés en coadyuvar al Estado miembro demandado ante el TEDH, sino más bien todo lo contrario, comparecer en el procedimiento para sostener la posición del demandante. El demandante podría tener un interés legítimo en que la Unión Europea, por ejemplo, a través de la Comisión Europea compareciese en el procedimiento ante el TEDH formulando observaciones escritas o participando en la fase oral para certificar que el Estado miembro demandado ha incumplido el Derecho de la Unión y que dicho incumplimiento verifica las condiciones establecidas en la jurisprudencia del TJUE originada en el asunto *Francovich*¹⁰⁶⁹. En la medida en que la participación de terceros prevista en el artículo 36.1 CEDH se limita a demandantes que sean nacionales de una de las partes en el Convenio, y nada se ha dicho en el Proyecto de acuerdo de adhesión para que la Unión pueda intervenir en virtud del ligamen de la ciudadanía europea, la única opción es que pudiera intervenir en virtud del artículo 36. 2 CEDH tras ser admitida por el Presidente del TEDH en interés de la buena administración de justicia. Tampoco debe perderse de vista que en

a solicitud de cualquier otra Parte o de oficio el Tribunal puede solicitar a la organización internacional implicada que indique en un plazo razonable quién tiene competencia, la organización o sus Estados miembros sobre una cuestión precisa que se hubiese planteado. Si el Tribunal lo juzga necesario, puede suspender la instancia hasta que reciba dicha información”, véase J. M. CORTÉS MARTÍN, “Adhesión al CEDH y autonomía del Derecho de la Unión. Legitimación pasiva de la Unión y sus miembros y compatibilidad material”, *loc. cit.*, pp. 25-26.

¹⁰⁶⁷ Sentencia del TEDH de 19 de marzo de 1997, *Hornsby c. Grecia*, *cit. supra*, en relación con la Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 1988, *Comisión c. Grecia*, *cit. supra*. Véase S. SANZ CABALLERO, “El control de los actos comunitarios por el TEDH”, *loc. cit.*, pp. 489-492.

¹⁰⁶⁸ Sentencia de 16 de abril de 2002, *Dangeville c. Francia*, *cit. supra*.

¹⁰⁶⁹ Sentencia de 19 de noviembre de 1991, *Andrea Francovich c. República Italiana y Danila Bonifaci y otros c. República Italiana*, *cit. supra*.

este tipo de supuesto estaría sobrevolando el interés del TJUE en virtud del artículo 344 TFUE.

2.3. b) La ejecución de las Sentencias del TEDH en el ordenamiento jurídico de la Unión.

Los Estados miembros y la Unión Europea deberán lograr un acuerdo en el seno del ordenamiento jurídico de la Unión para ejecutar aquellos fallos del TEDH en los que excepcionalmente se haya constatado su responsabilidad solidaria y conjunta. Dicho acuerdo vendrá exigido no solo por el imperativo respeto a las obligaciones del CEDH sino también por el deber de cooperación leal (artículo 4.3 TUE), del cual será el TJUE árbitro último.

En aquellos supuestos donde el TEDH haya podido distribuir los efectos obligatorios de su fallo entre la Unión y los Estados miembros, por ejemplo gracias a una propuesta de estos durante el procedimiento, la ejecución por cada una de las partes contratantes en el CEDH de su respectiva parte del fallo se antoja más fácil de llevar a cabo.

Una vez llevada a término la adhesión, tanto la Unión como sus Estados miembros tendrán la obligación jurídica de crear los cauces adecuados para que las sentencias del TEDH puedan ser correctamente ejecutadas en sus respectivos ordenamientos.

Dicha ejecución debe permitir la reparación plena de los derechos vulnerados en los términos que el TEDH fije en su sentencia. Los fallos del Tribunal de Estrasburgo carecen de ejecutoriedad *per se* en los ordenamientos jurídicos de las partes contratantes, es decir, no pueden anular automáticamente una resolución judicial de los órganos jurisdiccionales de las partes contratantes. Éstas adquieren una obligación de resultado teniendo discrecionalidad a la hora de elegir los medios para su adecuada ejecución¹⁰⁷⁰. No obstante, hay casos en que el propio TEDH restringe la libertad de elección de que gozan los Estados, indicándoles la forma de ejecutar correctamente sus sentencias. Un ejemplo elocuente sería el asunto relativo a la condena a muerte al líder del Partido de los Trabajadores del Kurdistán (PKK), *Öcalan c. Turquía*, donde el TEDH, tras concluir que se había vulnerado el artículo 6 CEDH, entendió que la forma

¹⁰⁷⁰ Debe verse D. J. LIÑÁN NOGUERAS, “Los efectos de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Derecho español”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. XXXVII, nº 2, 1985, pp. 356-376.

más adecuada de reparación consistía en la celebración de un nuevo juicio o en la reapertura del procedimiento¹⁰⁷¹.

En casos excepcionales el TEDH ha sostenido que la naturaleza de la violación del CEDH presenta tal magnitud que no deja elección a la parte contratante respecto de la medida a adoptar para llevar a cabo la ejecución, procediendo el propio Tribunal a señalar la medida a adoptar: así ocurrió en el asunto *Assanidzé c. Georgia*, donde el TEDH estableció que correspondía al Estado demandado asegurar la puesta en libertad del demandante a la mayor brevedad¹⁰⁷².

Por su parte, las precisiones que el Comité de Ministros del Consejo de Europa efectúa en la supervisión y seguimiento de la ejecución de las sentencias al amparo del artículo 46.2 CEDH también son una fuente de limitación de la autonomía de la que gozan las partes contratantes a la hora de ejecutar los fallos del TEDH.

Por tanto, la ejecución de las sentencias del TEDH puede exigir en el ordenamiento de la Unión Europea no solo medidas individuales sino también medidas generales como son la modificación, derogación o adopción de una medida legislativa, el cambio de una línea jurisprudencial o la modificación de una práctica administrativa, por lo demás, del mismo modo que ocurre en los ordenamientos jurídicos del resto de partes contratantes en el CEDH¹⁰⁷³.

Cuando el ordenamiento jurídico de la parte demandada solo permite de forma inexacta eliminar las consecuencias perjudiciales de la violación consumada del CEDH, el TEDH tiene la posibilidad de obligar a la parte condenada a satisfacer a la víctima un importe como satisfacción equitativa con arreglo al artículo 41 CEDH.

En su Recomendación R(2000)2, de 19 de enero de 2000, el Comité de Ministros del Consejo de Europa señalaba que hay casos excepcionales donde la única fórmula

¹⁰⁷¹ Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 12 de mayo de 2005, *Öcalan c. Turquía*, Recurso nº 46221/99, apartado 210. Debe verse, C. MORTE GÓMEZ, “Eficacia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *op. cit.*, pp. 225-242. A propósito de asunto debe verse la reflexión del recordado CARRILLO SALCEDO sobre la pena de muerte en el CEDH a la luz de la práctica ulterior de los Estados contratantes, J. A. CARRILLO SALCEDO, “La peine de mort, peut-elle être considérée en soi, en l’absence d’autres éléments, comme une peine inhumaine et dégradante? Quelques réflexions sur la pratique subséquente des États parties dans l’arrêt de la Cour européenne des droits de l’homme du 12 mars 2003 (affaire Öcalan c. Turquie)”, en *Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan - Libertés, Justice, Tolérance-*, Vol. I, Bruylant, Bruselas, 2004, pp. 385-391.

¹⁰⁷² Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 8 de abril de 2004, *Assanidzé c. Georgia*, Recurso nº 71503/01, apartados 202-203.

¹⁰⁷³ La ejecución de las sentencias del TEDH puede requerir lógicamente medidas individuales o medidas generales como las señaladas: la modificación de la legislación, la jurisprudencia o la práctica administrativa que han dado lugar a la infracción del CEDH. Dichas medidas persiguen no solo poner fin a vulneraciones que existen sino que se dirigen a evitar que se reproduzcan vulneraciones similares e incluso a crear nuevas vías de recurso interno para reparar vulneraciones que ya se han producido.

admisible de *restitutio in integrum* sería la revisión de un asunto o la reapertura de los procedimientos ante los tribunales internos cuando el TEDH ha constatado la existencia de una violación de las disposiciones del CEDH, y en particular: a) cuando tras el fallo del TEDH la víctima continúa soportando los perjuicios de la decisión interna impugnada; b) cuando del fallo del TEDH se desprenda que la decisión interna es incompatible en sustancia con el CEDH; o c) que la violación del CEDH derive de errores procedimentales de tal magnitud que hagan aparecer serias dudas sobre el resultado de la decisión interna controvertida.

El Comité de Ministros anima a las partes en el CEDH a habilitar un cauce procesal específico en su legislación interna para permitir en estos supuestos excepcionales la revisión de resoluciones firmes de sus órganos jurisdiccionales o la reapertura de procedimientos. Pese a que la acogida de esta recomendación ha sido dispar entre los Estados parte, la Unión Europea deberá tomar nota de la misma especialmente en situaciones que afecten al artículo 6 CEDH.

Por su parte, el TEDH en algunos asuntos incluye la denominada “fórmula *Gençel*”, mediante la que invita al Estado demandado a posibilitar la reapertura del procedimiento interno en caso de infracción del derecho a un juicio justo¹⁰⁷⁴.

Además, desde 2004 el TEDH viene empleando la técnica de dictar sentencias *piloto* como forma de aliviar su carga de trabajo evitando en situaciones estructurales de vulneración de un derecho recogido en el CEDH la proliferación de contenciosos repetitivos¹⁰⁷⁵. En tal supuesto el TEDH identifica una demanda individual como prioritaria y paraliza la tramitación de las restantes demandas sustancialmente idénticas, así el TEDH aprovecha su sentencia para dar a la parte demandada las indicaciones para que pueda establecer en el seno de su ordenamiento las vías de recurso o las modificaciones normativas necesarias para reponer a las demás personas afectadas en el disfrute efectivo de sus derechos. En principio nada impide que el TEDH decida acudir a este procedimiento en caso de demandas formuladas contra la Unión Europea. Como pone de manifiesto la Sentencia del TEDH en el asunto *Broniowski c. Polonia*, la ejecución de una sentencia *piloto* exige no solo medidas de reparación individual con

¹⁰⁷⁴ Sentencia del TEDH de 23 de octubre de 2003, *Gençel c. Turquía*, Recurso nº 53431/99, apartado 27. C. MORTE GÓMEZ, “Eficacia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *op. cit.*, p. 242.

¹⁰⁷⁵ Puede verse sobre estos asuntos *piloto*, W. SADURSKI, “Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments”, *loc. cit.*

respecto al demandante, sino que también debe adoptar la parte condenada medidas de carácter general relativas al resto de demandantes¹⁰⁷⁶.

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

En aquellos supuestos donde la *restitutio in integrum* exija de modo excepcional la reapertura de un procedimiento ante los órganos jurisdiccionales internos o bien la revisión de una resolución judicial firme, una opción satisfactoria para permitir la adecuada ejecución podría ser que los respectivos Reglamentos de procedimiento del Tribunal General y del Tribunal de Justicia fueran objeto de sendas modificaciones en su apartado relativo a recursos extraordinarios¹⁰⁷⁷:

- 1- Para permitir a instancia del recurrente ante el TEDH la reapertura de los procedimientos, por ejemplo, cuando se haya vulnerado el derecho a un

¹⁰⁷⁶ Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 22 de junio de 2004, *Broniowski c. Polonia*, Recurso n° 31443/96.

¹⁰⁷⁷ Véanse los artículos 98 a 100 de la Versión Consolidada del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, D.O.U.E. Serie C 177/1, de 2 de julio de 2010; así como los artículos 125 a 128 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal General, D.O.U.E. Serie C 177/37, de 2 de julio de 2010.

proceso equitativo, y la retroacción de actuaciones procesales venga exigida por la ejecución del fallo del TEDH.

- 2- Para incluir entre los motivos de revisión de una sentencia la necesidad de reparar una violación de los derechos recogidos en el CEDH en los términos exigidos por el fallo del TEDH.

La entrada en vigor del Protocolo Adicional nº 14 al CEDH, el 1 de junio de 2010, además de habilitar la adhesión de la Unión Europea, ha contribuido a reforzar las competencias del Comité de Ministros en relación con la ejecución de las sentencias del Tribunal: el tercer párrafo del artículo 46 CEDH permite al Comité de Ministros solicitar por mayoría de dos tercios que el TEDH aclare los términos de una sentencia cuando no resulte claro identificar cuáles son las obligaciones que se derivan de la misma para la parte condenada. Además, en el párrafo 4 del artículo 46 se ha introducido una especie de recurso por incumplimiento ante la Gran Sala del TEDH. Éste requiere ser activado por mayoría de dos tercios en el Comité de Ministros y su finalidad es que el TEDH se pronuncie acerca de si la conducta de la parte demandada en la ejecución de un fallo anterior supone un nuevo incumplimiento del CEDH, en particular de las obligaciones derivadas del artículo 46. La finalidad de esta nueva vía de recurso ante el TEDH es que la parte condenada ejecute adecuadamente el fallo del TEDH debido a la presión política y diplomática, y sobre todo, al riesgo de una nueva sentencia condenatoria de la Gran Sala del Tribunal¹⁰⁷⁸.

Por último, no debe perderse de vista que en virtud del artículo 39.4 CEDH el Comité de Ministros también se encarga de controlar la ejecución de las decisiones del Tribunal relativas a los acuerdos amistosos alcanzados por las partes, así como de aquellas decisiones referidas a declaraciones unilaterales efectuadas por las partes contratantes y aceptadas por el Tribunal en el marco de los procedimientos ante él sustanciados.

En todas las funciones del Comité de Ministros descritas en relación con la supervisión de la ejecución de sentencias del TEDH, ha previsto el Proyecto de acuerdo de adhesión la participación de la Unión Europea como una parte contratante más. No obstante, de todas las cuestiones relativas a la participación de la Unión Europea en las instancias de control del CEDH es ésta la que presenta mayor enjundia jurídica y es susceptible de dar lugar a mayor número de problemas durante el proceso de

¹⁰⁷⁸ C. MORTE GÓMEZ, “Eficacia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *op. cit.*, p. 234.

ratificación del acuerdo de adhesión. Ello a diferencia de cuestiones de más fácil solución a priori, como sería la participación de una delegación del Parlamento Europeo con derecho de voto ante la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa a los efectos de elegir a los jueces del TEDH con arreglo al artículo 22 CEDH. Jueces entre los cuales se encontraría un juez permanente propuesto por la Unión con dedicación exclusiva a esta función jurisdiccional y con idéntico estatus a los jueces del resto de partes contratantes, como se vio en el Capítulo I.

Dadas las peculiaridades del ordenamiento jurídico de la Unión Europea y la interacción entre ésta y sus Estados miembros, el Proyecto de acuerdo de adhesión (artículo 7) establece la cautela de que el ejercicio del derecho de voto de la Unión y sus Estados miembros en el seno del Comité de Ministros no podrá llevarse a cabo en detrimento de sus funciones de supervisión de la ejecución de sentencias del Tribunal al abrigo de los artículos 39 y 46 CEDH. En este punto resultan de especial interés las consecuencias del deber de cooperación leal y su corolario; la unidad de representación internacional de la Unión:

- 1- *Cuando el Comité de Ministros supervisa la ejecución de un fallo relativo a la Unión únicamente, o a la Unión y uno o varios de sus Estados miembros, por exigencias del deber de cooperación leal la Unión y sus Estados miembros deben expresar su posición y su voto de forma coordinada.* Habida cuenta de que el número de votos del conjunto de Estados miembros seguiría la suerte del expresado por la propia Unión sujeta a supervisión, su elevado número casi con total seguridad impediría al Comité de Ministros conseguir la mayoría de votos necesaria para poder ejercer sus funciones de control¹⁰⁷⁹. Para evitar tal sabotaje de las funciones inherentes al Comité de Ministros, el CDDH del Consejo de Europa comunicó en octubre de 2011 al Comité de Ministros un no menos peligroso Proyecto de Regla nº 18 que debería añadirse a las reglas del Comité de Ministros ya existentes sobre la supervisión y ejecución de sentencias y acuerdos amistosos. Según dicho proyecto, las decisiones del Comité de Ministros en la supervisión y ejecución de sentencias y de acuerdos amistosos se entenderían adoptadas siempre y cuando se obtuviera la pertinente mayoría de votos, teniendo para ello únicamente en

¹⁰⁷⁹ Véanse las Reglas de 10 de mayo de 2006 del Comité de Ministros para la supervisión y ejecución de sentencias y de los términos de los acuerdos amistosos.

cuenta el voto expresado por representantes de Estados parte que no son miembros de la Unión Europea¹⁰⁸⁰. Lógicamente, dado el carácter político de este mecanismo de control, esta nueva regla podría dejar aspectos importantes del ordenamiento jurídico de la Unión Europea al albur de terceros Estados que en el mejor de los casos presentarían sensibilidades jurídicas distintas a las de sus propios Estados miembros. No sería de extrañar que esta regla especial de voto todavía provisional pueda demorar el proceso de ratificación del acuerdo de adhesión.

2- *Cuando el Comité de Ministros examina el cumplimiento del fallo del TEDH dirigido contra un Estado miembro, se ha contemplado en el Proyecto de acuerdo de adhesión que la Unión no podrá expresar su voto.* El principal motivo debe ser evitar extender las competencias cuyo ejercicio se ha transferido a la Unión Europea en materia de derechos fundamentales al tratarse de situaciones puramente internas desde el punto de vista del Derecho de la Unión. En estos casos, lógicamente, el resto de Estados miembros no tienen obligación por imperativo del Derecho de la Unión de expresar una posición ni un voto coordinados.

3- *Cuando las obligaciones que se supervisan por el Comité de Ministros pertenecen a un Estado parte diferente a la Unión o sus Estados miembros, el Proyecto de acuerdo de adhesión señala que del Derecho originario de la Unión no se deriva una obligación para los Estados miembros para expresar su posición y voto de forma coordinada ni tan siquiera en el supuesto de que la Unión exprese una posición concreta al respecto.* Lo cierto es que nada impide desde el punto de vista del Derecho de la Unión que los Estados miembros coordinen su voto. Además, no es tan evidente que en el caso de que la Unión exprese su posición en el ámbito PESC en relación con la supervisión de las obligaciones de un tercer Estado no estén sus Estados miembros obligados a seguirla en virtud de los artículos 3.5, 21.1 y 21.2 TUE en conjunción con el artículo 4.3 TUE relativo al deber de cooperación leal. Con independencia de lo dispuesto en el Proyecto de acuerdo de adhesión, será el TJUE quien tenga la última palabra en este sentido.

¹⁰⁸⁰ Véase “II. Draft Rule to be added to the Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements”, en *Report to the Committee of Ministers on the elaboration of legal instruments for the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, CDDH(2011)009, *cit. supra*.

Pese a las cautelas expuestas para evitar que tras la adhesión la Unión y sus Estados miembros desnaturalicen el ejercicio de las funciones inherentes al Comité de Ministros en la supervisión de la ejecución de fallos del TEDH, nada impide que la adhesión pueda ser percibida por Estados parte en el CEDH que no sean miembros de la Unión como un intento más de la Unión Europea por invadir y usurpar progresivamente las áreas tradicionales de trabajo del Consejo de Europa¹⁰⁸¹.

El componente estratégico de la adhesión, visto como un intento de la Unión Europea de tomar el control político mediante el dominio a través de sus Estados miembros en el Comité de Ministros, no es de extrañar que sea uno de los factores que pudiera suscitar recelos en los procesos nacionales de ratificación del acuerdo de adhesión en terceros Estados parte en el CEDH¹⁰⁸². En cualquier caso, dado que la Unión y sus Estados miembros aúnan la mayoría de representantes con derecho a intervenir en el Comité de Ministros podrían con arreglo al artículo 47 CEDH, tras contemplarse la adhesión, solicitar al TEDH la emisión de una opinión consultiva -excluido el contenido de los derechos recogidos en el Título I del CEDH- entre otras cuestiones sobre el alcance e implicaciones de la noción de jurisdicción del artículo 1 CEDH. De este modo, Estados miembros y Unión Europea extraerían algunas de las directrices necesarias para abordar el establecimiento de un marco general para permitir una adecuada ejecución de las sentencias del TEDH en el ordenamiento jurídico de la Unión en los supuestos de litisconsorcio.

¹⁰⁸¹ B. SCHUMACHER, “The Influence of the Council of Europe on the European Union: Resource Exchange and Domain Restriction as Venues for Inter-Institutional Influence”, *op. cit.*, pp. 186-206. Véase asimismo, T. JORIS, J. VANDENBERGHE, “The Council of Europe and the European Union: Natural Partners or Uneasy Bedfellows?”, *The Columbia Journal of European Law*, Vol. 15, nº 1, 2009, pp. 1-43.

¹⁰⁸² Cabe vaticinar la posible renuencia de Rusia a la hora de aceptar la adhesión, ya que ésta comportaría que los Estados miembros y la propia Unión pudieran coordinar su posición y voto a la hora de supervisar la ejecución de fallos del TEDH que afectan, por ejemplo, a la conflictiva Transnistria. En la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 19 de octubre de 2012, *Catan y otros c. Moldavia y Rusia*, Recursos acumulados nº 43370/04, nº 8252/05 y nº 18454/06, el TEDH condenó a Rusia por violación del artículo 2 del Protocolo nº 1 al CEDH, relativo al derecho a la instrucción. El TEDH consideró que Rusia ejerce su jurisdicción en Transnistria en el sentido del artículo 1 CEDH, puesto que sin el apoyo militar, económico y político de Rusia, la República Moldava de Transnistria no habría podido existir. Véase en particular el apartado 122: “*La Cour confirme donc les conclusions formulées par elle dans son arrêt Ilaşcu et autres (précité) et selon lesquelles de 2002 à 2004 la « RMT » n’avait pu continuer à exister – en résistant aux efforts déployés par la Moldova et les acteurs internationaux pour régler le conflit et rétablir la démocratie et la primauté du droit dans la région – que grâce à l’appui militaire, économique et politique de la Russie. Dès lors, le degré élevé de dépendance de la « RMT » à l’égard du soutien russe constitue un élément solide permettant de considérer que la Russie exerçait un contrôle effectif et une influence décisive sur l’administration de la « RMT » à l’époque de la crise des écoles*”. Otro fallo del TEDH cuya ejecución podría despertar recelos a la hora de ratificar el acuerdo de adhesión de la Unión Europea es el relativo a la antigua Primera Ministra de Ucrania, Yuliya Tymoshenko, debe verse la Sentencia del TEDH de 30 de abril de 2013, *Tymoshenko c. Ucrania*, Recurso nº 49872/11.

2.4. Algunos ámbitos procesales, institucionales y materiales del Derecho de la Unión cuya compatibilidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos suscita dudas.

Sin ánimo de agotar los aspectos relativos a la interpretación y aplicación del Derecho de la Unión que podrían dar lugar a problemas de compatibilidad ante los órganos e instancias de control del CEDH una vez se produzca la adhesión, sí que conviene en cambio apuntar algunos de los aspectos materiales e institucionales del Derecho de la Unión acerca de cuya compatibilidad con el régimen del CEDH se ha especulado o problematizado, especialmente, desde el punto de vista doctrinal. Sin embargo, cabe decir que también han aparecido dudas en el ámbito contencioso, que solo se verán resueltas una vez el TEDH tenga oportunidad de pronunciarse en cuanto al fondo:

- 1-Una de las cuestiones que serán examinadas por el TEDH con seguridad cuando se produzca la adhesión es la relativa a si el Derecho de la Unión otorga a los particulares las vías de protección jurisdiccional efectiva que requiere el artículo 13 CEDH. Con ocasión del célebre asunto *Matthews*¹⁰⁸³, COHEN-JONATHAN y FLAUSS sostuvieron que en este caso se produjo una denegación de justicia, derivada de un vacío jurídico completo, intolerable a nivel de respeto a los derechos fundamentales, en particular, debido a la ausencia, en el marco del Derecho de la Unión Europea, de un recurso efectivo disponible¹⁰⁸⁴. En este sentido hay que reconocer que la reforma del Derecho originario operada por el Tratado de Lisboa ha supuesto mejoras. No obstante, las dudas persisten: por un lado, el artículo 263. 4 TFUE ha ampliado tímidamente la legitimación activa de los particulares para interponer el recurso de anulación frente a actos normativos de alcance general¹⁰⁸⁵. Además, se ha eliminado formalmente la estructura en pilares de

¹⁰⁸³ Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 18 de febrero de 1999, *Matthews c. R. Unido*, *cit. supra*.

¹⁰⁸⁴ G. COHEN-JONATHAN, J. F. FLAUSS, “À propos de l’arrêt *Matthews c/ Royaume-Uni* (18 février 1999)”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Vol. 35, n° 4, 1999, pp. 637-657.

¹⁰⁸⁵ En esta reforma del Derecho originario se ha introducido legitimación activa para contestar a través del recurso de anulación la validez de los actos reglamentarios que afecten directamente a una persona física o jurídica y que no incluyan medidas de ejecución. El Abogado General JACOBS en sus Conclusiones presentadas el 21 de marzo de 2002, *Unión de Pequeños Agricultores c. Consejo*, *cit. supra*, puso de manifiesto la insuficiencia de la impugnación indirecta del derecho derivado ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros como mecanismo para satisfacer las exigencias del derecho

la Unión Europea con la consiguiente extensión paulatina y horizontal del alcance de la jurisdicción del TJUE sobre los actos adoptados en el marco de la Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal. No obstante, persisten algunas zonas de sombra; por ejemplo, se excluye la jurisdicción del TJUE para comprobar dentro del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia la validez o la proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro, así como para pronunciarse sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros en el mantenimiento del orden público y la seguridad interior (artículo 276 TFUE). En cualquier caso, el efecto de dicha extensión de la jurisdicción del TJUE será gradual y estará aplazado por disposición del Título VII del Protocolo nº 36 “sobre las disposiciones transitorias”, así como por las numerosas excepciones y particularidades que algunos Estados mantienen en relación con el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia¹⁰⁸⁶. De todos modos, como explicita el nuevo artículo 19 TUE, los Estados miembros tienen la responsabilidad primordial a la hora de establecer los cauces procesales oportunos para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión. En este sentido, se ha llegado a decir

fundamental a la tutela judicial efectiva: “*El hecho de que un particular afectado por un acto comunitario pueda, en determinados casos, impugnar la validez de un acto comunitario ante los órganos jurisdiccionales nacionales infringiendo las normas establecidas en dicho acto y alegando la invalidez de tales normas como medio de defensa en procesos civiles y penales seguidos contra él no constituye un medio de tutela judicial adecuado para dicho particular. Es evidente que no puede exigirse a los particulares que infrinjan la ley para poder tener acceso a la justicia*”, véase su apartado 43. Como jurisprudencia reciente y que sintetiza la posición del TJUE puede verse la Sentencia de 8 de julio de 2010, *Afton Chemical c. Secretary of State for Transport*, asunto C-343/09, Rec. 2010, p. I-7027, apartados 13-14 y 18 a 25. En este sentido resultará indispensable prestar atención a la resolución por el TJUE del Recurso de casación (asunto C-274/12 P) interpuesto el 1 de junio de 2012 por Telefónica S.A. contra el Auto del Tribunal General de 21 de marzo de 2012, *Telefónica c. Comisión*, asunto T-228/10, (pendiente de publicación) Rec. 2012, apartado 38. La sociedad recurrente considera vulnerados los derechos reconocidos en los artículos 6 y 13 CEDH en la medida en que el Tribunal General, con carácter general, señala en este asunto que, pese a la ausencia de satisfacción de los requisitos establecidos en el artículo 263.4 TFUE para poder impugnar una Decisión de la Comisión Europea en materia de ayudas de Estado, nada impide que la recurrente pueda acudir a los órganos jurisdiccionales nacionales e instar que estos efectúen una remisión prejudicial al TJUE con arreglo al artículo 267 TFUE, de modo que la tutela judicial efectiva no se vería menoscabada en opinión del Tribunal General al poder impugnar la recurrente la validez de dicha decisión de un modo mediato e indirecto. Una visión favorable a la idea de que las novedades del Tratado de Lisboa puedan contribuir a reforzar la confianza del TEDH en el sistema jurisdiccional de la Unión se encuentra en K. LENAERTS, “Le traité de Lisbonne et la protection juridictionnelle des particuliers en droit de l'Union”, *Cahiers de Droit Européen*, Vol. 45, nº 5-6, 2009, pp. 711-745.

¹⁰⁸⁶ Véase D. J. LIÑÁN NOGUERAS, “El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”, en A. MANGAS MARTÍN, D. J., LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 7ª Edición, Tecnos, Madrid, 2012, pp. 85-118.

que la primacía y la aplicación uniforme del Derecho de la Unión deberían ceder ante el respeto de principios estructurales del Estado de Derecho comunes a la Unión y a sus Estados miembros, como es el caso de la tutela judicial efectiva, de modo que en situaciones excepcionales de conflicto se debería permitir a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros inaplicar e incluso *revisar la validez* de disposiciones de derecho derivado de la Unión¹⁰⁸⁷.

- 2- En segundo lugar, la aplicación del Derecho de la competencia por parte de la Comisión Europea se presenta problemática para cierto sector de la doctrina¹⁰⁸⁸: la naturaleza penal, en el sentido autónomo que le confiere la jurisprudencia del TEDH¹⁰⁸⁹, de las sanciones impuestas por la Comisión Europea suscita el debate acerca de si los procedimientos sancionadores en su

¹⁰⁸⁷ Para tolerar esta excepción al monopolio del TJUE en la apreciación de la validez del derecho derivado consagrado en la Sentencia de 22 de octubre de 1987, *Foto-Frost, cit. supra*, se han llegado a proponer una serie de requisitos que deben darse de forma cumulativa: a) El asunto ante un órgano jurisdiccional nacional debe ser relativo a una disputa entre un individuo y un Estado miembro; b) El individuo debe resultar perjudicado por una medida de Derecho de la Unión; c) Que no haya posibilidad de remitir al TJUE una cuestión prejudicial de validez sobre la medida controvertida; d) La aplicación de la medida impuesta por el Derecho de la Unión debe ser contraria a los derechos fundamentales que el ordenamiento jurídico de la Unión reconoce o garantiza; e) El individuo debe carecer de recurso directo ante cualquiera de las instancias jurisdiccionales que componen el TJUE (artículo 19 TUE) que le permita obtener una reparación del daño irreparable que le ocasionaría la aplicación de la medida controvertida. Debe verse D. LECZYKIEWICZ, “‘Effective Judicial Protection’ of Human Rights After Lisbon: Should National Courts be Empowered to Review EU Secondary Law?”, *European Law Review*, n° 35, 2010, pp. 326-348. Según esta visión, serían los órganos jurisdiccionales nacionales los encargados de suplir las lagunas de protección judicial efectiva en el sistema jurisdiccional de la Unión Europea, en especial ante el insuficiente alcance de la jurisdicción del TJUE en los ámbitos de la Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal, y como veremos a continuación de la PESC. Recuérdese que la aplicación del Derecho de la Unión debe respetar los principios básicos de la organización jurídica de los Estados miembros así como su autonomía procesal: los justiciables deben invocar el Derecho comunitario en el momento procesal oportuno con arreglo al Derecho interno, y el juez nacional se ve constreñido por su Derecho interno, en ciertos casos, para apreciar de oficio la conformidad del Derecho interno con el Derecho de la Unión Europea de forma tardía; véanse las Sentencias de 14 de diciembre de 1995, *Van Schijndel*, asuntos acumulados C-430/93 y C-431/93, Rec. 1995, p. I-4705; y *Peterbroeck*, asunto C-312/93, Rec. 1995, p. I-4599. Un comentario a ambas en J. ROLDÁN BARBERO, “Derecho comunitario y principios fundamentales del derecho interno (comentario a las Sentencias del TJUE *van Schijndel* y *Peterbroeck* de 14 de diciembre de 1995)”, *loc. cit.*, pp. 814-815.

¹⁰⁸⁸ D. WAELBROECK, D. FOSSELARD, “Should the Decision-Making Power in EC Antitrust Procedures be Left to an Independent Judge? The impact of the European Convention of Human Rights on EC Antitrust Procedures”, *loc. cit.*

¹⁰⁸⁹ En la Sentencia del TEDH de 27 de septiembre de 2011, *Menarini Diagnostics SRL c. Italia*, Recurso n° 43509/08, el Tribunal consideró que el procedimiento en virtud del cual se impone una sanción económica por infracción del artículo 101.1 TFUE debe ser considerado como “penal” a los efectos del artículo 6 CEDH. En idéntico sentido se pronuncia el Abogado General BOT, véanse sus Conclusiones presentadas el 26 de octubre de 2010, *ArcelorMittal Luxembourg SA c. Comisión y Comisión c. ArcelorMittal Luxembourg SA*, asuntos acumulados C-201/09 P y C-216/09 P, (pendiente de publicación) Rec. 2011, apartados 42-44. Véase M. ABENHAIM, “Quel droit au juge en matière de cartels? Commentaire de l’arrêt *Menarini Diagnostics c/Italie*”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Vol. 48, n° 1, pp. 117-133.

seno respetan o no las exigencias del artículo 6 CEDH (proceso equitativo dentro de un plazo razonable¹⁰⁹⁰, principio de contradicción, igualdad de armas, presunción de inocencia...). Ello teniendo en cuenta que el TJUE no admite que la Comisión Europea pueda ser considerada como un *tribunal* a los efectos del artículo 6 CEDH¹⁰⁹¹. Debe recordarse lo dicho por el TJUE en el asunto *Orkem*:

*“El artículo 14 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, que, además de la presunción de inocencia, consagra en la letra g) de su apartado 3 el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable, se refiere exclusivamente a las personas acusadas de una infracción penal en el marco de un proceso judicial, y es, por tanto, ajeno al ámbito de las investigaciones en materia de Derecho sobre la competencia”*¹⁰⁹².

En este sentido se viene sosteniendo que sanciones del calibre como las impuestas en los procedimientos sancionadores de Derecho de la competencia deberían ser adoptadas en primera instancia por un tribunal independiente, e incluso se ha traído a colación para mayor sostén argumental un antiguo principio de Derecho Romano: *“ubi iudicat, qui accusat, vis, non lex valet”*¹⁰⁹³. Un segundo aspecto problemático es que el recurso ante el Tribunal

¹⁰⁹⁰ En su Sentencia de 17 de diciembre de 1998, *Baustahlgewebe c. Comisión*, asunto C-185/95 P, Rec. 1998, p. I-8417, el TJUE consideró que los cinco años y medio que tardó el entonces TPI en resolver éste y otros asuntos sobre prácticas restrictivas de la competencia constituían una violación del derecho a un juicio en un plazo razonable. Igualmente en su Sentencia de 16 de julio de 2009, *Der Grüne Punkt*, asunto C-385/07 P, Rec. 2009, p. I-6155, el TJUE declaró que un procedimiento de competencia ante el Tribunal General de una duración de cinco años y diez meses violaba el principio de la duración razonable del procedimiento, principio recogido no sólo en el artículo 47.2 CDFUE, sino también en el artículo 6 CEDH.

¹⁰⁹¹ Sentencia de 29 de octubre de 1980, *Van Landewyck y otros c. Comisión*, asuntos acumulados C-209/78 a 215/78 y 218/78, Rec. 1980, p. 3125, apartado 81: *“En efecto, la Comisión, pese a estar obligada a respetar las garantías de procedimiento contempladas por el Derecho comunitario - garantías, que, según se desprende de todo lo precedente, se respetaron en el presente caso-, no puede considerarse un «tribunal» a efectos del artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos”*. Una de las principales dudas es si la deferencia que tanto el Tribunal General como el TJUE muestran hacia el análisis económico llevado a cabo por la Comisión Europea en este tipo de procedimientos, así como el limitado alcance de su escrutinio jurisdiccional, podrían justificarse por la necesaria experiencia profesional que atesora la Comisión Europea para imponer estas medidas sancionadoras y por el margen de discrecionalidad administrativa requerido para la persecución de objetivos amplios de política económica. Solo el TEDH podrá dictaminar si este caso de *judicial self-restraint* debido a la deferencia hacia la Comisión Europea, por los motivos señalados, satisface las exigencias del derecho de acceso pleno y efectivo a un tribunal imparcial e independiente en los términos del artículo 6.1 CEDH. Sobre estas cuestiones, M. SIRAGUSA, “Annulment proceedings in antitrust cases (articles 101 and 102 TFEU) -Standard of judicial review over substantive issues” en M. MEROLA, J. DERENNE (eds.), *The Role of the Court of Justice of the European Union in Competition Law Cases*, GCLC Annual Conference Series, Colegio de Europa, Bruylant, Bruselas, 2012, pp. 135-137.

¹⁰⁹² Sentencia de 18 de octubre de 1989, *Orkem c. Comisión*, cit. *supra*, apartado 31.

¹⁰⁹³ D. SLATER, D. WAELBROECK, “ ‘Marginal Review’ by the European Court of Justice in Competition cases and its compatibility with fundamental rights”, en M. MEROLA, J. DERENNE (eds.),

General carece de efecto suspensivo del pago inmediato de la multa impuesta mediante la Decisión de la Comisión Europea: ello salvo que la ejecución inmediata de la multa suponga un perjuicio irreparable, por ejemplo, por amenazar la subsistencia de la propia empresa¹⁰⁹⁴, o bien cuando su ejecución inmediata impida a la empresa acceder a la justicia¹⁰⁹⁵. Únicamente en tales supuestos excepcionales, cuya concurrencia debe demostrar la sociedad recurrente, sería dispensada de la obligación de prestar una garantía bancaria como alternativa al pago inmediato de la multa impuesta. Éstas y otras cuestiones sobre la aplicación por el ejecutivo comunitario del Derecho de la Competencia que han sido apuntadas como dudosas desde el punto de vista del CEDH (respeto a los principios *nullum crimen, nulla poena sine lege*, no aplicación retroactiva de normas sancionadoras penales o el principio de legalidad penal –artículos 7 CEDH y 49 CDFUE-¹⁰⁹⁶) pueden clarificarse indagando en la jurisprudencia del TEDH, pese a que éste no haya tenido ocasión de pronunciarse *in concreto* sobre el respeto a las garantías que el CEDH ofrece en este tipo de procedimientos. No obstante, la respuesta definitiva aparecerá con la adhesión¹⁰⁹⁷. El TJUE, por su parte, recientemente ha tenido ocasión de convalidar tanto el margen de apreciación otorgado a la Comisión Europea en relación con las apreciaciones económicas complejas que efectúa en estos procedimientos, como la suficiencia del control de

The Role of the Court of Justice of the European Union in Competition Law Cases, GCLC Annual Conference Series, Colegio de Europa, Bruylant, Bruselas, 2012, pp. 286-292.

¹⁰⁹⁴ F. CASTILLO DE LA TORRE, “Interim Measures in Community Courts: Recent Trends”, *Common Market Law Review*, Vol. 44, nº 2, 2007, pp. 273-353.

¹⁰⁹⁵ Auto del TJUE de 15 de diciembre de 2000, *Cho Yang Shipping c. Comisión*, asunto C-361/00 P(R), Rec. 2000, p. I-11657.

¹⁰⁹⁶ Téngase en cuenta que uno de los aspectos donde mayor influencia ha ejercido el Derecho de la Unión Europea en la jurisprudencia del TEDH radica precisamente en la inclusión dentro del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* de la aplicación retroactiva de la norma penal más leve. Véase la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 17 de septiembre de 2009, *Scoppola c. Italia (Nº 2)*, Recurso nº 10249/03, apartado 105. En esta decisión el TEDH se inspiró tanto en el artículo 49 CDFUE como en la Sentencia del TJUE de 3 de mayo de 2005, *Berlusconi y otros*, *cit. supra*, apartados 67-68. Véase D. ANDERSON, C. C. MURPHY, “The Charter of Fundamental Rights”, *op. cit.*, p. 177. Sabido es que el TEDH recurrió a la CDFUE como criterio hermenéutico aun cuando ésta era una declaración interinstitucional carente de un valor jurídico vinculante directo. Sobre el empleo de la CDFUE en la jurisprudencia del TEDH puede verse, L. BURGORGUE-LARSEN, “Le destin judiciaire strasbourgeois de la Charte des Droits Fondamentaux de l’Union Européenne. *Vices et Vertus* du Cosmopolitisme Normatif”, *op. cit.*, pp. 145-173. Desde luego esta perspectiva, de interés creciente, sobre las intersecciones entre el CEDH y el Derecho de la Unión Europea en materia de derechos fundamentales, esto es, sobre la influencia del Derecho de la Unión en el sistema de Estrasburgo es la que ha recibido una menor atención por parte de la doctrina en términos cuantitativos hasta la fecha.

¹⁰⁹⁷ J. M. CORTÉS MARTÍN, “Adhesión al CEDH y autonomía del Derecho de la Unión. Legitimación pasiva de la Unión y sus miembros y compatibilidad material”, *loc. cit.*, pp. 41-46.

legalidad que efectúan los órganos jurisdiccionales de la Unión (Tribunal General y TJUE) desde el punto de vista del respeto a los derechos fundamentales recogidos en el artículo 47 CDFUE (el derecho de defensa, el principio de igualdad de armas, el derecho de acceso a los tribunales y el derecho a ser asesorado, defendido y representado). El TJUE consideró que el artículo 47 CDFUE no se opone a que la Comisión Europea entablase, en representación de la Unión, ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros (en este caso ante los tribunales belgas) una acción civil de indemnización en relación con los perjuicios irrogados a la Unión en virtud de un cártel entre los cuatro principales fabricantes europeos de ascensores y escaleras mecánicas, que había sido considerado previamente como contrario al artículo 101 TFUE por la propia Comisión Europea. El TJUE considera que el papel que la Comisión Europea en la instrucción y sanción de las infracciones al Derecho de la libre competencia, no menoscaba, en los procedimientos ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros el principio de igualdad de armas, ni tampoco convierte a la Comisión Europea en juez y parte en su propia causa (no se infringe el principio *nemo iudex in sua causa*)¹⁰⁹⁸. Será el TEDH a quien corresponderá despejar definitivamente los interrogantes.

3-Otro posible punto débil del Derecho de la Unión, desde el punto de vista del respeto a los derechos recogidos en el CEDH, tiene que ver con el gran margen de flexibilidad que la jurisdicción comunitaria otorga a las instituciones de la Unión -especialmente a la Comisión Europea- para que gocen de idéntica libertad de negociación a la de sus socios comerciales en el seno de la OMC. Dicha flexibilidad se traduce en la denegación de eficacia directa en el ordenamiento jurídico de la Unión al derecho de la OMC así como en la reticencia al reconocimiento de responsabilidad extracontractual de la Unión por conductas internacionalmente ilícitas o lícitas en situaciones como las que condujeron a los asuntos *FIAMM* o *Biret International*¹⁰⁹⁹. El

¹⁰⁹⁸ Sentencia de 6 de noviembre de 2012, *Comunidad Europea c. Otis NV y otros*, asunto C-199/11, (pendiente de publicación), Rec. 2012.

¹⁰⁹⁹ Sentencias del TJUE de 9 de septiembre de 2008, *FIAMM c. Consejo y Comisión*, cit. supra; y de 30 de septiembre de 2003, *Biret International c. Consejo*, cit. supra. Igualmente debe verse la Decisión del TEDH de 9 de diciembre de 2008, *Biret International c. 15 Estados miembros de la Unión Europea*, cit. supra, donde el TEDH se declaró incompetente *ratione personae* en relación con la pretendida responsabilidad extracontractual de la entonces Comunidad al no haberse adherido ésta al CEDH.

TEDH está llamado a pronunciarse en un juicio de ponderación entre el interés general perseguido por las instituciones de la Unión y las restricciones establecidas a algunos de los derechos fundamentales de los particulares en estos asuntos (posiblemente del derecho a la propiedad del artículo 1 del Protocolo Adicional nº 1 al CEDH o del derecho a un recurso efectivo del artículo 13 CEDH), para determinar si tales restricciones son admisibles y proporcionadas para la persecución de un fin legítimo a la luz del CEDH¹¹⁰⁰.

4- Desde el prisma del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH, también puede resultar problemático el limitado alcance de la jurisdicción del TJUE en los dominios de la PESC¹¹⁰¹. Ello pese al indudable progreso que el nuevo artículo 275 TFUE introduce al contemplar la jurisdicción del TJUE sobre las medidas restrictivas adoptadas contra personas físicas o jurídicas. Claro que el resto de aspectos de la PESC y de la PCSD quedan excluidos de la jurisdicción del TJUE, en particular, el control del respeto a los derechos fundamentales en el despliegue de operaciones de mantenimiento de la paz bajo control efectivo de la Unión Europea con las capacidades civiles y militares puestas a su disposición por los Estados miembros (artículos 42. 1, 2 y 3 TUE). No debe descartarse que a los ojos del TEDH sea la Unión y no los Estados miembros quien ejerce su jurisdicción en el sentido del artículo 1 CEDH en estos supuestos cuando lleva a cabo una operación militar con fundamento en el artículo 42. 1 TUE. Este resultado sería de esperar si el TEDH sigue su línea de razonamiento ya examinada en el asunto *Behrami y Saramati*, donde consideró que el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas tenía la autoridad y control último sobre los poderes de la KFOR, siendo su acción en principio atribuible a la ONU¹¹⁰². Por tanto, el TEDH no estaría en ningún caso sujeto a las constricciones que la jurisdicción del TJUE presenta en estos ámbitos por voluntad de los Estados miembros. En aplicación de su

¹¹⁰⁰ J. MALENOVSKY, “L’enjeu délicat de l’éventuelle adhésion de l’Union européenne à la Convention européenne des droits de l’homme: des graves différences dans l’application du droit international, notamment général, par les juridictions de Luxembourg et Strasbourg”, *Revue Générale de Droit International Public*, Vol. 113, nº 4, 2009, p. 782. Asimismo, J. M. CORTÉS MARTÍN, “Sur l’adhésion à la CEDH et la sauvegarde de l’autonomie de l’ordre juridique de l’Union dans l’identification du défendeur pertinent : le mécanisme du codéfendeur”, *loc. cit.*, pp. 619-620.

¹¹⁰¹ Véase H. LABAYLE, “Droits de l’homme et sécurité intérieure de l’Union européenne, l’équation impossible”, *Revue des Affaires Européennes*, 2006, pp. 93-109.

¹¹⁰² Decisión de la Gran Sala del TEDH de 2 de mayo de 2007, *Behrami y Saramati c. Francia, Alemania y Noruega*, *cit. supra*, apartado 133.

jurisprudencia sobre el alcance extraterritorial de las obligaciones dimanantes del CEDH¹¹⁰³, resulta perfectamente plausible que el TEDH considere que la Unión ejerce su jurisdicción¹¹⁰⁴ en el marco de la operación militar *Atalanta* destinada a contribuir a la disuasión, prevención y la represión de los actos de piratería y del robo a mano armada frente a las costas de Somalia, así como a detener y transferir a las personas que hayan participado en tales actos para que sean juzgadas¹¹⁰⁵. Por su parte, el TEDH ha avalado en el asunto *Medvedyev y otros c. Francia* que las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982 relativas a la lucha contra la piratería en alta mar, en la medida en que estipulan el principio de jurisdicción universal como excepción al principio de la jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón, constituyen una base legal suficiente para la privación de libertad personal a los efectos del artículo 5.1 CEDH¹¹⁰⁶.

5- Hasta la fecha el TEDH ha considerado que a los efectos de determinar, si un procedimiento judicial en un Estado miembro de la Unión Europea respeta las exigencias del derecho a un proceso equitativo dentro de un plazo razonable (artículo 6.1 CEDH), no debe computarse la duración de un eventual procedimiento prejudicial ante el TJUE. Habida cuenta de que durante la tramitación y resolución de la cuestión prejudicial el procedimiento judicial principal ante el Estado miembro permanece suspendido y de que, según las estadísticas del propio TJUE, la duración media de la tramitación y resolución de una cuestión prejudicial en 2011 se situaba en 16,4 meses¹¹⁰⁷, tras la

¹¹⁰³ Deben verse, *inter alia*, las Sentencias de la Gran Sala del TEDH de 7 de julio de 2011, *Al-Jedda c. Reino Unido*, *cit. supra*; así como la recaída en idéntica fecha en el asunto *Skeini y otros c. Reino Unido*, Recurso nº 55721/07. Véase C. RYNGAERT, “Clarifying the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights. Al-Skeini and others v United Kingdom App No 55721/07 (ECtHR, 7 July 2011)”, *Utrecht Journal of International and European Law*, Vol. 28, nº 74, 2012, pp. 57-60.

¹¹⁰⁴ En este sentido resulta ilustrativo el estudio de S. PIEDIMONTE BODINI, “Fighting Maritime Piracy under the European Convention on Human Rights”, *European Journal of International Law*, Vol. 22, nº 3, 2011, pp. 829-848.

¹¹⁰⁵ Decisión 2012/174/PESC del Consejo, de 23 de marzo de 2012, por la que se modifica la Acción Común 2008/851/PESC relativa a la Operación Militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la disuasión, prevención y represión de los actos de piratería y del robo a mano armada frente a las costas de Somalia, *cit. supra*.

¹¹⁰⁶ Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 29 de marzo de 2010, *Medvedyev y otros c. Francia*, Recurso nº 3394/03, apartado 85.

¹¹⁰⁷ TJUE, Comunicado de Prensa nº 14/12, *Estadísticas judiciales 2011: nuevo récord del número de asuntos interpuestos y resueltos ante los tres órganos jurisdiccionales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Luxemburgo, 17 de febrero de 2012, disponible en: <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-02/cp120014es.pdf>

adhesión debe ser el TEDH quien se pronuncie indefectiblemente sobre la compatibilidad de esta práctica con el artículo 6.1 CEDH. Con anterioridad a la adhesión, el TEDH se ha mostrado cauteloso sobre este extremo para respetar la especificidad del Derecho de la Unión y no desvirtuar el funcionamiento del mecanismo prejudicial. Lógicamente, la incógnita será desvelada tras la adhesión¹¹⁰⁸.

En el año 2009, la duración media de la tramitación y resolución de cuestiones prejudiciales fue de 17,1 meses, y en 2008, de 16,4 meses, véase R. ALONSO GARCÍA, “Lisboa y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Working Papers on European Law and Regional Integration*, n° 1, 2010, pp. 19-20.

¹¹⁰⁸ “*En ce qui concerne la procédure devant la Cour de justice des Communautés européennes, la Cour note que le tribunal de grande instance d’Athènes décida, le 3 août 1993, de saisir la Cour de justice qui rendit son arrêt le 12 mars 1996. Pendant cette période, l’examen des actions litigieuses fut suspendu, ce qui entraîna un allongement des procédures de deux ans, sept mois et neuf jours. La Cour ne saurait cependant la prendre en considération dans l’appréciation de la durée de chaque procédure particulière: même si ce délai peut à première vue paraître relativement long, en tenir compte porterait atteinte au système institué par l’article 177 du traité CEE et au but poursuivi en substance par cet article*”, véase la Sentencia del TEDH de 26 febrero de 1998, *Pafitis y otros c. Grecia*, Recurso n° 163/1996/782/983 .

3. La aplicación en el ordenamiento de la Unión Europea mediante actos jurídicos autónomos de un tratado internacional sobre derechos humanos en que todos sus Estados miembros son parte: el caso de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

3.1 La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y otros instrumentos internacionales y europeos relevantes para la protección de los derechos de la infancia en el ordenamiento de la Unión Europea.

En 2006, la Comisión Europea, en su Comunicación titulada “*Hacia una Estrategia de la Unión Europea sobre los Derechos de la Infancia*”, señaló que la Unión Europea “*deberá tomar plenamente en consideración las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas*” en todas sus esferas de competencia¹¹⁰⁹.

Del mismo modo en 2011, la Comisión Europea ha adoptado una nueva Comunicación denominada “*Una Agenda de la UE en pro de los Derechos del Niño*”, en la que la Comisión Europea ha mostrado su compromiso de velar por el respeto hacia las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño en todas las políticas y acciones de la Unión Europea¹¹¹⁰.

Dada la función de la Comisión Europea como titular de la iniciativa normativa en numerosas áreas del derecho derivado de la Unión, su papel en la negociación de acuerdos internacionales, así como su entidad de garante -junto con el TJUE- del respeto a las disposiciones del Derecho de la Unión, puede decirse que estos dos actos preparatorios de la Unión son indiciarios de una voluntad de dar aplicación a las obligaciones derivadas de la Convención sobre los Derechos del Niño en aquellas áreas donde la Unión tiene competencia. La voluntad política de implementar plenamente la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño en el ordenamiento de la Unión no es privativa de la Comisión Europea, también está presente en los

¹¹⁰⁹ Comunicación de la Comisión, Hacia una Estrategia de la Unión Europea sobre los Derechos de la Infancia, de 4 de julio de 2006, COM (2006) 367 final, p. 3.

¹¹¹⁰ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo, y al Comité de las Regiones, Una Agenda de la UE en pro de los Derechos del Niño, de 15 de febrero de 2011, COM(2011) 60 final.

colegisladores Parlamento Europeo y Consejo de la Unión, y más sorprendentemente, en las prioridades del Consejo Europeo para el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia para el periodo 2010-2014¹¹¹¹. Esta obligación de la Unión Europea de respetar los derechos del niño no le confiere una competencia general en esta área. No obstante, pese a la ausencia de una competencia general, como se verá, la Unión puede orientar su acción a la promoción de los derechos del niño, tanto hacia el interior de sus Estados miembros, como hacia el exterior, partiendo de distintas bases jurídicas existentes en su Derecho originario. Para ello cuenta con diferentes instrumentos como la acción normativa, el *soft law*, la asistencia financiera o el diálogo político¹¹¹².

La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño -en adelante la Convención o simplemente la CDN- fue adoptada por consenso en la Asamblea General de Naciones Unidas y abierta a la firma y ratificación, durante su 44º Período de Sesiones, en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989¹¹¹³. El alcance de aceptación geográfica de este tratado internacional que cuenta con 193 Estados contratantes, con las notables excepciones de Somalia y Estados Unidos únicamente signatarios, lo convierte en un instrumento de auténtico carácter universal¹¹¹⁴.

¹¹¹¹ “Los derechos del niño, en concreto el principio de que el mayor interés del niño es el derecho del niño a la vida, la supervivencia y el desarrollo, la no discriminación y el respeto por el derecho de los niños a expresar sus opiniones y a ser genuinamente escuchados en todos los asuntos que les afecten según su edad y nivel de desarrollo, según se establece en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, afectan a todas las políticas de la Unión. Deben tenerse en cuenta de forma sistemática y estratégica, con objeto de llegar a un planteamiento integrado”, Consejo Europeo, Programa de Estocolmo -Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano-, D.O.U.E. Serie C 115/1, de 4 de mayo de 2010.

¹¹¹² Comunicación de la Comisión, Hacia una Estrategia de la Unión Europea sobre los Derechos de la Infancia, *cit. supra*, pp. 3-4.

¹¹¹³ Véanse, N. FERNÁNDEZ SOLA, *La protección internacional de los derechos del niño*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1994; así como F. ALDECOA LUZÁRRAGA, J-J. FORNER DELAYGUA (dirs.), E. GONZÁLEZ BOU, N. GONZÁLEZ VIADA (coords.), *La protección de los niños en el derecho internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

¹¹¹⁴ Por el momento los Estados son los únicos habilitados para adherirse a este tratado internacional. También debe tenerse en cuenta la voluminosa cuantía de reservas y declaraciones de alcance general que han realizado los Estados parte al ratificar esta Convención. Debe llamarse la atención sobre algunas reservas formuladas por algunos Estados islámicos, como Pakistán o Irán, que han sido consideradas como contrarias al objeto y fin de la CDN por algunos Estados miembros de la Unión, como Dinamarca o Países Bajos, por ejemplo, que han planteado objeciones a las mismas. Se trata de reservas de alcance indeterminado y general, que no se ciñen a ningún precepto en particular de la CDN, y que establecen que la CDN deberá interpretarse y aplicarse en conformidad con los principios derivados de las leyes y valores del Islam. Una limitación derivada de que la Unión Europea no se convierta en parte contratante de la CDN radica en la imposibilidad que tiene de formular reservas a la CDN, coordinar las reservas y declaraciones de sus Estados miembros, y sobre todo en la imposibilidad de coordinar las objeciones que sus Estados miembros efectúan ante reservas contrarias al objeto y fin de la CDN, así como, de llevar a cabo ella misma tales objeciones. Con carácter general debe verse sobre la reacción a las reservas contrarias al objeto y fin de los tratados de derechos humanos, F. COULÉE, “À propos d’une controverse

Sin duda estamos ante uno de los tratados internacionales que reflejaría, además, normas de derecho consuetudinario, de acuerdo con la jurisprudencia de la CIJ en el asunto relativo a la *Plataforma Continental del Mar del Norte*: ya que pueden integrar el cuerpo del derecho consuetudinario general las normas contenidas en tratados internacionales en los que una mayoría amplia y representativa de Estados de la Comunidad internacional se ha convertido en parte contratante¹¹¹⁵.

Por tanto algunas de las disposiciones contenidas en la CDN podrían superar el efecto relativo de los tratados, de acuerdo con el artículo 38 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, al contener normas de valor consuetudinario. Incluso se sostiene que algunas de las normas de la Convención son simplemente inderogables e imperativas, ya que pese a no tener una aceptación plenamente ecuménica sí resultan observadas y acatadas por una amplia y representativa mayoría de los órdenes jurídicos internos: la prohibición de pena de muerte y de prisión a perpetuidad a menores de 18 años; la prohibición del tráfico, venta o trata de niños; la prohibición de las peores formas de trabajo infantil; la prohibición de participación de menores de 18 años en conflictos armados; la mutilación genital femenina; la prohibición de la tortura, así como de tratos crueles, inhumanos o degradantes a los niños; la obligada atención al interés superior del niño en todos los asuntos que le afecten, etc.¹¹¹⁶.

Lógicamente la ratificación de la CDN, o el carácter consuetudinario o incluso imperativo de sus disposiciones no se traduce en una garantía automática de su cumplimiento¹¹¹⁷: por ejemplo, se estima que en el mundo en torno a 190 millones de

autor d'une codification en cours: les réactions aux réserves incompatibles avec l'objet et le but des traités de protection des droits de l'homme", en *Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan - Libertés, Justice, Tolérance-*, Vol. I, Bruylant, Bruselas, 2004, pp. 501-521.

¹¹¹⁵ Sentencia de la CIJ de 20 de febrero de 1969, *Plataforma Continental del Mar del Norte (República Federal de Alemania c. Dinamarca)*, cit. supra, p. 42, apartado 73.

¹¹¹⁶ M. R. CARMONA LUQUE, *La Convención sobre los Derechos del Niño. Instrumento de progresividad en el derecho internacional de los derechos humanos*, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 389-398.

¹¹¹⁷ El Comité de Derechos del Niño subraya la idea de que ni la ratificación de la CDN ni el reconocimiento, incluso a nivel constitucional, bastan para conseguir la plena implementación de los derechos que este tratado internacional tutela: "*Algunos Estados han indicado al Comité que la inclusión en su Constitución de garantías de los derechos para "todos" es suficiente para garantizar el respeto de esos derechos en el caso de los niños. El criterio para saber si es así consiste en determinar si, en el caso de los niños, los derechos aplicables tienen efectividad realmente y se pueden invocar directamente ante los tribunales. El Comité acoge con satisfacción la inclusión de artículos sobre los derechos del niño en las constituciones nacionales, reflejando así los principios clave de la Convención, lo que contribuye a subrayar la idea esencial de la Convención: que los niños, al igual que los adultos, son titulares de los derechos humanos. Sin embargo, esa inclusión no garantiza automáticamente que se respeten los derechos de los niños. A fin de promover la plena aplicación de esos derechos, incluido, cuando proceda, el ejercicio de los derechos por los propios niños, puede ser necesario adoptar disposiciones adicionales,*

niños entre los 5 y 14 años están empleados en algún tipo de actividad económica, o que alrededor de 300.000 menores de 18 años están reclutados como soldados en algún tipo de conflicto armado¹¹¹⁸. Por fortuna, la infracción de las normas no desmiente su juridicidad ni afecta negativamente a su obligatoriedad, al no llegar su magnitud a erigir en regla obligatoria su negación. Como señaló la CIJ en el asunto relativo a *las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* la juridicidad de la norma no se ve afectada siempre que los Estados conduzcan de modo general su conducta con arreglo a la norma y traten los comportamientos contrarios a ésta como una violación de la norma y no como la afirmación consciente y voluntaria de una nueva norma¹¹¹⁹.

Aunque la Unión Europea entronca su voluntad de proteger los derechos del niño con la lucha contra la exclusión social y la discriminación en su derecho originario (artículo 3.3 TUE), la realidad demuestra la existencia de elevados índices de pobreza infantil en algunos de sus Estados miembros que se están viendo agravados por la prolongada situación de crisis económica y los programas de austeridad empleados para paliar sus consecuencias.

Como UNICEF pone de manifiesto en un informe de 2012, la pobreza infantil no sólo es un problema que tiende a cronificarse para los derechos básicos de aquéllas personas que la padecen, sino que se trata de un problema que aflige a las sociedades donde aquélla está presente: el Estado obtiene un menor retorno por su inversión en educación, ello genera una tendencia a la reducción del gasto público en educación con la consiguiente pérdida de productividad e incremento de las posibilidades de desempleo y futura dependencia de la estructura de protección social, aumentando por ello los costes del sistema de protección social y deteriorándose la cohesión social¹¹²⁰. La Comisión Europea ha alertado recientemente a España sobre los elevados niveles que la tasa de pobreza infantil ha alcanzado (26,2%), a su juicio, debido al insuficiente efecto redistributivo de su sistema de protección social¹¹²¹.

legislativas o de otra índole”, debe verse, Observación General Nº 5, Comité de Derechos del Niño, *Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)*, 34º Período de Sesiones, 2003, CRC/GC/2003/5, apartado 21, p. 8.

¹¹¹⁸ A. FAGAN, *The Atlas of Human Rights. Mapping violations of freedom around the globe*, Myriad Ed., Brighton, 2010, pp. 88-91.

¹¹¹⁹ Sentencia de la CIJ de 27 de junio de 1986, *Asunto de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y en contra de Nicaragua*, *cit. supra*, apartado 186.

¹¹²⁰ UNICEF, *Measuring child poverty. New league tables of child poverty in the world's rich countries*, 2012, p. 27, disponible en: <http://www.unicef-irc.org/publications/660>

¹¹²¹ Comisión Europea, Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión, Evaluación del programa nacional de reforma y del programa de estabilidad de España para 2012 que acompaña al documento Recomendación de Recomendación del Consejo relativa al programa nacional de reforma de 2012 de

Estos datos evidencian la necesidad del enfoque holístico que preside la CDN, que retomó el espíritu de la Declaración Universal de Derechos Humanos, superando la división entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales que había sido instaurada por los Pactos de 1966, y que refleja las ideas de universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos cristalizadas posteriormente en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993¹¹²². De este modo los postulados de la CDN se ajustan a los principios que deben guiar la acción exterior de la Unión según el artículo 21.1 TUE y coinciden con aquellos que encarna la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) ya concluida por la Unión en 2010. La CDN comparte con la CDPD su tendencia a ahondar hacia la denominada *pluralización, sectorialización o especificación* de los derechos humanos, ya que ambas consolidan regímenes convencionales que tutelan los derechos humanos de categorías humanas particulares que presentan especiales necesidades de atención y protección, es decir, junto con los derechos humanos generales o comunes a toda categoría humana se protegen en estos instrumentos los derechos humanos requeridos por la especial situación de las personas pertenecientes a estas categorías (niños y personas con discapacidad, respectivamente)¹¹²³.

3.1. a) Relevancia de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y de otros instrumentos internacionales en el ordenamiento de la Unión Europea. Las novedades del Tratado de Lisboa.

¿Por qué se estudia en el presente trabajo la Convención sobre los Derechos del Niño? Deben indicarse diversas razones:

- a) En primer lugar, se trata de un acuerdo internacional concluido por todos los Estados miembros y, retomando lo visto en el Capítulo II, nos permitirá apreciar la virtualidad y estatus en el ordenamiento jurídico de la Unión de un tratado de derechos humanos concluido por todos los Estados miembros *in*

España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el programa de estabilidad actualizado de España para 2012-2015, Bruselas, 30 de mayo de 2012, SWD (2012) 310 final, p. 22, disponible en: http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/nd/swd2012_spain_es.pdf

¹¹²² Declaración y el Programa de Acción de Viena fueron aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, *cit. supra*.

¹¹²³ Véase J. FERRER LLORET, S. SANZ CABALLERO (coords.), *Protección de personas y grupos vulnerables: especial referencia al derecho internacional y europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

concreto, evidenciando su mayor aplicabilidad con respecto a tratados internacionales de derechos humanos que no son comunes a todos los Estados miembros. Se puede adelantar que el papel que la CDN desempeña en el ordenamiento de la Unión no se limita al de mera fuente de inspiración para la concreción de los derechos fundamentales tutelados bajo la fórmula de principios generales.

- b) En segundo lugar, hasta la fecha no se ha planteado seriamente la posibilidad ni hay indicios de la existencia de la voluntad necesaria para que la Unión Europea se adhiera formalmente a la CDN. Ciertamente es que en el momento de la adopción de su texto, a diferencia de lo que sucede en la más reciente CDPD, no se previó la posibilidad de que una organización regional de integración llegase a ser parte contratante (artículo 48). No obstante, la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo ha recomendado en 2012 que la Unión se adhiera a la CDN, bien mediante una declaración unilateral expresando su compromiso de adherirse a las disposiciones de la Convención, bien mediante la conclusión de un tratado internacional con el resto de partes contratantes en la CDN¹¹²⁴. En este caso, a través del propio tratado o de algún mecanismo informal podría buscarse la sujeción de la Unión Europea al escrutinio del Comité de los Derechos del Niño, dentro del ámbito de aplicación de la Convención. Los pros y contras de esta opción, hasta la fecha prácticamente en exclusiva de carácter teórico y doctrinal, fueron expuestos en el Capítulo I de este trabajo.
- c) La reforma del Derecho originario llevada a cabo por el Tratado de Lisboa, sin introducir una competencia sustantiva de la Unión Europea en relación con los derechos del niño, ha situado su protección y promoción, tanto en el interior como en sus relaciones con el resto del mundo, entre los objetivos capitales de la Unión (artículos 3.3 y 3.5 TUE). Esta introducción tiene inmediatas repercusiones en la competencia externa de la Unión para adherirse tanto a la CDN como a sus Protocolos Facultativos, ya que podría servirse de la cláusula de imprevisión competencial prevista en el artículo 352 TFUE, como se razonó en el Capítulo I del presente trabajo. Aunque, como se ha dicho, la

¹¹²⁴ Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo, *EU Framework of Law for Children's Rights*, Bruselas, 2012, p. 27, disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/committees/es/libe/studiesdownload.html?languageDocument=EN&file=72971>

ausencia de la voluntad política necesaria hasta la fecha relega esta opción a la categoría de mera posibilidad hipotética. No obstante, con vistas a la preparación de una nueva Estrategia sobre los Derechos del Niño, la Presidencia Belga del Consejo de la Unión Europea invitó en 2010 a la Comisión a preparar una opinión sobre la adhesión de la Unión a la CDN, aprovechando la experiencia de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, probablemente en forma de declaración unilateral, opción que ha recibido el beneplácito del Comité de Derechos del Niño¹¹²⁵.

- d) La Convención sobre los Derechos del Niño, al margen de que contenga normas de carácter consuetudinario a las que la Unión está vinculada en tanto que Derecho internacional general y cuyo respeto promueve en su acción exterior, constituye un ejemplo de tratado internacional -concluido por todos sus Estados miembros- al que sin convertirse en parte contratante la Unión se ha propuesto dar aplicación en su ordenamiento mediante actos jurídicos autónomos. La CDN se estudia e ilustra en el presente Capítulo, como contraste, frente a los dos tratados internacionales estudiados en el Capítulo I centrado en la fase ascendente relativa a la vinculación y contribución de la Unión al desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos: es decir, el CEDH que es un tratado internacional cuya conclusión está pendiente, y la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad concluida en 2010 por la Unión y cuya recepción y aplicación se abordó en el apartado 1 del presente Capítulo. Lógicamente, el principal inconveniente de esta aplicación autónoma de la CDN en el ordenamiento de la Unión es que aquella no podrá estar sujeta al deseable escrutinio externo por parte del Comité de los Derechos del Niño de forma directa, esto es, sin la atribución mediata de una eventual infracción a los Estados miembros.

La CDN se vio completada el 25 de mayo de 2000 con dos Protocolos Facultativos adoptados mediante la Resolución 54/263 de la Asamblea General de Naciones Unidas: el Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la

¹¹²⁵ Save the Children, *Governance fit for Children. To what extent have the general measures of implementation of the UNCRC been realized in the EU Institutions?*, Bruselas- Estocolmo, 2011, p. 14, disponible en:

<http://resourcecentre.savethechildren.se/content/library/documents/governance-fit-children-what-extent-have-general-measures-implementation--0>

utilización de niños en la pornografía, y el Protocolo Facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados. Ninguno de ellos ha sido ratificado por la totalidad de los Estados miembros: en el primero de ellos se echa en falta a la República Checa; mientras que en el segundo, Estonia ha rehusado hasta la fecha convertirse en parte contratante. Como se razonó en el apartado 4.3 del Capítulo II, tanto el artículo 53 CDFUE como el TJUE parecen privilegiar los acuerdos internacionales relativos a derechos humanos concluidos por todos los Estados miembros frente a aquellos donde una inmensa mayoría de los Estados miembros es parte. No obstante, como se verá, ello no impide que las normas contenidas en el ámbito material de ambos Protocolos hayan recibido cierto desarrollo en el derecho derivado de la Unión. Debe tenerse en cuenta que la lista de Protocolos Facultativos a la CDN no está cerrada ni es definitiva, en este sentido, un nuevo Protocolo Facultativo que pretende habilitar al Comité de Derechos del Niño para examinar comunicaciones individuales quedó abierto a la firma el 28 de febrero de 2012, habiendo recibido hasta la fecha tan solo la firma de algunos de los Estados miembros entre los que se encuentra España¹¹²⁶.

Otra de las grandes novedades sustanciales que incorpora el Tratado de Lisboa ha sido elevar a rango de Derecho primario el contenido de la CDFUE, donde se encuentran disposiciones de enorme utilidad para la protección de los derechos del niño, que son en buena medida tributarias y herederas de la CDN así como de otros tratados internacionales: éste es el caso del artículo 14 CDFUE relativo al derecho a la educación; de su artículo 32 relativo a la prohibición del trabajo infantil y la protección de los jóvenes en el trabajo; y especialmente del artículo 24 CDFUE en cuyo apartado 2 se introduce uno de los principios estructurales de la CDN, “*el interés superior del niño*”¹¹²⁷.

El caso de los niños con discapacidad representa un claro ejemplo de sinergia entre los campos de acción de la CDN y la CDPD, además ilustra la necesidad de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos. En este sentido el artículo 7 de la CDPD, que forma parte plenamente integrante del ordenamiento jurídico de la Unión, resulta de especial importancia a la hora de complementar e implementar las disposiciones de la CDN en el ordenamiento de la Unión. En particular, el artículo 7

¹¹²⁶ El Protocolo Facultativo fue adoptado mediante la Resolución de la AGNU 66/638, el 19 de diciembre de 2011, A/RES/66/138.

¹¹²⁷ Véase el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

CDPD opera como *lex specialis* frente al artículo 23 CDN y viene a actualizarlo, ya que no resulta baladí desde el prisma de la CDPD que se hable en dicha disposición de *niño mental o físicamente impedido*, pues dicha terminología resulta claramente contraria al espíritu y enfoque social hacia la discapacidad que la CDPD refleja. El artículo 7 CDPD a su vez refleja la consideración primordial que debe recibir el interés superior del niño con discapacidad en todas aquellas actividades que le afecten, así como la necesidad de que la opinión de los niños con discapacidad sea tenida en cuenta en función de su edad y madurez, teniendo derecho a recibir la asistencia necesaria para el ejercicio de dicho derecho. Por su parte, la Unión deberá tener en cuenta, de forma inexcusable, la Observación General N° 9 del Comité de Derechos del Niño relativa a los derechos de los niños con discapacidad a la hora de implementar en su ordenamiento las disposiciones de la CDPD¹¹²⁸. Estas cuestiones muestran el grado de imbricación existente entre ambos tratados internacionales.

Debe recordarse que tanto la Unión como todos sus Estados miembros son partes en otro tratado internacional auspiciado por Naciones Unidas y con clara relevancia para la protección internacional de los derechos del niño, se trata del denominado *Protocolo de Palermo*: el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños¹¹²⁹. Sin duda este tratado constituye un complemento lógico con respecto al Protocolo Facultativo a la CDN relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, en la medida en que obliga a los Estados parte a tipificar y sancionar en su derecho interno como delito la trata de seres humanos. Además, el *Protocolo de Palermo* fija en su artículo 3.a) una definición precisa de qué conductas, como mínimo, deben integrar dicho tipo penal.

De nuevo encontramos en el ámbito regional europeo un importante ejemplo de la necesaria imbricación y cooperación entre sistemas jurídicos, en este caso para luchar

¹¹²⁸ Observación General N° 9, Comité de Derechos del Niño, *Los derechos de los niños con discapacidad*, 43° Período de Sesiones, 2006, CRC/C/GC/9. En dicha Observación General puede apreciarse como el Comité de Derechos del Niño deshecha la terminología del artículo 23 CDN mostrando su desuetud para acoger una terminología más acorde con la nueva CDPD a la sazón en fase de proyecto. Con carácter general sobre el papel del Comité de Derechos del Niño en el control de la aplicación de la CDN y en su interpretación puede verse, J. DHOMMEAUX, “Le rôle du Comité des droits de l’enfant dans le contrôle, l’interprétation et l’évolution de la Convention relative aux droits de l’enfant”, en Karel Vasak *Amicorum Liber, Human Rights at the Dawn of the Twenty-First Century*, Bruylant, Bruselas, 1999, pp. 553-580.

¹¹²⁹ Debe verse la Decisión del Consejo 2006/619/CE, de 24 de julio de 2006, relativa a la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada en lo que se refiere a las disposiciones del Protocolo, en la medida en que estas entran en el ámbito de aplicación de la parte III, título IV, del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, *cit. supra*.

contra la trata de seres humanos: en el asunto *Rantsev c. Chipre y Rusia*, el TEDH concluyó que tanto el artículo 3.a) del *Protocolo de Palermo* como el artículo 4.a) del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos de 2005 (CETS N° 197) debían subsumirse dentro del artículo 4 CEDH, relativo a la prohibición de la esclavitud, del trabajo forzado y de la servidumbre. De este modo, el TEDH concluyó que el artículo 4 CEDH entraña tanto una obligación positiva de proteger a las víctimas o posibles víctimas de trata (Chipre fue condenado por violación de esta obligación), como una obligación de carácter procesal de llevar a cabo una investigación efectiva en relación con las alegaciones de trata (por cuya infracción resultó condenada Rusia en este asunto)¹¹³⁰. Este ejemplo ilustra como una jurisdicción regional europea, el TEDH en este caso, puede aumentar de forma sustancial las garantías jurisdiccionales de un tratado internacional que procede del ámbito de Naciones Unidas. Ello con una posibilidad adicional de aumentar su eficacia, a través de la interpretación conforme y acorde que deberá recibir el artículo 5 CDFUE y de la que deberá dar cuenta el TJUE.

También dentro del sistema de Naciones Unidas encontramos numerosos tratados internacionales adoptados en el seno de la OIT que resultan de relevancia para la protección internacional de los derechos del niño, en el ámbito laboral, y que son, además, esgrimidos por la Unión Europea en su acción exterior como instrumento de condicionalidad, tal y como se vio en el apartado 4.1 del Capítulo I: se trata en particular del Convenio n° 138 de 1973 relativo a la edad mínima de admisión al empleo, así como del Convenio n° 182 de 1999 relativo a la prohibición de las peores formas de trabajo infantil. Ambos tratados cuentan con un elevado número de ratificaciones a nivel mundial y, lo que resulta de mayor interés, han sido ratificados por todos los Estados miembros de la Unión Europea¹¹³¹.

Por último, debe dejarse constancia de la existencia de un caso contencioso resuelto en 1958 por la CIJ (*asunto Boll*), que enfrentó a dos Estados miembros actuales de la Unión Europea (Países Bajos y Suecia), y que deja constancia del precario nivel de protección de los derechos del niño existente en aquella fecha en el Derecho internacional general. En este asunto el Gobierno de los Países Bajos cuestionaba la

¹¹³⁰ Sentencia de 7 de enero de 2010, *Rantsev c. Chipre y Rusia*, *cit. supra*.

¹¹³¹ El TJUE constató en su Dictamen 2/91, de 19 de marzo de 1993, *cit. supra*, la imposibilidad material de que la entonces Comunidad Europea pudiera convertirse en miembro de la OIT y ratificar los convenios adoptados en su ámbito, así como la necesidad de que Unión y Estados miembros cooperasen para dar una adecuada ejecución a los mismos.

compatibilidad de las medidas de educación protectora adoptadas por las autoridades suecas respecto de una niña de nacionalidad holandesa y residente en Suecia con el Convenio de la Haya de 1902, sobre ley aplicable a la tutela de menores. La CIJ consideró justificadas, por razón de orden público, las medidas adoptadas por las autoridades suecas, a la luz del Convenio de la Haya de 1902. La CIJ entendió que las medidas de educación protectora adoptadas por las autoridades suecas, no contravenían el Convenio de 1902, aun cuando su aplicación pudiera menoscabar indirectamente el derecho de custodia del tutor determinado de acuerdo con la ley nacional del menor¹¹³². De plantearse en nuestros días un caso con similares elementos fácticos y jurídicos muy posiblemente éste se hallaría dentro del ámbito de jurisdicción exclusiva del TJUE en virtud del artículo 344 TFUE.

3.1. b) Instrumentos adoptados en el ámbito del Consejo de Europa de interés para la protección de los derechos de la infancia en la Unión Europea.

En el ámbito del Consejo de Europa, encontramos en primer lugar la Carta Social Europea de 1961 (a la que alude por otra parte el artículo 151 TFUE)¹¹³³ cuyo artículo 7 se refiere a la protección de niños y jóvenes (que fija en 15 años la edad mínima de admisión al empleo¹¹³⁴), así como el artículo 17, entre otros, referido a la protección económica y social de madres y niños.

En segundo lugar, continuando con el Consejo de Europa, encontramos el Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos del niño, de 25 de enero de 1996, que no ha sido ratificado por todos los Estados miembros de la Unión y que está destinado a establecer derechos procesales para la realización del interés superior del niño en los procedimientos judiciales relativos al derecho de familia¹¹³⁵.

En tercer lugar, aparece el Convenio (CETS N° 197) sobre la lucha contra la trata de seres humanos adoptado el 16 de mayo de 2005 en Varsovia. Dicho tratado internacional está abierto a la posibilidad de que la Unión se convierta en parte contratante (artículo 42.1), posibilidad que de momento la Unión no ha ejercido. Del

¹¹³² Sentencia de la CIJ de 28 de noviembre de 1958, *Asunto relativo a la aplicación del Convenio de 1902 sobre la tutela de los menores*, Rec. 1958, p. 55.

¹¹³³ CETS N° 035.

¹¹³⁴ Nótese que el artículo 7.1 del Convenio n° 138 de la OIT permite a las autoridades nacionales autorizar en ciertos casos el trabajo en la franja de edad comprendida entre los 13 y 15 años.

¹¹³⁵ CETS N° 160, *cit. supra*. Éste únicamente ha sido ratificado a día de 13 de febrero de 2013 por Alemania, Austria, Chipre, Eslovenia, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Letonia, Polonia y República Checa.

mismo modo en conformidad con su artículo 43.1 el Comité de Ministros puede autorizar a terceros Estados no miembros del Consejo de Europa a convertirse en parte contratante, aunque de momento ninguno de los habilitados ha hecho uso de esta posibilidad: Bielorrusia, Canadá, el Estado de la Ciudad del Vaticano, Estados Unidos, Japón y México. Este tratado internacional muestra en sus artículos 39 y 40 el principio de “no regresión”, señalando su voluntad de no entorpecer los derechos y obligaciones que puedan derivarse para las partes contratantes de otros instrumentos internacionales en que sean o vayan a ser parte contratante cuando éstos garanticen una protección más amplia para las víctimas de trata. En particular el Convenio N° 197 manifiesta su voluntad de reforzar la protección contenida en el *Protocolo de Palermo*, así como de desarrollar sus disposiciones. Igualmente el artículo 40.3 de este tratado dispone que aquellos Estados parte que sean miembros de la Unión Europea, deberán regirse en sus relaciones mutuas, por el Derecho de la Unión en la materia, dejando a salvo claro está el objeto y fin del Convenio. Se trata de un tratado internacional ratificado por la inmensa mayoría de los Estados miembros, pero no por todos ellos¹¹³⁶. Este tratado internacional está provisto de un mecanismo de seguimiento encargado de velar por su aplicación efectiva: se trata del Grupo de expertos sobre la lucha contra la trata de seres humanos (GRETA), que en su segundo informe general de actividades ha vuelto a alentar a la Unión Europea para que ratifique este Convenio N° 197¹¹³⁷.

En cuarto lugar, dentro del ámbito regional europeo y de esta organización internacional se halla igualmente el Convenio para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007 (CETS N° 201). Este tratado internacional prevé en su artículo 45.1 la posibilidad de que la entonces Comunidad Europea, hoy su sucesora la Unión Europea, llegue a ser parte contratante. Además, en el Preámbulo de este tratado internacional se invoca tanto la CDN como su Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; también el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños que complementa la

¹¹³⁶ A día de 13 de febrero de 2013, 23 de los 27 Estados miembros de la Unión habían ratificado el Convenio N° 197, con la ausencia de Estonia, Grecia, Hungría y República Checa.

¹¹³⁷ Consejo de Europa, GRETA, *Second General Report on GRETA's activities covering the period from 1 August 2011 to 31 July 2012*, GRETA(2012)13, Estrasburgo, 4 de octubre de 2012, disponible en: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Docs/Gen_Report/GRETA_2012_13_2ndGenRpt_en.pdf

Este documento ofrece interesante información sobre la cooperación y colaboración entre el GRETA y la Comisión Europea, así como con algunas agencias de la Unión, como es el caso de FRONTEX y EUROJUST.

Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada; así como el Convenio nº 182 de la OIT de 1999 relativo a la prohibición de las peores formas de trabajo infantil. Como indican los artículos 42 y 43 de este tratado internacional, las relaciones entre todos estos instrumentos internacionales, cuando los Estados sean parte en varios de ellos, se gobiernan mediante la aplicación de la provisión que asegure una mayor protección a los niños víctimas de explotación o abuso sexual. Por último, este tratado internacional contiene una *cláusula de desconexión*¹¹³⁸ en su artículo 43.3 para permitir que en sus relaciones mutuas aquellas partes contratantes que sean a su vez Estados miembros de la Unión Europea puedan regirse por el derecho derivado de la Unión adoptado en el ámbito material del Convenio, siempre y cuando no sea contrario a su objeto y fin. Como se verá el sentido de dicha cláusula radica en la idea de no entorpecer la posibilidad de que en el ámbito del Derecho de la Unión pueda lograrse un marco regulatorio más avanzado¹¹³⁹. Éste tampoco constituye un ejemplo de tratado internacional ratificado por todos los Estados miembros de la Unión, como tampoco lo

¹¹³⁸ Sobre las denominadas cláusulas de desconexión puede verse, K. DAWAR, “Disconnection Clauses: An Inevitable Symptom of Regionalism?”, *Society of International Economic Law, Online Proceedings Working Paper* nº 2010/11.

¹¹³⁹ El Convenio nº 201 alude en su Preámbulo al derecho derivado de la Unión existente en el momento de su adopción, todo él perteneciente al antiguo Tercer Pilar del proceso de integración europea, esto es: en primer lugar, la Decisión Marco del Consejo 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, D.O.U.E. Serie L 82/1, de 22 de marzo de 2001; en segundo lugar, la Decisión Marco del Consejo 2002/629/JAI, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, D.O.U.E. Serie L 203/1, de 1 de agosto de 2002; finalmente, la Decisión Marco del Consejo 2004/68/JAI, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, D.O.U.E. Serie L 13/44, de 20 de enero de 2004. En aplicación de la primera de ellas puede verse la importante Sentencia del TJUE de 16 de junio de 2005, *Maria Pupino*, *cit. supra*. En ella el TJUE establece la obligación para el juez nacional de hacer todo lo posible para interpretar el derecho nacional a la luz de la letra y finalidad de la Decisión Marco relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, sorteando de este modo la prohibición de efecto directo que para este tipo de normas contenía en ese momento el artículo 34.2.b) TUE (se trata de una extensión a la categoría normativa de la Decisión marco del deber de interpretación conforme que el TJUE había fijado en relación con las Directivas en su Sentencia de 13 de noviembre de 1990, *Marleasing c. Comercial Internacional de Alimentación*, *cit. supra*, apartado 8). Pueden resaltarse del fallo del TJUE en este asunto las siguientes palabras: “Los artículos 2, 3 y 8, apartado 4, de la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, deben interpretarse en el sentido de que el órgano jurisdiccional nacional debe poder autorizar que niños de corta edad que, como en el asunto principal, alegan haber sido víctimas de malos tratos presten declaración según unas formas que garanticen a dichos niños un nivel adecuado de protección, por ejemplo, fuera de la audiencia pública y antes de la celebración de ésta”. Se trata de un resultado en plena conformidad con el artículo 12 CDN, que la resolución del TJUE no menciona en ningún momento. Sobre este asunto SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO ha escrito: “Como se ha dicho con anterioridad, el asunto *Pupino* se plantea como el resultado de una interpretación de la Decisión Marco 2001/220/JAI, de 15 de marzo, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. Se trata de una norma claramente proteccionista, cuyo destinatario recibe una tutela desde el plano normativo europeo, de la cual se deducen derechos. Si hubiera un paradigma de Decisión Marco en la que se constituyen derechos que condicionan la interpretación del Derecho nacional, sería probablemente ésta”, véase D. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, “Un paso más en la constitucionalización del tercer pilar de la Unión Europea. La sentencia *Maria Pupino* y el efecto directo de las decisiones marco”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 10, 2005, p. 21.

ha sido por la propia Unión Europea ni por otros Estados ajenos al Consejo de Europa habilitados para ello de acuerdo con el artículo 46 de este tratado: Canadá, el Estado de la Ciudad del Vaticano, Estados Unidos, Japón y México¹¹⁴⁰. La Unión Europea debería estudiar seriamente la posibilidad de adherirse a este tratado internacional tomando en consideración los poderes acrecidos que experimenta en relación con la protección de los derechos del niño en virtud de los nuevos artículos 3.3 y 3.5 TUE, introducidos con el Tratado de Lisboa. Aunque no se ha adherido a este Convenio, no deja de ser significativo como primer paso que Rusia haya decidido firmarlo el pasado 1 de octubre de 2012.

También dentro del Consejo de Europa pero ya dentro del ámbito del *soft law* encontramos las Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre una justicia adaptada a los menores de 2010, de las que deberán tomar nota la Unión Europea y sus Estados miembros a la hora de elaborar y desarrollar su derecho derivado¹¹⁴¹.

Para concluir con el Consejo de Europa, debe prestarse atención al CEDH y en especial a la jurisprudencia del TEDH, ya que pese a no contar el CEDH con disposiciones específicas sobre los derechos del niño, el Tribunal ha resuelto asuntos de enorme interés desde este punto de vista sirviéndose de las disposiciones de la CDN de 1989 como herramienta interpretativa y fuente de inspiración, especialmente en relación con los artículos 3 y 8 CEDH¹¹⁴². Bien es cierto que el CEDH desde su redacción originaria contiene dos discretas menciones al menor, pero sin atender expresamente a sus necesidades específicas como colectivo humano necesitado de una especial

¹¹⁴⁰ El Convenio nº 201 ha sido ratificado a día 13 de febrero de 2013 por los siguientes Estados miembros de la Unión Europea: Austria, Bulgaria, Dinamarca, España, Francia, Finlandia, Grecia, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Portugal y Rumanía.

¹¹⁴¹ Comité de Ministros, *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child friendly justice*, 1098ª Reunión de Delegados de Ministros, Estrasburgo, 17 de noviembre de 2010.

¹¹⁴² Véanse, por ejemplo, la Sentencia del TEDH de 22 de enero de 2008, *E.B. c. Francia*, Recurso nº 43546/02; su Sentencia de 26 de julio de 2005, *Siliadin c. Francia*, Recurso nº 73316/01; la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 8 de julio de 2003, *Sahin c. Alemania*, Recurso nº 30943/96; y finalmente la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 16 de diciembre de 1999, *T & V c. Reino Unido*, Recurso nº 24724/94. En este último caso, el TEDH se muestra receptivo a las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño sobre la administración de justicia a menores, véase su apartado 45. Véase, A. OPROMOLLA, "Children's rights under Articles 3 and 8 of the European Convention: Recent case-law", *European Law Review, Human rights survey*, 2001, pp. 42-57; en mayor detalle, L. COUTURIER-BOURDINIÈRE, "La Convention européenne des droits de l'homme et la protection des droits des enfants", en *Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan -Libertés, Justice, Tolérance-*, Vol. I, Bruylant, Bruselas, 2004, pp. 523-550; asimismo, debe verse, TEDH, *The best interests of the child in the recent case-law of the European Court of Human Rights. Franco-British-Irish Colloque on family law*, Dublín, 14 de mayo de 2011, disponible en: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/E6F5D437-C49A-47C5-9772-578F54FB5C86/0/20110514_COLLOQUE_Dublin_FR.pdf

protección: en su artículo 5.1.d), el CEDH habla de la posibilidad de detención legal de un menor con finalidad de supervisión educativa o de ponerle a disposición de la autoridad legal competente; mientras que el artículo 6 CEDH alude a la posibilidad de excluir la regla de publicidad de los juicios en interés de los menores. Otra disposición de enorme interés para los derechos del niño, sin aludir a él directamente, es la referida al derecho a la educación contenida en el artículo 2 del Protocolo nº 1 al CEDH, que ha sido ratificado por todos los Estados miembros, y en el que la propia Unión pretende convertirse en parte contratante, como se ha visto al abordar la adhesión de la Unión al CEDH. Muestra de que la jurisprudencia del TEDH sigue siendo de vital interés para la protección de los derechos del niño, a pesar de la inexistencia de disposiciones que específicamente tutelén sus derechos en el CEDH, es la reciente condena a Francia por infracción del artículo 4 CEDH, por haber fracasado dicho Estado miembro en su obligación positiva de establecer un cuadro legislativo y administrativo que permitiera una lucha eficaz contra la servidumbre y el trabajo forzoso¹¹⁴³.

Teniendo en cuenta los instrumentos internacionales enunciados, provenientes tanto del ámbito universal -en especial la CDN- como del ámbito regional europeo, el siguiente paso del presente trabajo se dirige a poner de relieve en qué medida se muestra el ordenamiento de la Unión Europea, especialmente su derecho derivado, permeable hacia las obligaciones provenientes de aquéllos, más allá de la mera anunciación en el Derecho originario de un ambicioso compromiso con los derechos del niño tanto hacia su interior como frente al resto del mundo.

3.2 La aplicación normativa y judicial de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y de otros instrumentos internacionales y europeos relevantes para la protección de los derechos de la infancia en el ordenamiento de la Unión Europea.

Pese a la voluntad de la Unión de dar íntegro cumplimiento a las obligaciones derivadas de la CDN en todas sus políticas y acciones, lo cierto es que la Unión Europea no ha llevado a cabo todavía una revisión omnicomprensiva y sistemática de su acervo

¹¹⁴³ Sentencia del TEDH de 11 de octubre de 2012, *C. N. y V. c. Francia*, Recurso nº 67724/09.

jurídico a la luz de este acuerdo internacional¹¹⁴⁴. No obstante, la Comisión Europea ha establecido mecanismos para verificar y garantizar *ex ante* el respeto a los derechos fundamentales recogidos en la CDFUE en todas sus propuestas legislativas, y, ha mostrado su disposición a velar por el respeto hacia el interés superior del niño, a partir del seguimiento regular de la actividad del Comité de los Derechos del Niño¹¹⁴⁵.

Hasta la fecha puede decirse que más de sesenta actos legislativos de la Unión, propuestas legislativas, o instrumentos jurídicos de *soft law* contienen alusión explícita y directa a la CDN de 1989¹¹⁴⁶. Pese a resultar encomiable, ello no es suficiente para lograr una aplicación y ejecución completa de las obligaciones derivadas de este tratado internacional en el ordenamiento de la Unión, pues tal y como hace notar el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General N° 5, para ello, es necesario que los derechos contenidos en la CDN tengan efectividad real y sean directamente invocables ante los tribunales¹¹⁴⁷.

Los ámbitos del Derecho de la Unión que presentan relación o tienen incidencia en la protección de los derechos del niño, por numerosos, resultan inaprehensibles. Para determinar en qué medida las políticas de la Unión y su Derecho afectan, refuerzan o perjudican los derechos y principios recogidos en la CDN, la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha elaborado una serie de indicadores que tienen en cuenta las disposiciones relevantes de la CDN¹¹⁴⁸.

¹¹⁴⁴ Save the Children, *Governance fit for Children. To what extent have the general measures of implementation of the UNCRC been realized in the EU Institutions?*, cit. supra, p. 15.

¹¹⁴⁵ Véanse, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo, y al Comité de las Regiones, Una Agenda de la UE en pro de los Derechos del Niño, cit. supra, p. 5; asimismo, la Comunicación de la Comisión, de 19 de octubre de 2010, sobre la Estrategia para la aplicación efectiva de la Carta de los Derechos Fundamentales por la Unión Europea, cit. supra.

¹¹⁴⁶ Save the Children, *Governance fit for Children. To what extent have the general measures of implementation of the UNCRC been realized in the EU Institutions?*, cit. supra, p. 16.

¹¹⁴⁷ Observación General N° 5, Comité de Derechos del Niño, *Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)*, cit. supra, apartado 21, p. 8. En las Directrices relativas a la Promoción y Protección de los Derechos del Niño adoptadas por el Consejo de la Unión en 2008, se asume el mandato básico establecido por el Comité sobre los Derechos del Niño en esta Observación General como guía que debe presidir las relaciones con terceros Estados: “Pursue the promotion and protection of the rights of the child in full conformity with relevant international instruments and standards, in particular the Convention on the Rights of the Child, by adopting all necessary legislative, administrative and other measures, in particular the cross-cutting measures identified as “general measures of implementation” by the Committee on the Rights of the Child”, véase Consejo de la Unión Europea, *EU Guidelines Human Rights and International Humanitarian Law*, 2009, p. 50, disponible en:

http://eeas.europa.eu/human_rights/guidelines/index_en.htm

¹¹⁴⁸ Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Developing indicators for the protection, respect and promotion of the rights of the child in the European Union*, marzo de 2009, disponible en:

http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/358-RightsOfChild_summary-report_en.pdf

Ejemplos de actos legislativos que traen causa de la CDN y de uno de sus Protocolos Facultativos son la Directiva 2011/92/UE, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil; así como, la Directiva 2011/36/UE, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. Éste último, constituye un ejemplo de que el Derecho derivado de la Unión puede ir más allá de los compromisos que los Estados miembros han asumido por vía convencional al margen del Derecho de la Unión, ya que no todos ellos se han obligado en virtud de los tratados internacionales de los que esta última Directiva trae causa¹¹⁴⁹.

Otro ejemplo de aplicación de las disposiciones de la CDN por referencia en un acto legislativo de derecho derivado de la Unión se encuentra en el artículo 28.3 de la Directiva 2004/38/CE, donde se dispone que un ciudadano de la Unión que sea menor de edad sólo podrá ser expulsado del territorio de otro Estado miembro por imperiosos motivos de seguridad pública cuando la expulsión sea necesaria para el interés superior del niño, con arreglo a la CDN¹¹⁵⁰.

También debe resaltarse la reciente Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos: en esta Directiva se alude expresamente en el Preámbulo a la necesidad de garantizar el interés superior del menor de conformidad con la CDN, para permitir a los menores la plenitud en el disfrute de los derechos recogidos en la Directiva. En este sentido el artículo 10 consagra el derecho de la víctima menor de edad a ser oída en los procesos penales en función de su madurez, edad y capacidad de juicio propio. Además, el

¹¹⁴⁹ Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, D.O.U.E. Serie L 335/1, de 17 de diciembre de 2011; y Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, D.O.U.E. Serie L 101/1, de 15 de abril de 2011. En el Preámbulo de esta última Directiva se invoca el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos de 2005 (CETS N° 197) y se alude a la necesidad de reforzar la cooperación con el Grupo de Expertos encargado de su implementación (GRETA). En el Preámbulo de esta Directiva se invoca igualmente el Protocolo de Naciones Unidas para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, *cit. supra*, que ha sido concluido por la Unión Europea y por el conjunto de Estados miembros a excepción de la República Checa.

¹¹⁵⁰ Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, *cit. supra*. Téngase presente también el apartado 1 de dicho artículo 28: “Antes de tomar una decisión de expulsión del territorio por razones de orden público o seguridad pública, el Estado miembro de acogida deberá tener en cuenta, en particular, la duración de la residencia del interesado en su territorio, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, su integración social y cultural en el Estado miembro de acogida y la importancia de los vínculos con su país de origen”.

artículo 24 de la Directiva contiene una disposición referida específicamente al derecho de protección de las víctimas menores de edad durante el proceso penal, algo que habría sido deseable hacer hiciese también en relación con las víctimas que fueran personas con discapacidad¹¹⁵¹.

Un ámbito dominado por el *soft law* donde la aplicación de los estándares exigidos por la CDN ha resultado ser deficitaria -así lo señala la propia Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea- es el relativo a la llegada al territorio de los Estados miembros de menores no acompañados de un adulto responsable procedentes de terceros países. Con el propósito de corregir esta tendencia la Comisión Europea ha lanzado un “*Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010 - 2014)*”¹¹⁵². De este instrumento puede resaltarse la marginal atención que recibe la Observación General Nº 6 del Comité de los Derechos del Niño relativa al *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*¹¹⁵³. La situación de acogida de los aproximadamente 10.000 menores no acompañados que solicitan cada año asilo en alguno de los Estados miembros de la Unión no parece acomodarse a los estándares internacionales: algunos Estados miembros sólo aportan cuidados médicos en caso de urgencia, otros no prevén ayuda psicológica, las condiciones de alojamiento son precarias e incluso algunos Estados miembros de la Unión permiten la detención de menores no acompañados¹¹⁵⁴.

El Plan de Acción de 2010 presentado por la Comisión Europea se hace eco de estas insuficiencias y plantea la necesidad de acomodar en consecuencia el acervo de la

¹¹⁵¹ Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, *cit. supra*.

¹¹⁵² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010 - 2014), Bruselas, 6 de mayo de 2010, COM(2010)213 final. Véase también la Resolución del Consejo (97/C 221/03), de 26 de junio de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros, D.O.U.E. Serie C 221/23, de 19 de julio de 1997. La Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha puesto de manifiesto que los derechos de los niños en esta situación no siempre están adecuadamente reflejados en su derecho derivado y que no siempre son plenamente respetados, Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Separated, asylum-seeking children in European Union Member States Comparative report*, 2011, disponible en: http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1309-FRA-fullreport-sep-asylum-conference-2010_EN.pdf

Por último, puede verse B. HANCILOVA, B. KNAUDER, *Unaccompanied Minor Asylum-seekers: Overview of Protection, Assistance and Promising Practices*, Organización Internacional para las Migraciones, 2011.

¹¹⁵³ Observación General Nº 6, Comité de Derechos del Niño, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, 39º Período de Sesiones, 2005, CRC/GC/2005/6.

¹¹⁵⁴ *Bulletin Quotidien Agence Europe* de 20 de septiembre de 2012, punto 18. En mayor detalle puede verse el informe de ACNUR sobre la situación de los menores no acompañados en Grecia: ACNUR, *Unaccompanied Minors Asylum Seekers in Greece*, abril 2008, disponible en: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=48abd557d&page=search>.

Unión en materia de asilo: “*Cuando la detención esté justificada excepcionalmente sólo se utilizará como último recurso, durante el periodo de tiempo más breve posible, y teniendo en cuenta principalmente el interés superior del menor*”¹¹⁵⁵.

En el artículo 7 de la Directiva 2003/9/CE relativa a las normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros, no se prohibió explícitamente la posibilidad de detención de menores no acompañados solicitantes de asilo¹¹⁵⁶. Por su parte, el artículo 17 de la conocida como “Directiva de retorno”, prevé igualmente la posibilidad de internamiento de menores no acompañados, así como, de las familias con menores, como último recurso, y por el menor tiempo posible. A su vez el artículo 7.4 de esta Directiva contiene una lábil obligación de conducta de proveer a los menores no acompañados, *en la medida de lo posible*, el alojamiento adecuado en instituciones con personal e instalaciones *que tengan en cuenta las necesidades propias de su edad*. Todo ello, haciéndose eco de la consideración primordial que debe recibir el interés superior de los menores internados en espera de su expulsión (artículo 7.5), pero sin exigir en ningún caso de forma explícita que la opinión del menor pueda ser expresada y debidamente tenida en cuenta, por las autoridades nacionales que adoptan la decisión de expulsión, en función de su edad y madurez, como exigen los artículos 9 y 12 CDN (véase el artículo 10 de la Directiva)¹¹⁵⁷. En el estadio actual del Derecho de la Unión, ni el citado Plan de Acción ni el derecho derivado reflejan de un modo suficiente las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño que desalientan y desincentivan la detención de menores no acompañados, excluyendo que ésta pueda justificarse por su condición de inmigrante:

“En aplicación del artículo 37 de la Convención y del principio del interés superior del menor, no deberá privarse de libertad, por regla general, a los menores no acompañados o separados de su familia. La privación de libertad no podrá justificarse solamente por que el menor esté solo o separado de su familia, ni por su condición de inmigrante o residente. Cuando la privación de libertad esté excepcionalmente justificada por otras

¹¹⁵⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, *Plan de acción sobre los menores no acompañados* (2010 - 2014), *cit. supra*, p.10.

¹¹⁵⁶ Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros, *cit. supra*.

¹¹⁵⁷ Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, D.O.U.E. Serie L 348/98, de 24 de diciembre de 2008. Con carácter exhaustivo sobre la misma debe verse T. FAJARDO DEL CASTILLO, “La Directiva sobre el retorno de los inmigrantes en situación irregular”, *RDCE*, nº 33, 2009, pp. 453-499. Una opinión crítica sobre esta Directiva puede verse en P. CERIANI CERNADAS, “La Directiva de Retorno de la Unión Europea: apuntes críticos desde una perspectiva de derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, nº 5, 2009, pp. 85-94.

razones, se ajustará a lo dispuesto en el párrafo b) del artículo 37 de la Convención, en cuyos términos se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda. Por consiguiente, deberá hacerse todo lo posible, incluso acelerar los procesos pertinentes, con objeto de que los menores no acompañados o separados de su familia sean puestos en libertad y colocados en otras instituciones de alojamiento”¹¹⁵⁸.

El transcurso del procedimiento legislativo ordinario tendente a la adopción de los nuevos instrumentos que configuran la política común en materia de asilo de la Unión de acuerdo con el artículo 78 TFUE, pese a los esfuerzos del Parlamento Europeo, arroja dudas en cuanto a la introducción de una mejora sustancial de la situación de los menores no acompañados, y en su caso, sobre las condiciones de la detención en los Estados miembros¹¹⁵⁹. En cualquier caso, el nuevo derecho derivado debería excluir la posibilidad de que el internamiento o la detención de menores pudiera llevarse a cabo en un centro diseñado para adultos sin atender las necesidades específicas del menor, tal y como, ha establecido el TEDH en el asunto *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*¹¹⁶⁰.

¹¹⁵⁸ Observación General Nº 6, Comité de Derechos del Niño, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, cit. supra, apartado 61, p. 19. En su siguiente apartado añade el Comité: “Además, los Estados deberán tener en cuenta que la entrada o la estancia ilegales en un país de un menor no acompañado o separado de su familia también pueden justificarse a la luz de los principios generales del derecho, cuando la entrada o la estancia sean la única forma de impedir una violación de los derechos humanos fundamentales del menor. En un plano más general, al articular los principios aplicables a los menores no acompañados o separados de su familia, en especial los que son víctimas de la trata y la explotación, los Estados velarán por que esos niños no sean considerados delincuentes por el solo hecho de haber entrado o encontrarse ilegalmente en el país”. En cuanto a las condiciones de detención en el caso de que ésta se llegara a producir de forma excepcional el Comité señala en el apartado 63: “Las condiciones de la privación de libertad, si se llegara al caso excepcionalmente, se regirán por el interés superior del menor y se atenderán en todo a lo previsto en los apartados a) y c) del artículo 37 de la Convención y otros instrumentos internacionales. Se dispondrá lo necesario para que el alojamiento sea adecuado para los menores y esté separado del de los adultos, a menos que lo contrario se considere conveniente en interés superior del menor. Efectivamente, el programa tendrá como fundamento la “atención” y no la “privación de libertad”. Los centros de detención no deberán localizarse en zonas aisladas donde no pueda accederse a recursos comunitarios adecuados desde el punto de vista cultural ni a asesoramiento jurídico. Los menores deberán tener oportunidad de establecer contactos periódicos con amigos y parientes y con su tutor y recibir la visita de éstos, así como asistencia espiritual, religiosa, social y jurídica. También podrán recibir productos de primera necesidad y, de ser necesario, tratamiento médico adecuado y ayuda psicológica. Durante el período de privación de libertad, los menores tendrán derecho a recibir enseñanza, de ser posible fuera del lugar de detención, a fin de facilitarles la continuación de su educación una vez en libertad. También tendrán derecho al esparcimiento y el juego con arreglo al artículo 31 de la Convención. Para garantizar eficazmente los derechos previstos en el apartado d) del artículo 37 de la Convención, deberá darse a los menores no acompañados o separados de su familia privados de libertad acceso rápido y gratuito a asistencia jurídica y de otra índole, y especialmente deberá nombrárseles un representante legal”.

¹¹⁵⁹ *Bulletin Quotidien Agence Europe* de 21 de septiembre de 2012, punto 4.

¹¹⁶⁰ Sentencia del TEDH de 12 de octubre de 2006, *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, Recurso nº 13178/03.

La excepcionalidad con que la CDN permitiría la detención de menores no acompañados, que no han cometido ninguna infracción penal, no se ve adecuadamente reflejada en el derecho derivado actual¹¹⁶¹, que no obstante efectúa una remisión genérica a disposiciones más favorables contenidas en instrumentos de Derecho internacional. Por ejemplo, la llamada “Directiva de retorno” alude en varias ocasiones a la necesaria toma en consideración del interés superior del niño de conformidad con la CDN (en el considerando n° 22 del Preámbulo y en sus artículos 5,10 y 17), además de remitirse a las disposiciones más favorables contenidas en acuerdos internacionales en su artículo 4¹¹⁶². El Informe del Grupo sobre la Detención Arbitraria señala que la duración de la detención debe estar limitada por ley, así como, que cuando exista un obstáculo para la expulsión que no corresponda a la competencia del Estado que lleva a cabo la detención “*se deberá poner en libertad al detenido para evitar que se prolongue indefinidamente su detención, que entonces sería arbitraria*”¹¹⁶³. Esta garantía no se ve explícitamente reflejada en la “Directiva de retorno” cuyo artículo 15.6 prevé la posibilidad de prorrogar en la legislación nacional en doce meses

¹¹⁶¹ En una eventual revisión sería interesante reflejar de un modo más explícito las preocupaciones que muestra el Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, A/HRC/13/30, en sus apartados 60 y 61: “*Todavía mayor deberá ser la justificación para detener a menores, en particular a niños no acompañados. Dada la existencia de alternativas a su detención, es difícil imaginar una situación en la que la detención de un niño no acompañado sería compatible con lo dispuesto en la segunda frase del párrafo b) del artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño, según la cual esa detención se llevará a cabo solo como medida de último recurso. [...] Entre otras garantías cabe mencionar el hecho de que deba fijarse por ley un período máximo de detención y que, una vez transcurrido ese período, el detenido deba ser puesto automáticamente en libertad. Un juez deberá ordenar o aprobar la detención, y en cada caso individual esta deberá revisarse de manera automática, periódica y judicial, no solo administrativa. También deberá examinarse si la detención es legal, no sólo si es razonable o responde a otros criterios de menor valor. La garantía de procedimiento prevista en el párrafo 4 del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos confiere a toda persona detenida o presa el derecho a impugnar ante un tribunal la legalidad de su privación de libertad. Deberán establecerse plazos para la revisión judicial en las "situaciones de emergencia", cuando entra en el territorio de un Estado un número excepcionalmente elevado de inmigrantes indocumentados. Habrá que informar a todas las personas detenidas acerca de las razones de su detención y sobre sus derechos, incluido el derecho a impugnar su legalidad, en un idioma que comprendan, y a tener acceso a un abogado*”.

¹¹⁶² Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, *cit. supra*. La Directiva en su Preámbulo alude a las “Veinte directrices sobre el retorno forzoso” que adoptó el 4 de mayo de 2005 el Comité de Ministros del Consejo de Europa. En el artículo 6.1 de las mismas se señala que la privación de libertad como mecanismo para asegurar la ejecución de la orden de expulsión debe tener carácter subsidiario y alternativo frente a otras medidas menos lesivas de este derecho fundamental: mecanismos de supervisión, obligación periódica de comparecer ante las autoridades, caución, etc. En el caso de los menores se reitera el carácter de *ultima ratio* de la detención y la necesidad de que su duración sea la mínima posible. Así como la obligación de que los menores no acompañados reciban alojamiento en centros con instalaciones y personal adaptado a sus necesidades. En cambio, la Directiva ignora la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa CM/Rec(2007)9, *on life projects for unaccompanied migrant minors*, 1002ª Reunión de Delegados de Ministros, Estrasburgo, 12 de mayo de 2007.

¹¹⁶³ Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, A/HRC/13/30, *cit. supra*, apartado 63.

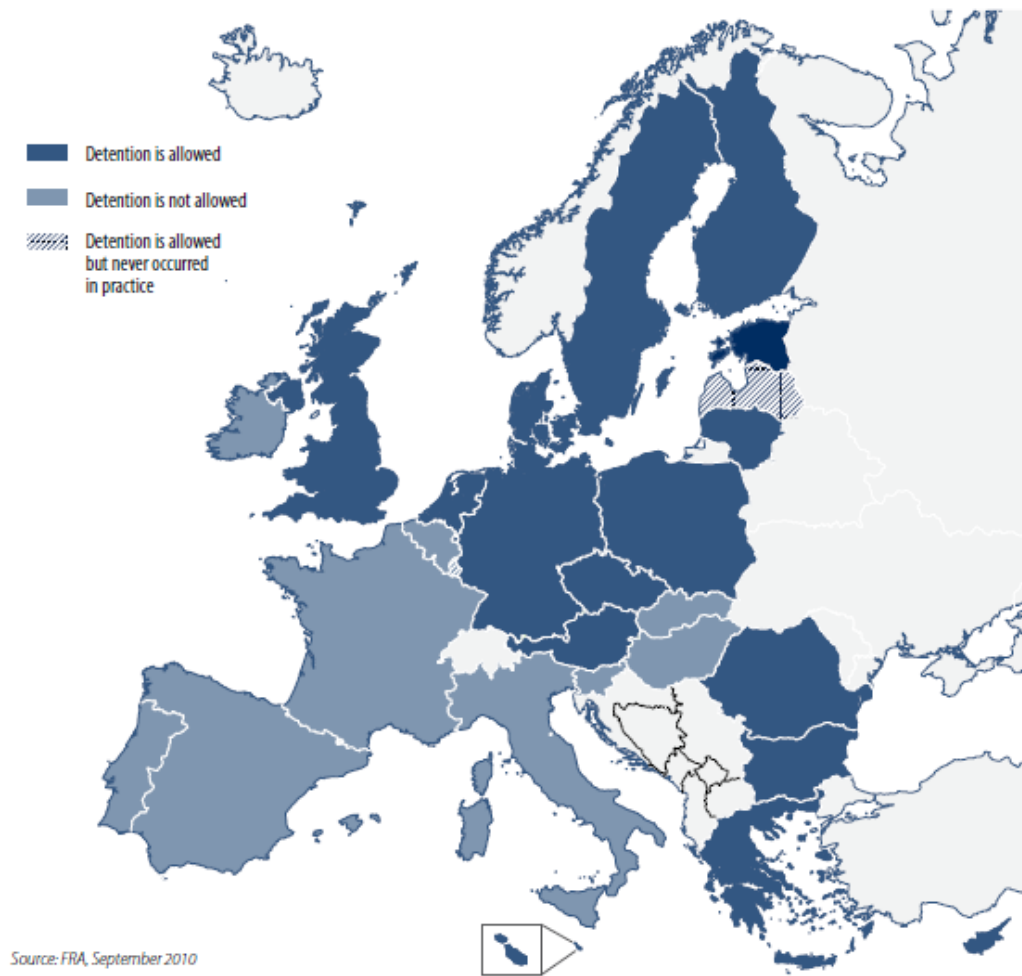
adicionales -a los seis de partida- la duración máxima del internamiento, en caso de que la ejecución de la expulsión a un tercer país se demore por circunstancias no imputables al Estado que lleva a cabo la detención. La Directiva no alude a la obligación de poner inmediatamente en libertad al menor detenido transcurrido dicho plazo. Pese a ser una norma de máximos a la duración del internamiento, en la misma se ha desaprovechado la ocasión de establecer una duración máxima inferior para el caso de internamiento de menores no acompañados en relación con la situación de los adultos. No obstante, la legislación nacional de algunos Estados miembros sí ha introducido diferencias más favorables a los menores en este sentido¹¹⁶⁴.

La siguiente ilustración elaborada por la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹¹⁶⁵ pone de manifiesto la disparidad en las legislaciones de los Estados miembros en cuanto a la permisividad de la detención de menores no acompañados:

¹¹⁶⁴ Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Detention of third-country nationals in return procedures*, 2010, p. 56. Disponible en: http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1054-detention-third-country-nationals-report-092010_en.pdf

¹¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 59.

Figure 7: Pre-removal detention of separated children (excluding entry points), EU27



Otra importante carencia de la “Directiva de retorno” es que en su artículo 16.1 prevé la posibilidad de internamiento en centros penitenciarios en ausencia de centros especializados, con la única obligación de separar a los nacionales de terceros Estados con respecto a los presos ordinarios. La Directiva no excluye radicalmente la posibilidad de que los Estados puedan recurrir a dicha cláusula en relación con los menores no acompañados, máxime cuando en su artículo 17.4 sólo establece la obligación de dar un alojamiento adecuado a los menores no acompañados *en la medida de lo posible*:

“Como norma general, el internamiento se llevará a cabo en centros de internamiento especializados. En los casos en que un Estado miembro no pueda proporcionar alojamiento en un centro de internamiento especializado y tenga que recurrir a un centro penitenciario, los nacionales de terceros países sujetos al internamiento estarán separados de los presos ordinarios”.

Dado el alcance de las competencias de la Unión, da la impresión de que los términos de la Directiva podrían haber ido más lejos para imponer a los Estados miembros la obligación de crear centros de internamiento adecuados a las exigencias de los menores no acompañados. Otra cuestión en la que coinciden tanto el Comité de los Derechos del Niño como el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura del Consejo de Europa es en la necesidad de asignar un representante legal a los menores no acompañados, de forma inmediata y gratuita, en aquellos supuestos excepcionales donde se vean privados de libertad, exigencia que tampoco se ha visto plasmada en esta Directiva¹¹⁶⁶.

En estos supuestos excepcionales de privación de libertad de menores, que el Derecho de la Unión contempla en su ámbito de aplicación, deberán tenerse en cuenta las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990, que son invocadas por la Comisión Europea -¿en su calidad de Derecho internacional consuetudinario?- en su documento “*Una Agenda de la UE en pro de los Derechos del Niño*”¹¹⁶⁷.

Para finalizar con la “Directiva de retorno” y algunos de sus puntos de fricción con el Derecho internacional, en particular con la CDN, cabe señalar que la Directiva invoca con carácter genérico la obligación de respetar el principio de no devolución; pero no alude a la necesidad de abstenerse de trasladar a un menor a las fronteras de un Estado donde exista un peligro verdadero de reclutamiento o de participación directa o indirecta en operaciones militares, tal y como ha puntualizado el Comité sobre los Derechos del Niño en su Observación General Nº 6¹¹⁶⁸.

¹¹⁶⁶ Véanse la Observación General Nº 6, Comité de Derechos del Niño, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, *cit. supra*, apartado 63, p. 20; asimismo 19º Informe General del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, 1 de agosto de 2008- 31 de julio de 2009, CPT/Inf (2009) 27, Oficina de Publicaciones del Consejo de Europa, Estrasburgo, 20 de octubre de 2009: “*Unaccompanied or separated children deprived of their liberty should be provided with prompt and free access to legal and other appropriate assistance, including the assignment of a guardian or legal representative. Review mechanisms should also be introduced to monitor the ongoing quality of the guardianship*”.

¹¹⁶⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo, y al Comité de las Regiones, Una Agenda de la UE en pro de los Derechos del Niño, *cit. supra*, p. 8.

¹¹⁶⁸ Véase el apartado 58, p. 18: “*Como el reclutamiento y la participación de menores en las hostilidades conlleva un grave riesgo de violaciones irreparables de los derechos humanos fundamentales, sobre todo el derecho a la vida, las obligaciones que imponen a los Estados el artículo 38 de la Convención y los artículos 3 y 4 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño sobre la participación de niños en los conflictos armados tienen efectos extraterritoriales, por lo que los Estados se abstendrán absolutamente de trasladar al menor a las fronteras de un Estado donde exista un peligro verdadero de reclutamiento de menores o de participación directa o indirecta de éstos en operaciones militares*”.

Otro supuesto que resulta de interés es el de la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar, que fue adoptada y elaborada por el Consejo de la Unión tras ser consultado el Parlamento Europeo¹¹⁶⁹. Sorprendentemente ésta no alude ni explícita ni implícitamente ni a la CDN, ni a la necesidad de que el menor exprese su opinión y ésta deba tenerse en cuenta si reúne la suficiente madurez y edad; únicamente contiene una tímida mención a que los Estados miembros tengan debidamente en cuenta el mejor interés del menor (artículo 5). Esta omisión no es casual, puesto que la Propuesta de Directiva de la Comisión incluía varias alusiones explícitas a la CDN¹¹⁷⁰.

La Directiva establece el derecho de un nacional de un tercer país, que sea residente legal en un Estado miembro de la Unión, de obtener la autorización de la entrada y residencia de sus hijos por parte del Estado de acogida en aras de la reagrupación familiar. No obstante, dicha Directiva permite a los Estados miembros mantener en su legislación interna limitaciones (existentes en el momento de aplicar la Directiva) a los derechos de entrada y residencia de los hijos mayores de 12 años, así como, establecer los 15 años como edad máxima para presentar solicitudes de reagrupación familiar (si así lo dispone la legislación interna vigente en el momento de aplicar la Directiva). Además, la Directiva, en su artículo 8, permite a los Estados miembros solicitar al reagrupante un periodo de tiempo de residencia legal en el Estado de acogida que no podrá exceder de dos años, antes de efectuar la solicitud¹¹⁷¹. Estos aspectos de la

¹¹⁶⁹ Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, *cit. supra*.

¹¹⁷⁰ La Directiva efectúa una remisión genérica al Derecho internacional en la que cabría incluir, quizá de forma forzada, a la CDN: “*Las medidas sobre reagrupación familiar deben adoptarse de conformidad con la obligación de proteger la familia y respetar la vida familiar que se consagra en numerosos instrumentos del Derecho internacional*”. En la interpretación y aplicación de esta Directiva, por tanto, son de enorme relevancia los apartados 79 a 90 de la Observación General N° 6, Comité de Derechos del Niño, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, *cit. supra*, pp. 23-26. Véase el artículo 5.5 de la Propuesta modificada de Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar presentada por la Comisión Europea el 2 de mayo de 2002, (2002/C 203 E/23) COM(2002) 225 final - 1999/0258(CNS), D.O.U.E. Serie C 203 E/136, de 27 de agosto de 2002. También se encuentra una mención explícita a la exigencia de respetar el interés superior del niño, de conformidad con lo establecido en la CDN, en el Informe de la Comisión Europea al Consejo de la Unión y al Parlamento Europeo relativo a la aplicación de la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar, de 8 de octubre de 2008, COM(2008) 610 final.

¹¹⁷¹ Igualmente si la legislación existente en el momento de entrar en vigor la Directiva tenía en cuenta la capacidad de acogida del Estado miembro, la Directiva le habilita para establecer un periodo de espera de tres años, como máximo, entre la presentación de la solicitud y la expedición del permiso de residencia. Véase su artículo 8: “*Los Estados miembros podrán requerir que el reagrupante haya residido legalmente en su territorio durante un período de tiempo, que no podrá superar dos años, antes de reagrupar a los miembros de su familia con él. Excepcionalmente, cuando en materia de reagrupación familiar la legislación existente en un Estado miembro en la fecha de adopción de la presente Directiva tenga en cuenta su capacidad de acogida, este Estado miembro podrá establecer un período de espera de tres años como máximo entre la presentación de la solicitud de reagrupación familiar y la expedición de un permiso de residencia a los miembros de la familia*”.

Directiva de reagrupación familiar fueron contestados por el Parlamento Europeo que interpuso un recurso de anulación fundado en la violación del derecho fundamental a la protección de la familia y del principio de igualdad de trato en relación con la edad. En sus Conclusiones la Abogada General KOKOTT, estimó que el recurso debía ser declarado inadmisibile al no poder anularse únicamente las disposiciones impugnadas ya que éstas no podrían disociarse objetivamente del resto de la Directiva. No obstante, la Abogada General sugirió la anulación del artículo 8 de la Directiva por violación del derecho fundamental a la vida familiar en el caso de que el TJUE entrara a conocer al fondo, y para ello, se hizo eco, de que el Comité Europeo de Derechos Sociales había considerado improcedentes a la luz de la Carta Social Europea los periodos de espera de tres o más años¹¹⁷². El TJUE aludió explícitamente a la CDN como uno de los instrumentos internacionales que tiene en cuenta para la aplicación de los principios generales del Derecho de la Unión, y se refirió a la importancia de sus artículos 9.1 y 10.1, así como, a la necesidad de tener en cuenta el interés superior del menor a la hora de aplicar la Directiva. En cambio, el TJUE desestimó por completo las pretensiones del Parlamento Europeo y consideró -en contra de lo manifestado por la Abogada General- que el establecimiento de un periodo de residencia mínimo para el reagrupante o de un periodo máximo de espera, eran compatibles con el derecho a la vida familiar del artículo 8 CEDH, tal y como lo interpreta el TEDH¹¹⁷³. En cualquier caso, la ciudadanía de la Unión y el efecto útil que le ha dado la jurisprudencia del TJUE han puesto de manifiesto la diferencia de intensidad de protección en el Derecho de la Unión del derecho a la reagrupación/vida familiar cuando está presente un ciudadano de la unión con respecto a aquellos supuestos que afectan únicamente a nacionales de terceros Estados (incluyendo a los menores)¹¹⁷⁴. El TJUE ha extendido estos derechos a los

¹¹⁷² Conclusiones presentadas el 8 de octubre de 2005, *Parlamento c. Consejo*, asunto C-540/03, *cit. supra*, apartados 48, 74 y 105.

¹¹⁷³ Sentencia de 27 de junio de 2006, *Parlamento c. Consejo*, asunto C-540/03, *cit. supra*, apartados 37, 57 y 98. El Tribunal analiza (apartado 56), además, la legalidad de la Directiva 2003/86/CE a la luz de la Sentencia del TEDH de 21 de diciembre de 2001, *Sen c. Países Bajos*, Recurso nº 31465/96, apartado 37, donde el Tribunal de Estrasburgo dejó sentado que en su análisis en materia de reagrupación familiar “[...] tiene en cuenta la edad de los menores afectados, su situación en el país de origen y su grado de dependencia de los padres”. Debe verse, B. MASSON, “L’harmonisation des conditions du regroupement familial: la Cour fait la leçon sur le titre IV CE (CJCE 27 juin 2006, Parlement européen c/ Conseil de l’Union européenne)”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Vol. 42, nº 4, 2006, pp. 673-685.

¹¹⁷⁴ Deben verse como ejemplos la Sentencia de 11 de julio de 2002, *Carpenter c. Secretary of State for the Home Department*, asunto C- 60/00, Rec. 2002, p. I- 6279; la Sentencia de 19 de octubre de 2004, *Zhu y Chen c. Secretary of State for the Home Department*, Rec. 2004, p. I-9925; así como la Sentencia de 8 de marzo de 2011, *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l’emploi*, asunto C-34/09, Rec. 2011, p. I-1177. Por otra parte, el TJUE también ha velado porque la situación de reagrupación familiar de los

hijastros menores de 21 años o a cargo del trabajador migrante que es ciudadano de la Unión, es decir, a los hijos de su cónyuge, no comunes, con independencia de la nacionalidad de aquéllos¹¹⁷⁵. También se encuentra la interpretación benévola que el TJUE ha efectuado en relación con hijos e hijastros menores de 21 años o a cargo de trabajadores migrantes procedentes de un Estado asociado con la Unión Europea¹¹⁷⁶. Por otra parte, la escolarización de un hijo menor de edad que ostenta la nacionalidad de un Estado miembro ha sido estimada por el TJUE como un motivo suficiente para conceder el permiso de residencia al progenitor que ejerce efectivamente su custodia, tanto si éste es nacional de un Estado miembro¹¹⁷⁷ como si lo es de un tercer Estado¹¹⁷⁸. Por tanto, los vínculos con la ciudadanía de la Unión y su efecto útil en ocasiones suponen una extensión del alcance del derecho a la vida familiar incluso para nacionales de terceros Estados.

En la aplicación descentralizada del Derecho de la Unión, resulta de gran interés la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 11296/2011, de 15 de septiembre de 2011, en la que se interpreta la Directiva de reagrupación familiar en conformidad con la CDN, en concreto con arreglo a su sexto considerando, el cual dispone que *“el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno*

nacionales de terceros Estados no supere en intensidad de protección a la correspondiente a los familiares, nacionales de terceros Estados, de ciudadanos de la Unión. Para ello el TJUE ha precisado que admitir la competencia exclusiva de los Estados miembros *“[...] para regular el primer acceso al territorio comunitario de los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión que son nacionales de terceros países [...] llevaría al resultado paradójico de que un Estado miembro estaría obligado, en virtud de la Directiva 2003/86/CE [...], a autorizar la entrada y la residencia del cónyuge de un nacional de un país tercero residente legalmente en su territorio cuando dicho cónyuge no reside ya legalmente en otro Estado miembro, pero sería libre para denegar la entrada y la residencia del cónyuge de un ciudadano de la Unión en las mismas circunstancias”*, véase la Sentencia de 25 de julio de 2008, *Metock*, cit. supra, apartados 66 y 69.

¹¹⁷⁵ Sentencia de 17 de septiembre de 2002, *Baumbast c. Secretary of State for the Home Department*, asunto C- 413/99, Rec. 2002, p. I-7091, apartado 57: *“Por otra parte, el derecho a instalarse con el trabajador migrante, del que disfrutan «su cónyuge y sus descendientes menores de 21 años o a su cargo», debe interpretarse en el sentido de que beneficia tanto a los descendientes de dicho trabajador como a los de su cónyuge. En efecto, una interpretación restrictiva de esta disposición en el sentido de que sólo los hijos comunes del trabajador migrante y su cónyuge tienen derecho a instalarse con ellos contravendría el objetivo perseguido por el Reglamento n° 1612/68 [...]”*.

¹¹⁷⁶ Sentencia de 30 de septiembre de 2004, *Engin Ayaz*, asunto C-275/02, Rec. 2004, p. I-8765, apartado 48: *“[...] el artículo 7, párrafo primero, de la Decisión n° 1/80 debe interpretarse en el sentido de que el hijastro menor de 21 años o a cargo de un trabajador turco que forma parte del mercado legal de trabajo de un Estado miembro es un miembro de la familia de este trabajador, en el sentido de dicha disposición, y disfruta de los derechos que esta Decisión le confiere en la medida en que haya sido autorizado debidamente a reunirse con dicho trabajador en el Estado miembro de acogida”*. En mayor detalle puede verse E. BERGAMINI, “Les droits de l’enfant”, en J. RIDEAU (dir.), *Les droits fondamentaux dans l’Union européenne. Dans le sillage de la Constitution européenne*, Bruylant, Bruselas, 2009, pp. 95-108.

¹¹⁷⁷ Sentencia de 23 de febrero de 2010, *Maria Teixeira*, asunto C-480/08, Rec. 2010, p. I- 1107.

¹¹⁷⁸ Sentencia de 23 de febrero de 2010, *Ibrahim*, asunto C-310/08, Rec. 2010, p. I-1065.

de la familia”. De este modo el Tribunal alcanza la conclusión de que el concepto de reagrupación familiar está referido “*al colectivo que conforma la familia nuclear y la protección se proyecta sobre la unidad familiar y no sobre los familiares e intereses aislados de sus integrantes*”¹¹⁷⁹. Este ejemplo, evidencia que en la aplicación descentralizada del Derecho de la Unión, la CDN, tratado internacional que vincula a todos los Estados miembros, es de obligado cumplimiento, lo cual exige que las instituciones de la Unión *ex ante* anticipen en la mayor medida de lo posible el respeto a sus disposiciones cuando elaboran actos legislativos, para evitar que en la aplicación descentralizada la uniformidad material del Derecho de la Unión se fragmente más allá del necesario margen de apreciación para su implementación a nivel nacional¹¹⁸⁰.

Otro ejemplo de invocación y aplicación por parte de la más alta instancia jurisdiccional de la Unión Europea de la CDN, como fuente de inspiración para la tutela de los principios generales de este ordenamiento, lo encontramos en el asunto *Dynamic Medien* resuelto en 2008. En este caso el TJUE consideró compatible con las disposiciones del Derecho originario relativas a la libre circulación de mercancías una reglamentación establecida por Alemania, destinada a prohibir la distribución por correspondencia de material audiovisual - en el litigio que originó la cuestión prejudicial éste procedía de Reino Unido- que no hubiera sido objeto de control ni de clasificación a los efectos de proteger los intereses de los menores. Al igual que en la resolución del asunto *Omega*¹¹⁸¹, el TJUE señaló en este caso que para que las medidas restrictivas de la libre circulación de mercancías destinadas a la protección de los menores fuesen autorizadas por el Derecho de la Unión no era necesario que todos los Estados miembros compartan una concepción común sobre el alcance y modalidades de protección; más bien al contrario, el Tribunal reconoce la necesidad de un margen de apreciación a los Estados miembros puesto que dichas concepciones pueden variar por razones de orden cultural o moral. El Tribunal concede en este asunto una importancia relevante a las disposiciones de la CDN, invocando su artículo 17, como fuente de inspiración para la determinación de los derechos fundamentales del niño que en su calidad de principios generales pueden constituir un interés legítimo que justifique una

¹¹⁷⁹ STSJ de Madrid 11296/2011, de 15 de septiembre de 2011, *cit. supra*, Fundamento Jurídico nº 4.

¹¹⁸⁰ Conviene tener presente el artículo 39. 4 de la Constitución Española: “*Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*”. Dicho precepto en conjunción con los artículos 10.2 y 96.1 de la Constitución, convierte a la CDN no solo en una poderosa herramienta hermenéutica en el ordenamiento jurídico español, sino que además sus disposiciones adquieren el carácter de directamente aplicables.

¹¹⁸¹ Sentencia de 14 de octubre de 2004, *Omega Spielhallen*, *cit. supra*.

restricción a una de las libertades económicas fundamentales, en este caso, la libre circulación de mercancías. En aplicación del Derecho originario, el TJUE sigue una aplicación funcional de este tratado internacional de derechos humanos, que indica que el proyecto de integración económica europea experimenta constricciones exigidas por la protección de los derechos fundamentales, en este caso del niño¹¹⁸².

Continuando con la aplicación judicial, en otros asuntos el TJUE ha aludido a la necesaria toma de consideración del interés superior del menor para la aplicación del Reglamento 2201/2003/CE relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, invocando, para ello, de forma autónoma el artículo 24 CDFUE sin ninguna referencia a la CDN¹¹⁸³.

Volviendo al terreno de la aplicación normativa debe señalarse que las fricciones entre el Derecho internacional y el derecho derivado no siempre inclinan la balanza a favor del primero en cuanto a un nivel más completo y extenso de protección; en muchos casos el derecho derivado de la Unión presenta un mayor grado de concreción y una protección más extensa para los derechos del niño. Éste es el caso de la edad mínima de admisión al empleo, donde la Directiva 94/33/CE relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo estableció que, salvo limitadas excepciones, la edad mínima para el acceso al empleo no podrá ser inferior a aquélla en que finaliza la obligación de escolaridad a tiempo completo impuesta por la legislación nacional ni inferior, en

¹¹⁸² Sentencia de 14 de febrero de 2008, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH c. Avides Media AG*, asunto C-244/06, Rec. 2008, p. I- 0505, apartados 39-44. En este caso el TJUE se muestra impreciso acerca del valor jurídico en el ordenamiento jurídico de la Unión de la CDN, ya que se limita a indicar que ésta fue adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y que su entrada en vigor había tenido lugar el 2 de septiembre de 1990. Simplemente se remite a lo señalado con anterioridad en su Sentencia de 27 de junio de 2006, *Parlamento c. Consejo*, asunto C-540/03, *cit. supra*. En sus Conclusiones presentadas el 13 de septiembre de 2007 (*Dynamic Medien Vertriebs GmbH c. Avides Media AG*, asunto C- C-244/06, Rec. 2008, p. I- 0505), el Abogado General MENGOZZI examina en mayor detenimiento los argumentos relativos a la situación de los Estados miembros en relación con la CDN. Otros asuntos indican una mayor reflexión en este sentido por parte de los Abogados Generales que por parte del Tribunal, así pueden verse las Conclusiones de la Abogada General SHARPSTON presentadas el 30 de septiembre de 2010, *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi*, *cit. supra*, apartado 10. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el TJUE ya había tenido ocasión de señalar con anterioridad que cuando un Estado miembro invoca exigencias imperativas para justificar una legislación nacional que puede obstaculizar el ejercicio de una libertad económica fundamental, dicha justificación debe ser interpretada también a la luz de los derechos fundamentales que el ordenamiento de la Unión tutela, véase, entre otras, la Sentencia de 26 de junio de 1997, *Familiapress*, asunto C-368/95, Rec. 1997, p. I-3689, apartado 24.

¹¹⁸³ Véanse la Sentencia de 9 de diciembre de 2009, *Detiček*, *cit. supra*; y la Sentencia de 5 de octubre de 2010, *J. McB. y L. E.*, *cit. supra*, apartado 60. También el Reglamento 2201/2003/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000, D.O.U.E. Serie L 338/01, de 23 de diciembre de 2003.

cualquier caso, a los 15 años. Por tanto, la Directiva de forma autónoma va más allá de lo exigido por la CDN y por el Convenio n° 138 de la OIT relativo a la edad mínima de admisión al empleo. La Directiva 94/33/CE se muestra en comparación con la Carta Social Europea mucho más restrictiva y precisa a la hora de admitir excepciones a la prohibición de permitir el trabajo a menores de menos de 15 años, exigiendo que quede garantizada su asiduidad escolar, y sobre todo, la Directiva fija unas condiciones más favorables y protectoras para aquellos supuestos donde admite la excepción. Por tanto, se trata de un acto jurídico autónomo de la Unión, que da aplicación al artículo 32.2 a) de la CDN, junto con otros tratados internacionales concluidos por los Estados miembros, sin mencionarlos explícitamente, estableciendo un estándar de protección propio más elevado que el existente en el marco jurídico internacional y regional europeo¹¹⁸⁴.

Por último, la CDFUE, cuyo estándar de protección mínimo debe coincidir con las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros y las propias de la Unión (*ex* artículo 53.1), no contiene en su artículo 32 una edad mínima de admisión al empleo cifrada, con el objeto de no petrificar ni evitar evoluciones futuras más proteccionistas en el derecho derivado.

En el terreno de las propuestas normativas presentadas por la Comisión Europea y que están pendientes de adopción mediante el procedimiento legislativo ordinario encontramos, por ejemplo, la Directiva sobre el derecho de acceso a un abogado en los procesos penales y el derecho de comunicación en el momento de la detención, que establece en su artículo 5 la obligación de notificar lo antes posible a los representantes legales de los menores privados de libertad la detención de esos menores y los motivos de la misma, salvo cuando esa notificación vaya en detrimento de los intereses del menor¹¹⁸⁵.

Por otra parte la Unión Europea, ha intentado hacer frente a nuevos desafíos para la protección de los derechos del niño que no existían cuando se adoptó el texto de la CDN en 1989. En ejercicio de sus competencias de apoyo, complemento y supervisión de las políticas de los Estados miembros en materia de protección de consumidores la Unión

¹¹⁸⁴ Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo, D.O.U.E. Serie L 216/12, de 20 de agosto de 1994.

¹¹⁸⁵ Véase la Propuesta de la Comisión de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el derecho de acceso a un abogado en los procesos penales y el derecho de comunicación en el momento de la detención, Bruselas, 8 de junio de 2011, COM(2011) 326 final, 2011/0154 (COD). La propuesta se hace eco de las Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la justicia adaptada a los menores, *cit. supra*.

adoptó en 2008 un programa comunitario plurianual sobre la protección de los niños en el uso de Internet y de otras tecnologías de la comunicación en cuyo Preámbulo se invoca la CDN¹¹⁸⁶. La Comisión Europea es la encargada de ejecutar este programa orientado al logro de un alto nivel de protección de los niños en el ciberespacio, así como, en la utilización de teléfonos móviles o servicios de redes sociales. La estrategia de la Unión pretende aprovechar las oportunidades que las nuevas tecnologías presentan para la infancia en términos de aprendizaje digital, a la par que se combaten los riesgos que de éstas se derivan: ciberacoso, protección de la intimidad y datos personales, acceso a contenidos y conductas ilícitos, etc. En este sentido la Unión pretende erigirse en punta de lanza en relación al marco jurídico internacional existente, aunque como principal debilidad cuenta con el apoyo y confianza que la Comisión Europea manifiesta hacia la autorregulación del sector¹¹⁸⁷.

Otra cuestión donde la Unión pretende situarse en la vanguardia es la relativa a la discriminación múltiple, que aborda no solo en relación con los niños con discapacidad sino también en relación con la integración de los niños gitanos, sujetos con frecuencia a este tipo de discriminación que conduce a la exclusión social¹¹⁸⁸. Precisamente, encontramos un importante ejemplo donde confluyen ambos motivos de discriminación en la Sentencia del TEDH de 13 de noviembre de 2007. En ella la República Checa fue condenada por infracción de la prohibición de discriminación contenida en el artículo 14 CEDH en conjunción con el derecho a la instrucción del artículo 2 del Protocolo Adicional nº 1 al CEDH, debido al emplazamiento discriminatorio de niños gitanos en escuelas especiales para niños con discapacidad mental¹¹⁸⁹.

En cuanto a los compromisos presupuestarios de la Unión para asignar fondos a asuntos internos relativos específicamente a los derechos del niño encontramos diversos programas como: PROGRESS (2007-2013)¹¹⁹⁰, Daphne III (2007-2013)¹¹⁹¹, Derechos

¹¹⁸⁶ Decisión 1351/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, por la que se establece un programa comunitario plurianual sobre la protección de los niños en el uso de Internet y de otras tecnologías de la comunicación, D.O.U.E. Serie L 348/118, de 24 de diciembre de 2008.

¹¹⁸⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo, y al Comité de las Regiones, Una Agenda de la UE en pro de los Derechos del Niño, *cit. supra*, pp. 12-13.

¹¹⁸⁸ Véase la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo, y al Comité de las Regiones, sobre Las Estrategias Nacionales de Integración de los Gitanos: un primer paso para la aplicación del marco de la UE, de 21 de mayo de 2012, COM(2012) 226 final.

¹¹⁸⁹ Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 13 de noviembre de 2007, *D.H. y otros c. República Checa*, *cit. supra*.

¹¹⁹⁰ Decisión 1672/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 2006, por la que se establece un programa comunitario para el empleo y la solidaridad social – Progress, *cit. supra*.

Fundamentales y Ciudadanía (2007-2013)¹¹⁹², el Programa “Una internet más segura” (2009-2013)¹¹⁹³, así como, parcialmente el Programa “La juventud en acción” que abarca a jóvenes comprendidos en el rango de 13 hasta 30 años con la finalidad de expandir su participación en la vida democrática europea¹¹⁹⁴.

Para concluir debe señalarse que aunque sería deseable que la Unión se sometiera al control periódico por parte del Comité sobre los Derechos del Niño para garantizar la plena implementación de la CDN en su ordenamiento jurídico, en todas sus áreas de competencia y en la políticas que desarrolla tanto hacia sus Estados miembros como hacia terceros Estados, no debe olvidarse que la ejecución selectiva y autónoma que lleva a cabo de algunas de las obligaciones internacionales dimanantes de este tratado internacional constituye un importante complemento a la actividad de sus Estados miembros. Además, el grado e intensidad con que se ha efectuado una aplicación normativa de la CDN mediante la adopción de derecho derivado comprendido en el ámbito material de este tratado internacional, seguramente ha hecho que la Unión haya ganado ya la competencia implícita externa para poder adherirse a la CDN, amén de la posibilidad última de recurrir para ello a la cláusula de flexibilidad del artículo 352 TFUE. También debe tenerse presente que las herramientas con que la Unión cuenta en la actualidad son limitadas a la hora de evaluar los resultados concretos que son fruto de sus políticas, así como, que la puesta en marcha de sus diferentes estrategias en materia de derechos del niño es todavía incipiente y que la asignación de responsabilidades dentro de la propia Unión con arreglo a un calendario y a unos objetivos precisos permanece un tanto incierta¹¹⁹⁵.

En cualquier caso, no debe desdeñarse que la respuesta de las instituciones de la Unión ante la actual situación de recesión económica y de crisis de deuda soberana en la

¹¹⁹¹ Decisión 779/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2007, por la que se establece, para el período 2007-2013, un programa específico para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre los niños, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo (programa Daphne III) integrado en el programa general “Derechos fundamentales y justicia”, D.O.U.E. Serie L 173/19, de 3 de julio de 2007.

¹¹⁹² Decisión del Consejo 2007/252/JAI, de 19 de abril de 2007, por la que se establece para el período 2007-2013 el programa específico “Derechos fundamentales y ciudadanía”, integrado en el programa general “Derechos fundamentales y justicia”, D.O.U.E. Serie L 110/33, de 27 de abril de 2007.

¹¹⁹³ Decisión 1351/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, por la que se establece un programa comunitario plurianual sobre la protección de los niños en el uso de Internet y de otras tecnologías de la comunicación, *cit. supra*. Más información disponible en: http://ec.europa.eu/information_society/activities/sip/index_en.htm

¹¹⁹⁴ Recomendación del Consejo (2008/C 319/03), de 20 de noviembre de 2008, sobre la movilidad de los jóvenes voluntarios en la Unión Europea, D.O.U.E. Serie C 319/8, de 13 de diciembre de 2008. Puede consultarse en detalle en: http://eacea.ec.europa.eu/youth/index_en.php

¹¹⁹⁵ Save the Children, *Governance fit for Children. To what extent have the general measures of implementation of the UNCRC been realized in the EU Institutions?*, *cit. supra*.

zona euro no es inocua desde el punto de vista de los derechos del niño recogidos en la CDN, ya que como el Comité sobre los Derechos del Niño ha tenido ocasión de señalar “*las políticas económicas nunca son neutras en lo que respecta a los derechos del niño*”¹¹⁹⁶. En este sentido, se ha comprobado que las decisiones de la denominada *troika* -compuesta por representantes del Fondo Monetario Internacional, de la Comisión Europea y del Banco Central Europeo- en materia de consolidación fiscal y presupuestaria reducen de forma considerable el máximo de recursos de que algunos de los Estados miembros de la Unión disponen para destinar al logro de la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales recogidos en la CDN (artículo 4), al concentrarse sus esfuerzos principalmente en la reducción de gasto público. Hasta el momento presente tres Estados miembros se encuentran recibiendo asistencia financiera de la *troika*, Grecia, Irlanda y Portugal, pero claro está: las políticas de austeridad no se limitan a ellos. Pese a ser cierto que la austeridad dogmática reduce el margen de apreciación de los Estados miembros de la Unión, constituyendo un riesgo para los derechos sociales, económicos y culturales, tal y como ha puesto de manifiesto la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, lo cierto es que los Estados miembros siguen conservando cierta discrecionalidad a la hora de situar o no los derechos del niño como prioridad presupuestaria¹¹⁹⁷. El Comité de los Derechos del Niño exige precisamente debido a este motivo, la visibilidad de los niños en los presupuestos de los Estados parte (exigencia que la Unión Europea no cumple suficientemente):

“El Comité necesita saber qué medidas se han adoptado en todos los niveles de gobierno para que la planificación y la adopción de decisiones, en particular presupuestarias, en los sectores económico y social, se lleven a cabo teniendo como consideración primordial el interés superior del niño, y para que los niños, incluidos especialmente los grupos de niños marginados y desfavorecidos, estén protegidos contra los efectos negativos de las políticas económicas o de los declives financieros”.¹¹⁹⁸

¹¹⁹⁶ Comité de Derechos del Niño, *Informe sobre el 22º período de sesiones -27 de septiembre a 8 de octubre de 1999-*, CRC/C/90, 1999, apartado 291. Véase con carácter general, F. DE TINGUY DU POUET, “L’Économie et les Droits de l’homme”, en *Karel Vasak Amicorum Liber, Human Rights at the Dawn of the Twenty-First Century*, Bruylant, Bruselas, 1999, pp. 163-181.

¹¹⁹⁷ Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, 1884 (2012), *Austerity measures - a danger for democracy and social rights*, Estrasburgo, 26 de junio de 2012, disponible en: http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefATDetails_E.asp?FileID=18916

¹¹⁹⁸ Observación General Nº 5, Comité de Derechos del Niño, *Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)*, cit. supra, apartado 51, p. 15. Como sostiene Save the Children es muy posible que la propia Unión Europea no verifique suficientemente esta exigencia de visibilidad presupuestaria del niño: “*Several funding instruments for internal and external affairs allocate funds towards child-specific action; however, the*

3.3 La protección y promoción de los derechos de la infancia en la acción exterior de la Unión Europea.

La CDN, junto con otros tratados internacionales adoptados en el seno de la OIT relativos al trabajo infantil (Convenios nº 138 y 182), constituye una pieza clave de la condicionalidad que la Unión Europea lleva a cabo en su acción exterior, como se vio en el apartado 4.1 del Capítulo I del presente trabajo. El Acuerdo de Cotonú, acuerdo de cooperación al desarrollo con los Estados de África, del Caribe y del Pacífico (ACP), resulta ilustrativo de un tratado internacional que sitúa como elemento esencial el respeto a los derechos humanos del niño, pudiendo, en caso de violación especialmente grave de éstos por una de las partes, llegarse a la suspensión del acuerdo tras un procedimiento de consulta y diálogo político. En cualquier caso, está considerado que presumiblemente una eventual violación grave de los derechos del niño –así ha ocurrido hasta la fecha- sería atribuida a un socio de la Unión, y nunca a ésta, que podría instar la suspensión del acuerdo¹¹⁹⁹. Quizá haya sido el proceso de ampliación de la Unión

EU budget does not contain a “children’s budget”. Budget decisions do not consider children or the best interest of the child. There are no tools or mechanisms in place to identify how much money is spent on children”, en Save the Children, Governance fit for Children. To what extent have the general measures of implementation of the UNCRC been realized in the EU Institutions?, cit. supra, p. 42. El Comité de Derechos del Niño ha señalado que el recurso a la cooperación internacional puede ayudar a los Estados parte a lograr los medios y recursos necesarios para respetar las obligaciones recogidas en la CDN: “Le Comité a souligné que tous les pays du monde étaient libres de définir une politique d’ajustement structurel et de transition et que celles-ci n’étaient pas imposées par des forces extérieures. Ce sont les gouvernements qui décident de la nécessité de restructurer et d’adapter leur économie. Le Comité a également reconnu que les organisations internationales se concentraient un peu trop sur leurs mandats respectifs, non définis en termes de droits de l’homme. Il a rappelé que le point de départ devait toujours être l’accès à un niveau minimum de jouissance des droits économiques et sociaux et que le FMI et la Banque Mondiale devraient insister sur la responsabilité qu’ont les États de respecter les droits de l’homme et de donner des pouvoirs au peuple. Il a dit en outre qu’un programme d’ajustement structurel qui entraînait une privatisation d’une partie de l’économie ou du programme social ou une réduction des dépenses sociales...appauvrissant encore les gens en réduisant l’accès aux soins de santé et à l’éducation, était un échec”, en J. DHOMMEAUX, “Le rôle du Comité des droits de l’enfant dans le contrôle, l’interprétation et l’évolution de la Convention relative aux droits de l’enfant”, op. cit., p. 575.

¹¹⁹⁹ Sirva de ejemplo al respecto el artículo 26 del Acuerdo de Cotonú: “La cooperación apoyará también la elaboración de una política coherente y global con el fin de obtener el máximo rendimiento del potencial de la juventud, de modo que los jóvenes estén mejor integrados en la sociedad y puedan demostrar todo el alcance de sus capacidades. En este contexto, la cooperación apoyará políticas, medidas y acciones destinadas a: a) proteger los derechos de los niños y jóvenes, en particular, de las niñas; b) valorizar las competencias, la energía, el sentido de la innovación y el potencial de la juventud con el fin de aumentar sus oportunidades en los ámbitos social, cultural y económico; c) ayudar a los organismos procedentes de las comunidades locales a dar a los niños la posibilidad de desarrollar su potencial físico, psicológico y socioeconómico; y d) reintegrar en la sociedad a los niños en las situaciones post conflicto, por medio de programas de rehabilitación”. El texto del Acuerdo de Cotonú puede consultarse en el D.O.U.E. Serie L 317/3, de 15 de diciembre de 2000; este acuerdo fue modificado por primera vez por la Decisión del Consejo 2005/599/CE, de 21 de junio de 2005, D.O.U.E. Serie L 209/26, de 11 de agosto de 2005; y modificado por segunda vez en virtud de la Decisión del Consejo 2010/648/UE, de 14 de mayo de 2010, D.O.U.E. Serie L 287/1, de 4 de noviembre de 2010, cit.

Europea hacia Europa Central y Oriental y su condicionalidad mediante la aplicación del criterio político fijado por el Consejo Europeo de Copenhague de 1993 una de las contribuciones más tangibles, en cuanto a resultados, en la promoción de los derechos del niño. De este modo, la Unión Europea venía adelantándose a la realización del mandato, hoy explícito, del artículo 3.5 TUE de promover la protección de los derechos del niño en sus relaciones con el resto del mundo. Junto con la condicionalidad y el diálogo político, encontramos otro abanico de actuaciones de la Unión Europea en su acción exterior encaminadas a la promoción de los derechos del niño: su apoyo a los desarrollos a nivel universal, la adopción de directrices propias, estrategias y documentos preparatorios, la exigencia de su respeto en el marco de la Política Comercial Común, etc. En un intento de seguir un orden cronológico pueden indicarse los siguientes ejemplos relativos a algunos de los desarrollos más recientes:

En 2002, la Delegación de la Comisión Europea ante las Naciones Unidas intervino durante el período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la infancia, señalando la importancia de implementar adecuadamente la CDN y estableciendo como prioridades la necesidad de erradicar la pobreza infantil, de combatir el VIH, así como, la protección de los niños frente a la violencia, el tráfico de seres humanos y la explotación sexual¹²⁰⁰. La Unión Europea ha prestado su apoyo a la Resolución adoptada por la Asamblea General al término de dicho período extraordinario de sesiones: “*Un mundo apropiado para los niños*”¹²⁰¹.

En 2003 el Consejo de la Unión adoptó sus *Orientaciones de la Unión Europea sobre los niños en los conflictos armados*, que fueron actualizadas en 2008¹²⁰². En ellas se muestra el compromiso para implementar las Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, 1539 (2004) de 22 de abril¹²⁰³, y 1612 (2005) de 26 de julio de 2005¹²⁰⁴, que contribuyen a establecer un marco general para la protección de los niños afectados por conflictos armados. Podría criticarse la *degradación normativa* a que la

supra. Sobre este acuerdo puede verse, B. SÁNCHEZ RAMOS, “La Unión Europea y la promoción de los derechos humanos en los países ACP”, en M. J. AZNAR GÓMEZ (coord.), J. CARDONA LLORENS, J. PUEYO LOSA, J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J. M. SOBRINO HEREDIA (eds.), *Estudios de Derecho Internacional y Derecho Europeo en Homenaje al Profesor Manuel Pérez González*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 1797-1814.

¹²⁰⁰ Período Especial de Sesiones de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre la infancia, Nueva York, 8 a 10 de mayo de 2002. Intervención de 10 de mayo de 2002 disponible en: <http://www.un.org/ga/children/eucE.htm>

¹²⁰¹ Resolución de la AGNU, S-27/2, adoptada el 10 de mayo de 2002, A/RES/S-27/2.

¹²⁰² Consejo de la Unión Europea, *EU Guidelines Human Rights and International Humanitarian Law*, *cit. supra*, pp. 30-39.

¹²⁰³ S/RES/1539 (2004).

¹²⁰⁴ S/RES/1612 (2005).

Unión ha sometido tanto al Protocolo Facultativo a la CDN relativo a la participación de niños en los conflictos armados, como a las Resoluciones del Consejo de Seguridad, en este caso, al otorgarles únicamente el estatus formal de directrices, orientaciones, que al margen de su sustantividad jurídico-internacional originaria no deja de ser *soft law*. En todo caso, el mecanismo del *soft law* es también una estrategia válida para evitar posibles desencuentros con los Estados miembros en cuanto al reparto de competencias¹²⁰⁵. En estas directrices se reafirma el compromiso de la Unión Europea con la Corte Penal Internacional como forma de acabar con la impunidad por los supuestos de uso y reclutamiento ilegal de niños soldado¹²⁰⁶. En el Estatuto de Roma de 1998, que ha sido ratificado por todos los Estados miembros de la Unión, se efectúa la inclusión entre los crímenes de guerra en conflictos armados, tanto internacionales como no internacionales, del reclutamiento o alistamiento de niños menores de 15 años o su utilización para participar activamente en las hostilidades (artículo 8.2.b) xxvi). Precisamente estos hechos han originado en julio de 2012 la primera sentencia de la Corte Penal Internacional para condenar al congoleño Thomas Lubanga¹²⁰⁷. Por su parte el Protocolo Facultativo a la CDN relativo a la participación de niños en conflictos armados establece la obligación de que ningún Estado parte reclute obligatoriamente en sus fuerzas armadas a ningún menor de 18 años, y que en caso de que existan menores de 18 años alistados, hagan lo posible para evitar que estos participen en las hostilidades (artículos 1 y 2).

En 2004, la Asamblea Parlamentaria Paritaria entre los Estados de África, del Caribe y del Pacífico, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra, adoptó una Resolución sobre los derechos del niño y en particular los niños soldados. En ella se efectuaba un llamamiento a todos los Estados parte en el acuerdo –así como a los Estados candidatos a la adhesión a la Unión Europea- para la ratificación y adecuada

¹²⁰⁵ En relación con el *soft law* y a la luz de labor tanto del TEDH como del TJUE en materia de interpretación de normas relativas a derechos fundamentales se ha dicho que: “*En utilisant le droit “souple” pour interpréter le droit “dur”, les juges contournent la volonté des États par le biais du cosmopolitisme interprétatif considéré par beaucoup comme un bricolage destructeur révélateur de l’arbitrage du juge*”, véase L. BURGORGUE-LARSEN, “Le destin judiciaire strasbourgeois de la Charte des Droits Fondamentaux de l’Union Européenne. *Vices et Vertus du Cosmopolitisme Normatif*”, *op. cit.*, p. 172. Por tanto la idea de la degradación normativa no es necesariamente correcta en este caso.

¹²⁰⁶ Véanse la Posición Común 2003/444/PESC del Consejo, de 16 de junio de 2003, relativa a la Corte Penal Internacional, D.O.U.E. Serie L 150/67, de 18 de junio de 2003; así como el Acuerdo entre la Corte Penal Internacional y la Unión Europea sobre cooperación y asistencia, D.O.U.E. Serie L 115/50, de 28 de abril de 2006.

¹²⁰⁷ Sentencia de la Sala I de la Corte Penal Internacional de 10 de julio de 2012, *Situación en la República Democrática del Congo en el asunto Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo*, disponible en: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1438370.pdf>

ejecución de la CDN junto con otros instrumentos relevantes de Derecho internacional de los Derechos humanos y de Derecho internacional humanitario. Esta resolución que trae causa del acuerdo mixto de Cotonú tendría en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea la posición correspondiente al derecho convencional derivado¹²⁰⁸.

En 2007, volviendo al ámbito del *soft law*, el Consejo de la Unión adoptó las Directrices de la Unión Europea relativas a la promoción y la protección de los derechos del niño¹²⁰⁹, que contienen una vasta relación de normas, estándares y principios internacionales que la Unión puede invocar en sus relaciones con terceros países para promover los derechos del niño (de ámbito universal y de ámbito regional europeo, africano y americano)¹²¹⁰, tal es el caso de los Compromisos de París para proteger a las niñas y niños reclutados o utilizados ilícitamente por fuerzas o grupos armados y de los Principios y Directrices de París sobre los niños vinculados a fuerzas o grupos armados, adoptados ambos en una conferencia internacional que tuvo lugar en febrero de 2007¹²¹¹.

En 2008, la Comisión Europea adoptó una Comunicación titulada “*Un lugar especial para la infancia en la acción exterior de la UE*” en la que afirmaba la necesidad de que la Unión ponga en marcha medidas concretas para situar al niño en el centro de sus políticas en materia de relaciones exteriores, desarrollo y ayuda humanitaria, con vistas al cumplimiento con los Objetivos de Desarrollo del Milenio¹²¹². En este documento, de carácter preparatorio, se tiene en cuenta la especial vulnerabilidad y exposición de las niñas que viven en zonas que están en situación de conflicto tanto a la violencia sexual

¹²⁰⁸ En esta resolución se exhortaba a la Comisión Europea y al Consejo a integrar la perspectiva de los derechos del niño en los instrumentos de cooperación al desarrollo, y en concreto, a efectuar una asignación presupuestaria adecuada en el marco del Fondo Europeo de Desarrollo para luchar contra la trata de niños y su utilización como niños soldado, véase la Resolución sobre los derechos del niño y en particular los niños soldados de la Asamblea Parlamentaria Paritaria del Acuerdo de Asociación entre los Estados de África, del Caribe y del Pacífico, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, D.O.U.E. Serie C 26/17, de 29 de enero de 2004. Debe recordarse de acuerdo con lo señalado por el TJUE en su Sentencia de 20 de septiembre de 1990, *Sevince c. Staatssecretaris van Justitie*, *cit. supra*, que esta resolución forma parte integrante del ordenamiento jurídico de la Unión y que su posición jerárquica sería idéntica a la del acuerdo internacional del que trae causa, esto es, superior al derecho derivado e inferior al Derecho originario.

¹²⁰⁹ Uno de los resultados palpables de las acciones que la Unión pretendía poner en marcha mediante estas Directrices es el establecimiento de un mandato por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas para un Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra los niños. En mayo de 2009 la portuguesa Marta Santos Pais fue nombrada para este puesto.

¹²¹⁰ Consejo de la Unión Europea, *EU Guidelines Human Rights and International Humanitarian Law*, *cit. supra*, pp. 47-64.

¹²¹¹ Textos disponibles en: http://www.unicef.org/spanish/protection/57929_58012.html

¹²¹² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo, y al Comité de las Regiones, Un lugar especial para la infancia en la acción exterior de la UE, de 5 de febrero de 2008, COM(2008) 55 final, p. 4.

como a la doméstica¹²¹³, una especial vulnerabilidad que se menciona expresamente en el Protocolo Facultativo a la CDN sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, pero que no se contempla en el Protocolo Facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados.

La Unión Europea, pese a la situación de retroceso económico actual, sigue constituyendo junto con sus Estados miembros el principal bloque contribuyente a la ayuda oficial al desarrollo a nivel mundial, además, ha mostrado su compromiso con los Objetivos de Desarrollo del Milenio, que incluyen numerosas metas evaluables en 2015 de capital relevancia para la realización de los derechos del niño (reducción del hambre y la mortalidad infantil, educación primaria universal, agua y viabilidad medioambiental...). Debe precisarse que la Unión Europea no está individualmente obligada a alcanzar los Objetivos de Desarrollo del Milenio, puesto que su persecución y logro constituye una empresa común a toda la Comunidad internacional¹²¹⁴.

Desde luego la amplitud de ámbitos materiales del Derecho de la Unión donde los derechos del niño se ven afectados de forma directa o indirecta, tanto hacia su interior como en la acción exterior, resulta inaprehensible.

Para finalizar con la proyección de los derechos del niño en la acción exterior de la Unión Europea cabe referirse al Parlamento Europeo como un actor de extraordinaria relevancia en su protección también a nivel extraterritorial, en virtud de la preceptiva aprobación de la decisión de concluir acuerdos internacionales en los casos que contempla el artículo 218.6 a) TFUE. En ejercicio de esta prerrogativa, en relación con la aprobación de un Protocolo al Acuerdo de colaboración y cooperación entre la Unión Europea y Uzbekistán relacionado con el comercio de productos textiles, el Parlamento Europeo, consciente del uso continuado de trabajo infantil en la cosecha del algodón en Uzbekistán, decidió que solo se plantearía conceder su aprobación después de que las autoridades de Uzbekistán hubieran autorizado a los observadores de la OIT para que pudieran comprobar que la práctica del trabajo forzoso y el trabajo infantil están en vías

¹²¹³ Debe verse la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas, 57/189, *La niña*, A/RES/57/189, donde se hace un llamamiento a la ratificación universal de la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Ésta es una muestra adicional tanto de la necesidad de un enfoque holístico en materia de derechos humanos como de la necesaria complementariedad entre los tratados internacionales de derechos humanos ante el fenómeno de la discriminación múltiple y las necesidades específicas de determinados grupos humanos que presentan mayor vulnerabilidad. Habría sido deseable que la Comisión Europea invocase en este documento esta Resolución de la Asamblea General.

¹²¹⁴ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo, Acelerar el avance para cumplir los Objetivos de Desarrollo del Milenio -La contribución de la Unión Europea-, de 7 de octubre de 2005, COM(2005) 132 final/2.

de erradicación¹²¹⁵. Por otra parte, el 14 de marzo de 2012, con ocasión de la conclusión del Convenio Internacional del Cacao de 2010 y tras dar su aprobación al mismo, el pleno del Parlamento Europeo adoptó una Resolución sobre el trabajo infantil en el sector del cacao, recordando que dentro de la Política Comercial Común las preferencias comerciales a terceros Estados podían retirarse en caso de incumplimiento grave y sistemático de los Convenios de la OIT nº 138 y 182¹²¹⁶.

¹²¹⁵ Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de diciembre de 2011, sobre el proyecto de Decisión del Consejo relativa a la celebración de un Protocolo del Acuerdo de colaboración y cooperación por el que se establece una colaboración entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Uzbekistán, por otra, por el que se modifica el Acuerdo para ampliar las disposiciones del Acuerdo al comercio bilateral de productos textiles, a la vista de la expiración del acuerdo bilateral sobre textiles (16384/2010 – C7-0097/2011 – 2010/0323(NLE)), P7_TA-PROV(2011)0586, A7-0427/2011.

¹²¹⁶ Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2012, sobre el trabajo infantil en el sector del cacao (2011/2957(RSP)), P7_TA-PROV(2012)0080, B7-0126/2012.

Conclusiones.

En la parte final de nuestro trabajo, exponemos los principales resultados que se desprenden del presente estudio. Los mismos pretenden ser un diagnóstico del estado de la protección internacional de los derechos humanos en la Unión Europea, desde un prisma predominantemente jurídico. El enfoque del presente trabajo es principalmente descendente, es decir, aborda tan solo de una forma limitada y parcial la fase formativa de la normativa internacional, la denominada fase ascendente, que cuando presenta carácter consuetudinario no está exenta de dudas. Este extracto final se formula desde la consciencia de las limitaciones del análisis llevado a cabo, que dista de ser omnicompreensivo dada la magnitud tendencialmente inabarcable del tema general en que se inserta.

PRIMERA- Las obligaciones internacionales de los Estados miembros de la Unión Europea en materia de derechos humanos son más amplias y variadas, así como de mayor alcance e intensidad que las obligaciones internacionales de la propia Unión Europea en este terreno. Desde el punto de vista del Derecho de la Unión, como consecuencia de la mayor integración económica, se hace necesaria una transferencia explícita de competencias a la Unión Europea en materia de derechos fundamentales para permitir el ejercicio útil de la competencia que los Estados miembros retienen en este terreno. La Comisión Europea y el TJUE deberán convertirse paulatinamente en verdaderos órganos de control en materia de derechos fundamentales.

Cuando los Estados miembros aplican el Derecho de la Unión deben respetar los derechos fundamentales tal y como son tutelados por el Derecho de la Unión (bien por la vía de los principios generales, bien por la vía de la CDFUE). Como el TJUE reiteradamente ha sostenido en su jurisprudencia, en el ámbito del Derecho de la Unión, los Estados miembros están obligados a garantizar el respeto de aquellos derechos fundamentales que el ordenamiento de la Unión tutela. Se trata de una obligación de no violar activamente su contenido esencial (una obligación pasiva *de respetar*). En cambio, de los tratados internacionales destinados a la protección de los derechos humanos de los que los Estados miembros son partes en el ámbito de Naciones Unidas y del Consejo de Europa se derivan obligaciones no solo de respetar, sino también de proteger, promover y cumplir (obligaciones positivas) que deben satisfacerse incluso

cuando se aplica el Derecho de la Unión. Es hacia esta segunda dimensión hacia la que el Derecho de la Unión permanece hasta la fecha presente más ajeno e incluso relativamente miope. Sin embargo, dichas obligaciones internacionales de los Estados miembros tienen una importancia esencial en cuanto sustrato del que se nutren los valores fundacionales de la Unión Europea.

Esta disparidad en el carácter de las obligaciones puede afectar negativamente a la universalidad de los derechos humanos, produciendo una dispar intensidad en su protección según los Estados miembros ejecuten el Derecho de la Unión (especialmente en áreas donde los Estados miembros han perdido su capacidad de actuar individualmente) o su propio derecho interno. La Unión Europea ha comenzado a contrarrestar su tradicional ausencia de *obligaciones internacionales positivas* en materia de derechos humanos al convertirse en parte de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Además, la Unión se encuentra dando los pasos necesarios para adquirir obligaciones positivas mediante su anunciada adhesión al CEDH.

Desde el punto de vista del Derecho Internacional Público, en tanto que sujeto de Derecho internacional, la Unión Europea está vinculada por aquellas normas internacionales de protección de los derechos humanos que forman parte del Derecho internacional general de naturaleza consuetudinaria: en este terreno la existencia de obligaciones positivas hacia sus propios Estados miembros es cuando menos opinable. Desde el punto de vista del Derecho de la Unión Europea, puede decirse además que la Unión *está obligada* en la práctica en virtud del artículo 351 TFUE a no adoptar medidas contrarias a las obligaciones internacionales de los Estados miembros en materia de derechos humanos para evitar las indeseables consecuencias de una eventual aplicación de este precepto (recuérdese el asunto *Burgoa*: no se trata de una obligación internacional, sino de una obligación frente a sus Estados miembros que entronca con el deber de cooperación leal *ex* artículo 4.3 TUE).

Paradójicamente, por obra de su propio Derecho originario la Unión Europea sí ha adquirido la obligación de carácter positivo de promover el respeto a la universalidad e interdependencia de los derechos humanos en sus relaciones con el resto del mundo.

En cambio, en el interior, más allá de las dificultades que presenta el artículo 7 TUE para su aplicación, la *comisión por omisión* de violaciones de derechos humanos en sus propios Estados miembros es una de las mayores dificultades a las que la Unión se enfrenta, dadas las limitaciones que tanto su componente intergubernamental como el

principio de competencias por atribución imponen. No sólo los derechos económicos, sociales y culturales requieren de una acción positiva, lo mismo sucede con los derechos humanos de carácter civil y político (piénsese en el difícil acceso a los procedimientos para la determinación del estatuto de refugiado y la prohibición de devolución; en el más que hipotético fracaso del Sistema Europeo Común de Asilo a la hora de consolidar el respeto al estándar mínimo de protección exigido por el Derecho internacional de los Derechos humanos en consonancia con el Derecho internacional de los refugiados; o en la insuficiente reacción de las instituciones de la Unión Europea ante la colaboración de varios Estados miembros con los denominados *vuelos secretos* de la CIA norteamericana).

Debe pensarse en la escasa capacidad de reacción que poseen las instituciones de la Unión Europea con el actual Derecho originario ante un escenario de desmoronamiento democrático o de deriva autoritaria en alguno de los Estados miembros de la Unión Europea: dicho desmoronamiento erosionaría a la baja los valores fundacionales de la propia Unión. La situación presente en Hungría que arroja claras dudas sobre la compatibilidad de la nueva Constitución nacional con el Derecho internacional y europeo de los derechos humanos deja abierto un serio interrogante, ¿en caso de una violación suficientemente caracterizada de los derechos humanos en un Estado miembro dónde está/debe estar la frontera entre un simple recurso por incumplimiento y la activación del mecanismo de disuasión/sanción previsto en el artículo 7 TUE? ¿No sería mejor dotar a la Unión Europea de mecanismos de estímulo positivo hacia sus Estados miembros más eficaces para llegar siquiera a vislumbrar esta tesitura? ¿Es que un Estado miembro con un déficit estructural en materia de derechos humanos en situaciones puramente internas podría acaso ofrecer un estándar de protección más elevado y equiparable al del resto de Estados miembros cuando actúa en aplicación del Derecho de la Unión?

Los derechos de las personas con discapacidad rompen la dicotomía entre ambas categorías de derechos (civiles y políticos frente a económicos, sociales y culturales) mostrando su interdependencia. En este caso, la realización progresiva de numerosas de las obligaciones que impone el tratado internacional requiere, no en exclusiva pero sí esencialmente, de recursos presupuestarios de carácter financiero. Los Estados miembros de la Unión Económica y Monetaria, especialmente, ven condicionada en gran medida su disponibilidad de recursos para la realización de las obligaciones de la CDPD por la política económica y monetaria impulsada por las instituciones de la

Unión. No obstante, la institucionalización como tratamiento sistemático de personas con discapacidad, particularmente grave en el caso de niños o de personas con discapacidad intelectual, es un aspecto alarmante desde el punto de vista de su derecho a la autonomía, participación e integración en la vida comunitaria, que se da en numerosos Estados miembros y donde las atribuciones competenciales de la Unión Europea son residuales, aunque existentes.

La reforma del Derecho originario operada por el Tratado de Ámsterdam permitió a través del derecho derivado que la Unión adquiriera obligaciones de carácter positivo en la lucha contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad, de orientación sexual, así como de origen étnico o racial (sin limitarse en este último supuesto al ámbito del empleo y la ocupación). Por obra del artículo 10 TFUE la Unión ha asumido la obligación de combatir activamente todas las manifestaciones de la discriminación enunciadas en la definición y ejecución de todas sus políticas, ahora bien, más allá del caso de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad la Unión no ha asumido ninguna obligación internacional por vía de tratado que pueda hacer efectivo este mandato transversal de su derecho originario. Mandato que además, se encuentra en el plano del desarrollo normativo entorpecido por la exigencia en este terreno de un procedimiento legislativo especial donde es imprescindible la unanimidad de los Estados miembros para poder avanzar. Por otra parte, debe señalarse que la CDFUE ha dejado fuera de su codificación algunos derechos humanos centrales de los tratados internacionales que obligan a todos los Estados miembros: del Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, el derecho a un nivel de alimentación y vivienda adecuados, por ejemplo.

Desde luego resulta alarmante que como consecuencia de una prolongada situación de crisis económica la reducción del nivel de satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales en los Estados miembros haya terminado por erosionar y desgastar los derechos civiles y políticos, algo que termina por afectar negativamente a la propia integración europea.

SEGUNDA- La conclusión de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad demuestra que la Unión Europea posee la competencia externa para convertirse en parte contratante de otros tratados internacionales de derechos humanos -tanto del ámbito de Naciones Unidas como del ámbito del Consejo de Europa- sobre la base de la doctrina de las competencias implícitas y del paralelismo entre competencias internas y externas.

Entre los motivos que animaron a la Unión Europea a participar en la negociación, adopción y a la posterior confirmación formal de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad podría destacarse el de preservar e incluso exportar al ámbito internacional su avanzado acervo normativo en materia de lucha contra la discriminación entre otras razones por motivo de discapacidad. Ello con la intención de evitar que sus Estados miembros por separado tuvieran la posibilidad de adquirir compromisos internacionales incompatibles con el mismo. Además, la participación de la Unión Europea ha servido de estímulo y de liderazgo hacia sus propios Estados miembros, prueba de ello resulta que se trate hasta la fecha de un acuerdo *mixto incompleto*: la Unión Europea y la mayoría de Estados miembros firmaron la CDPD en el momento de su apertura a la firma, no obstante, cinco Estados miembros lo hicieron después; del mismo modo, hasta un total de siete Estados miembros ha manifestado su consentimiento en quedar obligado en virtud de este tratado internacional con posterioridad a que la Unión Europea hubiera hecho lo propio. Tan solo Finlandia, Irlanda y Países Bajos de entre los Estados que componen la Unión Europea siguen sin haber manifestado su consentimiento en quedar obligados en virtud de la CDPD.

Las disensiones y fricciones entre la vertiente intergubernamental y supranacional del proyecto de integración europea también han supuesto en este terreno un freno: por un lado, la Unión Europea no ha prestado ningún respaldo al mecanismo convencional de control de este tratado al no manifestar su consentimiento en obligarse por su Protocolo Facultativo. Por otro lado, la exigencia de unanimidad también está siendo un óbice para lograr el desarrollo normativo integral de los compromisos derivados de la Convención: ahora bien, el nuevo e inutilizado artículo 19.2 TFUE permite a través del procedimiento legislativo ordinario que la Unión adopte los principios básicos de estímulo para complementar las acciones de los Estados miembros a la hora de combatir la discriminación por razón de discapacidad.

Hay tres posibilidades que otorgarían a la Unión Europea la competencia externa para convertirse en parte contratante en determinados tratados internacionales de derechos humanos: a) el riesgo de afectación o alteración de normas comunes, como consecuencia de las obligaciones internacionales de los Estados miembros (piénsese en el *Reglamento Dublín II* ante el TEDH); b) el criterio de la necesidad de que la Unión ejerza su competencia externa concluyendo el tratado internacional sobre derechos humanos para que el ejercicio de las competencias que tiene atribuidas *ad intra* le permita a la Unión encaminarse hacia la consecución de los objetivos asumidos en materias regidas por la normativa internacional de derechos humanos. El establecimiento de normas autónomas en el ordenamiento jurídico de la Unión que verifiquen su plena compatibilidad con el Derecho internacional de los Derechos humanos, únicamente podría estar garantizado si los mecanismos convencionales de protección de los derechos humanos pudieran llevar a cabo su escrutinio sobre dichas normas autónomas. De ahí la factibilidad del criterio de la necesidad cuyo fundamento estriba en la jurisprudencia del TJUE sobre relaciones exteriores de la Unión; c) el recurso a la cláusula de flexibilidad o de imprevisión competencial del artículo 352 TFUE, que requiere de enormes dosis de voluntad política, y que ya fue empleada para crear la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea así como para concluir un acuerdo de cooperación entre ésta y el Consejo de Europa en 2008. Pese a ello las relaciones Unión Europea-Consejo de Europa no son siempre sinérgicas.

En el terreno de la promoción del respeto universal a los derechos humanos la presencia de la Unión junto con sus Estados miembros puede aumentar la eficacia de la acción exterior por aquello de *muchas voces expandiendo un único mensaje*, pero introduce el riesgo evidente de la lentitud y el ensimismamiento en la búsqueda de dicho mensaje único: pese a ello la presencia de los Estados miembros y de la Unión en el marco de los tratados internacionales de derechos humanos no es mutuamente excluyente sino complementaria a la par que deseable para evitar zonas grises en la protección.

Amén del caso de la discapacidad en el ámbito de Naciones Unidas (que hace posible la vinculación de organizaciones internacionales de integración regional) y del CEDH en el ámbito del Consejo de Europa, los únicos tratados internacionales existentes en la actualidad que prevén de forma expresa la participación de la Unión Europea en calidad de parte contratante han sido auspiciados por el Consejo de Europa. La Unión Europea

no ha mostrado por el momento intención de adherirse a ninguno de estos tratados que lo posibilitan de forma explícita.

Ahora bien, más allá de la hipotética conclusión de los principales tratados internacionales de derechos humanos ya existentes en el ámbito de Naciones Unidas, la Unión Europea podría contribuir al futuro desarrollo del Derecho internacional de los Derechos humanos sirviendo de punta de lanza en el marco jurídico universal para la elaboración de tratados internacionales de nueva planta: por ejemplo destinados a los derechos de las personas mayores, los derechos de los pueblos indígenas, la eliminación de la discriminación por razón de convicciones o creencias religiosas, o la eliminación de la discriminación por razón de orientación sexual (incluyendo en estos dos últimos casos la ausencia de ellas)... ¿Se incurriría en un exceso de ingenuidad por pensar en un futuro tratado internacional que comprometiera a los Estados parte a imponer obligaciones en materia de derechos humanos a operadores económicos de carácter transnacional? Más allá del efecto de liderar a sus propios Estados miembros y de persuadir a terceros Estados de la necesidad de atender las necesidades particulares de grupos humanos específicos, esta tendencia a la especialización de los derechos humanos plantea también riesgos de fragmentación del propio Derecho internacional de los Derechos humanos sujeto a un evidente proceso de *inflación normativa*, que no debiera conducir a una relegación de la realización del núcleo básico y común de los derechos humanos. En cualquier caso, da buena cuenta de que la Unión Europea ha ganado esta competencia externa el hecho de que el proyecto de acuerdo para la adhesión de la Unión al CEDH prevea que la Unión participe con derecho de voto en las sesiones del Comité de Ministros del Consejo de Europa tendentes a la adopción de nuevos protocolos adicionales al propio CEDH.

Finalmente, la razón fundamental para sostener la necesidad de que la Unión asuma compromisos internacionales por vía convencional radica en la necesidad de someterse al control externo de los mecanismos convencionales para la protección de los derechos humanos: a la espera de las observaciones finales del Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en respuesta al primer informe periódico presentado por la Unión, puede decirse que la Unión Europea y su ordenamiento jurídico permanecen ajenos al escrutinio externo y directo en materia de derechos humanos. Únicamente en el marco del TEDH se ha ejercido un control externo indirecto e imperfecto sobre el ordenamiento jurídico de la Unión en materia de derechos fundamentales, siempre, eso sí, de forma interpuesta a través de sus Estados miembros.

Asumiendo que la ratificación y conclusión de tratados internacionales de derechos humanos es indiciaria de una buena predisposición a su cumplimiento y respeto, y que además supone una objetivación de las conductas, no puede más que concluirse que la vinculación formal de la Unión a los tratados internacionales de derechos humanos existentes o futuros mejorará la credibilidad de su discurso de promoción del respeto universal a los derechos humanos frente a terceros Estados, y en su caso, terceras organizaciones internacionales.

TERCERA- La congruencia entre la dimensión interior y la dimensión exterior de la protección internacional de los derechos humanos llevada a cabo por la Unión Europea requiere por parte del TJUE de una mayor apertura, permeabilidad y receptividad hacia los tratados internacionales de derechos humanos, otros que el CEDH, en la aplicación judicial del Derecho de la Unión. Para ello el artículo 53 CDFUE podría ser empleado no solo como una cláusula de no regresión en materia de derechos fundamentales sino también como una cláusula de apertura al Derecho internacional de los Derechos humanos.

Difícilmente puede discutirse que los Estados miembros han querido limitar mediante la actual redacción del artículo 6.3 TUE el juego en la jurisprudencia del TJUE de otros tratados internacionales que vinculen a los Estados miembros para la protección de los derechos humanos, distintos al CEDH. Sabido es que, en la determinación de los derechos fundamentales que el ordenamiento de la Unión tutela en calidad de principios generales, el TJUE no se ha limitado al empleo del CEDH, sino que ha empleado como fuente de inspiración normas contenidas en otros tratados internacionales que vinculan a los Estados miembros en materia de derechos humanos (el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, la Carta Social Europea...).

De modo que, hasta la fecha, las normas contenidas en los tratados internacionales que vinculan únicamente a los Estados miembros para la protección de los derechos humanos nunca han recibido aplicación manteniendo su cualidad de normas internacionales en la jurisprudencia del TJUE. Podría decirse que los tratados internacionales sobre derechos humanos en que son parte únicamente los Estados miembros (pero no la Unión) no forman parte integrante del Derecho de la Unión si no fuera por el hecho de que la propia Unión Europea identifica su contenido como

jurídicamente vinculante: en la medida en que promueve el respeto hacia sus normas, tanto en sus relaciones exteriores, como a través de su propio derecho derivado, la Unión queda vinculada a respetar el contenido de dichos tratados internacionales en tanto que Derecho internacional general de carácter consuetudinario.

La jurisprudencia del TJUE ha admitido la recepción automática del Derecho internacional de carácter consuetudinario, pudiendo llegar a ser la aplicación de éste un motivo que justifica la derogación incluso de disposiciones del propio Derecho originario de la Unión. Hasta la fecha el TJUE no ha recurrido a la figura enigmática de la costumbre internacional en materia de derechos humanos (ni siquiera para traer a colación la Declaración Universal de Derechos Humanos), y ha preferido en cambio la no menos escurridiza figura de los principios generales del Derecho de la Unión negando la sustantividad jurídico-internacional propia de estos tratados internacionales que vinculan a los Estados miembros en materia de derechos humanos, con el propósito de mantener la autonomía y especificidad del Derecho de la Unión. Ello a diferencia de otros tratados internacionales (no destinados a los derechos humanos) que vinculan a todos los Estados miembros, pero no a la Unión como tal, donde el TJUE sí ha admitido un cierto deber de interpretación conforme del derecho derivado de la Unión a sus objetivos y principios.

El TJUE ha mostrado miopía hacia las resoluciones de los mecanismos convencionales de protección de los derechos humanos, tanto del ámbito universal como del ámbito regional europeo, otros que el TEDH. Sin embargo, el propio TEDH ha mostrado sin ambages en su jurisprudencia cómo aquellos tratados internacionales, tanto universales como regionales, que vinculan en materia de derechos humanos a un elevado número de Estados parte en el CEDH deben constituir una valiosa guía hermenéutica para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que el CEDH tutela, y no una mera fuente de inspiración. El TJUE en su afán por aprehender la jurisprudencia del TEDH podría adoptar una postura más favorable tanto a la superación del efecto relativo de los tratados internacionales de derechos humanos como al principio de integración sistémica. Además, el TEDH no sólo se ha servido de tratados regionales sino también de tratados internacionales procedentes del ámbito de Naciones Unidas, aumentando las garantías jurisdiccionales de los mismos a la par que el contenido del CEDH se ha visto nutrido y enriquecido. Más que perder, la primacía y la uniformidad en la aplicación del Derecho de la Unión, saldrían reforzadas mediante un compromiso explícito con la universalidad, indivisibilidad y la interdependencia de

los derechos humanos también en el plano interpretativo, por supuesto, sin poder excluirse totalmente los casos de colisión entre derechos.

El TJUE ha considerado que el principio de buena fe, de naturaleza consuetudinaria, en conjunción con el deber de cooperación leal, requiere interpretar el derecho derivado tomando en consideración aquellos acuerdos internacionales donde todos los Estados miembros son parte, incluso cuando la propia Unión Europea no lo sea. Como mínimo, sería deseable que este enfoque fuera extendido de forma explícita a los tratados internacionales que vinculan a todos los Estados miembros en materia de derechos humanos, al margen del tradicional recurso a los principios generales.

Dicho cambio de actitud del TJUE, poco probable por otra parte, podría venir de la mano del artículo 53 CDFUE. Dicho precepto sitúa como contenido mínimo de las disposiciones de la Carta, *en su respectivo ámbito de aplicación*, el señalado por el Derecho internacional y por los tratados internacionales de derechos humanos en que son parte todos los Estados miembros (¡no solo el CEDH!). La clave estará en la interpretación que el TJUE haga de la separación entre ordenamientos: especialmente en materia de derechos humanos no puede sostenerse una separación nítida entre los ámbitos de aplicación de Derecho internacional y del Derecho de la Unión Europea, por las razones expuestas, el primero forma parte del segundo. Cuestión distinta es que el TJUE mantenga la posición de guardián encargado de determinar la forma y condiciones en que el primero puede tener aplicación en el segundo de ellos. La comunicabilidad entre sistemas jurídicos pasará cada vez más por la equivalencia en cuanto a los estándares de protección de los derechos fundamentales: bien es sabido que el orden internacional no siempre aporta un mayor grado de protección de los derechos fundamentales.

Este cambio de actitud propuesto debería traducirse en que las normas internacionales de derechos humanos señaladas (las normas de Derecho internacional general y las normas contenidas en tratados que vinculan a *todos* los Estados miembros, a la luz estas últimas de la interpretación efectuada por sus respectivos mecanismos convencionales de control) se convirtieran, *como mínimo*, en auténticos parámetros interpretativos para la determinación del contenido de los preceptos incardinados en la CDFUE, sin menoscabo de la anterior jurisprudencia del TJUE ni de las Explicaciones que deben guiar la interpretación y aplicación de aquélla. Tampoco debería suponer un problema para el Tribunal de Justicia la incorporación, en el ámbito del Derecho de la Unión, de derechos fundamentales de nueva planta, no previstos en la CDFUE, surgidos de la

actividad internacional. Cabría esperar dicho cambio de actitud frente al Derecho internacional de los Derechos humanos por parte del órgano jurisdiccional superior de un ordenamiento jurídico que ha sido ampliamente calificado como *monista*.

La coherencia entre la promoción en las relaciones exteriores del respeto universal a los tratados internacionales de derechos humanos y su aplicación y ejecución interna requiere por tanto de una mayor receptividad *in foro interno*, especialmente en su aplicación judicial, hacia las obligaciones dimanantes de dichos tratados en el marco de las competencias cuyo ejercicio ha sido atribuido a la Unión, y también hacia las resoluciones de los mecanismos convencionales establecidos para su protección tanto a nivel regional como universal. Ello supondría una toma de consciencia por parte del TJUE de su labor como actor relevante en la escritura del Derecho internacional de los Derechos humanos como *una novela en cadena*, como un intento complementario al realizado por las instituciones de la Unión Europea en sus relaciones exteriores de *exportación normativa* para contribuir a superar la *insoportable levedad del Derecho internacional consuetudinario*¹²¹⁷ en cuanto a contenido sustantivo (recuérdese que el mandato contenido con el artículo 3.5 TUE alcanza a todas las instituciones de la Unión). Dicha consciencia implica un diálogo judicial de mucho mayor alcance que el diálogo mantenido hasta la fecha con el TEDH o los tribunales constitucionales o supremos de los Estados miembros; más bien, se trata de un diálogo que debe alcanzar a otros actores internacionales relevantes para la protección de los derechos humanos: desde la CIJ o el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, hasta los mecanismos regionales de protección de derechos humanos otros que el europeo, pasando por los mecanismos del ámbito universal. Dicho diálogo podría derivarse del tenor del artículo 220.1 TFUE. Ya se sabe: el TJUE no es un tribunal de derechos humanos, pero tampoco un mero tribunal de Derecho administrativo de la Unión Europea: incluso el Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea se ha aventurado a interpretar la CDFUE de conformidad con la Carta Social Europea Revisada -tratado internacional que no obliga a todos los Estados miembros-, sin alusión a los principios generales, antes de que la propia CDFUE fuese plenamente vinculante. Un argumento adicional para dar esta interpretación *in bonus* al artículo 53 CDFUE, es que el propio TEDH ya se ha

¹²¹⁷ En alusión al sugerente título, tomado del escritor checo Milan Kundera, para el artículo de J. FERRER LLORET, “La insoportable levedad del Derecho internacional consuetudinario en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia: El caso de las inmunidades jurisdiccionales del Estado”, *loc. cit.*

anticipado al TJUE procediendo a su interpretación en este sentido, incluso antes de la plena adquisición de valor jurídico vinculante de la Carta.

Por último, la Carta de los Derechos Fundamentales no parece admitir en su artículo 53 la *geometría variable* en materia de derechos fundamentales, acotando la relevancia de los tratados internacionales a aquellos donde son parte *todos* los Estados miembros. No existe argumento jurídico alguno para sostener la necesidad de excluir la relevancia de aquellos tratados internacionales donde únicamente algunos Estados miembros son parte, más que el riesgo de afectación a la uniformidad en la aplicación del Derecho de la Unión. Sin embargo, ello no ha sido obstáculo para que el TJUE se refiera a tratados internacionales de derechos humanos en momentos donde no todos los Estados miembros eran parte de los mismos. ¿Por qué no sería válida una mayoría cualificada también en este terreno?

CUARTA- La Unión Europea no ha sido sometida de forma directa a ningún control externo que determine su grado de respeto y cumplimiento de las obligaciones en materia de protección internacional de los derechos humanos. El primer resultado en este sentido se obtendrá cuando el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad evalúe el primer informe periódico que debe ser presentado por la Unión. La experiencia de la adhesión al CEDH demuestra la necesidad y a su vez las enormes dificultades de establecer un régimen de responsabilidad internacional pasiva de la Unión en materia de derechos humanos: la Unión Europea no podrá mantenerse como un régimen autónomo en materia de responsabilidad internacional mediante el recurso exclusivo a sus propias normas secundarias.

Tanto el TEDH como el Comité Europeo de Derechos Sociales, en el ámbito del Consejo de Europa, han sometido, especialmente el primero de ellos, al ordenamiento jurídico de la Unión a un control indirecto, a través de sus Estados miembros, del respeto a las obligaciones contraídas en virtud del CEDH y de la Carta Social Europea, respectivamente. Mientras que el primero de ellos llegó a una solución pacífica en el asunto *Bosphorus* estableciendo una presunción de compatibilidad entre el CEDH y el derecho emanado del antiguo primer pilar comunitario, el segundo de ellos, el Comité Europeo de Derechos Sociales, ha rechazado la existencia de cualquier presunción de protección equivalente a los derechos recogidos en la Carta Social Europea en el sistema jurídico de la Unión Europea. Este control mediato o indirecto del Derecho de

la Unión por parte del TEDH, que adquiere una enorme intensidad en asuntos como *M.S.S.* (relativo al conocido como Reglamento Dublín II) o el más reciente *Michaud*, demuestra que mantener una visión sacralizada de la autonomía normativa e interpretativa del Derecho de la Unión puede convertirse en una entelequia en la práctica.

Durante las negociaciones tendentes a la adhesión de la Unión Europea al CEDH, para permitir que el TEDH pueda dirigir sus fallos contra la Unión Europea, o sus Estados miembros, o contra ambos, según proceda, se ha previsto el mecanismo de codemandado. Dicho mecanismo, al igual que todo el acuerdo internacional que permita la adhesión, es posible que sea sometido al dictamen previo del propio TJUE. En el Proyecto de Acuerdo para la adhesión el mecanismo ha sido previsto con carácter facultativo. Para permitir un adecuado equilibrio entre las exigencias de la autonomía del Derecho de la Unión y de la efectividad de los fallos del TEDH, el mecanismo de la codemanda debería tener carácter obligatorio en determinados supuestos, como corolario del deber de cooperación leal. Debería configurarse como un mecanismo de intervención forzosa, para evitar que el sujeto teóricamente responsable de la infracción del CEDH (bien la Unión, bien sus Estados miembros) pudiera eludir convertirse en parte en el procedimiento contencioso ante el Tribunal de Estrasburgo. Dicho mecanismo de codemandado tal y como se ha previsto permite que el TEDH pueda dirigir su eventual fallo condenatorio contra todas las partes en el litigio, pudiendo declarar por tanto la responsabilidad solidaria y conjunta de la Unión y sus Estados miembros como consecuencia de una infracción al CEDH en la aplicación del Derecho de la Unión.

Ahora bien, el TEDH debería poder distribuir en ciertos supuestos de litisconsorcio pasivo los efectos obligatorios de su fallo entre la Unión Europea y sus Estados miembros: en primer lugar, cuando durante el procedimiento la Unión y el Estado/s miembro/s llegasen a un acuerdo, poniéndolo en conocimiento del TEDH, sobre el alcance de sus respectivas competencias/responsabilidades en el asunto litigioso. En segundo lugar, el TEDH debería poder distribuir los efectos obligatorios de su fallo en al menos *dos supuestos claros*, sin que ello comporte atentado contra la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión: a) cuando la violación pueda residenciarse en una obligación del derecho derivado de la Unión que no deja lugar a alternativas a las autoridades del Estado miembro que la aplica, la responsabilidad debe asignarse a la Unión. Así ocurriría en supuestos donde las autoridades nacionales de un Estado

miembro aplican sin margen de apreciación obligaciones emanadas del derecho derivado, es decir, en casos donde los órganos estatales actúan como agentes al servicio de la Unión. Este criterio ha permitido atribuir la responsabilidad internacional pasiva a la Unión Europea en el marco de los órganos de resolución de controversias de la OMC; b) cuando tal infracción pueda localizarse en exclusiva en una disposición del Derecho originario (no en su interpretación ni aplicación), la responsabilidad colectiva derivada del fallo debería atribuirse al conjunto de Estados miembros. Con independencia de que el acto que origina la demanda ante el TEDH proceda de la aplicación del Derecho originario por parte de las instituciones de la Unión, si la disposición conflictiva no deja margen de apreciación, y la ejecución del fallo exigiera una revisión del Derecho originario, los Estados miembros en su conjunto serían internacionalmente responsables.

Estos criterios, al margen de las reglas propias del Derecho de la Unión, podrían servir de referencia para la distribución de la responsabilidad internacional pasiva entre la Unión y sus Estados miembros derivada de futuros tratados internacionales que la Unión pudiera concluir en materia de derechos humanos sin formular una declaración de competencias (algo que sí ha ocurrido en el caso de la CDPD).

Para atribuir, bien a la Unión, bien a sus Estados miembros, la responsabilidad internacional derivada de la infracción de obligaciones internacionales en materia de derechos humanos como consecuencia de la aplicación del Derecho de la Unión Europea se trataría de atender, más que a la autoría material, a criterios cómo quién tiene realmente el poder jurídico de poner fin a la violación acaecida o quién estaría en condiciones de proceder a la reparación del daño ocasionado. En última instancia el Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales por Hechos Internacionalmente Ilícitos elaborado por la CDI debería servir de referencia. Resta por ver si el segundo proyecto de instrumentos jurídicos para la adhesión de la Unión Europea al CEDH, adoptado en abril de 2013, respalda o no, en la práctica este orden de ideas.

QUINTA- *La aplicabilidad en el Derecho de la Unión de los tratados internacionales de derechos humanos concluidos únicamente por los Estados miembros no se reduce a que sus disposiciones puedan servir de límite y contrapeso a la hora de modular y perfilar las libertades económicas fundamentales del mercado interior: el estadio actual de la integración europea no solo permite, sino que requiere, un papel de mucha mayor envergadura para estas normas, que no pueden limitarse a ser meras fuentes de inspiración para la determinación los principios generales del Derecho de la Unión. Un ejemplo ilustrativo lo constituye la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño cuya aplicación normativa mediante actos jurídicos autónomos ha sido planteada por las instituciones de la Unión Europea como alternativa a la participación formal de la Unión en dicho acuerdo internacional.*

Mediante los actos de sus instituciones la Unión ha manifestado su compromiso de dar cumplimiento a todas las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 en la definición y ejecución de todas sus políticas. Por tanto, sin adherirse a ella, la Unión Europea manifiesta su voluntad de dar aplicación mediante actos jurídicos autónomos a este tratado internacional que vincula a todos sus Estados miembros. Esta alternativa a la vinculación formal comporta la ausencia de sometimiento de la Unión al escrutinio de su ordenamiento por parte del Comité de los Derechos del Niño, claro está, sin perjuicio de que se decida establecer cualquier mecanismo de cooperación informal con este órgano de carácter cuasi jurisdiccional.

El hecho de que la Unión haya decidido dar aplicación a este tratado internacional dentro de las competencias que tiene atribuidas constituye un ejemplo más de la superación del efecto relativo de los tratados, puesto que numerosas de sus disposiciones han pasado a integrar el Derecho internacional general de carácter consuetudinario, tratándose la CDN de un tratado que ostenta una verdadera aceptación universal desde el punto de vista geográfico (únicamente dos Estados, Somalia y Estados Unidos no son parte en este tratado).

¿En qué puntos se asemeja y en qué se diferencia la aplicabilidad autónoma de la CDN de la aplicabilidad de los otros dos tratados internacionales analizados, cuya conclusión la Unión Europea ha realizado o está pendiente de realizar, es decir, de la CDPD y del CEDH?

Hay que decir que resulta poco probable que el TJUE considere que se trata de una norma que forma parte integrante del ordenamiento jurídico de la Unión pese a esta

voluntad de dar aplicación mediante actos jurídicos autónomos a la CDN. Ello no debería ser óbice para que el TJUE admita la invocabilidad del principio del interés superior del niño ni de otras disposiciones esenciales de la CDN, aunque cabe pensar que lo hará a través de la CDFUE, o, como ha venido ocurriendo, de la fórmula de los principios generales. La CDN debe convertirse en parámetro de validez de aquellos actos del derecho derivado que claramente presentan la intención de dar su aplicación a este acuerdo internacional o que manifiestan estar en consonancia con el mismo (como es el caso de la controvertida “Directiva de Retorno”, piénsese en los excesivos resquicios que deja para la detención de menores no acompañados de un adulto, incluso en centros penitenciarios ordinarios...). Sin embargo, por las razones expuestas parece poco probable que el TJUE dé este salto y convierta a la norma internacional en parámetro de validez de su derecho derivado de forma directa, es decir, sin el sostén de los principios generales y especialmente de la CDFUE. Otro aspecto que se ha reprochado es la insuficiente visibilidad presupuestaria del niño y de la niña en la Unión Europea.

Por su parte, el CEDH antes de la adhesión se ha visto equiparado en sustancia al Derecho originario mediante una *doble incorporación por referencia*, ya que la CDFUE lo sitúa como su contenido mínimo y a su vez ésta adquiere la misma posición jerárquica en la aplicación del Derecho de la Unión que el Derecho originario. Por tanto, el CEDH tiene antes de la adhesión y debido a la conjunción de los artículos 52.3 CDFUE y 6.3 TUE un valor jurídico superior al derecho derivado adoptado por las instituciones de la Unión y al del resto de acuerdos internacionales cuya conclusión se plantee la Unión Europea. En cuanto a los efectos tras la adhesión, no cabe duda de que el CEDH verá mejorar su posición jurídica y estatus en el ordenamiento jurídico de algunos Estados miembros gracias a la mayor coerción del Derecho de la Unión.

Finalmente, llegamos a la CDPD. Se ha razonado que sin perjuicio de la deseable y probable concesión de eficacia directa a algunas de sus disposiciones (aquella que prohíbe la discriminación por razón de discapacidad, o la relativa a los ajustes razonables), sería positivo, vista la trayectoria del TJUE, que éste formulase un principio general de prohibición de la discriminación por razón de la discapacidad. De este modo se paliarían los efectos de un deficiente, hasta la fecha, desarrollo normativo de la Convención a nivel de la Unión, y por otra parte, se permitiría que la prohibición de discriminación por razón de discapacidad desplegara eficacia en las relaciones horizontales. El TJUE deberá enfrentarse a la decisión de resolver si la CDPD puede ser

un parámetro de validez de su propio derecho derivado, por ejemplo, de la Directiva 2000/78 que en su momento supuso un gran avance normativo en la lucha contra la discriminación por razón de la discapacidad para los Estados miembros. Cabe esperar que el TJUE exija la eficacia directa de las disposiciones de la CDPD para que sean parámetros de legalidad del derecho derivado en el marco de una cuestión prejudicial; pero, con independencia de la aptitud para tener eficacia directa de las disposiciones de la CDPD, el TJUE debería someter a su derecho derivado a un control de validez en el marco de un recurso de anulación o de una excepción por ilegalidad.

En el caso de la CDPD, tratándose de un acuerdo mixto incompleto, resulta claramente cierto que este acuerdo internacional ve mejorada su aplicación por la vía del Derecho de la Unión en los Estados miembros que no han procedido a su ratificación. Éste es el caso de Irlanda, donde uno de sus tribunales ha remitido al TJUE una importante cuestión prejudicial. En ella el tribunal irlandés desea saber si las disposiciones de la CDPD pueden invocarse para atacar la validez de la Directiva 2000/78/CE, y en caso afirmativo, demanda que se pronuncie acerca de la compatibilidad de varios preceptos de la misma con la Convención de la ONU.

Para no ser un tribunal de derechos humanos la pregunta recibida no es baladí: ¿debe considerarse “[...] que existe discriminación por razón de discapacidad en el caso de que a una mujer -que sufre de una discapacidad que le impide gestar y dar a luz, cuyo hijo biológico ha nacido mediante un contrato de maternidad subrogada y que es responsable del cuidado del hijo biológico desde el nacimiento- se le deniegue un permiso laboral retribuido equivalente al permiso de maternidad y/o por adopción”?

El TJUE se verá progresivamente enfrentado a más asuntos con mayor carga axiológica donde no podrá dejar el resultado a la libre apreciación de los jueces nacionales, y donde una escrupulosa resolución técnica pueda no ser suficiente para lograr la ansiada uniformidad en la aplicación del Derecho de la Unión.

En cualquier caso, aquellos tratados internacionales que la Unión ha concluido o cuya conclusión se ha planteado llevar a cabo (CDPD y CEDH) ven, a diferencia de lo que ocurre con la CDN en su condición de norma jurídica internacional que recibe una aplicación autónoma en el ordenamiento de la Unión, mejorar su aplicabilidad y estatus en el Derecho interno de los Estados miembros gracias a su subsunción en el Derecho de la Unión -y al mayor grado de coerción de éste con respecto al Derecho internacional general- ya que podrán beneficiarse de los principios de primacía y eficacia directa. Además, las disposiciones de los tratados concluidos por la Unión, a diferencia de

aquéllas contenidas en los tratados internacionales a los que se da aplicación autónoma, forman parte del conjunto de normas cuya interpretación corresponde al TJUE mediante la importante herramienta del diálogo prejudicial. En el caso de los derechos del niño, el diálogo prejudicial se verá circunscrito únicamente al derecho derivado adoptado en aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, pero no a ésta.

Bibliografía citada:

a) Libros y capítulos de libros

- J-F. AKANDJI-KOMBÉ, “The Material Impact of the Jurisprudence of the European Committee of Social Rights”, en G. DE BÚRCA, B. DE WITTE (eds.), *Social Rights in Europe*, Oxford University Press, 2005, pp. 88-108.
- J-F. AKANDJI-KOMBE, *Positive obligations under the European Convention on Human Rights A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Human Rights Handbooks Series, Estrasburgo, 2007.
- F. ALDECOA LUZÁRRAGA, J-J. FORNER DELAYGUA (dirs.), E. GONZÁLEZ BOU, N. GONZÁLEZ VIADA (coords.), *La protección de los niños en el derecho internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- R. ALONSO GARCÍA, D. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones, concordancias, jurisprudencia*, Aranzadi, 2006.
- M. J. ALONSO PARREÑO, *Propuestas de mejora del marco normativo de los menores con discapacidad en España*, CERMI, 2011.
- P. ALSTON, J. H.H. WEILER, “An Ever Closer Union in Need of a Human Rights Policy, The European Union and Human Rights”, en P. ALSTON, M. BUSTELO, J. HEENAN (eds.), *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, 1999, pp. 3-66.
- P. ALSTON, O. DE SCHUTTER, *Monitoring fundamental rights in the EU: the contribution of the fundamental rights agency*, Hart Publishing, Oxford-Portland, Oregon, 2005.
- D. ANDERSON, C. C. MURPHY, “The Charter of Fundamental Rights”, en A. BIONDI, P. EECKHOUT, S. RIPLEY (eds.), *EU Law after Lisbon*, Oxford University Press, 2012, pp. 161-169.
- P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, “En pos de la relevancia constitucional del Derecho Comunitario (Una visión desde la labor de un Magistrado)”, en *Pacis Artes. Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, Tomo I, Eurolex Editorial, Madrid, 2005, pp. 864-895.

- P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, “El principio de integración sistémica y la unidad del Derecho internacional”, en A. J. RODRIGO, C. GARCÍA (eds.), *Unidad y Pluralismo en el Derecho internacional Público y en la Comunidad internacional, Coloquio en Homenaje a Oriol Casanovas, Barcelona, 21-22 de mayo de 2009*, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 356-374.
- F. AST, “Les droits sociaux fondamentaux des personnes handicapées dans l’Union Européenne”, en *Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan -Libertés, Justice, Tolérance-*, Vol. I, Bruylant, Bruselas, 2004, pp. 79-97.
- M. J. AZNAR GÓMEZ, “La ‘Constitucionalización’ del Derecho internacional”, en A. J. RODRIGO, C. GARCÍA (eds.), *Unidad y Pluralismo en el Derecho internacional Público y en la Comunidad internacional, Coloquio en Homenaje a Oriol Casanovas, Barcelona, 21-22 de mayo de 2009*, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 446-458.
- F. BALAGUER CALLEJÓN, “The Relations between the EU Court of Justice and the Constitutional Courts of the Member States”, en H-J. BLANKE, S. MANGIAMELI (eds.), *The European Union after Lisbon. Constitutional Basis, Economic Order and External Action*, Springer, Nueva York, 2012, pp. 251- 278.
- R. BARENTS, *The Autonomy of Community Law*, Kluwer Law International, La Haya, 2004.
- C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU, The Four Freedoms*, Oxford University Press, Nueva York, 2010.
- F. BENOÎT-ROHMER, “L’application de la Convention Européenne des Droits de l’homme dans les pays d’Europe centrale et orientale”, en *Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan–Libertés, Justice, Tolérance-*, Vol. I, Bruylant, Bruselas, 2004, pp. 218-237.
- F. BENOÎT-ROHMER, “Identité européenne et identité nationale absorption, complémentarité ou conflit?” en *Chemins d’Europe. Mélanges en l’honneur de Jean Paul Jacqué*, Dalloz, París, 2010, pp. 63-80.
- E. BERGAMINI, “Les droits de l’enfant”, en J. RIDEAU (dir.), *Les droits fondamentaux dans l’Union européenne. Dans le sillage de la Constitution européenne*, Bruylant, Bruselas, 2009, pp. 95-108.
- I. BERLIN, *El fuste torcido de la humanidad. Capítulos de historia de las ideas*, Ediciones Península, 3ª Edición, Barcelona, 1998.
- I. BIEL PORTERO, *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

- M. D. BLÁZQUEZ PEINADO, “No discriminación en razón de la discapacidad: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a la luz de la Directiva 2000/78, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación”, en M. J. AZNAR GÓMEZ (coord.), J. CARDONA LLORENS, J. PUEYO LOSA, J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J. M. SOBRINO HEREDIA (eds.), *Estudios de Derecho Internacional y Derecho Europeo en Homenaje al Profesor Manuel Pérez González*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 1385-1404.
- C. BLUMANN, “Citoyenneté européenne et droits fondamentaux en droit de l’Union européenne : entre concurrence et complémentarité”, en *Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan—Libertés, Justice, Tolérance-*, Vol. I, Bruylant, Bruselas, 2004, pp. 265-281.
- B. I. BONAFÉ, “Direct effect of international agreements in the EU legal order: does it depend on the existence of an international dispute settlement mechanism?”, en E. CANNIZZARO, P. PALCHETTI, R. WESSEL (eds.), *International Law as Law of the European Union*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2012, pp. 229-248.
- J. BONET PÉREZ, “De la Comisión de Derechos Humanos al Consejo de Derechos Humanos: entre la continuidad y el cambio”, en A. BLANC ALTEMIR (ed.), *El proceso de reforma de las Naciones Unidas*, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 134-175.
- K. S-C. BRADLEY, “Powers and Procedures in The EU Constitution: Legal Bases and the Court”, en P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *The Evolution of EU Law*, 2nd Edition, Oxford University Press, 2011, pp. 85-110.
- B. BRANDTNER, A. ROSAS, “Trade Preferences and Human Rights”, en P. ALSTON, M. BUSTELO, J. HEENAN (eds.), *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, 1999, pp. 699-722.
- B. O. BRYDE, “The ECJ’s fundamental rights jurisprudence: a milestone in transnational constitutionalism”, en M. POIARES MADURO, L. AZOULAI, (eds.), *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart Publishing, Oxford –Portland, Oregon, 2010, pp. 119-129.
- R. BURCHILL, “Assessing the EU’s position on human rights. Is it a desirable one?”, en J. E. WETZEL (ed.), *The EU as a “Global Player” in Human Rights?*, Routledge Research in Human Rights Law, 2011, pp. 17-31.
- L. BURGORGUE-LARSEN, “Le destin judiciaire strasbourgeois de la Charte des Droits Fondamentaux de l’Union Européenne. *Vices et Vertus* du Cosmopolitisme Normatif”, en *Chemins d’Europe. Mélanges en l’honneur de Jean Paul Jacqué*, Dalloz, París, 2010, pp. 145-173.

- M. CANDELA SORIANO, *Los Derechos Humanos, la Democracia y el Estado de Derecho en la Acción Exterior de la Unión Europea. Evolución, Actores, Instrumentos y Ejecución*, Dykinson, Madrid, 2006.
- E. CANNIZZARO, “The Neo-Monism of the European Legal Order”, en E. CANNIZZARO, P. PALCHETTI, R. WESSEL (eds.), *International Law as Law of the European Union*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2012, pp. 35-58.
- J. CARDONA LLORENS, “Derechos Humanos y Personas con Discapacidad en el Marco de las Naciones Unidas: ¿Hacia un Cambio de Rumbo?”, en R. ZERBINI RIBEIRO (ed.), *Rumbos del Derecho internacional de los Derechos humanos. Estudios en Homenaje al Profesor Antônio Augusto Cançado Trindade*, Porto Alegre, Fabris, 2005, pp. 491-550.
- J. CARDONA LLORENS, A. SANJOSÉ GIL, “Un cambio de paradigma en la protección de los derechos humanos: la Convención de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad”, en S. SANZ CABALLERO, J. FERRER LLORET (eds.), *La protección internacional y europea de los grupos vulnerables*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 165-207.
- J. CARDONA LLORENS, “Los conflictos entre normas internacionales del mismo rango: a la búsqueda de criterios de solución”, en A. J. RODRIGO, C. GARCÍA (eds.), *Unidad y Pluralismo en el Derecho internacional Público y en la Comunidad internacional, Coloquio en Homenaje a Oriol Casanovas, Barcelona, 21-22 de mayo de 2009*, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 375-391.
- J-Y. CARLIER, *La condition des personnes dans l'Union européenne*, Larcier, Bruselas, 2007.
- M. R. CARMONA LUQUE, *La Convención sobre los Derechos del Niño. Instrumento de progresividad en el derecho internacional de los derechos humanos*, Dykinson, Madrid, 2011.
- J. A. CARRILLO SALCEDO, “La peine de mort, peut-elle être considérée en soi, en l'absence d'autres éléments, comme une peine inhumaine et dégradante? Quelques réflexions sur la pratique subséquente des États parties dans l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 12 mars 2003 (affaire Öcalan c. Turquie)”, en *Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan -Libertés, Justice, Tolérance-*, Vol. I, Bruylant, Bruselas, 2004, pp. 385-391.
- O. CASANOVAS Y LA ROSA, “Unidad y pluralismo en Derecho Internacional Público”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. II, 1998, pp. 35-268.
- O. CASANOVAS Y LA ROSA, “Aproximación a una teoría de los regímenes en Derecho internacional Público”, en A. J. RODRIGO, C. GARCÍA (eds.), *Unidad y Pluralismo en el Derecho internacional Público y en la Comunidad internacional, Coloquio en Homenaje a Oriol Casanovas, Barcelona, 21-22 de mayo de 2009*, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 41-60.

- A.CASSESE, *Le droit international dans un monde divisé*, Berger-Levrault, París, 1986.
- F. CASTILLO DE LA TORRE, *El control judicial de los acuerdos internacionales de la Comunidad Europea*, Dykinson, Madrid, 2001.
- G. CATTARINO, “La protection des droits fondamentaux. La Constitution et la Convention européenne des droits de l’homme dans la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle italienne”, en M. BAUDREZ, T. DI MANNO (coords.) *LIBER AMICORUM Jean-Claude Escarras. La communicabilité entre les systèmes juridiques*, Bruylant, Bruselas, 2005, pp. 753-766.
- M. CHEMILLIER-GENDREAU, “Relativisme et universalisme en droit international”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. XI/XII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007/2008, pp. 369-450.
- A. G. CHUECA SANCHO, “Por una Europa de los Derechos Humanos: la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en N. FERNÁNDEZ SOLA (coord.), *Unión Europea y Derechos Fundamentales en perspectiva constitucional*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 37-58.
- A. CLAPHAM, “Sanctions and Economic, Social and Cultural Rights” en V. GOWLLAND-DEBBAS (ed.), *United Nations Sanctions and International Law*, Kluwer, La Haya, 2001, pp. 131-141.
- A. CLAPHAM, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford University Press, 2006.
- J. M. CORTÉS MARTÍN, *Las Organizaciones Internacionales: Codificación y Desarrollo Progresivo de su Responsabilidad Internacional*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008.
- J-P. COT, A. PELLET (dirs.), *La charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, 2ª Edición, Economica, París, 1991.
- F. COULÉE, “À propos d’une controverse autour d’une codification en cours: les réactions aux réserves incompatibles avec l’objet et le but des traités de protection des droits de l’homme”, en *Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan -Libertés, Justice, Tolérance-*, Vol. I, Bruylant, Bruselas, 2004, pp. 501-521.
- L. COUTURIER-BOURDINIÈRE, “La Convention européenne des droits de l’homme et la protection des droits des enfants”, en *Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan -Libertés, Justice, Tolérance-*, Vol. I, Bruylant, Bruselas, 2004, pp. 523-550.
- P. COUVREUR, “La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en materia de Derechos Humanos”, en J. SOROETA LICERAS (ed.), *La eficacia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián, Vol. XI, Universidad del País Vasco, 2011, pp. 138-147.

- M. CREMONA, C. HILLION, “L’Union fait la force? Potential and Limitations of the European Neighbourhood Policy as an Integrated EU Foreign and Security Policy”, *EUI Working Papers, Law* n° 2006/39, Florencia, 2006.
- M. CREMONA, “Member States agreements as Union Law” en E. CANNIZZARO, P. PALCHETTI, R. WESSEL (eds.), *International Law as Law of the European Union*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2012, pp. 291-324.
- E. DECAUX, “Les droits fondamentaux en droit international”, *L’actualité juridique-Droit Administratif*, agosto 1998, pp. 66-73.
- R. DE LORENZO GARCÍA (dir.), G. ÁLVAREZ RAMÍREZ (coord.), *Derecho y discapacidad -In Memoriam José Soto García-Camacho*, CERMI, 2012.
- O. DE SCHUTTER, “Anchoring the European Union to the European Social Charter: The Case for Accession”, en G. DE BURCA, B. DE WITTE (eds.), *Social Rights in Europe*, Oxford University Press, 2005, pp. 111-152.
- O. DE SCHUTTER, “Reasonable Accommodations and Positive Obligations in the European Convention on Human Rights”, en A. LAWSON, C. GOODING, *Disability Rights in Europe. From theory to practice*, Hart Publishing, Oxford –Portland, Oregon, 2005, pp. 35-63.
- O. DE SCHUTTER, “Le statut de la Charte Sociale Européenne dans le Droit de l’Union Européenne”, en *Chemins d’Europe. Mélanges en l’honneur de Jean Paul Jacqué*, Dalloz, París, 2010, pp. 217-261.
- F. DE TINGUY DU POUET, “L’Économie et les Droits de l’homme”, en *Karel Vasak Amicorum Liber, Human Rights at the Dawn of the Twenty-First Century*, Bruylant, Bruselas, 1999, pp. 163-181.
- E. DE WET, J. VIDMAR (eds.), *Hierarchy in International Law. The Place of Human Rights*, Oxford University Press, 2012.
- B. DE WITTE, “The Trajectory of Fundamental Social Rights in the European Union”, en G. DE BURCA, B. DE WITTE (eds.), *Social Rights in Europe*, Oxford University Press, 2005, pp. 153-168.
- B. DE WITTE, “The EU and International Legal Order: The Case of Human Rights”, en M. EVANS, P. KOUTRAKOS (eds.), *Beyond the Established Legal Orders: Policy Interconnections between the EU and the Rest of the World*, Hart Publishing, Oxford – Portland, Oregon, 2011, pp. 127-147.
- J. DHOMMEAUX, “Le rôle du Comité des droits de l’enfant dans le contrôle, l’interprétation et l’évolution de la Convention relative aux droits de l’enfant”, en *Karel Vasak Amicorum Liber, Human Rights at the Dawn of the Twenty-First Century*, Bruylant, Bruselas, 1999, pp. 553-580.

- A. DÍAZ PÉREZ DE MADRID, *La Protección de las Minorías en Derecho Internacional*, Universidad de Granada, 2004.
- M. DÍEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 17ª edición, ed. Tecnos, Madrid, 2009.
- J. DÍEZ-HOCHLEITNER, *La posición del Derecho Internacional en el Ordenamiento comunitario*, McGraw-Hill, 1998.
- C. DOMINICÉ, “À la recherche des droits *erga omnes*”, en *Droit du pouvoir, pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruylant, Bruselas, 2007, pp. 357-371.
- M. DOUGAN, “In Defence of *Mangold*?”, en A. ARNULL, C. BARNARD, M. DOUGAN, E. SPAVENTA (eds.), *A Constitutional Order of States? Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood*, Hart Publishing, Oxford –Portland, Oregon, 2011, pp. 219-244.
- R. J. DUPUY, “Droit déclaratoire et droit programmatore: de la coutume sauvage à la *soft law*”, en *L’élaboration du Droit international public. Colloque de Toulouse*, Paris, 1975.
- R. J. DUPUY “Les droits de l’homme, valeur européenne ou valeur universelle”, en M. MEDINA, R. MESA, P. MARIÑO (coords.), *Pensamiento Jurídico y Sociedad Internacional -Libro-Homenaje al profesor D. Antonio Truyol Serra-*, Vol. I, Madrid, 1986, pp. 415-428.
- J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, “Droits fondamentaux: quelle place dans l’architecture de l’Union”, en *Chemins d’Europe. Mélanges en l’honneur de Jean Paul Jacqué*, Dalloz, París, 2010, pp. 263-278.
- R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harward University Press, Cambridge, Massachusetts, 1977-1978.
- P. EECKHOUT, *EU External Relations Law*, 2nd Edition, Oxford University Press, 2011.
- C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, “La Protección Internacional de los Derechos Humanos (I)”, en M. DÍEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 649-682.
- A. FAGAN, *The Atlas of Human Rights. Mapping violations of freedom around the globe*, Myriad Ed., Brighton, 2010.
- T. FAJARDO DEL CASTILLO, “La Unión Europea y el multilateralismo eficaz para la protección del medio ambiente”, en L. N. GONZÁLEZ ALONSO (dir.), A. GARRIDO MUÑOZ (coord.), *La Unión Europea y el multilateralismo eficaz ¿Un compromiso consistente con Naciones Unidas?*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 163-194.
- J. FAULL, “The Role of the European Commission in Tackling Terrorism: the Example of Passenger Name Records”, en A. ARNULL, C. BARNARD, M. DOUGAN, E. SPAVENTA (eds.), *A Constitutional Order of States? Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood*, Hart Publishing, Oxford-Portland, Oregon, 2011, pp. 609-620.

- G. FERNÁNDEZ ARRIBAS, *Las capacidades de la Unión Europea como sujeto de Derecho Internacional*, Educatori, Granada, 2010.
- C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, *La Interpretación de las Normas Internacionales*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1996.
- C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ (dir.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 4.^a ed., Dilex, Madrid, 2011.
- N. FERNÁNDEZ SOLA, *La protección internacional de los derechos del niño*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1994.
- J. FERRER LLORET, *Responsabilidad internacional del Estado y Derechos Humanos*, Universidad de Alicante, Tecnos, Madrid, 1998.
- J. FERRER LLORET, S. SANZ CABALLERO (coords.), *Protección de personas y grupos vulnerables: especial referencia al derecho internacional y europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- E. FIERRO, *The EU's Approach to Human Rights Conditionality in Practice*, Martinus Nijhoff, La Haya, 2003.
- G. GAJA, "Accession to the ECHR", en A. BIONDI, P. EECKHOUT, S. RIPLEY (eds.), *EU Law after Lisbon*, Oxford University Press, 2012, pp. 180-194.
- A. GATTO, *Multinational Enterprises and Human Rights Obligations under EU Law and International Law*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar, 2011.
- A. GIANELLI, "Customary International Law in the European Union", en E. CANNIZZARO, P. PALCHETTI, R. WESSEL (eds.), *International Law as Law of the European Union*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2012, pp. 93-110.
- J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, "Inmunidades jurisdiccionales de los Estados, normas comunitarias y derechos humanos", en *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. XI/XII, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007/2008, pp. 27-54.
- C. J. GORTÁZAR ROTAECHE, "La dimensión exterior del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. El SECA y la externalización del control de fronteras en la UE: el peculiar problema de los espacios marinos", en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.), *La dimensión exterior del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea*, Iustel, Madrid, 2012, pp. 217-234.
- V. GOWLLAND-DEBBAS (ed.), *National Implementation of United Nations Sanctions*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2004.
- C. GUTIÉRREZ ESPADA, *La responsabilidad internacional de Estados y Organizaciones. Balance provisional de coincidencias y matices*, Diego Marín Librero Editor, Murcia, 2010.

- C. GUTIÉRREZ ESPADA, “El orden público internacional”, en A. J. RODRIGO, C. GARCÍA (eds.), *Unidad y Pluralismo en el Derecho internacional Público y en la Comunidad internacional, Coloquio en Homenaje a Oriol Casanovas, Barcelona, 21-22 de mayo de 2009*, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 411-422.
- T. HAMMARBERG, “The rights of the disabled children: the UN Convention on the rights of the child”, en T. DEGENER, Y. KOSTER-DREESE (eds.), *Human Rights and Disabled Persons. Essays and Relevant Human Rights Instruments*, Dordrecht, Boston, Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 147-158.
- B. HANCILOVA, B. KNAUDER, *Unaccompanied Minor Asylum-seekers: Overview of Protection, Assistance and Promising Practices*, Organización Internacional para las Migraciones, 2011.
- T. C. HARTLEY, *The Foundations of the European Union*, 7th Edition, Oxford University Press, 2010.
- P-M. HENRY, “Article 1, Paragraphe 3”, en J-P. COT, A. PELLET (dirs.), *La charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, 2ª Edición, Economica, París, 1991, pp. 57-65.
- C. HILLION, “The EU’s Neighbourhood Policy towards Eastern Europe”, en A. DASHWOOD, M. MARESCEAU, *Law and Practice of EU External Relations*, Cambridge University Press, 2008, pp. 309-333.
- C. HILLION, P. KOUTRAKOS, *Mixed Agreements Revisited -The EU and its Member States in the World*, Hart Publishing, 2010.
- L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ, *Comercio justo y derechos sociales*, Tecnos, Madrid, 2002.
- L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ, T. FAJARDO DEL CASTILLO, “Los nuevos problemas del comercio internacional y la ronda de Doha”, en L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ, J. ROLDÁN BARBERO, (coords.), *Derecho Internacional Económico*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 209-228.
- L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ, C. PÉREZ BERNÁRDEZ, “El derecho a la tutela judicial efectiva en el Derecho Europeo y las sanciones contra *Al-Qaeda*”, en M. J. AZNAR GÓMEZ (coord.), J. CARDONA LLORENS, J. PUEYO LOSA, J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J. M. SOBRINO HEREDIA (eds.), *Estudios de Derecho Internacional y Derecho Europeo en Homenaje al Profesor Manuel Pérez González*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 1569-1603.
- R. HOLDGAARD, *External Relations Law of the European Community. Legal Reasoning and Legal Discourses*, Kluwer Law International, 2008.
- R. HUESA VINAIXA, *El nuevo alcance de la “opinio iuris” en el derecho internacional contemporáneo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991.

- R. HUESA VINAIXA, “El impacto de los regímenes especiales en las fuentes del Derecho internacional”, en A. J. RODRIGO, C. GARCÍA (eds.), *Unidad y Pluralismo en el Derecho internacional Público y en la Comunidad internacional, Coloquio en Homenaje a Oriol Casanovas, Barcelona, 21-22 de mayo de 2009*, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 177-191.
- R. HUESA VINAIXA, “Las “cláusulas derogatorias” de los Convenios de Derechos Humanos en el marco de la guerra global contra el terrorismo”, en J. SOROETA LICERAS (ed.), *La eficacia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián, Vol. XI, Universidad del País Vasco, 2011, pp. 149-173.
- F. G. JACOBS, “Introduction”, en F. JACOBS, S. ROBERTS, *The effects of treaties in domestic law*, Sweet & Maxwell, Londres, 1987, pp. XXIV-XXV.
- F. G. JACOBS, “The Internal Legal Effects of the EU’s International Agreements and the Protection of Individual Rights”, en A. ARNULL, C. BARNARD, M. DOUGAN, E. SPAVENTA (eds.), *A Constitutional Order of States? Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood*, Hart Publishing, Oxford –Portland, Oregon, 2011, pp. 529-544.
- M. JIMÉNEZ DE PARGA, “La adhesión de la UE al CEDH”, en N. COLNERIC, y otros (eds.), *Une communauté de droit -Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias-*, BWV Berliner Wissenschafts, Berlín, 2003, pp. 127-136.
- C. KADDOUS, *Le droit des relations extérieures dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Bruylant, Bruselas, 1998.
- C. KADDOUS, “Effects of International Agreements in the EU Legal Order”, en M. CREMONA, B. DE WITTE (eds.), *EU Foreign Relations Law: Constitutional Fundamentals*, Hart Publishing, 2008, pp. 291-312.
- M. T. KAMMINGA, “La responsabilité des sociétés multinationales en cas d’atteinte aux droits de l’homme : un défi pour la communauté européenne”, en P. ALSTON, M. BUSTELO, J. HEENAN (eds.), *L’Union Européenne et les Droits de l’Homme*, Bruylant, Bruselas, 2001, pp. 573-590.
- P. J. G. KAPTEYN, “Quelques réflexions sur le contrôle de la constitutionnalité des accords conclus par la Communauté avec des pays tiers”, en G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, et al. (eds.), *Mélanges en hommage à Fernand Schockweiler*, Nomos, Baden-Baden, 1999, pp. 275-286.
- J. KLABBERS, “Völkerrechtsfreundlich? International law and the Union legal order”, en P. KOUTRAKOS (ed.), *European Foreign Policy, Legal and Political Perspectives*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011, pp. 95-114.
- J. KLABBERS, “The validity of EU norms conflicting with international obligations”, en E. CANNIZZARO, P. PALCHETTI, R. WESSEL (eds.), *International Law as Law of the European Union*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2012, pp. 111-132.

- M. KOSKENNIEMI, "Between Commitment and Cynism: Outline for a Theory of International Law as Practice" en *Collection of Essays by Legal Advisers of States, Legal Advisers of International Organisations and Practitioners in the Field of International Law*, Servicio de Publicaciones de Naciones Unidas, Nueva York, 1999.
- P. KOUTRAKOS, *EU International Relations Law*, Hart Publishing, 2006.
- P. KOUTRAKOS, "Legal Basis and Delimitation of Competence in EU External Relations", en M. CREMONA, B. DE WITTE (eds.), *EU Foreign Relations Law: Constitutional Fundamentals*, Hart Publishing, 2008, pp. 171-198.
- P. KOUTRAKOS, "Interpretation of Mixed Agreements", en C. HILLION, P. KOUTRAKOS, *Mixed Agreements Revisited -The EU and its Member States in the World*, Hart Publishing, 2010, pp. 116-137.
- P. J. KUIJPER, "Implementation of Binding SC Resolutions by the EU/EC", en E. DE WET, A. NOLLKAEMPER (eds.), *Review of the Security Council by Member States*, Intersentia, Amberes, 2003, pp. 39-48.
- A. LANG, *World Trade Law after Neoliberalism: Reimagining the Global Economic Order*, Oxford University Press, 2011.
- E. LANNON, "The EU's Strategic Partnership with the Mediterranean and the Middle East: a new geopolitical dimension of the EU's proximity strategies", en A. DASHWOOD, M. MARESCEAU, *Law and Practice of EU External Relations*, Cambridge University Press, 2008, pp. 360-375.
- J. LASO PÉREZ, *La cooperación leal en el ordenamiento comunitario*, Ed. Colex, Madrid, 2000.
- J. LASO PÉREZ, "La participación de la Unión Europea y sus Estados miembros en el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas", en L. N. GONZÁLEZ ALONSO (dir.), A. GARRIDO MUÑOZ (coord.), *La Unión Europea y el multilateralismo eficaz ¿Un compromiso consistente con Naciones Unidas?*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 343-368.
- N. LAVRANOS, *Decisions of International Organizations in the European and Domestic Legal Orders of Selected EU Member States*, Europa Law Publishing, Groningen, 2004.
- C. LEBEN, "Y a-t-il une approche européenne des droits de l'homme?", en P. ALSTON, M. BUSTELO, J. HEENAN (eds.), *L'Union Européenne et les Droits de l'Homme*, Bruylant, Bruselas, 2001, pp. 71-98.
- K. LENAERTS, J. A. GUTIÉRREZ-FONS, "The Role of General Principles of EU Law", en A. ARNULL, C. BARNARD, M. DOUGAN, E. SPAVENTA (eds.), *A Constitutional Order of States? Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood*, Hart Publishing, Oxford -Portland, Oregon, 2011, pp. 179-198.

- D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *El detenido en el Convenio europeo de derechos humanos: estudio del convenio y su jurisprudencia para un análisis comparativo con la Constitución española*, Universidad de Granada, Granada, 1980.
- D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Proyecto docente e investigador* (inédito), Granada 1986.
- D. J. LIÑÁN NOGUERAS, “La cooperación en materia de política exterior: de la CPE a la PESG”, en G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, 1993, pp. 327-372.
- D. J. LIÑÁN NOGUERAS, “Límites del discurso de la condicionalidad en la acción exterior de la Unión Europea”, en F. MARIÑO MENÉNDEZ (ed.), *Acción Exterior de la Unión Europea y Comunidad Internacional*, Instituto de Estudios Internacionales y Europeos “Francisco de Vitoria”, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1998, pp. 413-438.
- D. J. LIÑÁN NOGUERAS, “El proyecto constitucional europeo y la interpretación de derechos y libertades en la Constitución Española: ¿Una nueva dimensión del art. 10.2 CE?”, en *Pacis Artes. Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, Tomo I, Eurolex Editorial, Madrid, 2005, pp. 933-946.
- D. J. LIÑÁN NOGUERAS, P. J. MARTÍN RODRÍGUEZ, “Reflexiones sobre los derechos fundamentales en la Unión Europea a la luz del Tratado de Lisboa”, en A. M. BADÍA MARTÍ, A. PIGRAU SOLÉ, A. OLESTI RAYO, *Derecho Internacional y Comunitario ante los retos de nuestro tiempo, Homenaje a la Profesora Victoria Abellán Honrubia*, Vol. II, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 1053-1077.
- D. J. LIÑÁN NOGUERAS, “El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”, en A. MANGAS MARTÍN, D. J., LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 7ª Edición, Tecnos, Madrid, 2012, pp. 85-118.
- M. LÓPEZ ESCUDERO, “Comentario Artículo 28. Derecho de Negociación y de Acción Colectiva”, en A. MANGAS MARTÍN (dir.), L. N. GONZÁLEZ ALONSO (coord.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, pp. 496-503.
- M. LÓPEZ ESCUDERO, “La financiación de la Unión Europea: reflexiones sobre una reforma necesaria”, en A. M. BADÍA MARTÍ, A. PIGRAU SOLÉ, A. OLESTI RAYO, *Derecho Internacional y Comunitario ante los retos de nuestro tiempo, Homenaje a la Profesora Victoria Abellán Honrubia*, Vol. II, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 1027-1052.
- C. LÓPEZ-JURADO, *El control jurisdiccional de la actividad comunitaria en materia de dumping y de subvención*, Granada, 1993.
- J-V. LOUIS, “Parallélisme des compétences et compétences explicites”, en C. FRANCK, G. DUCHENNE (dir.), *L’action extérieure de l’Union européenne, Rôle global, dimensions matérielles, aspects juridiques, valeurs*, Bruylant-Academia, 2005, pp. 255-282.

- A. MANGAS MARTÍN, “Comentario Artículo 26. Integración de las Personas Discapacitadas”, en A. MANGAS MARTÍN (dir.), L. N. GONZÁLEZ ALONSO (coord.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, pp. 459-469.
- A. MANGAS MARTÍN, D. J., LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 7ª Edición, Tecnos, Madrid, 2012.
- A. MARTIN, “L’Estoppel en droit international public”, A. Pedone, París, 1979.
- J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, “Comentario Artículo 53. Nivel de protección”, en A. MANGAS MARTÍN (dir.), L. N. GONZÁLEZ ALONSO (coord.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, pp. 852-869.
- J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, “Unidad y pluralismo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Hacia un refuerzo de la autonomía del Derecho de la Unión frente al Derecho Internacional”, en A. J. RODRIGO, C. GARCÍA (eds.), *Unidad y Pluralismo en el Derecho internacional Público y en la Comunidad internacional, Coloquio en Homenaje a Oriol Casanovas, Barcelona, 21-22 de mayo de 2009*, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 254-286.
- J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, “Viejos y nuevos problemas en el espacio europeo de los derechos humanos: reflexiones a propósito de la necesaria cooperación judicial efectiva entre el TJUE y el TEDH”, en M. J. AZNAR GÓMEZ (coord.), J. CARDONA LLORENS, J. PUEYO LOSA, J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J. M. SOBRINO HEREDIA (eds.), *Estudios de Derecho Internacional y Derecho Europeo en Homenaje al Profesor Manuel Pérez González*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 791-820.
- J. MARTÍNEZ DE PISÓN, *Tolerancia y Derechos Fundamentales en las sociedades multiculturales*, Tecnos, Madrid, 2001.
- B. MARTÍNEZ RÍOS, *Pobreza, Discapacidad y Derechos Humanos*, CERMI, 2011
- F. C. MAYER, “European Law as a Door Opener for Public International Law?”, en *Droit International et Diversité des Cultures Juridiques -International Law and Diversity of Legal Cultures*, Pédone, París, 2008, pp. 345-359.
- T. MERON, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Clarendon Press, Oxford, 1991.
- L. MILLÁN MORO, *La opinio iuris en el derecho internacional contemporáneo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

- L. MILLÁN MORO, “Los derechos fundamentales en la Unión Europea y el Tratado de Lisboa”, en J. SOROETA LICERAS (ed.), *La eficacia del Derecho internacional de los Derechos Humanos. Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián Vol. XI*, Universidad del País Vasco, 2011, pp. 175-223.
- J. MIRANDA, “Les droits fondamentaux au Portugal”, en M. BAUDREZ, T. DI MANNO (coords.) *LIBER AMICORUM Jean-Claude Escarras. La communicabilité entre les systèmes juridiques*, Bruylant, Bruselas, 2005, pp. 823-834.
- S. MORGADES GIL, “Unidad y pluralismo en la protección internacional de refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria en Europa: el requisito de la individualización del riesgo en caso de violencia indiscriminada en situación de conflicto armado”, en A. J. RODRIGO, C. GARCÍA (eds.), *Unidad y Pluralismo en el Derecho internacional Público y en la Comunidad internacional, Coloquio en Homenaje a Oriol Casanovas, Barcelona, 21-22 de mayo de 2009*, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 495-538.
- E. MORIN, *Penser l'Europe*, Gallimard, 1990.
- C. MORTE GÓMEZ, “Eficacia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en J. SOROETA LICERAS (ed.), *La eficacia del Derecho internacional de los Derechos Humanos. Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián Vol. XI*, Universidad del País Vasco, 2011, pp. 225-242.
- A. R. MOWBRAY, *The development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart Publishing, Oxford – Portland, Oregon, 2004.
- M. C. MUÑOZ RODRÍGUEZ, *Democracia y derechos humanos en la acción exterior de la Unión Europea*, Reus, Madrid, 2011.
- E. NEFRAMI, *L'Action extérieure de l'Union européenne. Fondements, moyens, principes*, L.G.D.J., Lextenso éditions, Paris, 2010.
- M. NOWAK, “Human Rights ‘Conditionality’ in Relation to Entry to, and Full Participation in, the EU”, en P. ALSTON, M. BUSTELO, J. HEENAN (eds.), *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, 1999, pp. 687-698.
- J. A. PASTOR RIDRUEJO, “La interrelación de los sistemas de protección de los derechos fundamentales”, en E. ÁLVAREZ CONDE, V. GARRIDO MAYOL (dir.), *Comentarios a la Constitución Europea*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 1653-1667.
- J. A. PASTOR RIDRUEJO, “La subsidiariedad, principio estructural del Derecho internacional de los Derechos humanos”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004/2005, pp. 37-50.

- J. A. PASTOR RIDRUEJO, “La adhesión de la Unión Europea a la Convención Europea sobre derechos humanos y libertades fundamentales”, en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.), *El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis constitucional*, Iustel-AEPDIRI, Madrid, 2008, pp. 151-157.
- G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.
- S. PEERS, “Human Rights in the EU Legal Order: Practical Relevance for EC Immigration and Asylum Law”, en S. PEERS, N. ROGERS, *EU Immigration and Asylum Law, Text and Commentary*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp. 115-138.
- C. PÉREZ BERNÁRDEZ, *Las Relaciones de la Unión Europea con Organizaciones Internacionales: Análisis Jurídico de la Práctica Institucional*, Madrid, 2003.
- C. PÉREZ BERNÁRDEZ, “Respuestas al sistema diplomático ante el Servicio Europeo de Acción Exterior (SEAE): el caso de la Unión Europea en la Asamblea General de las Naciones Unidas”, *Cuadernos europeos de Deusto*, nº 44, 2011, pp. 111-145.
- M. PÉREZ GONZÁLEZ, “Pluralidad de regímenes unidad del ordenamiento”, en A. J. RODRIGO, C. GARCÍA (eds.), *Unidad y Pluralismo en el Derecho internacional Público y en la Comunidad internacional, Coloquio en Homenaje a Oriol Casanovas, Barcelona, 21-22 de mayo de 2009*, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 151-166.
- A. E. PÉREZ LUÑO, “La interpretación de los derechos fundamentales”, en M. MEDINA, R. MESA, P. MARIÑO (coords.), *Pensamiento Jurídico y Sociedad Internacional -Libro-Homenaje al profesor D. Antonio Truyol Serra-*, Vol. II, Madrid, 1986, pp. 955-993.
- P. PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés Européennes. Étude des sources du droit communautaire*, Lieja, 1973.
- P. PESCATORE, “Treaty-making by the European Communities”, en F. JACOBS, S. ROBERTS, *The effects of Treaties in domestic law*, Sweet & Maxwell, Londres, 1987, pp. 171-195.
- P. PESCATORE, *L'Ordre juridique des Communautés Européennes. Étude des sources du droit communautaire -Réimpression de l'ouvrage publié aux Presses Universitaires de Liège en 1975-*, Bruylant, Bruselas, 2006.
- M. PINTO, “El principio *pro homine*: Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos” en VV.AA., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 163-172.
- M. POIARES MADURO, “L'équilibre insaisissable entre la liberté économique et les droits sociaux dans l'Union Européenne”, en P. ALSTON, M. BUSTELO, J. HEENAN (eds.), *L'Union Européenne et les Droits de l'Homme*, Bruylant, Bruselas, 2001, pp. 465-489.

- J. POLAKIEWICZ, “Relationship between the European Convention on Human Rights and EU Charter of Fundamental Rights -Some proposals for a coherent system of human rights protection in Europe”, en V. KRONENBERGER, (ed.), *The EU and the International Legal Order: Discord or Harmony?*, Asser Press, La Haya, 2001, pp. 69-92.
- C. F. PONCE MARTÍNEZ, *Tribunal Constitucional y Tratados de Derechos Humanos*, Egido, Zaragoza, 2002.
- A. PRERA, “El poder sin rostro. Los efectos de las privatizaciones y los Derechos Humanos”, en *Karel Vasak Amicorum Liber, Human Rights at the Dawn of the Twenty-First Century*, Bruylant, Bruselas, 1999, pp. 747-756.
- C. RAMÓN CHORNET, “La intergración de Turquía en la UE: entre la prevención y la necesidad”, en C. ESPLUGUES MOTA, G. PALAO MORENO, M. A. PENADÉS FONTS (coords.), *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea: liber amicorum: José Luis Iglesias Buhigues*, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 957-966.
- A. REMIRO BROTONS, *Civilizados, bárbaros y salvajes en el nuevo orden internacional*, McGraw-Hill, 1996.
- A. REMIRO BROTONS, “Límites del libre comercio: Aspectos sociales”, en F. ESTEVE GARCÍA (coord.), *La Unión Europea y el Comercio Internacional: Límites al libre comercio*, Universitat de Girona, 2001, pp. 39-60.
- A. REMIRO BROTONS, R. RIQUELME CORTADO, E. ORIHUELA CALATAYUD, J. DÍEZ-HOCHLEITNER, L. PÉREZ-PRAT DURBÁN, *Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- A. REMIRO BROTONS, “La noción de regímenes internacionales en el Derecho Internacional Público”, en A. J. RODRIGO, C. GARCÍA (eds.), *Unidad y Pluralismo en el Derecho internacional Público y en la Comunidad internacional, Coloquio en Homenaje a Oriol Casanovas, Barcelona, 21-22 de mayo de 2009*, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 167-176.
- R. RHATTAT, *La politique européenne de voisinage dans les pays de l'aire méditerranéenne*, Bruylant, Bruselas, 2011.
- E. RIEDEL, M. WILL, “Human Rights Clauses in External Agreements of the EC”, en P. ALSTON, M. BUSTELO, J. HEENAN (eds.), *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, 1999, pp. 723-754.
- S. RIPOL CARULLA, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español*, Atelier, Barcelona, 2007.
- S. RIPOL CARULLA “La conciencia de la humanidad”, en A. J. RODRIGO, C. GARCÍA (eds.), *Unidad y Pluralismo en el Derecho internacional Público y en la Comunidad internacional, Coloquio en Homenaje a Oriol Casanovas, Barcelona, 21-22 de mayo de 2009*, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 472-494.

- G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, “Funciones de la doctrina en el Derecho Internacional”, en M. MEDINA, R. MESA, P. MARIÑO (coords.), *Pensamiento Jurídico y Sociedad Internacional -Libro-Homenaje al profesor D. Antonio Truyol Serra-*, Vol. II, Madrid, 1986, pp. 1059-1072.
- G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, “Quelques réflexions sur la singularité des rapports du droit communautaire avec d’autres ordres juridiques”, en J-V. LOUIS, G, VANDERSANDEN, A. DE WALSCHE, *Mélanges en Hommage à Jean-Victor Louis*, Vol. I, Éditions de l’Université Libre de Bruxelles, Bruselas, 2003, pp. 389-407.
- G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, *Discurso pronunciado en el acto de investidura de Doctor Honoris Causa del Excmo. Sr. Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Universidad de Granada, mayo de 2012.
- J. M. RODRÍGUEZ PANIAGUA, “La ética del liberalismo económico en Adam Smith”, en M. MEDINA, R. MESA, P. MARIÑO (coords.), *Pensamiento Jurídico y Sociedad Internacional -Libro-Homenaje al profesor D. Antonio Truyol Serra-*, Vol. II, Madrid, 1986, pp. 1073-1088.
- J. ROLDÁN BARBERO, “La jurisprudencia del tribunal de justicia en materia de relaciones exteriores”, en G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, 1993, pp. 297-326.
- J. ROLDÁN BARBERO, *Democracia y Derecho Internacional*, Civitas, Madrid, 1994.
- J. ROLDÁN BARBERO, “La delimitación de competencias en las relaciones exteriores de la Unión Europea”, en D.J. LIÑÁN NOGUERAS (dir.), C. LÓPEZ-JURADO (coord.), *La reforma de la delimitación competencial en la futura Unión Europea*, Universidad de Granada, 2003, pp. 115-132.
- J. ROLDÁN BARBERO, “Les relations extérieures de l’Union européenne: quelques faiblesses et incertitudes juridiques”, en J-V. LOUIS, G, VANDERSANDEN, A. DE WALSCHE, *Mélanges en Hommage à Jean-Victor Louis*, Vol. II, Éditions de l’Université Libre de Bruxelles, Bruselas, 2003, pp. 173-190.
- J. ROLDÁN BARBERO, “El consentimiento del Estado y la formación de los acuerdos internacionales”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. VIII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004/2005, pp. 771-853.
- A. ROSAS, “Mixed Union - Mixed Agreements”, en M. KOSKENNIEMI (ed.), *International Law Aspects of the European Union*, Kluwer, Dordrecht, 1998, pp. 125-148.
- A. ROSAS, “The Role of the Universal Declaration of Human Rights in the Treaty Relations of the European Union”, en P. BAEHR et al. (eds.), *Innovation and Inspiration: Fifty Years of the Universal Declaration of Human Rights*, Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, Amsterdam, 1999, pp. 201-209.

- A. ROSAS, “The European Union and International Human Rights Instruments”, en V. KRONENBERGER, (ed.), *The EU and the International Legal Order: Discord or Harmony?*, Asser Press, La Haya, 2001, pp. 53-68.
- A. ROSAS, “The European Union and Mixed Agreements”, en A. DASHWOOD, C. HILLION, *The General Law of E.C. External Relations*, Sweet & Maxwell, Londres, 2001, pp. 200-220.
- A. ROSAS, “Fundamental Rights in the Luxembourg and Strasbourg courts”, en C. BAUDENBACHER et al. (eds.), *The EFTA Court: Ten Years On*, Oxford, Hart Publishing, 2005, pp. 164-175.
- A. ROSAS, “The European Union and Fundamental rights/Human rights”, en C. KRAUSE, M. SCHEININ (eds.), *International Protection of Human Rights: A Textbook*, Turku/Åbo, Institute for Human Rights of the Åbo Akademi Universtiy, 2009, pp. 443-474.
- A. ROSAS, L. ARMATI, *EU Constitutional Law, An Introduction*, Hart Publishing, Oxford-Portland, Oregon, 2010.
- A. ROSAS, “*Finis Europae Socialis?*”, en *Chemins d’Europe. Mélanges en l’honneur de Jean Paul Jacqué*, Dalloz, París, 2010, pp. 591-607.
- D. RUIZ-JARABO COLOMER, “Once Upon a Time –*Francovich*: From Fairy Tale to Cruel Reality?”, en M. POIARES MADURO, L. AZOULAI (eds.), *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart Publishing, Oxford –Portland, Oregon, 2010, pp. 405-412.
- D. RUIZ-JARABO COLOMER, *La Justicia de la Unión Europea*, Thomsom Reuters, Pamplona, 2011.
- T. RUYSSSEN, *Les sources doctrinales de l’internationalisme, Tome Second: De la Paix de Westphalie à la Révolution Française*, Presses Universitaires de France, París, 1958.
- A. SAIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- M. E. SALAMANCA AGUADO, “La dimensión exterior de la política común de asilo: ¿solidaridad internacional o elusión de responsabilidades?”, en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.), *La dimensión exterior del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea*, Iustel, Madrid, 2012, pp. 255-283.
- B. SÁNCHEZ RAMOS, “La Unión Europea y la promoción de los derechos humanos en los países ACP”, en en M. J. AZNAR GÓMEZ (coord.), J. CARDONA LLORENS, J. PUEYO LOSA, J. L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J. M. SOBRINO HEREDIA (eds.), *Estudios de Derecho Internacional y Derecho Europeo en Homenaje al Profesor Manuel Pérez González*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 1797-1814.

- A. SANJOSÉ GIL, “La responsabilité internationale des États pour les violations des droits de l’homme”, en *Karel Vasak Amicorum Liber, Human Rights at the Dawn of the Twenty-First Century*, Bruylant, Bruselas, 1999, pp. 783-819.
- J. SANTOS VARA, “Las implicaciones de la participación de la Unión Europea en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en L. N. GONZÁLEZ ALONSO (dir.), A. GARRIDO MUÑOZ (coord.), *La Unión Europea y el multilateralismo eficaz ¿Un compromiso consistente con Naciones Unidas?*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 369-396.
- J. SANTOS VARA, “El Acuerdo SWIFT con Estados Unidos: génesis, alcance y consecuencias”, en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.), *La dimensión exterior del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea*, Iustel, Madrid, 2012, pp. 355-380.
- H. G. SCHERMERS, N. M. BLOKKER, *International Institutional Law, Unity Within Diversity*, 2003.
- B. SCHUMACHER, “The Influence of the Council of Europe on the European Union: Resource Exchange and Domain Restriction as Venues for Inter-Institutional Influence”, en O. COSTA, K. E. JORGENSEN (eds.), *The Influence of International Institutions on the EU: When Multilateralism hits Brussels*, Palgrave MacMillan, 2012, pp. 186-206.
- R. SCHÜTZE, “The ‘Succession Doctrine’ and the European Union”, en A. ARNULL, C. BARNARD, M. DOUGAN, E. SPAVENTA (eds.), *A Constitutional Order of States? Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood*, Hart Publishing, Oxford –Portland, Oregon, 2011, pp. 459-484.
- M. SHAHABUDEEN, “The Evolution of the Global Legal Framework”, en M. SHAHABUDEEN (ed.), *Boutros Boutros-Ghali Amicorum Discipulorumque Liber: Paix, Développement, Démocratie*, Vol. 1, Bruylant, Bruselas, 1998, pp. 701-724.
- E. SHARPSTON, G. DE BAERE, “The Court of Justice as a Constitutional Adjudicator”, en A. ARNULL, C. BARNARD, M. DOUGAN, E. SPAVENTA (eds.), *A Constitutional Order of States? Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood*, Hart Publishing, Oxford –Portland, Oregon, 2011, pp. 123-150.
- D. SHELTON, “Resolving Conflicts between Human Rights and Environmental Protection: Is there a Hierarchy?”, en E. DE WET, J. VIDMAR (eds.), *Hierarchy in International Law. The Place of Human Rights*, Oxford University Press, 2012, pp. 207-235.
- B. SIMMA, G. I. HERNÁNDEZ, “Legal Consequences of an Impermissible Reservation to a Human Rights Treaty: Where Do We Stand?”, en E. CANNIZZARO (eds.), *The Law of the Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, 2011, pp. 60-85.

- M. SIRAGUSA, “Annulment proceedings in antitrust cases (articles 101 and 102 TFEU) - Standard of judicial review over substantive issues” en M. MEROLA, J. DERENNE (eds.), *The Role of the Court of Justice of the European Union in Competition Law Cases*, GCLC Annual Conference Series, Colegio de Europa, Bruylant, Bruselas, 2012, pp. 135-137.
- A. SKORDAS, “Völkerrechtsfreundlichkeit as comity and the disquiet of neoformalism: a response to Jan Klabbers”, en P. KOUTRAKOS (ed.), *European Foreign Policy, Legal and Political Perspectives*, 2011, pp. 115-144.
- D. SLATER, D. WAELBROECK, “ ‘Marginal Review’ by the European Court of Justice in Competition cases and its compatibility with fundamental rights”, en M. MEROLA, J. DERENNE (eds.), *The Role of the Court of Justice of the European Union in Competition Law Cases*, GCLC Annual Conference Series, Colegio de Europa, Bruylant, Bruselas, 2012, pp. 286-292.
- E. SPAVENTA, “The Horizontal Application of Fundamental Rights as General Principles of Union Law”, en A. ARNULL, C. BARNARD, M. DOUGAN, E. SPAVENTA (eds.), *A Constitutional Order of States? Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood*, Hart Publishing, Oxford –Portland, Oregon, 2011, pp. 199-218.
- D. SPIELMANN, “Human Rights Case Law in the Strasbourg and Luxembourg Courts: Conflicts, Inconsistencies, and Complementarities”, en P. ALSTON, M. BUSTELO, J. HEENAN (eds.), *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, 1999, pp. 757-780.
- J. E. STIGLITZ, *El precio de la desigualdad*, Taurus Pensamiento, Madrid, 2012.
- F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l’homme*, Presses Universitaires de France, París, 1989.
- A. TANCREDI, “On the Absence of Direct Effect of the WTO Dispute Settlement Body’s Decisions in the EU Legal Order”, en E. CANNIZZARO, P. PALCHETTI, R. WESSEL (eds.), *International Law as Law of the European Union*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2012, pp. 249-268.
- C. TIMMERMANS, “The Relationship between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights”, en A. ARNULL, C. BARNARD, M. DOUGAN, E. SPAVENTA (eds.), *A Constitutional Order of States? Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood*, Hart Publishing, Oxford –Portland, Oregon, 2011, pp. 151-160.
- C. TOMUSCHAT, “Liability for mixed agreements”, en D. O’ KEEFFE, H. G. SCHERMERS (eds.), *Mixed Agreements*, Kluwer, 1983, pp. 125-132.
- M. A. TORRES LÓPEZ, *La discapacidad en el Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2012.
- T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, 2nd Edition, Oxford University Press, 2006.

- T. TRIDIMAS, “The Principle of Legality, Human Rights and the Management of Risks: Post-Kadi Reflections”, en M. EVANS, P. KOUTRAKOS (eds.), *Beyond the Established Legal Orders: Policy Interconnections between the EU and the Rest of the World*, Hart Publishing, Oxford-Portland, Oregon, 2011, pp. 179-202.
- A. TZANAKOPOULOS, “Collective Security and Human Rights”, en E. DE WET, J. VIDMAR (eds.), *Hierarchy in International Law. The Place of Human Rights*, Oxford University Press, 2012, pp. 42-70.
- M. URREA CORRES, “El control de fronteras de la Unión Europea y su dimensión exterior: algunos interrogantes sobre la actuación de FRONTEX”, en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.), *La dimensión exterior del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea*, Iustel, Madrid, 2012, pp. 235-254.
- P. VAN NUFFEL, “Having ‘the Law’ observed. The role played by the European Court of Justice in the application of EU and International Law towards third-country nationals”, en M. MAES, M. C. FOBLETS, P. DE BRUYCKER, D. VANHEULE, J. WOUTERS, *External Dimensions of EU Migration and Asylum Law and Policy*, Bruylant, Bruselas, 2011, pp. 89-117.
- S. VAN RAEPENBUSCH, *Le recours des particuliers devant le juge de l’Union européenne*, Bruylant, Bruselas, 2012.
- L. WADDINGTON, *From Rome to Nice in a Wheelchair. The Development of a European Disability Policy*, Europa Law Publishing, Groningen, 2006.
- L. WADDINGTON (coord.), *European Law and Policy: Annotation of Selected Legal Instruments*, Academic Network of European Disability experts (ANED), University of Leeds, noviembre 2010.
- A. WALTER, *Reverse Discrimination and Family Reunification*, Wolf Legal Publishers, Nimega, 2008.
- J. H. H. WEILER, “Fundamental Rights and Fundamental Boundaries: On Standards and Values in the Protection of Human Rights”, en N. NEUWAHL, A. ROSAS (eds.), *The European Union and Human Rights*, Martinus Nijhoff, La Haya, 1995, pp. 51-76.
- J.H.H. WEILER, S. C. FRIES, “A Human Rights Policy for the European Community and Union: The Question of Competences”, en P. ALSTON, M. BUSTELO, J. HEENAN (eds.), *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, 1999, pp. 147-166.
- R. A. WESSEL, “The EU as a Party to international agreements: shared competences, mixed responsibilities”, en A. DASHWOOD, M. MARESCEAU, *Law and Practice of EU External Relations*, Cambridge University Press, 2008, pp. 152-187.

- R. A. WESSEL, “Reconsidering the Relationship between International and EU Law: Towards a Content-Based Approach?”, en E. CANNIZZARO, P. PALCHETTI, R. WESSEL (eds.), *International Law as Law of the European Union*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2012, pp. 7-34.
- N. D. WHITE, “Towards a Strategy for Human Rights Protection in Post-Conflict Situations”, en N. D. WHITE, D. KLAASEN (eds.), *The UN, Human Rights and Post Conflict Situations*, Manchester University Press, Manchester, 2005, pp. 463-493.
- J. WOUTERS, D. VAN EECKHOUTTE, “Enforcement of Customary International Law through European Community Law”, en J.M. PRINSSSEN, A. SCHRAUWEN (eds.), *Direct Effect. Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, European Law Publishing, Groningen, 2002, pp. 183-234.
- J. WOUTERS, A. NOLLKAEMPER, E. DE WET (eds.), *The Europeanisation of International Law. The Status of International Law in the EU and its Member States*, T.M.C. Asser Press, La Haya, 2008.
- J. WOUTERS, “The tormented relationship between international law and EU law”, en P. H. F. BEKKER, R. DOLZER, M. WAIBEL (eds.), *Making Transnational Law Work in the Global Economy. Essays in Honour of Detlev Vagts*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 198-221.
- A. R. ZIEGLER, B. BOIE, “The Relationship between International Trade Law and International Human Rights Law”, en E. DE WET, J. VIDMAR (eds.), *Hierarchy in International Law. The Place of Human Rights*, Oxford University Press, 2012, pp. 272-299.
- I. ZIEMELE, “Case-Law of the European Court of Human Rights and integrity of International Law”, en R. HUESA VINAIXA, K. WELLENS (dir.), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Bruylant, Bruselas, 2006, pp. 197-199.

b) Artículos de Revistas Científicas y otras publicaciones:

- M. ABENHAIM, “Quel droit au juge en matière de cartels ? Commentaire de l'arrêt *Menarini Diagnostics c/Italie*”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Vol. 48, n° 1, pp. 117-133.
- S. ADAM, “Quelques réflexions sur les relations entre les procédures a priori et a posteriori d'examen de compatibilité des accords communautaires suite à l'affaire dite de l' "accord PNR" ”, *Cahiers de Droit Européen*, Vol. 42, n° 5-6, 2006, pp. 657-696.

- S. ADAM, P. DEVISSCHER, P. VAN ELSUWEGE, “Chronique de Jurisprudence Communautaire. Les relations extérieures (1er janvier 2006-31 décembre 2008)”, *Cahiers de Droit Européen*, nº 3-4, 2009, pp. 465-548.
- A. AGUILAR CALAHORRO, “La primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Auto del Tribunal Constitucional 86/2011, de 9 de junio”, *Revista Española de Derecho Constitucional Europeo*, nº 16, 2011, pp. 471-512.
- T. AHMED, I. BUTLER, “The European Union and Human Rights: An International Law Perspective”, *European Journal of International Law*, Vol. 17, nº 4, 2006, pp. 771-801.
- R. A. ALIJA FERNÁNDEZ, “Las quejas interestatales ante órganos judiciales o cuasijudiciales de garantía de los derechos humanos: ¿Un mecanismo útil en situaciones de crisis?”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 22, 2011.
- R. ALONSO GARCÍA, “El Soft Law comunitario”, *Revista de Administración Pública*, nº 154, Enero- Abril, 2001, pp. 63-94.
- R. ALONSO GARCÍA, “The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union”, *Jean Monnet Working Paper*, Vol. 4, nº 2, New York University School of Law, 2002.
- J. ALLAIN, “The *jus cogens* Nature of *non-refoulement*”, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 13, nº 4, 2001, pp. 533-558.
- E. A. ALKEMA, “The EC and the European Convention of Human Rights: Immunity and Impunity for the Community?”, *Common Market Law Review*, Vol. 16, 1979, pp. 498-508.
- R. ALONSO GARCÍA, “Lisboa y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Working Papers on European Law and Regional Integration*, nº 1, 2010.
- P. ALSTON, “Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: A Reply to Pettersmann”, *European Journal of International Law*, Vol. 13, nº 4, pp. 815-844.
- P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, “La incorporación por referencia en el derecho de los Tratados”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 37, nº 1, 1985, pp. 7-40.
- P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, “La Unión Europea en el concierto de las organizaciones internacionales”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 3, 2002, pp. 121-142.
- P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en la práctica española”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 15, 2008, pp. 233-255.
- C. ANTÓN GUARDIOLA, “TEDH. Sentencia de 30 de junio de 2005, *Bosphorus Airways*, 45036/98 -Derecho Comunitario y Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *RDCE*, nº 28, 2007, pp. 943-957.

- O. BAKIRCIOGLU, “Germany v Italy: The Triumph of Sovereign Immunity over Human Rights Law”, *International Human Rights Law Review*, Vol. 1, n° 1, 2012, pp. 93–109.
- M. BELL, “Advancing EU Anti-Discrimination Law: the European Commission’s 2008 Proposal for a New Directive”, *The Equal Rights Review*, Vol. 3, 2009, pp. 7-18.
- F. BENOÎT-ROHMER, “L’affaire Emesa Sugar: l’institution de l’avocat général de la Cour de justice des Communautés Européennes à l’épreuve de la jurisprudence Vermeulen de la Cour européenne des droits de l’homme”, *Cahiers de droit européen*, Vol. 37, n° 3-4, 2001, pp. 403-426.
- F. BENOÎT-ROHMER, “Bienvenue aux enfants de Bosphorus : la Cour européenne des droits de l’homme et les organisations internationales”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’homme*, Vol. 21, n° 81, 2010, pp. 19-38.
- F. BENOIT-ROHMER, “L’Union Européenne et les droits fondamentaux depuis l’entrée en vigueur du Traité de Lisbonne”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Vol. 47, n° 1, 2011, pp. 145-172.
- L. BESSELINK, “Entrapped by the Maximum Standard: On Fundamental Rights, Pluralism and Subsidiarity in the European Union”, *Common Market Law Review*, Vol. 35, 1998, pp. 629-680.
- A. BIANCHI, “Human Rights and the Magic of Jus Cogens”, *European Journal of International Law*, Vol. 19, n° 3, 2008, pp. 491-508.
- I. BIEL PORTERO, “Los derechos de las personas con discapacidad y las personas con movilidad reducida en el transporte aéreo. Comentario al Reglamento (CE) n° 1107/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006”, *RGDE*, n° 13, 2007.
- I. BIEL PORTERO, “El primer Tratado de Derechos Humanos celebrado por la Unión Europea: La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *RGDE*, n° 21, 2010.
- E. BJORGE, “National supreme courts and the development of ECHR rights”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 9, n° 1, 2011, pp. 5-31.
- A. BLANC ALTEMIR, “El proceso euromediterráneo: una década de luces y sombras”, *Anuario de Derecho Internacional*, Vol. 21, 2005, pp. 185-225.
- L. BOISSON DE CHAZOURNES, “Les relations entre organisations regionales et organisations universelles”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye*, n° 347-2010, Martinus Nijhoff, 2011, pp. 79-406.
- R. BRILLAT, “La participation de la Communauté européenne aux conventions du Conseil de l’Europe”, *Annuaire Français de Droit International*, Vol. 37, 1991, pp. 819-832.
- A. BULTRINI, “La responsabilité des Etats membres de l’Union européenne pour les violations de la Convention européenne des droits de l’homme imputables au système communautaire”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, n° 49, 2002, pp. 5-43.

- I. BUTLER, O. DE SCHUTTER, “Binding the EU to International Human Rights Law”, *Yearbook of European Law*, Vol. 27, nº 1, 2008, pp. 277-320.
- I. BUTLER, *The EU and International Human Rights Law*, United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, Europe Regional Office, 2011.
- J. CALLEWAERT, “The European Convention on Human Rights and European Union Law: A Long Way to Harmony”, *European Human Rights Law Review*, nº 6, 2009, pp. 768-783.
- G. CÁMARA VILLAR, “Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional Europeo*, nº 4, Julio-Diciembre, 2005, pp. 9-42.
- E. CANNIZZARO, “Il diritto internazionale nell’ordinamento giuridico comunitario: il contributo della sentenza *Intertanko*”, en *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2008, pp. 645-654.
- F. CAPOTORTI, “L’extinction et la suspension des traités”, *Recueil des Cours de l’Academie de La Haye*, nº 3, 1971, pp. 419-587.
- V. CARREÑO GUALDE, “TJCE -Sentencia de 30.05.2006, Comisión/Irlanda, C-459/03, *MOX*- La competencia exclusiva del TJCE y la Parte XII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar”, *RDCE*, nº 26, 2007, pp. 185-202.
- C. CASTILLEJO, “Sri Lanka: The failure of EU human rights sanctions”, *FRIDE*, Policy Brief nº 63, 2011.
- F. CASTILLO DE LA TORRE, “Interim Measures in Community Courts: Recent Trends”, *Common Market Law Review*, Vol. 44, nº 2, 2007, pp. 273-353.
- F. CASTILLO DE LA TORRE, “La sentencia del Tribunal Constitucional federal alemán de 30.06.09, relativa a la aprobación del Tratado de Lisboa –Análisis y comentarios”, *RDCE*, nº 34, 2009, pp. 969-1010.
- P. CERIANI CERNADAS, “La Directiva de Retorno de la Unión Europea: apuntes críticos desde una perspectiva de derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, nº 5, 2009, pp. 85-94.
- R. CHURCHILL, N. FOSTER, “European Community law and prior Treaty obligations of Member States: The Spanish Fishermen’s cases”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 36, 1987, pp. 504-520.
- J. CLIFFORD, “The UN Disability Convention and its Impact on European Equality Law”, *The Equal Rights Review*, Vol. 6, 2011, pp. 1-25.
- C. CLOSA, “Jugando a ratificar: las reglas de entrada en vigor del nuevo Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza del euro”, *Real Instituto Elcano*, ARI 15/2012, 2012.
- G. COHEN-JONATHAN, “La Cour des Communautés Européennes et les droits de l’homme”, *Révue du Marché Commun*, 1978, pp. 74-100.

- G. COHEN-JONATHAN, J. F. FLAUSS, “À propos de l’arrêt *Matthews c/ Royaume-Uni* (18 février 1999)”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Vol. 35, n° 4, 1999, pp. 637-657.
- G. COLAVITTI, C. PAGOTTO, “Il Consiglio di Stato applica direttamente le norme CEDU grazie al Trattato di Lisbona: l’inizio di un nuovo percorso?”, *Rivista dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2010.
- G. CONWAY, “Breaches of EC Law and the International Responsibility of Member States”, *European Journal of International Law*, Vol. 13, n° 3, 2002, pp. 679-695.
- J. COPPEL, A. O’ NEILL, “The European Court of Justice: taking rights seriously?”, *Common Market Law Review*, Vol. 29, n° 4, 1992, pp. 669-692.
- J. CORTÉS MARTÍN, “El Estado de necesidad en materia económica y financiera”, *Anuario de Derecho Internacional*, Vol. XXV, 2009, pp. 119-173.
- J. M. CORTÉS MARTÍN, “Adhesión al CEDH y autonomía del Derecho de la Unión. Legitimación pasiva de la Unión y sus miembros y compatibilidad material”, *RGDE*, n° 22, 2010.
- J. M. CORTÉS MARTÍN, “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 du Droit de l’Union Européenne*, n° 4, 2011, pp. 615-665.
- J. M. CORTÉS MARTÍN, “Ciudadanos de la Unión vs. Nacionales de terceros países: sobre la incipiente convergencia interpretativa del derecho europeo a la reagrupación familiar”, *RGDE*, n° 26, 2012.
- C. COSTELLO, “The Bosphorus Ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe”, *Human Rights Law Review*, n° 6, 2006, pp. 87-130.
- M. CREMONA, “The Union as a Global Actor: Roles, Models and Identity”, *Common Market Law Review*, Vol. 41, n° 2, 2004, pp. 553-573.
- M. CREMONA, “External Relations of the EU and the Member States: Competence, Mixed Agreements, International Responsibility, and Effects of International Law”, *EUI Working Papers, Law* n° 2006/22, Florencia, 2006.
- M. CREMONA, “EC Competence, ‘Smart Sanctions’, in the *Kadi* Case”, *Yearbook of European Law*, Vol. 28, 2009, pp. 559-592.
- M. CREMONA, “Justice and Home Affairs in a Globalised World: Ambitions and Reality in the tale of the EU-US SWIFT Agreement”, *Institute for European Integration Research Working Paper Series, Working Paper* n° 04/2011, Viena, 2011.
- S. D’ACUNTO, “Union européenne et droit des passagers: bilan et perspectives”, *Revue du Droit de l’Union Européenne*, n° 1, 2012, pp. 31-84.

- M. DANI, “Remedying European Legal Pluralism: The FIAMM and Fedon Litigation and the Judicial Protection of International Trade Bystanders”, *European Journal of International Law*, Vol. 21, n° 2, pp. 303-340.
- K. DAWAR, “Disconnection Clauses: An Inevitable Symptom of Regionalism?”, *Society of International Economic Law, Online Proceedings Working Paper* n° 2010/11.
- G. DE BÚRCA, “The European Court of Justice and the International Legal Order After Kadi”, *Harvard international Law Journal*, Vol. 51, n° 1, 2010.
- G. DE BÚRCA, “The EU in the Negotiation of the UN Disability Convention”, *European Law Review*, Vol. 35, n° 2, 2010, pp. 174-196.
- G. DE BÚRCA, *EU External Relations: the Governance Mode of Foreign Policy*, Serie Unión Europea y Relaciones Internacionales, CEU Publicaciones, n° 62, 2012.
- J. DE CENDRA DE LARRAGÁN, “United we stand, divided we fall: The potential role of the principle of loyal cooperation in ensuring compliance of the European Community with the Kyoto Protocol”, *Climate Law*, Vol. 1, 2010, pp. 159-176.
- R. DE GOUTTES, “La procédure de réexamen des décisions pénales après un arrêt de condamnation de la Cour Européenne des Droits de l’Homme”, en *Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan -Libertés, Justice, Tolérance-*, Vol. I, Bruylant, Bruselas, 2004, pp. 563-578.
- S. DE LA ROSA, “La citoyenneté européenne à la mesure des intérêts nationaux. À propos de l’arrêt Förster”, *Cahiers de Droit Européen*, n° 3-4, 2009, pp. 549-567.
- A. DEL VALLE GÁLVEZ, “La especificidad del ordenamiento comunitario. Comentario a los Dictámenes 1/91 y 1/92 del TJCE sobre el Espacio Económico Europeo”, *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 20, n° 1, 1993, pp. 155-193.
- A. DEL VALLE GÁLVEZ, “Constitution espagnole et Traité constitutionnel européen –La déclaration du Tribunal Constitucional du 13 décembre 2004”, *Cahiers de Droit Européen*, Vol. 41, n° 5-6, 2005, pp. 705-723.
- J. DE MIGUEL BÁRCENA, “Los problemas de la progresiva configuración de un sistema multilevel de derechos fundamentales en la Unión Europea. Comentario a la Sentencia TJCE de 11 de diciembre de 2007 (Viking C-438/05)”, *RGDE*, n° 16, 2008.
- S. DENNISON, A. DWORKIN, *Europe and the Arab Revolutions: A new vision for democracy and human rights*, European Council of Foreign Relations, Londres, 2011.
- O. DE SCHUTTER, Y. LEJEUNE, “L’Adhésion de la Communauté à la Convention Européenne des Droits de l’homme. À propos de l’avis 2/94 du T.J.C.E.”, *Cahiers de Droit Européen*, n° 5 y 6, 1996, pp. 555-606.
- O. DE SCHUTTER, O. L’HOEST, “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”, *Cahiers de Droit Européen*, n° 2, 2000, pp. 141-214.

- O. DE SCHUTTER, “L’adhésion de l’Union européenne à la Charte sociale européenne révisée”, *EUI Working Paper LAW*, n° 2004/11, Florencia, 2004.
- O. DE SCHUTTER, “L’adhésion de l’Union européenne à la Convention européenne des droits de l’homme: feuille de route de la négociation”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’homme*, Vol. 21, n° 83, 2010, pp. 533-571.
- B. DE WITTE, “International Law as a Tool for the European Union”, *European Constitutional Law Review*, Vol. 5, n° 2, 2009, pp. 265-283.
- M. DÍAZ CREGO, “El asunto M.S.S c. Bélgica y Grecia, de 21 de enero de 2011: ¿hacia un replanteamiento del sistema de Dublín tras la condena del TEDH?”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n° 40, 2011, pp. 523-552.
- A. DÍAZ PÉREZ DE MADRID, “Minorías y Unión Europea: implicaciones jurídico-políticas de la ampliación de la Unión al Centro y Este de Europa”, *RDCE*, Año 9, n° 21, 2005, pp. 485-533.
- E. DÍEZ PERALTA, “Los derechos de la mujer en el Derecho internacional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LXIII, n° 2, 2011, pp. 87-121.
- S. DOUGLAS-SCOTT, “The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon”, *Human Rights Law Review*, Vol. 11, n° 4, 2011, pp. 645-682.
- F. E. DOWRICK, “Overlapping International and European laws”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 31, n° 1, 1982, pp. 59-98.
- E. DRYWOOD, “Giving with One Hand, Taking with the Other: Fundamental Rights, Children and the Family Reunification Decision”, *European Law Review*, Vol. 32, n° 3, 2007, pp. 396-407.
- P-M. DUPUY, “Some Reflections on Contemporary International Law and the Appeal to Universal Values: A Response to Martti Koskenniemi”, *European Journal of International Law*, Vol. 16, n° 1, 2005, pp. 131-137.
- C. ELÍAS MÉNDEZ, “El modelo constitucional austríaco desde la perspectiva de su interacción con el Derecho de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional Europeo*, n° 14, 2010, pp. 137-173.
- M. A. ELIZALDE, “Los tratados sucesivos sobre la misma materia: expresión de la unidad y el pluralismo en el Derecho internacional público”, en A. J. RODRIGO, C. GARCÍA (eds.), *Unidad y Pluralismo en el Derecho internacional Público y en la Comunidad internacional, Coloquio en Homenaje a Oriol Casanovas, Barcelona, 21-22 de mayo de 2009*, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 392-408.
- C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, “Problemas planteados por la aplicación en el ordenamiento español de la sentencia Bultó, (Comentario a la STC 245/1991, de 16 de diciembre)”, *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 19, n° 1, 1992, pp. 139-164.

- C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, “Comunidad Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: ¿El fin de una vieja polémica? (Comentario al Dictamen 2/94 del TJUE de 28 de marzo de 1996)”, *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 23, nº 3, 1996, pp. 817-838.
- T. FAJARDO DEL CASTILLO, “La Directiva sobre el retorno de los inmigrantes en situación irregular”, *RDCE*, nº 33, 2009, pp. 453-499.
- T. FAJARDO DEL CASTILO, “Avances y retrocesos en materia de acuerdos mixtos y de acceso a la justicia para la protección del medio ambiente a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de marzo de 2011 en el asunto oso pardo”, *RGDE*, nº 29, 2013.
- A. FARMER, “Non-Refoulement and Jus Cogens: Limiting Anti-Terror Measures that Threaten Refugee Protection”, *Georgetown Immigration Law Journal*, Vol. 23, nº 1, 2008.
- C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, “El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la dignidad del Ser Humano con respecto a la aplicación de la Biología y la Medicina: Convención sobre Derechos Humanos y Biomedicina”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 7, 1997, pp. 105-120.
- A. FERNÁNDEZ TOMAS, “La adhesión de las Comunidades Europeas al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos: un intento de solución al problema de la protección de los Derechos fundamentales en el ámbito comunitario”, *Revista de Instituciones Europeas*, nº 3, 1985, pp. 701-721.
- J. FERRER LLORET, “El cumplimiento por la Unión Europea de las sanciones decididas por el Consejo de Seguridad”, *RDCE*, Vol. 4, nº 8, 2000, pp. 453-492.
- J. FERRER LLORET, “La insoportable levedad del Derecho internacional consuetudinario en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia: El caso de las inmunidades jurisdiccionales del Estado”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 24, 2012.
- A. FISCHER- LESCANO, T.LÖHR, T. TOHIDIPUR, “Border Controls at Sea: Requirements under International Human Rights and Refugee Law”, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 21, nº 2, 2009, pp. 256-296.
- M. FRAILE ORTIZ, “Negativa del juez nacional a plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº7, 2004, pp. 433-466.
- S. FREDMAN, “Human Rights Transformed: Positive Duties and Positive Rights”, *Oxford Legal Studies Research Paper*, nº 38/2006, Public Law, 2006, pp. 498-520.
- S. FREDMAN, “Making Equality Effective: Proactive Measures and Substantive Equality for Men and Women in the EU”, *European Gender Equality Law Review*, nº 2, 2010, pp. 7-16.
- S. FREDMAN, “Positive Duties and Socio-economic Disadvantage: Bringing Disadvantage onto the Equality Agenda”, *European Human Rights Law Review* nº 3, 2010, pp. 290-304.
- G. GAJA, “Opinion 2/94”, *Common Market Law Review*, Vol. 33, 1996 pp. 973-989.

- G. GAJA, “Are the Effects of the UN Charter under EC Law Governed by Article 307 of the Treaty?”, *Yearbook of European Law*, Vol. 28, 2009, pp. 610-615.
- P. GARCÍA ANDRADE, “La responsabilidad de examinar una solicitud de asilo en la UE y el respeto a los derechos fundamentales: comentario a la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2011 en los asuntos N.S. y M.E. y otros”, *RGDE*, nº 27, 2012.
- A. GARRIDO MUÑOZ, “Un paso moderado, aunque necesario y técnicamente novedoso, en materia de inmunidad de jurisdicción del Estado: Comentario a la sentencia del TEDH de 23 de marzo de 2010 en el asunto Cudak c. Lituania”, *RGDE*, nº 21, 2010.
- A. GARRIDO MUÑOZ, “La jurisprudencia post-Kadi en materia de “sanciones selectivas” en la Unión Europea: misma función, distinto guión”, *RGDE*, nº 22, 2010.
- A. GARRO, “La influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ejercicio de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Cuestiones Constitucionales*, nº 20, Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, pp. 191-227.
- G. GARZÓN CLARIANA, “La protección de los datos personales y la función normativa del Consejo de Europa”, *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 8, nº 1, 1981, p. 9-25.
- G. GARZÓN CLARIANA, “L’Union européenne et la Convention de 1982 sur le droit de la mer”, *Revue belge de droit international*, 1995, pp. 36-45.
- J. GIFRA DURALL, “La reforma de los procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos: ¿Una mejora de los mecanismos extra convencionales?”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 17, 2009.
- F. GÓMEZ ISA, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Universidad del País Vasco, disponible en: <http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/51>
- F. GÓMEZ ISA, “Obligaciones transnacionales en el campo de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 18, 2009.
- L. N. GONZÁLEZ ALONSO, “De nuevo sobre la doctrina AETR: La naturaleza jurídica de la competencia comunitaria en materia de relaciones exteriores (Comentario al dictamen del TJCE de 2/91, de 19 de marzo de 1993, Convenio nº 170 de la OIT)”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 117, 1994, pp. 93-101.
- J. GONZÁLEZ GIMÉNEZ, “Régimen comunitario de la contaminación por descargas procedentes de buques: la relación con las normas internacionales y la sentencia del TJCE sobre el asunto *Intertanko*”, *RDCE*, Vol. 13, nº 34, 2009, pp. 915-944.
- J. A. GONZÁLEZ VEGA, “¿La carga del hombre blanco? Acción exterior, derechos humanos y desarrollo en las actuaciones recientes de la Unión Europea”, *Eikasía. Revista de Filosofía*, nº 2, noviembre 2006, pp. 103-148.
- R. GOODMAN, D. LINKS, “Measuring the Effect of Human Rights Treaties”, *European Journal of International Law*, Vol. 14, nº 1, 2003, pp. 171-183.

- I. GOVAERE, “The importance of International Developments in the case-law of the European Court of Justice: Kadi and the autonomy of the EC legal order”, *Research Papers in Law*, n° 1/2009, Colegio de Europa, Brujas, 2009.
- I. GOVAERE, “Beware of the Trojan Horse: Dispute settlement in (Mixed) Agreements and the Autonomy of the EC Legal Order”, en *The External Relations of the EU: International and European Law Dimension*, Syllabus Topic 4, Año Académico 2010-2011, Colegio de Europa, Brujas.
- R. GOWAN, F. BRANTNER, *A global force for human rights? An audit of European power at the UN*, European Council of Foreign Relations, Londres, 2008.
- R. GOWAN, F. BRANTNER, *The EU and Human Rights at the UN*, European Council of Foreign Relations, Londres, 2011.
- X. GROUSSOT, T. LOCK, L. PECH, “EU Accession to the European Convention on Human Rights: a Legal Assessment of the Draft Accession Agreement of 14th October 2011”, *European issues, Fondation Robert Schuman, Policy Paper*, n° 218, 2011.
- B. GUASTAFERRO, “Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause”, *Jean Monnet Working Paper*, n° 1, New York University School of Law, 2012.
- V. L. GUTIÉRREZ CASTILLO, “Estados árabes y derechos humanos: la recepción y aplicación de la norma internacional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LXIV, n° 2, 2012, pp. 105-131.
- J. HABERMAS, “The Crisis of the European Union in the Light of a Constitutionalization of International Law”, *European Journal of International Law*, Vol. 23, n° 2, 2012, pp. 335-348.
- P. HAGGENMACHER, “La doctrine du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale de justice”, *Revue Générale de Droit International Public*, 1986, pp. 5-126.
- D. HALBERSTAM, E. STEIN, “The United Nations, the European Union, and the King of Sweeden: Economic Sanctions and Individual Rights in a Plural World Order”, *Common Market Law Review*, Vol. 46, n° 1, 2009, pp. 13-72.
- M. HAPPOLD, “Bankovic v. Belgium and the Territorial Scope of the Convention on Human Rights”, *Human Rights Law Review*, Vol. 3, n° 1, 2003, pp. 77-90.
- G. HARPAZ, “The European Court of Justice and its Relations with the European Court of Human Rights: The Quest for Enhanced Reliance, Coherence and Legitimacy”, *Common Market Law Review*, Vol. 46, n° 1, 2009, pp. 105-141.
- O. A. HATHAWAY, “Do Human Rights Treaties Make a Difference?”, *The Yale Law Journal*, Vol. 111, n° 8, 2002, pp. 1935-2042.
- O. A. HATHAWAY, “Testing Conventional Wisdom”, *European Journal of International Law*, Vol. 14, n° 1, 2003, pp. 185-200.

- O. A. HATHAWAY, “Why Do Countries Commit to Human Rights Treaties?”, *Journal of Conflict Resolution*, Vol. 51, nº 4, 2007, pp. 588-621.
- C. HILLION, “Mixture and Coherence in EU external relations: the significance of the ‘duty of cooperation’”, *CLEER Working Papers*, 2009/1.
- L. HINOJOSA MARTÍNEZ, “Bad Law for Good Reasons: The Contradictions of the *Kadi* Judgment”, *International Organizations Law Review*, Vol 5, nº 2, 2008, pp. 339-357.
- F. HOFFMEISTER, “Case note on *Bosphorus v. Ireland*”, *American Journal of International Law*, Vol. 100, nº 2, 2006, pp 442-449.
- F. HOFFMEISTER, “Germany: Status of European Convention on Human Rights in domestic law”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 4, nº 4, 2006, pp. 722–731.
- F. HOFFMEISTER, “Litigating against the European Union and Its Member States -Who Responds under the ILC’s Draft Articles on International Responsibility of International Organizations?”, *European Journal of International Law*, Vol. 21, nº 3, 2010, pp. 723-747.
- R. HOLDGAARD, “Principles of Reception of International Law in Community Law”, *Yearbook of European Law*, Vol. 25, nº 1, 2006, pp. 263-314.
- G. HORVATH, “CSDP Military Ambitions and Potentials: do we know what we have?”, *Studia Diplomatica*, Vol. LXIV, nº 1, 2011, pp. 55-61.
- R. L. HOWSE, J. M. GENSER, “Are EU Trade Sanctions on Burma Compatible with WTO Law?”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 29, nº 2, 2008, pp. 165-196.
- S. IGLESIAS SÁNCHEZ, “El valor de la Directiva 2003/86/CE sobre reagrupación familiar a la luz de los derechos fundamentales y de la Sentencia del TJCE en el asunto 540/03”, *RDCE*, nº 26, 2007, pp. 125-153.
- J. P. JACQUÉ, “Droit Communautaire et Convention européenne des droits de l’homme, L’Arrêt *Bosphorus*, une jurisprudence “*Solange II*” de la Cour européenne des droits de l’homme?”, *Revue Trimestrielle de Droit Européenne*, Vol. 41, nº 3, 2005, pp. 749-767.
- J. D. JANER TORRENS, “La tutela de los derechos fundamentales en la adopción de medidas sancionadoras por la Unión Europea”, *RDCE*, nº 43, 2012, pp. 773-806.
- L. JIMENA QUESADA, “El derecho a un proceso equitativo en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y su proyección nacional: entre el tiempo para *conocer Europa* y el tiempo para *hacer justicia conforme a los parámetros europeos*”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 50-51, 2005, pp. 177-191.
- L. JIMENA QUESADA, “La Carta Social Europea y la Unión Europea”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 13, 2009, pp. 389-407.
- F. JIMÉNEZ GARCÍA, “Las sanciones internacionales en el marco europeo: ‘Protección diplomática subsidiaria’, ‘Contramidas colectivas’ y el Estado de Derecho. Reflexiones en torno al asunto *Bank Melli Iran* y el derecho de defensa”, *RGDE*, nº 29, 2013.

- C. KADDOUS, “L’arrêt France c. Commission de 1994 (accord concurrence) et le contrôle de la légalité des accords externes en vertu de l’article 173 CE: la difficile réconciliation de l’orthodoxie communautaire avec l’orthodoxie internationale”, *Cahiers de Droit Européen*, Vol. 32, n° 5-6, 1996, pp. 613-634.
- R. KAYNESS, P. FRENCH, “Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *Human Rights Law Review*, Vol. 8, n° 1, 2008, pp. 1-34.
- H. KING, “The Extraterritorial Human Rights Obligations of States”, *Human Rights Law Review*, Vol. 9, n° 4, 2009, pp. 521-556.
- J. KOKOTT, C. SOBOTTA, “The Kadi Case -Constitutional Core Values and International Law- Finding the Balance?”, *European Journal of International Law*, Vol. 23, n° 4, 2012, pp. 1015–1024.
- J. KOMÁREK, “European constitutionalism and the European arrest warrant: In search of the limits of ‘contrapunctual principles’ ”, *Common Market Law Review*, Vol. 44, n° 1, 2007, pp. 9-40.
- J. KOMÁREK, “Czech Constitutional Court Playing with Matches: the Czech Constitutional Court Declares a Judgment of the Court of Justice of the EU Ultra Vires; Judgment of 31 January 2012, Pl. ÚS 5/12, Slovak Pensions XVII”, *European Constitutional Law Review*, Vol. 8, n° 2, pp. 323-337.
- M. KOSKENNIEMI, “International Law in Europe: Between Tradition and Renewal”, *European Journal of International Law*, Vol. 16, n° 1, 2005, pp. 113-124.
- N. KRISCH, “The Open Architecture of European Human Rights Law”, *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, n° 11/2007.
- T. KRUGER, “Opinion 1/03, Competence of the Community to Conclude the New Lugano Convention on the Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters”, *Columbia Journal of European Law*, 2006-2007, pp. 189-199.
- P. J. KUIJPER, “Sanctions against Rhodesia: The EEC and the Implementation of General International Legal Rules”, *Common Market Law Review*, Vol. 12, n° 2, 1975, pp. 231-244.
- H. LABAYLE, “Droits de l’homme et sécurité intérieure de l’Union européenne, l’équation impossible”, *Revue des Affaires Européennes*, 2006, pp. 93-109.
- C. LADENBURGER, “Vers l’adhésion de l’Union européenne à la Convention européenne des droits de l’homme”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Vol. 47, n° 1, 2011, pp. 20-26.
- A. LAWSON, “The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities; New Area or False Dawn?”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Vol. 34, n° 2, pp. 563-621.

- D. LECZYKIEWICZ, “‘Effective Judicial Protection’ of Human Rights After Lisbon: Should National Courts be Empowered to Review EU Secondary Law?”, *European Law Review*, n° 35, 2010, pp. 326-348.
- K. LENAERTS, “Le traité de Lisbonne et la protection juridictionnelle des particuliers en droit de l'Union”, *Cahiers de Droit Européen*, Vol. 45, n° 5-6, 2009, pp. 711-745.
- K. LENAERTS, J. A. GUTIÉRREZ FONS, “Ruiz-Zambrano (C-34/09) o de la emancipación de la Ciudadanía de la Unión de los límites inherentes a la libre circulación”, *Revista Española de Derecho Europeo*, Vol. 40, 2011, pp. 493-521.
- A. LINDROOS, M. MEHLING, “Dispelling the Chimera of ‘Self-Contained Regimes’: International Law and the WTO”, *European Journal of International Law*, Vol. 16, n° 5, 2005, pp. 857-877.
- J. B. LIISBERG, “Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law? Article 53 of the Charter: a fountain of law or just an inkblot?”, *Jean Monnet Working Paper*, Vol. 4, n° 1, New York University School of Law, 2001.
- D. J. LIÑÁN NOGUERAS, “La protección de los Derechos Humanos en la Constitución Española (Comentario al artículo 10.2)”, *International Law Association (Sección española)*, Boletín informativo, n° 9, marzo 1982.
- D. J. LIÑÁN NOGUERAS, “Los efectos de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Derecho español”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. XXXVII, n° 2, 1985, pp. 356-376.
- D. J. LIÑÁN NOGUERAS, L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ, “Human Rights Conditionality in the external trade of the European Union; legal and legitimacy problems”, *Columbia Journal of European Law*, Vol. 7, n° 1, 2001, pp. 307-336.
- T. LOCK, “Beyond *Bosphorus*: The European Court of Human Rights’s Case Law on the Responsibility of Member States of International Organisations under the European Convention on Human Rights”, *Human Rights Law Review*, Vol. 10, n° 3, 2010, pp. 529-545.
- T. LOCK, “EU Accession to the ECHR: Implications for Judicial Review in Strasbourg”, *European Law Review*, n° 6, 2010, pp.787-795.
- T. LOCK, “Walking on a tightrope: The draft ECHR accession agreement and the autonomy of the EU legal order”, *Common Market Law Review*, Vol. 48, n° 4, 2011, pp. 1025-1054.
- M. LÓPEZ ESCUDERO, “La Unión Europea ante la crisis económica y financiera”, *RDCE*, n° 39, 2011, pp. 353-366.
- M. LÓPEZ ESCUDERO, “Las interminables reformas de la gobernanza económica de la zona euro”, *RGDE*, n° 27, 2012.

- C. LÓPEZ-JURADO, “La oferta comercial preferencial de la Unión Europea a los Países en Vías de Desarrollo: modalidades e interacciones”, *RDCE*, nº 39, pp. 443-483.
- J-V. LOUIS, “Mise en œuvre des obligations internationales de la Communauté dans les ordres juridiques de la Communauté et de ses États membres”, *Revue Belge de Droit International*, nº 1-2, 1977, pp. 122-143.
- S. LOWES, “The Legality of Extraterritorial Processing of Asylum Claims: The Judgment of the High Court of Australia in the ‘Malaysian Solution’ Case”, *Human Rights Law Review*, Vol. 12, nº 1, 2012, pp. 168-182.
- J. MALENOVSKY, “L’enjeu délicat de l’éventuelle adhésion de l’Union européenne à la Convention européenne des droits de l’homme: des graves différences dans l’application du droit international, notamment général, par les juridictions de Luxembourg et Strasbourg”, *Revue Générale de Droit International Public*, Vol. 113, nº 4, 2009, pp. 753-784.
- P. MALLIA, “Case of *M.S.S. v. Belgium and Greece*: a Catalyst in the Re-Thinking of the Dublin II Regulation”, *Refugee Survey Quarterly*, Vol. 30, nº 3, pp. 107–128.
- A. MANGAS MARTÍN, ‘*El tiempo de los gitanos*’ en la UE, *El Mundo*, 20 de septiembre de 2010.
- P. MANIN, “The European Communities and the Vienna Convention on the Law of the Treaties between States and international organizations or between international organizations”, *Common Market Law Review*, Vol. 24, nº 3, 1987, pp. 457-481.
- I. MANNERS, Normative Power Europe: A contradiction in terms? *Journal of Common Market Studies*, Vol. 40, 2002, pp. 235-258.
- I. MANZANO BARRAGÁN, “La protección de las minorías sexuales en la Unión Europea”, *RDCE*, Año 13, nº 32, 2009, pp. 151-178.
- F. MARIÑO MENÉNDEZ, “El sistema de cooperación política en Europa”, *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 7, nº 2, 1980, pp. 607-632.
- I. MARRERO ROCHA, “El régimen de comercio de armas convencionales en la Unión Europea”, *RDCE*, nº 40, 2011, pp. 669-700.
- P. J. MARTÍN RODRÍGUEZ, “La cuestión prejudicial como garantía constitucional: a vueltas con la relevancia constitucional del Derecho Comunitario. (A propósito de la STC 58/2004, de 19 de abril, asunto tasa fiscal sobre el juego)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 24, nº 72, 2004, pp. 315-346.
- P. J. MARTÍN RODRÍGUEZ, “Sistema, fragmentación y contencioso internacional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 60, nº 2, 2008, pp. 457-489.
- C. MARTÍNEZ CAPDEVILA, *Las Declaraciones en el Derecho Comunitario. Estudio de las Declaraciones a los Tratados y al Derecho derivado*, Tecnos, Madrid, 2005.

- C. MARTÍNEZ CAPDEVILA, “The Action for Annulment, the Preliminary Reference on Validity and the Plea of Illegality: Complementary or Alternative Means?”, *Yearbook of European Law*, Vol. 25, n° 1, 2006, pp. 451-473.
- C. MARTÍNEZ CAPDEVILA, “¿Son los acuerdos *inter se* una alternativa a la cooperación reforzada en la UE? Reflexiones al hilo del Tratado de Prüm”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n° 40, 2011, pp. 419-439.
- G. MARTINICO, “Is the European Convention Going to Be ‘Supreme’? A Comparative-Constitutional Overview of ECHR and EU Law before National Courts”, *European Journal of International Law*, Vol. 23, n° 2, 2012, pp. 401-424.
- G. MARTINICO, C. M. CANTORE, “The New ‘Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union’: Asymmetry or Dis-integration?”, *Real Instituto Elcano*, Working Paper 10/2012.
- B. MASSON, “L’harmonisation des conditions du regroupement familial: la Cour fait la leçon sur le titre IV CE (CJCE 27 juin 2006, Parlement européen c/ Conseil de l’Union européenne)”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Vol. 42, n° 4, 2006, pp. 673-685.
- A. MATTERA, “Droits fondamentaux, principes et valeurs de l’Union européenne. Quelques réflexions suite à l’arrêt du 21 décembre 2011. Affaires jointes C-411/10 et C-493/10”, *Revue du Droit de l’Union européenne*, n° 1, 2012, pp. 121-134.
- K. M. MEESSEN, “The application of rules of public international law within Community law”, *Common Market Law Review*, Vol. 13, n° 4, 1976, pp.485-501.
- F. MÉGRET, “The Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights?”, *Human Rights Quarterly*, n° 30, 2008, pp. 494-516.
- F. MÉGRET, “The Disabilities Convention: Towards a Holistic Concept of Rights”, *International Journal of Human Rights*, Vol. 12, n° 261, 2008.
- F. MÉGRET, “La Convention Des Nations Unies sur les Droits des Personnes Handicapées: Un Espoir de Progrès”, *Développement humain, handicap et changement social*, 2009.
- F. MÉGRET, “The Human Rights of Older Persons: A Growing Challenge”, *Human Rights Law Review*, Vol. 11, n° 1, 2011, pp. 37-66.
- T. J. MELISH, “The UN Disability Convention: Historic Process, Strong Prospects, and Why the U.S. Should Ratify”, *Human Rights Brief*, Vol. 14, n° 2, 2007.
- F. J. MENA PARRAS, “Retour sur Kadi: de la nécessité d'une jurisprudence de type Solange I dans les rapports entre le Droit de l'Union européenne et le Droit des Nations Unies”, *Cahiers de Droit Européenne*, Vol. 46, n° 5-6, 2010, pp. 683-729.
- M. MILANOVIC, T. PAPIC, “As Bad as It Gets: The European Court of Human Rights Behrami and Saramati Decision and General International Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 58, 2009, pp. 267-296.

- M. MILANOVIC, “The Human Rights Committee’s Views in Sayadi v. Belgium: A Missed Opportunity”, *Goettingen Journal of International Law*, Vol. 3, n° 1, 2009, pp. 519-538.
- L. MILLÁN MORO, “La eficacia directa de las directivas: evolución reciente”, Vol. 18, n° 3, *Revista de Instituciones Europeas*, 1991, pp. 845-879.
- M. MONTAÑA I MORA, “Equilibrium: A Rediscovered Basis for the Court of Justice of the European Communities to Refuse Direct Effect to the Uruguay Round Agreements”, *Journal of World Trade*, Vol. 30, n° 5, 1996, pp. 43-59.
- V. MORENO LAX, “Must EU Borders have Doors for Refugees? On the Compatibility of Schengen Visas and Carriers’ Sanctions with EU Member States’ Obligations to Provide International Protection to Refugees”, *European Journal of Migration and Law*, Vol. 10, n° 3, 2008, pp. 315-364.
- V. MORENO LAX, “Hirsi Jamaa and Others v Italy or the Strasbourg Court versus Extraterritorial Migration Control?”, *Human Rights Law Review*, Vol. 12, n° 3, 2012, pp. 574-598.
- S. MORGADES GIL, “TEDH – Sentencia de 21.01.2011 (Gran Sala), M.S.S. c. Belgica y Grecia, 30696/09 – «Artículos 3 y 13 CEDH – Prohibición de tortura y penas o tratos inhumanos o degradantes – Reglamento (CE) N° 343/2003 de determinación del Estado responsable del examen de una solicitud de asilo (Dublín II)» – El funcionamiento efectivo de la política europea de asilo ante la garantía del derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes del CEDH”, *RDCE*, n° 41, 2012.
- M. MÖSCHEL, “Is the European Court of Human Rights’ Case Law on Anti-Roma Violence ‘Beyond Reasonable Doubt’?”, *Human Rights Law Review*, Vol. 12, n° 3, 2012, pp. 479-507.
- F. NAUD, “L’embargo: une valse à trois temps. Nations Unies, Union Européenne et États Membres”, *Revue du Marché Commun*, n° 404, 1997, pp. 25-33.
- M. NETTESHEIM, “UN Sanctions against Individuals -A Challenge to the Architecture of European Union Governance”, *Common Market Law Review*, Vol. 44, n° 3, 2007, pp. 567-600.
- E. NEUMAYER, “Do International Human Rights Treaties Improve Respect for Human Rights?”, *The Journal of Conflict Resolution*, Vol. 49, n° 6, 2005, pp. 925-953.
- G. NIEDRIST, “Las cláusulas de derechos humanos en los tratados de libre comercio de la Unión Europea”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XI, 2011, pp. 463-485.
- A. NOLAN, “‘Aggravated Violations’, Roma Housing Rights and Forced Expulsions in Italy: Recent Developments under the European Social Charter Collective Complaints System”, *Human Rights Law Review*, Vol. 11, n° 2, 2011, pp. 343-361.

- A. OLESTI RAYO, “La competencia comunitaria para concluir convenios en el marco de la Organización Internacional del Trabajo (Comentario al dictamen 2/91 de 19 de marzo de 1993), *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 20, nº 3, 1993, pp. 945-971.
- A. OLESTI RAYO, “Algunas cuestiones sobre la adopción de sanciones económicas por la C.E. contra la República Federativa de Yugoslavia (Comentario a las sentencias del TJCE de 30 de julio de 1996, asunto *Bosphorus*, y de 14 de enero de 1997, asunto *Centro-Com*)”, *RDCE*, nº 1, 1997, pp. 195-214.
- A. OPROMOLLA, “Children’s rights under Articles 3 and 8 of the European Convention: Recent case-law”, *European Law Review, Human rights survey*, 2001, pp. 42-57.
- A. ORAKHELASHVILI, “Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *European Journal of International Law*, Vol. 14, nº 3, 2003, pp. 529-568.
- O. ORAKHELASHVILI, “The Interaction between Human Rights and Humanitarian Law: Fragmentation, Conflict, Parallelism, or Convergence?”, *European Journal of International Law*, Vol. 19, nº 1, 2008, pp. 161-182.
- F. J. PASCUAL VIVES, “Interacciones entre el Derecho Internacional y el Derecho de la Unión Europea: la inclusión de las actividades aéreas en el comercio de derechos de emisión”, *RGDE*, nº 27, 2012.
- A. PASTOR RIDRUEJO, “Sobre la adhesión de la Unión Europea a la Convención de Roma”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2010, nº 43, pp. 43-51.
- S. PEERS, “The ‘Opt-out’ that Fell to Earth: The British and Polish Protocol Concerning the EU Charter of Fundamental Rights”, *Human Rights Law Review*, Vol. 12, nº 2, 2012
- M. L. PERLIN, “ ‘A Change is Gonna Come’: The Implications of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities for the Domestic Practice of Constitutional Mental Disability Law”, *North Illinois University Law Review*, nº4, 2009.
- P. PESCATORE, “External Relations in the Case-Law of the Court of Justice of the European Communities”, *Common Market Law Review*, Vol. 16, nº 4, 1979, pp. 615-645.
- S. PIEDIMONTE BODINI, “Fighting Maritime Piracy under the European Convention on Human Rights”, *European Journal of International Law*, Vol. 22, nº 3, 2011, pp. 829-848.
- A. PIGRAU SOLÉ, “Las políticas del FMI y del Banco Mundial y los Derechos de los Pueblos”, *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, nº29-30, 1995, pp. 139-175.
- M. PI LLORENS, “La Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: ¿Avance u oportunidad perdida?”, *RDCE*, Vol. 27, pp. 575-593.
- S. PLATON, “Le champ d’application des droits du citoyen européen après les arrêts *Zambrano*, *McCarthy et Dereci*. De la boîte de Pandore au labyrinthe du Minotaure”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Vol. 48, nº 1, 2012, pp. 23-52.

- F. X. PONS RAFOLS, “La admisión de la Comunidad Económica Europea como miembro de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación”, *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 21, nº 2, 1994, pp. 419-458.
- X. PONS RAFOLS, “La posición común del Consejo relativa a la Corte Penal Internacional”, *RGDE*, nº 2, 2003.
- A. POTTEAU, “Les perspectives pour la citoyenneté européenne de l’adhésion de l’Union à la Convention européenne des droits de l’homme”, *Revue des Affaires Européennes*, nº 1, 2011, pp. 107-122.
- A. REMIRO BROTONS, “Política de los derechos humanos y política con los derechos humanos”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. XLI, 1989, pp. 107-112.
- A. REMIRO BROTONS, “Pelagattos y aristogattos de la Comunidad Europea ante el reino de la OMC”, *Gaceta Jurídica de la Comisión Europea*, D-26, 1996.
- A. REMIRO BROTONS, “Crisis global y respuesta mundial”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 14, 2010, pp. 23-40.
- J. RIDEAU, “Les accords internationaux dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes : réflexions sur les relations entre les ordres juridiques international, communautaire et nationaux”, *Revue Générale de Droit International Public*, nº 2, 1990, pp. 289-418.
- G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, U. WOELKER, “Derecho Comunitario, Derechos Fundamentales y control de constitucionalidad: La decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán de 22 de octubre de 1986”, *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 14, nº 3, 1987, pp. 667-686.
- G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS y A. DEL VALLE GÁLVEZ, “El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales”, *RDCE*, Vol. 1, nº 2, 1997, pp. 329-376.
- G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, “Le rôle joué par la Convention européenne des droits de l’homme dans l’ordre juridique communautaire”, *Bulletin des Droits de l’homme*, nº 10, septiembre 2002, pp. 1-5.
- J. ROLDÁN BARBERO, “El valor jurídico de las Resoluciones de la Asamblea General de la ONU en la Sentencia Nicaragua contra Estados Unidos de 27-6-86”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. XLII, nº 1, 1990, pp. 81-100.
- J. ROLDÁN BARBERO, “La extradición y la pena de muerte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. La sentencia Soering de 7 de julio de 1989”, *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 17, nº 2, 1990, pp. 537-558.

- J. ROLDÁN BARBERO, “La CEE y el Convenio sobre Derecho del Mar de 1982. Consideraciones sobre la relación entre el derecho comunitario y el derecho internacional”, *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 18, nº 2, 1991, pp. 551-586.
- J. ROLDÁN BARBERO, “Democracia y Derecho Europeo”, *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 20, nº 1, 1993, pp. 101-140.
- J. ROLDÁN BARBERO, “Una revisión del artículo 234 del TCE: la Sentencia *Levy* dictada por el TJCE el 2 de agosto de 1993”, *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 21, nº 2, 1994, pp. 481-498.
- J. ROLDÁN BARBERO, “Derecho comunitario y principios fundamentales del derecho interno (comentario a las Sentencias del TJUE van Schijndel y Peterbroeck de 14 de diciembre de 1995)”, *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 23, nº 3, 1996, pp. 812-813.
- J. ROLDÁN BARBERO, “La costumbre internacional, la cláusula *rebus sic stantibus* y el Derecho Comunitario (A propósito de la sentencia *Racke* dictada por el TJCE el 16.6.98)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. L, nº 2, 1998, pp. 9-34.
- J. ROLDÁN BARBERO, “La interacción entre las normas internas e internacionales en el acervo jurídico europeo”, *RDCE*, año 6, nº 13, 2002, pp. 677-721.
- J. ROLDÁN BARBERO, “El dictamen 2/00 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 6 de diciembre de 2001”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 5, 2003, p. 161-182.
- J. ROLDÁN BARBERO, “La Carta de Derechos Fundamentales de la UE: su Estatuto Constitucional”, *RDCE*, nº 16, 2003, pp. 943-992.
- J. ROLDÁN BARBERO, “El Derecho internacional y el Tratado Constitucional Europeo”, *Revista Electrónica de Derecho Internacional*, nº 8, 2004.
- J. ROLDÁN BARBERO, “Jurisprudencia en materia de Derecho internacional público: La justicia comunitaria y el control de legalidad de las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Comentario a las Sentencias *Yusuf/al Barakaat* y *Kadi*, de 21 de septiembre de 2005, del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 57, nº 2, 2005, pp. 869-891.
- J. ROLDÁN BARBERO, “La naturaleza jurídica del Derecho Comunitario revisitada: la sombra del Derecho Internacional es alargada”, *RGDE*, nº 7, 2005.
- J. ROLDÁN BARBERO, E. DÍEZ PERALTA, “Tribunal Constitucional Español y Derecho Comunitario (2003-2005)”, *RDCE*, nº 23, 2006, pp. 87-133.
- J. ROLDÁN BARBERO (coord.), “Jurisprudencia en materia de Derecho internacional Público”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LXIII, nº 2, 2011, pp. 179-234.
- J. ROLDÁN BARBERO (coord.), “Jurisprudencia en materia de Derecho internacional Público”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LXIV, nº 1, 2012, pp. 133-171.

- A. ROSAS, B. BRANDTNER, “Human Rights and the External Relations of the European Community: An Analysis of Doctrine and Practice”, *European Journal of International Law*, Vol. 9, 1998, pp. 468-490.
- A. ROSAS, “With a Little Help from My Friends: International Case-Law as a Source of Reference for the EU Courts”, *The Global Community Yearbook of International Law Journal 2005*, Vol. 1, 2006, pp. 203-230.
- A. ROSAS, “Is the EU a Human Rights Organisation?”, *CLEER Working Papers 2011/1*, Centre for the Law of EU External Relations, La Haya, 2011.
- A. ROSAS, *The EU and the ECHR*, Seminario Compacto, Colegio de Europa, Brujas, Enero-Febrero, 2011.
- A. ROSAS, “When is the EU Charter of Fundamental Rights Applicable at National Level?”, *Jurisprudence*, Vol. 19, nº 4, Mykolas Romeris University, 2012, pp. 1269-1288.
- F. RUBIO LLORENTE, “Mostrar los derechos sin destruir la Unión (Consideraciones sobre la Carta de derechos Fundamentales de la Unión Europea)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, nº 64, 2002, pp. 13-52.
- C. RYNGAERT, “Clarifying the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights. *Al-Skeini and others v United Kingdom* App No 55721/07 (ECtHR, 7 July 2011)”, *Utrecht Journal of International and European Law*, Vol. 28, nº 74, 2012, pp. 57-60.
- W. SADURSKI, “Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments”, *Human Rights Law Review*, Vol. 9, nº 3, 2009, pp. 397-453.
- A. SÁNCHEZ LEGIDO, “*Ius cogens*, inmunidad soberana y jurisdicción extraterritorial: el asunto *Al-Adsani* ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LIII, nº 1, 2001, pp. 313-330.
- L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, “Derecho Comunitario y Derecho del Mar (Observaciones a la sentencia del TJCE de 24 de noviembre de 1992, Poulsen, C-286/90)”, *Revista de Instituciones Europeas*, nº 20, 1993, pp. 141-153.
- L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, “Sobre el Derecho internacional de los Derechos humanos y Comunitario Europeo (A propósito del asunto *Matthews C. Reino Unido*)”, *RDCE*, nº 5, 1999, pp. 95-108.
- J. SANTOS VARA, “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*, nº 32, 2009, pp. 91-120.

- J. SANTOS VARA (coord.), J. LASO PÉREZ, A. GARRIDO MUÑOZ, “Crónica sobre la Aplicación Judicial del Derecho Internacional Público en España (Enero-Junio 2012)”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 23, 2012.
- S. SANZ CABALLERO, “El control de los actos comunitarios por el TEDH”, *RDCE*, Año 5, nº 10, 2001, pp. 473-513.
- S. SANZ CABALLERO, “Interferencias entre el Derecho Comunitario y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Luxemburgo versus Estrasburgo: ¿Quién es la última instancia de los derechos fundamentales en Europa?)”, *RDCE*, nº 17, 2004, pp. 117-160.
- S. SANZ CABALLERO, “Crónica de una adhesión anunciada: algunas notas sobre la negociación de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *RDCE*, nº 38, 2011, pp. 99-128.
- S. SÁNCHEZ LORENZO, “Derechos Fundamentales y Libertades de Circulación a la sombra de una Constitución para Europa: Comentario a la Sentencia (Sala 1ª) de 14 de octubre de 2004 (As. C-36/02: “Omega”)”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 5, Enero-Junio de 2006, pp. 383-391.
- A. SARI, “Jurisdiction and International Responsibility in Peace Support Operations: The Behrami and Saramati Cases”, *Human Rights Law Review*, Vol. 8, nº 1, 2008, pp. 151-170.
- D. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, “Un paso más en la constitucionalización del tercer pilar de la Unión Europea. La sentencia Maria Pupino y el efecto directo de las decisiones marco”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 10, 2005.
- M. SCHEININ, “Sexual Rights as Human Rights -Protected under Existing Human Rights Treaties?”, *Nordic Journal of International Law*, Vol. 67, nº 1, 1998, pp. 17-35.
- M. SCHEININ, “Is the ECJ Ruling in Kadi Incompatible with International Law?”, *Yearbook of European Law*, Vol. 28, nº 1, 2009, pp. 637-653.
- T. SCHELLING, “The Autonomy of the Community Legal Order: An Analysis of Possible Foundations”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 37, nº 2, 1996, pp. 389-409.
- H. G. SCHERMERS, “The European Communities bound by Fundamental Human Rights”, *Common Market Law Review*, Vol. 27, 1990, p. 251.
- R. SCHÜLTZE, “On ‘Middle Ground’. The European Community and Public International Law”, *EUI Working Paper LAW*, nº 2007/13, Florencia, 2007.
- A. SEGURA SERRANO, “La primacía y el control de constitucionalidad del Derecho comunitario en Francia”, *RDCE*, nº 20, 2005, pp. 93-132.
- S. SHAH, “Jurisdictional Immunities of the State: Germany v Italy”, *Human Rights Law Review*, Vol. 12, nº 3, pp. 555-573.
- E. SHARPSTON, *La manière dont les traités et accords internationaux en matière de droits fondamentaux ont été appréhendés par la Cour de justice des Communautés européennes*, Visita Oficial del TJUE al TEDH, Estrasburgo, 9 de noviembre de 2007.

- B. SIMMA, D. PULKOWSKI, “Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law”, *European Journal of International Law*, Vol. 17, n° 3, 2006, pp. 483-529.
- B. SIMMA, “Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner”, *European Journal of International Law*, Vol. 20, n° 2, 2009, pp. 265-297.
- S. SKOGLY, “The Requirement of Using the ‘Maximum of Available Resources’ for Human Rights Realisation: A Question of Quality as Well as Quantity?”, *Human Rights Law Review*, Vol. 12, n° 3, 2012, pp. 393-420.
- K. SMITH, “The European Union at the Human Rights Council: Speaking with One Voice but Having Little Influence”, *Journal of European Public Policy*, Vol. 17, n° 2, 2010, pp. 224-241.
- J. M. SOBRINO HEREDIA, “Aproximación a la cuestión de la delimitación de competencia internacional de la CEE”, *Gaceta Jurídica de la CEE*, D-11, 1989, pp. 151-190.
- J. M. SOBRINO HEREDIA, “La aportación jurisprudencial de los dictámenes del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n° 11, 2007, pp. 925-940.
- I. SOLANKE, “Diversity and Independence in the European Court of Justice”, *The Columbia Journal of European Law*, Vol. 15, n° 1, 2009, pp. 89-121.
- M. SOTO GARCÍA, “Sentencia de 29.01.2008, Promusicae, C-275/06 - Sociedad de la información, protección de datos personales, deber de divulgación de proveedores de servicios, protección de los derechos de autor”, *RDCE*, Vol. 12, n° 31, 2008, pp. 867-883.
- E. SPAVENTA, “Seeing the Wood Despite the Trees? On the Scope of Union Citizenship and its Constitutional Effects”, *Common Market Law Review*, Vol. 45, n° 1, 2008, pp. 13-45.
- N. STOFFEL VALLOTON, “Las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho comunitario en el marco del artículo 307 CE: Convenios de Estados miembros con terceros Estados anteriores a su adhesión a la UE. Nuevas consideraciones sobre su limitada primacía”, *RDCE*, n° 22, 2005, pp. 843-890.
- C. THÉPAUT, “Can the EU pressure dictators? Reforming the ENP Conditionality after the Arab Spring”, *EU Diplomacy Papers*, n° 6/2011, Colegio de Europa, Brujas, 2011.
- C. TIMMERMANS, *The Court of Justice of the EU, a Human Rights Court?*, Annual Lecture King’s College, Londres, 6 de mayo de 2010.
- A. TIZZANO, “Quelques réflexions sur les rapports entre les cours européennes dans la perspective de l’adhésion de l’Union à la Convention EDH”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Vol. 47, n° 1, 2011, pp. 9-19.

- T. JORIS, J. VANDENBERGHE, “The Council of Europe and the European Union: Natural Partners or Uneasy Bedfellows?”, *The Columbia Journal of European Law*, Vol. 15, n° 1, 2009, pp. 1-43.
- T. TRIDIMAS, P. EECKHOUT, “The external competence of the Community and case-law of the Court of Justice: Principle versus Pragmatism”, *Yearbook of European Law*, n°14, 1994, pp. 143-177.
- T. TRIDIMAS, J. A. GUTIERREZ FONS, “EU Law, International Law and Economic sanctions against terrorism: the judiciary in distress?”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 32, 2009, pp. 901-971.
- T. TRIDIMAS, “Terrorism and the ECJ: Empowerment and democracy in the EC legal order”, *European Law Review*, Vol. 34, 2009, pp. 103-126.
- F. TULKENS, “Pour et vers une organisation harmonieuse”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Vol. 47, n° 1, 2011, pp. 27-34.
- M. UBEDA-SAILLARD, “La diversité dans l’unité: l’arrêt rendu par la Cour internationale de Justice le 30 novembre 2010 dans l’affaire Ahmadou Sadio Diallo”, *Revue Générale de Droit International Public*, Vol. 15, n° 4, 2011, pp. 897-923.
- J. I. UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, “El ‘recurso’ a la prejudicial (234 TCE) como ‘cuestión’ de amparo”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n° 11, 2004, pp. 441-474.
- J. W. VAN ROSSEM, “Interaction between EU Law and International Law in the Light of *Intertanko* and *Kadi*: The Dilemma of Norms Binding the Member States but not the Community”, *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. XL, 2009, pp. 183-227.
- F. VECCHIO, “Un nuevo capítulo en la “saga” del “data retention”: el Tribunal Constitucional de la República Checa declara la inconstitucionalidad de los actos de transposición de la Directiva 2006/24/CE”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n° 16, 2011, pp. 513-518.
- J. VERHOEVEN, “La notion ‘d’*applicabilité directe*’ du droit international”, *Revue belge du droit international*, n° 2, 1980, pp. 243-264.
- A. VERMEER-KÜNZLI, “The Subject Matters: The ICJ and Human Rights, Rights of Shareholders, and the Diallo Case”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 24, n° 3, 2011, pp. 607-625.
- D. J. VICENTE BLANCO, “La protección de los adultos en el derecho internacional privado codificado por la conferencia de La Haya: el convenio de 13 de enero de 2000 y sus soluciones (The protection of the adult in private international law codified by the Hague Conference: the Convention of 13 January 2000 and its solutions)”, *Oñati Socio-Legal Series*, Vol. 1, No. 8, 2011.

- J. VIDMAR, “Multiparty Democracy: International and European Human Rights Law Perspectives”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 23, n° 1, 2010, pp. 209-240.
- C. VILLÁN DURÁN, “Luces y sombras del nuevo Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n°12, 2006.
- A. VON BOGDANDY, “The European Union as a Human Rights Organization? Human Rights and the Core of the European Union”, *Common Market Law Review*, Vol. 37, n° 5, 2000, pp. 1307-1338.
- A. VON BOGDANDY, “Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 6, n° 3-4, 2008, pp. 397-413.
- A. VON BOGDANDY, “The European Union as Situation, Executive, and Promoter of the International Law of Cultural Diversity -Elements of a Beautiful Friendship”, *European Journal of International Law*, Vol. 19, n° 2, 2008, pp. 241-275.
- A. VON BOGDANDY, “The European Lesson for International Democracy: The Significance of Articles 9–12 EU Treaty for International Organizations”, *European Journal of International Law*, Vol. 23, n° 2, 2012, pp. 315-334.
- L. WADDINGTON, “A New Era in Human Rights Protection in the European Community: The Implications of the United Nations’ Convention on the Rights of Persons with Disabilities for the European Community”, *Maastricht Faculty of Law Working Paper*, n° 4, 2007.
- L. WADDINGTON, “Case C-13/05, *Chacón Navas c. Eures Colectividades S.A.*, judgment of the Grand Chamber of 11 July 2006, nyr”, *Common Market Law Review*, 2007, Vol. 44, n° 2, 487-499.
- L. WADDINGTON, Case C-303/06, *S. Coleman v. Attridge Law and Steve Law*, Judgment of the Grand Chamber of the Court of Justice of 17 July 2008, nyr, *Common Market Law Review*, Vol. 46, n° 2, 2009, pp. 665-681.
- L. WADDINGTON, “Future Prospects for EU Equality Law: Lessons to be Learnt from the Proposed Equal Treatment Directive”, *European Law Review*, Vol. 36, n° 2, 2011, pp. 163-184.
- D. WAELBROECK, D. FOSSELARD, “Should the Decision-Making Power in EC Antitrust Procedures be Left to an Independent Judge? The impact of the European Convention of Human Rights on EC Antitrust Procedures”, *Yearbook of European Law*, Vol. 14, n° 1, 1994, pp. 111-142.
- J. H. H. WEILER, N. J. S. LOCKHART, “Taking rights seriously: The European Court and its fundamental rights jurisprudence”, *Common Market Law Review*, Vol. 32 n° 1-2, 1995, pp. 51-94 (Part I) y 579-627 (Part II).

- R. A. WESSEL, “The Inside Looking Out: Consistency and Delimitation in EU External Relations”, *Common Market Law Review*, Vol. 37, nº 5, 2000, pp. 1135-1160.
- R. A. WESSEL, “The Legal Framework for the Participation of the European Union in International Institutions”, *Journal of European Integration*, Vol. 33, nº 6, 2011, pp. 621-635.
- J. A. WINTER, “Direct Applicability and Direct Effect -Two Distinct and Different Concepts in Community Law”, *Common Market Law Review*, Vol. 9, nº 4, 1972, pp. 425-438.
- K. ZIEGLER, “Strengthening the Rule of Law, but Fragmenting International Law: The *Kadi* Decision of the ECJ from the Perspective of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, Vol. 2, nº 1, 2009, pp. 288-305.
- J. ZILLER, “*Le fabuleux destin des Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne*”, en *Chemins d’Europe. Mélanges en l’honneur de Jean Paul Jacqué*, Dalloz, París, 2010, pp. 765-781.

c) Artículos de Prensa:

- A. MANGAS MARTÍN, ‘*El tiempo de los gitanos*’ en la UE, *El Mundo*, 20 de septiembre de 2010.
- C. MORÁN, “La pobreza lleva a la discapacidad y la discapacidad lleva a la pobreza”, *El País*, 13 de enero de 2012.
- G. ORÉ AGUILAR, “Derechos sociales; el otro déficit”, *El País*, 7 de mayo de 2012.
- F. PANTOJA GARCÍA, “Con la ley no basta”, *El País*, 18 de noviembre de 2012.

Documentos, tratados internacionales y otros actos jurídicos:

Organización de Naciones Unidas

- **Alto Comisionado para los Refugiados**
 - Estudio: *Unaccompanied Minors Asylum Seekers in Greece*, abril 2008.

- **Asamblea General de Naciones Unidas**
 - Resolución 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970, *Declaración sobre los principios de Derecho internacional referentes a la relaciones de amistad y cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*, A/RES/2625 (XXV).
 - Resolución 2856 (XXVI), *Declaración de los Derechos del Retrasado Mental*, de 20 de diciembre de 1971, A/RES/2856 (XXVI).
 - Resolución 3447 (XXX), *Declaración de los Derechos de los Impedidos*, de 9 de diciembre de 1975, A/RES/3447 (XXX).
 - Resolución 37/52, de 3 de diciembre de 1982, *Programa de Acción Mundial para los Impedidos*, A/RES/37/52.
 - Resolución 40/64, de 10 de diciembre de 1985, *Convención Internacional contra el Apartheid en los Deportes*, A/RES/40/64.
 - Resolución 47/135, de 3 de febrero de 1993, *Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas*, A/RES/47/135.
 - Resolución 48/96, de 20 de diciembre de 1993, *Normas Uniformes de Naciones Unidas sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad*, A/RES/48/96.
 - Resolución 48/141, de 7 de enero de 1994, *Alto Comisionado para la promoción y la protección de todos los derechos humanos*, A/RES/48/141.
 - Resolución 55/2, de 13 de septiembre de 2000, *Declaración del Milenio*, A/RES/55/2.
 - Resolución 56/168, de 19 de diciembre de 2001, *Convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad*, A/RES/56/168.
 - Resolución S-27/2, de 10 de mayo de 2002, *Un mundo apropiado para los niños*, A/RES/S-27/2.

- Resolución 57/189, de 18 de diciembre de 2002, *La niña*, A/RES/57/189.
- Resolución 60/251, de 15 de marzo de 2006, *Consejo de Derechos Humanos*, A/RES/60/251.
- Resolución 61/611, de 13 de diciembre de 2006, *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, A/RES/61/611.
- Resolución 61/295, de 13 de septiembre de 2007, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, A/RES/61/295.
- Resolución 65/95, de 1 de diciembre de 2010, *sobre salud mundial y política exterior*, A/RES/65/95.
- Resolución 65/276, de 3 de mayo de 2011, *Participación de la Unión Europea en la labor de las Naciones Unidas*, A/RES/65/276.
- Resolución 66/638, de 19 de diciembre de 2011, *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones*, A/RES/66/138.

- **Banco Mundial**

- Informe Mundial sobre la Discapacidad, Organización Mundial de la Salud y Banco Mundial, 2011.

- **Comisión de Derecho Internacional**

- Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, aprobado por la CDI en su 53º Período de Sesiones, 23 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001.
- M. KOSKENNIEMI, *Fragmentación del Derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho internacional*, N.U., A.G., A//CN.4/L.682, 13 de abril de 2006.
- G. GAJA, *Séptimo Informe del Relator Especial sobre la responsabilidad de Organizaciones internacionales*, adoptado por la CDI en su 61º Período de Sesiones, Ginebra 4 de mayo a 5 de junio y 6 de julio a 7 de agosto de 2009.
- Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales por Hechos Internacionalmente Ilícitos aprobado por la CDI en su 61º Período de Sesiones, 4 de mayo a 5 de junio y 6 de julio a 7 de agosto de 2009, *Documentos oficiales de la Asamblea General*, 64º Período de Sesiones, Suplemento n° 10, (A/64/10).

- Informe de la CDI en su 63º Período de Sesiones (26 de abril a 3 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2011), *Documentos oficiales de la Asamblea General*, 66º Período de Sesiones, Suplemento nº 10, (A/66/10).

- **Comité de Derechos Humanos**

- *Observaciones Generales*

- Observación General Nº 18, *No discriminación*, 37º Período de Sesiones, 1989, HRI/GEN/1/Rev.8.
- Observación General Nº 31 relativa a la *Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, 80º Período de Sesiones, 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13.

- *Comunicaciones individuales*

- Comunicación nº 217/1986, *H.v.d.P. c. Reino de los Países Bajos*, 8 de abril de 1987, CCPR/C/OP/2.
- Comunicación nº 928/2000, *Sooklal c. Trinidad and Tobago*, 8 de noviembre de 2001, CCPR/C/73/D/928/2000.
- Comunicación nº 1427/2006, *Sayadi y Vinck c. Bélgica*, de 22 de octubre de 2008, CCPR/C/94/D/1472/2006.

- **Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales**

- *Observaciones Generales*

- Observación General Nº 3, *La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, 5º Período de Sesiones, 1990, HRI/GEN/1/Rev.8, p. 17.
- Observación General Nº 5, *Las Personas con Discapacidad*, 11º Período de Sesiones, 1994, HRI/GEN/1/Rev.8, p. 29.
- Observación General Nº 6, *Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores*, 13º Período de Sesiones, 1995, HRI/GEN/1/Rev.8, p.40.
- Observación General Nº 13, *El derecho a la educación (artículo 13)*, 21º Período de Sesiones, 1999, HRI/GEN/1/Rev.8, p. 80.

- *Observaciones finales en respuesta a informes periódicos*
 - *Observaciones finales del Comité Derechos Económicos, Sociales y Culturales a España, 48º Período de Sesiones, 30 de abril a 18 de mayo de 2012, E/C.12/ESP/CO/5.*

- **Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial**
- *Comunicaciones individuales*
 - Comunicación nº 31/2003, *LR c. Eslovaquia*, 10 de marzo de 2005, CERD/C/66/D/31/2003.

- **Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer**
- *Observaciones Generales*
 - Observación General Nº 19, *La violencia contra la mujer*, 11º Período de Sesiones, 1992, HRI/GEN/1/Rev.8, p. 341.

- **Comité sobre los Derechos del Niño**
- *Observaciones Generales*
 - Observación General Nº 5, *Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)*, 34º Período de Sesiones, 2003, CRC/GC/2003/5.
 - Observación General Nº 6, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, 39º Período de Sesiones, 2005, CRC/GC/2005/6.
 - Observación General Nº 9, *Los derechos de los niños con discapacidad*, 43º Período de Sesiones, 2006, CRC/C/GC/9.

- **Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**
- *Observaciones finales en respuesta a informes periódicos*
 - Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad a España, Sexto Período de Sesiones, 19 a 23 de septiembre de 2011, CRPD/C/ESP/CO/1.

- **Consejo de Derechos Humanos**

- *Informe del equipo especial de alto nivel sobre el ejercicio del derecho al desarrollo acerca de su cuarto período de sesiones*, A/HRC/8/WG.2/TF/2, 31 de enero de 2008.
- Resolución 17/4, *Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, de 16 de junio de 2011.

- **Consejo de Seguridad**

- Resolución 1267 (1999), de 15 de octubre de 1999, S/RES/1267 (1999).
- Resolución 1390 (2002), de 16 de enero de 2002, S/RES/1390 (2002).
- Resolución 1539 (2004), de 22 de abril de 2004, S/RES/1539 (2004).
- Resolución 1546 (2004), de 8 de junio de 2004, S/RES/1546 (2004).
- Resolución 1612 (2005), de 26 de julio de 2005, S/RES/1612 (2005).

- **Oficina del Alto Comisionado para la protección de los derechos humanos**

- Estudio: *Forgotten Europeans– Forgotten Rights. The Human Rights of Persons Placed in Institutions*, United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, Europe Regional Office, 2011.
- Conclusiones: *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, HR/PUB/11/04, Ginebra, 2011.

- **Organización Mundial de la Salud**

- Informe Mundial sobre la Discapacidad, Organización Mundial de la Salud y Banco Mundial, 2011.

- **Secretario General**
- Informe: *Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos*, 21 de marzo de 2005, Doc. NU, A/59/2005.
- **Unicef**
- Estudio: *Measuring child poverty. New league tables of child poverty in the world's rich countries*, 2012.

Consejo de Europa

- **Asamblea Parlamentaria**
- Resolución 1597 (2008), *Listes noires du Conseil de sécurité des Nations Unies et de l'Union européenne*, Estrasburgo, 23 de enero de 2008.
- Informe del Comité de Asuntos Políticos de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Doc. 12713, Ponente Kerstin Lundgren, *The impact of the Lisbon Treaty on the Council of Europe*, Estrasburgo, 16 de septiembre de 2011.
- Resolución 1821 (2011), *L'interception et le sauvetage en mer de demandeurs d'asile, de réfugiés et de migrants en situation irrégulière*, Estrasburgo, 21 de junio de 2011.
- Recomendación 1982 (2011), *The impact of the Lisbon Treaty on the Council of Europe*, Estrasburgo, 5 de octubre de 2011.
- Resolución 1884 (2012), *Austerity measures: a danger for democracy and social rights*, Estrasburgo, 26 de junio de 2012.
- **Comité de Ministros**
- Reglas de 10 de mayo de 2006 del Comité de Ministros para la supervisión y ejecución de sentencias y de los términos de los acuerdos amistosos.
- Memorándum de Entendimiento entre el Consejo de Europa y la Unión Europea, adoptado en la Sesión 117ª del Comité de Ministros, en Estrasburgo, los días 10-11 de mayo de 2007, CM (2007)74.
- Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa CM/Rec(2007)9, *on life projects for unaccompanied migrant minors*, 1002ª Reunión de Delegados de Ministros, Estrasburgo, 12 de mayo de 2007.

- Comité de Ministros, *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child friendly justice*, 1098ª Reunión de Delegados de Ministros, Estrasburgo, 17 de noviembre de 2010.
- Comité de Ministros del Consejo de Europa, “1145th meeting, 13 June 2012 – Decisions Adopted, item 4.5”, CM/Del/Dec (2012) 1145, Estrasburgo, 15 de junio de 2012.

- **Comité Director de Derechos Humanos del Consejo de Europa**

- *Draft legal instruments on the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, CDDH-UE (2011)16, Estrasburgo 19 de Julio de 2011.
- *Report to the Committee of Ministers on the elaboration of legal instruments for the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, CDDH(2011)009, Estrasburgo, 14 de octubre de 2011.
- First Negotiation Meeting Between the CDDH and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Doc 47+1(2012)R01, Estrasburgo, 21 de junio de 2012.
- CDDH, Report from the 75th meeting, 19-22 June 2012, CDDH (2012) R75, Estrasburgo 1 de julio de 2012.
- Second Negotiation Meeting Between the CDDH ad hoc negotiation group and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Doc 47+1(2012)R02, Estrasburgo, 19 de septiembre de 2012.
- Third Negotiation Meeting Between the CDDH ad hoc negotiation group and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Doc 47+1(2012)R03, Estrasburgo, 9 de noviembre de 2012.
- Fourth Negotiation Meeting Between the CDDH ad hoc negotiation group and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Doc 47+1(2013)R04, Estrasburgo, 23 de enero de 2013.

- **Tratados Internacionales auspiciados**

- Convenio Cultural Europeo, abierto a la firma en París el 19 de diciembre de 1954, CETS N° 18.
- Convenio Europeo sobre la equivalencia de períodos de estudios, universitarios, hecho en París el 15 de diciembre de 1956, CETS N° 21.

- Convenio para la Protección de las Personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981, CETS N° 108.
- Convenio europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, hecho en Estrasburgo el 26 de noviembre de 1987, CETS N° 126.
- Carta europea de las lenguas regionales o minoritarias, de 5 de noviembre de 1992, CETS N° 148.
- Convención Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, adoptada el 10 de noviembre de 1994, CETS N° 157.
- Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos del niño, de 25 de enero de 1996, CETS N° 160.
- Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, CETS N° 164.
- Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de las Personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 2001, CETS N° 181.
- Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos adoptado el 16 de mayo de 2005 en Varsovia, CETS N° 197.
- Convenio para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, CETS N° 201.
- Convenio del Consejo de Europa para la lucha contra la violencia doméstica y hacia la mujer y su prevención abierto a la firma en Estambul el 11 de mayo de 2011, CETS N° 210.

Unión Europea

Actos No Obligatorios

- **Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea**

- Informe, *Developing indicators for the protection, respect and promotion of the rights of the child in the European Union*, marzo de 2009.
- Annual Report. Fundamental rights: challenges and achievements in 2010, 2011.
- Annual Report. Fundamental rights: challenges and achievements in 2011, 2012.
- Informe, *The right to political participation of persons with mental health problems and persons with intellectual disabilities*, Octubre 2010.
- Informe Comparativo, *Separated, asylum-seeking children in European Union Member States Comparative report*, 2011.
- Informe, *The legal protection of persons with mental health problems under non-discrimination law*, 2011.

- **Comisión Europea**

- Comunicación de la Comisión Europea sobre la adhesión de las Comunidades Europeas al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, de 19 de noviembre de 1990, Doc. SEC(90) 2087 final.
- Comunicación de la Comisión sobre la Igualdad de Oportunidades de las Personas con Minusvalía de 30 de julio de 1996, COM (96) 406 final.
- Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, eEurope 2002: Accesibilidad de los sitios Web públicos y de su contenido, de 25 de septiembre de 2001, COM(2001) 529 final.
- Comunicación de la Comisión, de 2 de julio de 2002, relativa a la responsabilidad social de las empresas: una contribución empresarial al desarrollo sostenible, COM (2002) 347 final, p. 21.
- Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, Hacia un instrumento jurídicamente vinculante de las Naciones Unidas para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, de 24 de enero de 2003, COM(2003) 16 final.
- Comunicación de la Comisión, de 30 de octubre de 2003, Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad: un plan de acción europeo, COM (2003) 650 final.
- Comunicación de la Comisión Europea, de 12 de mayo de 2004, Política europea de vecindad, Documento de Estrategia, Bruselas, COM(2004) 373 final.

- Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo, *Acelerar el avance para cumplir los Objetivos de Desarrollo del Milenio - La contribución de la Unión Europea-*, de 7 de octubre de 2005, COM(2005) 132 final.
- Comunicación de la Comisión, *Hacia una Estrategia de la Unión Europea sobre los Derechos de la Infancia*, de 4 de julio de 2006, COM (2006) 367 final.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, de 21 de febrero de 2007, *Mejorar la calidad y la productividad en el trabajo: estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2007-2012)*, COM (2007) 62 final.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo, y al Comité de las Regiones, *Un lugar especial para la infancia en la acción exterior de la UE*, de 5 de febrero de 2008, COM(2008) 55 final.
- Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, *Hacia una sociedad de la información accesible*, de 1 de diciembre de 2008, COM(2008) 804 final.
- Comisión Europea, *El Fondo Social Europeo y las personas con discapacidad*, 2010.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, *Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010 - 2014)*, Bruselas, 6 de mayo de 2010, COM(2010)213 final.
- Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, *Una Agenda Digital para Europa*, de 26 de agosto de 2010, COM(2010) 245 final/2.
- Comunicación de la Comisión, de 19 de octubre de 2010, sobre la Estrategia para la aplicación efectiva de la Carta de los Derechos Fundamentales por la Unión Europea, Bruselas, COM(2010) 573 final.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo, y al Comité de las Regiones, sobre la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras, de 15 de noviembre de 2010, COM(2010) 636 final.
- Código de conducta entre el Consejo, los Estados miembros y la Comisión por el que se establecen disposiciones internas para la aplicación por la Unión Europea de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y para la representación de la Unión Europea en dicha Convención, D.O.U.E. Serie C 340/11, de 15 de diciembre de 2010.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo, y al Comité de las Regiones, *Una Agenda de la UE en pro de los Derechos del Niño*, de 15 de febrero de 2011, COM(2011) 60 final.

- Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 25 de octubre de 2011, Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas, COM(2011) 681 final.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo, y al Comité de las Regiones, sobre Las Estrategias Nacionales de Integración de los Gitanos: un primer paso para la aplicación del marco de la UE, de 21 de mayo de 2012, COM(2012) 226 final.
- Comisión Europea, Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión, Evaluación del programa nacional de reforma y del programa de estabilidad de España para 2012 que acompaña al documento Recomendación de Recomendación del Consejo relativa al programa nacional de reforma de 2012 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el programa de estabilidad actualizado de España para 2012-2015, Bruselas, 30 de mayo de 2012, SWD (2012) 310 final.
- Comunicación Conjunta de la Comisión Europea y de la Alta Representante de la Unión Europea para la Política Exterior y de Seguridad Común al Parlamento Europeo y al Consejo de la Unión, de 12 de diciembre de 2011, Derechos Humanos y Democracia en el centro de la Acción Exterior de la Unión Europea -Hacia un enfoque más eficaz, COM(2011) 886 final.

- **Comité Económico y Social Europeo**

- Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones -Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras”, COM(2010) 636 final, (2011/C 376/15), D.O.U.E. Serie C 376/81, de 22 de diciembre de 2011.

- **Consejo de la Unión Europea**

- Resolución del Consejo y de los representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros, reunidos en el seno del Consejo de 20 de diciembre de 1996 sobre la igualdad de oportunidades de las personas con minusvalías, D.O.U.E. Serie C 12/1, de 13 de enero de 1997.
- Resolución del Consejo (97/C 221/03), de 26 de junio de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros, D.O.U.E. Serie C 221/23, de 19 de julio de 1997.

- Recomendación del Consejo (2008/C 319/03), de 20 de noviembre de 2008, sobre la movilidad de los jóvenes voluntarios en la Unión Europea, D.O.U.E. Serie C 319/8, de 13 de diciembre de 2008.
- *EU Guidelines Human Rights and International Humanitarian Law*, 2009.
- Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 2009 sobre un plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales, D.O.U.E. Serie C 295/1, de 4 diciembre de 2009.
- Documento del Consejo nº 8363/1/10, de 11 de mayo de 2010, Derechos humanos y democracia en el mundo. Informe sobre la acción de la UE, julio de 2008 a diciembre de 2009.
- Código de conducta entre el Consejo, los Estados miembros y la Comisión por el que se establecen disposiciones internas para la aplicación por la Unión Europea de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y para la representación de la Unión Europea en dicha Convención, D.O.U.E. Serie C 340/11, de 15 de diciembre de 2010.
- Conclusiones del Consejo, El Pacto Europeo para la Salud y el Bienestar Mental: Resultados y actuación futura, D.O.U.E. Serie C 202/1, de 8 de julio de 2011.
- Consejo de la Unión Europea, 25 de junio de 2012, Marco Estratégico y Plan de Acción de Derechos Humanos y Democracia para la Unión Europea, su texto está disponible en: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/EN/foraff/131181.pdf

- **Consejo Europeo**

- Consejo Europeo, Programa de Estocolmo -Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano-, D.O.U.E. Serie C 115/1, de 4 de mayo de 2010.

- **Eurostat**

- Eurostat, *Active ageing and solidarity between generations. A statistical portrait of the European Union 2012*, Luxemburgo, 2011.

- **Parlamento Europeo**

- Proyecto de Tratado por el que se instituye la Unión Europea adoptado por el Parlamento Europeo el 14 de febrero de 1984 en Estrasburgo.
- Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de julio de 2006, sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y la detención ilegal de presos, mediados los trabajos de la comisión temporal (2006/2027(INI)) P6_TA(2006)0316.
- Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de enero de 2009, sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea 2004-2008, D.O.U.E. Serie C 46 E/48, de 24 de febrero de 2010.
- Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de febrero de 2009, sobre la salud mental (2008/2209(INI)) P6_TA (2009)0063.
- Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 2 de abril de 2009, sobre la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (COM(2008)0426 – C6-0291/2008 – 2008/0140(CNS)), P6_TA(2009)0211, D.O.U.E. Serie C 137 E/68, de 27 de mayo de 2010.
- Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de abril de 2009, sobre la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, P6_TA(2009)0334.
- Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 24 de abril de 2009, sobre la propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, del Protocolo Facultativo de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, D.O.U.E. Serie C 184 E/414, de 8 de julio de 2010.
- Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 11 de febrero de 2010, sobre la propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América sobre el tratamiento y transferencia de datos de mensajería financiera de la Unión Europea a los Estados Unidos a efectos del Programa de Seguimiento de la Financiación del Terrorismo, D.O.U.E. Serie C 341E/100, de 16 de diciembre de 2010.
- Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo, Informe sobre los aspectos institucionales de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, (2009/2241 (INI)) A7-0144/2010, Bruselas, 6 de mayo de 2010.
- Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de mayo de 2010, sobre los aspectos institucionales de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, D.O.U.E. Serie C 161 E/72, de 31 de mayo de 2011.

- Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de mayo de 2011, sobre la UE como actor global: su papel en organizaciones multilaterales, (2010/2298(INI)) A7-0181/2011.
- Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 27 de octubre de 2011, sobre el proyecto de Decisión del Consejo relativa a la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y Australia sobre el tratamiento y transferencia de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) por los transportistas aéreos al Servicio de Aduanas y de Protección de las Fronteras de Australia, (09825/2011 – C7-0304/2011 – 2011/0126(NLE)), P7_TA(2011)0470.
- Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de diciembre de 2011, sobre el proyecto de Decisión del Consejo relativa a la celebración de un Protocolo del Acuerdo de colaboración y cooperación por el que se establece una colaboración entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Uzbekistán, por otra, por el que se modifica el Acuerdo para ampliar las disposiciones del Acuerdo al comercio bilateral de productos textiles, a la vista de la expiración del acuerdo bilateral sobre textiles (16384/2010 – C7-0097/2011 – 2010/0323(NLE)), P7_TA-PROV(2011)0586, A7-0427/2011.
- Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo, *EU Framework of Law for Children's Rights*, Bruselas, 2012.
- Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2012, sobre la petición 0924/2011, presentada por Dan Pescod, de nacionalidad británica, en nombre de la Unión Europea de Ciegos (UEC)/Royal National Institute of Blind People (RNIB), sobre el acceso de las personas ciegas a los libros y otros productos impresos (2011/2894(RSP)) P7_TA(2012)0059.
- Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2012, sobre el trabajo infantil en el sector del cacao (2011/2957(RSP)), P7_TA-PROV(2012)0080, B7-0126/2012.
- Comisión de Empleo y Asuntos Sociales del Parlamento Europeo, Ponente Frédéric Daerden, Opinión sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el reforzamiento de la supervisión económica y presupuestaria de los Estados miembros cuya estabilidad financiera dentro de la zona del euro experimenta o corre el riesgo de experimentar graves dificultades, (COM(2011)0819 – C7-0449/2011 – 2011/0385(COD)), Bruselas, 28 de marzo de 2012.

- Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2012, sobre la propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración del Acuerdo Comercial de Lucha contra la Falsificación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, Australia, Canadá, la República de Corea, los Estados Unidos de América, Japón, el Reino de Marruecos, los Estados Unidos Mexicanos, Nueva Zelanda, la República de Singapur y la Confederación Suiza (12195/2011 – C7-0027/2012 – 2011/0167(NLE)), P7_TA(2012)0287. Asimismo debe verse la Opinión de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo, Ponente Dimitrios Droutsas, para la Comisión de Comercio Internacional sobre la compatibilidad del Acuerdo Comercial de Lucha contra la Falsificación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, Australia, Canadá, la República de Corea, los Estados Unidos de América, Japón, el Reino de Marruecos, los Estados Unidos Mexicanos, Nueva Zelanda, la República de Singapur y la Confederación Suiza con los derechos consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (12195/2011 – C7-0027/2012 – 2011/0167(NLE)).

Actos Obligatorios¹²¹⁸

- ***Acuerdos internacionales***

- Acuerdo de Asociación entre los Estados de África, del Caribe y del Pacífico, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra firmado en Cotonú el 23 de junio de 2000, D.O.U.E. Serie L 317/3, de 15 de diciembre de 2000.
- Acuerdo entre la Corte Penal Internacional y la Unión Europea sobre cooperación y asistencia, D.O.U.E. Serie L 115/50, de 28 de abril de 2006.
- Acuerdo entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América sobre el tratamiento y la transferencia de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) por las compañías aéreas al Departamento de Seguridad del Territorio Nacional de los Estados Unidos, D.O.U.E. serie L 298/31, de 27 de octubre de 2006.
- Acuerdo entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América relativo al tratamiento y la transferencia de datos de mensajería financiera de la Unión Europea a los Estados Unidos, a efectos del Programa de seguimiento de la financiación del terrorismo, D.O.U.E. Serie L 8/11, de 13 de enero de 2010.

¹²¹⁸ Algunos de los actos incluidos en este apartado pese a estar publicados en la Serie L del D.O.U.E. ofrecen dudas, son susceptibles de debate, en cuanto a su obligatoriedad. Éste es el caso de los programas de acción o de las propias posiciones comunes en el ámbito de la PESC.

- Acuerdo entre la Unión Europea y Australia sobre el tratamiento y la transferencia de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) por los transportistas aéreos al Servicio de Aduanas y de Protección de las Fronteras de Australia, D.O.U.E. Serie L 186/4, de 14 de julio de 2012.

- **Decisiones**

- Decisión del Consejo 93/136/CEE, de 25 de febrero de 1993, por la que se aprueba el tercer programa de acción comunitaria para las personas minusválidas (HELIOS II 1993-1996), D.O.U.E. Serie L 56/30, de 9 de marzo de 1993.
- Decisión del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, sobre el Año Europeo de las personas con discapacidad, D.O.U.E. Serie L 335/15, de 19 de diciembre de 2001.
- Decisión del Consejo de 22 de marzo de 2004, 2004/338/CE, Euratom, por la que se aprueba su Reglamento interno, D.O.U.E. Serie L 106/22, de 15 de abril de 2004.
- Decisión 2004/535/CE de la Comisión, de 14 de mayo de 2004, relativa al carácter adecuado de la protección de los datos personales incluidos en los registros de nombres de los pasajeros que se transfieren al Servicio de Aduanas y protección de fronteras de los Estados Unidos, D.O.U.E. Serie L 235/11, de 6 de julio de 2004.
- Decisión 771/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006, por la que se establece el Año Europeo de la Igualdad de Oportunidades para Todos (2007) - Hacia una sociedad justa, D.O.U.E. Serie L 146/1, de 31 de mayo de 2006.
- Decisión 1672/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 2006, por la que se establece un programa comunitario para el empleo y la solidaridad social - Progress, D.O.U.E. Serie L 315/1, de 15 de noviembre de 2006.
- Decisión del Consejo 2007/252/JAI, de 19 de abril de 2007, por la que se establece para el período 2007-2013 el programa específico “Derechos fundamentales y ciudadanía”, integrado en el programa general “Derechos fundamentales y justicia”, D.O.U.E. Serie L 110/33, de 27 de abril de 2007.
- Decisión 779/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2007, por la que se establece, para el período 2007-2013, un programa específico para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre los niños, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo (programa Daphne III) integrado en el programa general “Derechos fundamentales y justicia”, D.O.U.E. Serie L 173/19, de 3 de julio de 2007.
- Decisión 1350/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, por la que se establece el segundo Programa de acción comunitaria en el ámbito de la salud (2008-2013), D.O.U.E. Serie L 301/3, de 20 de noviembre de 2007.

- Decisión 1351/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, por la que se establece un programa comunitario plurianual sobre la protección de los niños en el uso de Internet y de otras tecnologías de la comunicación, D.O.U.E. Serie L 348/118, de 24 de diciembre de 2008.
- Decisión 2011/199/UE del Consejo Europeo, de 25 de marzo de 2011, que modifica el artículo 136 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en relación con un mecanismo de estabilidad para los Estados miembros cuya moneda es el euro, D.O.U.E. Serie L 91/1, de 6 de abril de 2011.

- ***Decisiones/Posiciones comunes adoptadas en el ámbito de la PESC***

- Posición Común del Consejo N° 2001/931/PESC de 27 de diciembre de 2001 sobre la Aplicación de medidas específicas para combatir el terrorismo, D.O.U.E. Serie L 344/93, de 28 de diciembre de 2001.
- Posición Común 2003/444/PESC del Consejo, de 16 de junio de 2003, relativa a la Corte Penal Internacional, D.O.U.E. Serie L 150/67, de 18 de junio de 2003.
- Decisión 2007/551/PESC/JAI del Consejo, de 23 de julio de 2007 , relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, de un Acuerdo entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América sobre el tratamiento y la transferencia de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) por las compañías aéreas al Departamento de Seguridad del Territorio Nacional de los Estados Unidos (Acuerdo *PNR* 2007), D.O.U.E. Serie L 204/16, de 4 de agosto de 2007.
- Decisión 2011/106/PESC del Consejo, de 15 de febrero de 2011, por la que se adapta y prorroga el período de aplicación de las medidas de la Decisión 2002/148/CE por la que se dan por concluidas las consultas iniciadas con Zimbabwe con arreglo al artículo 96 del Acuerdo de Asociación ACP-CE, D.O.U.E. Serie L 43/31, de 17 de febrero de 2011.
- Decisión 2011/235/PESC del Consejo, de de 12 de abril de 2011, relativa a medidas restrictivas dirigidas contra determinadas personas y entidades habida cuenta de la situación en Irán, D.O.U.E. Serie L 100/51, de 14 de abril de 2011.
- Decisión 2012/174/PESC del Consejo, de 23 de marzo de 2012, por la que se modifica la Acción Común 2008/851/PESC relativa a la Operación Militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la disuasión, prevención y represión de los actos de piratería y del robo a mano armada frente a las costas de Somalia, D.O.U.E. Serie L 89/69, de 27 de marzo de 2012.
- Decisión 2012/440/PESC del Consejo, de 25 de julio de 2012, por la que se nombra al Representante Especial de la Unión Europea para los Derechos Humanos, D.O.U.E. Serie L 200/21, de 27 de julio de 2012.

- **Decisiones Marco (JAI)**

- Decisión Marco del Consejo 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, D.O.U.E. Serie L 82/1, de 22 de marzo de 2001.
- Decisión Marco del Consejo 2002/629/JAI, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, D.O.U.E. Serie L 203/1, de 1 de agosto de 2002.
- Decisión Marco del Consejo 2004/68/JAI, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, D.O.U.E. Serie L 13/44, de 20 de enero de 2004.
- Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado, D.O.U.E. Serie L 81/24, de 27 de marzo de 2009.

- **Directivas**

- Directiva 89/654/CEE del Consejo, de 30 de noviembre de 1989, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud en los lugares de trabajo, D.O.U.E. Serie L 393/1, de 30 de diciembre de 1989, artículo 20.
- Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, D.O.U.E. Serie L 95/29, de 21 de abril de 1993.
- Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, D.O.U.E. Serie L 307/18, de 13 de diciembre de 1993.
- Directiva 93/109/CE del Consejo, de 6 de diciembre de 1993, por la que se fijan las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales, D.O.U.E. Serie L 329/34, de 30 de diciembre de 1993.
- Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo, D.O.U.E. Serie L 216/12, de 20 de agosto de 1994.
- Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, D.O.U.E. Serie L 381/31, de 23 de noviembre de 1995.

- Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, D.O.U.E. Serie L 213/13, de 30 de julio de 1998.
- Directiva 2000/43 del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, D.O.U.E. Serie L 180/22, de 19 de julio de 2000.
- Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, D.O.U.E. Serie L 303/16, de 2 de diciembre de 2000.
- Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida, D.O.U.E. Serie L 212/12, de 7 de agosto de 2001.
- Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros, D.O.U.E. Serie L 31/18, de 6 de febrero de 2003.
- Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, D.O.U.E. Serie L 251/12, de 3 de octubre de 2003.
- Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, D.O.U.E. Serie L 299/9, de 18 de noviembre de 2003.
- Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003 relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, D.O.U.E. Serie L 16/44, de 23 de enero de 2004.
- Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, relativa al establecimiento de normas de calidad y de seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos, D.O.U.E. Serie L 102/48, de 7 de abril de 2004.
- Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) Nº 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE, D.O.U.E. Serie L 158/77, de 30 de abril de 2004.

- Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, D.O.U.E. Serie L 304/12, de 30 de abril de 2004.
- Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, D.O.U.E. Serie L 373/37, de 21 de diciembre de 2004.
- Directiva 2005/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa a la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones, D.O.U.E. Serie L 255/11, de 30 de septiembre de 2005.
- Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, D.O.U.E. Serie L 326/13, de 13 de diciembre de 2005.
- Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE, D.O.U.E. Serie L 105/54, de 13 de abril de 2006.
- Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), D.O.U.E. Serie L 204/23, de 26 de julio de 2006.
- Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, D.O.U.E. Serie L 348/98, de 24 de diciembre de 2008.
- Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales, D.O.U.E. Serie L 280/1, de 26 de octubre de 2010.
- Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, D.O.U.E. Serie L 101/1, de 15 de abril de 2011.

- Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, D.O.U.E. Serie L 335/1, de 17 de diciembre de 2011.
- Directiva 2011/95 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, D.O.U.E. Serie L 337/9, de 20 de diciembre de 2011.
- Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, D.O.U.E. Serie L 142/1, de 1 de junio de 2012.
- Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, D.O.U.E. Serie L 315/57, de 14 de noviembre de 2012.

- **Reglamentos**

- Reglamento 976/1999/CE del Consejo, de 29 de abril de 1999, por el que se fijan los requisitos para la aplicación de las acciones comunitarias, distintas de las de cooperación al desarrollo que, dentro del marco de la política de cooperación comunitaria, contribuyan a alcanzar el objetivo general de desarrollar y consolidar la democracia y el Estado de Derecho así como respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales en los terceros países, D.O.U.E. Serie L 120/1, de 8 de mayo de 1999.
- Reglamento 1049/2001/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, D.O.U.E. Serie L 145/43, de 31 de mayo de 2001.
- Reglamento 881/2002/CE del Consejo, de 27 de mayo de 2002, por el que se imponen determinadas medidas restrictivas específicas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con Usamah bin Ladin, la red Al-Qaida y los talibanes y por el que se deroga el Reglamento 467/2001/CE del Consejo por el que se prohíbe la exportación de determinadas mercancías y servicios a Afganistán, se refuerza la prohibición de vuelos y se amplía la congelación de capitales y otros recursos financieros de los talibanes de Afganistán, D.O.U.E. Serie L 139/9, de 27 de mayo de 2002.

- Reglamento 2204/2002/CE de la Comisión, de 12 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales para el empleo, D.O.U.E. Serie L 337/3, de 13 de diciembre de 2002.
- Reglamento (*Dublín II*) 343/2003/CE del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país, D.O.U.E. Serie L 50/1, de 25 de febrero de 2003.
- Reglamento 2201/2003/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000, D.O.U.E. Serie L 338/01, de 23 de diciembre de 2003.
- Reglamento 261/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y se deroga el Reglamento (CEE) no 295/91, D.O.U.E. Serie L 46/1, de 17 de febrero de 2004.
- Reglamento 883/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, D.O.U.E. Serie L 166/1, de 30 de abril de 2004.
- Reglamento 2007/2004/CE del Consejo, de 26 de octubre de 2004, por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea, D.O.U.E. Serie L 349/1, de 25 de noviembre de 2004.
- Reglamento 1236/2005/CE del Consejo, de 27 de junio de 2005, sobre el comercio de determinados productos que pueden utilizarse para aplicar la pena de muerte o infligir tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, D.O.U.E. Serie L 200/1 de 30 de julio de 2005.
- Reglamento 1107/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo, D.O.U.E. Serie L 204/1, de 26 de julio de 2006.
- Reglamento 1367/2006/CE, de 6 de septiembre de 2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la aplicación, a las instituciones y a los organismos comunitarios, de las disposiciones del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, D.O.U.E. Serie L 264/13, de 25 de septiembre de 2006.

- Reglamento 1976/2006/CE de la Comisión, de 20 de diciembre de 2006, por el que se modifican los Reglamentos 2204/2002/CE, 70/2001/CE y 68/2001/CE por lo que respecta a la prórroga de sus períodos de aplicación, D.O.U.E. Serie L 368/85, de 23 de diciembre de 2006.
- Reglamento 1889/2006/CE, de 20 de diciembre de 2006, por el que se establece un instrumento financiero para la promoción de la democracia y de los derechos humanos a escala mundial, D.O.U.E. Serie L 386/1, de 29 de diciembre de 2006.
- Reglamento 168/2007/CE del Consejo, de 15 de febrero de 2007, por el que se crea una Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, D.O.U.E. Serie L 53/1, de 22 de febrero de 2007.
- Reglamento 149/2008/CE de la Comisión, de 29 de enero de 2008, por el que se modifica el Reglamento 396/2005/CE del Parlamento Europeo y del Consejo mediante el establecimiento de los anexos II, III y IV que estipulan límites máximos de residuos para los productos que figuran en el anexo I de dicho Reglamento, D.O.U.E. Serie L 58/1, de 1 de marzo de 2008.
- Reglamento 704/2008/CE del Consejo, de 15 de julio de 2008, relativo a la celebración del Protocolo por el que se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera previstas en el Acuerdo de asociación en el sector pesquero entre la Comunidad Europea y la República Islámica de Mauritania para el período comprendido entre el 1 de agosto de 2008 y el 31 de julio de 2012, D.O.U.E. Serie L 203/1, de 31 de julio de 2008.
- Reglamento 732/2008/CE del Consejo, de 22 de julio de 2008, por el que se aplica un sistema de preferencias arancelarias generalizadas para el período del 1 de enero de 2009 al 31 de diciembre de 2011 y se modifican los Reglamentos 552/97/CE y 1933/2006/CE del Consejo y los Reglamentos 1100/2006/CE y 964/2007/CE, de la Comisión, D.O.U.E. Serie L 211/1, de 6 de agosto de 2008.
- Reglamento 800/2008/CE de la Comisión, de 6 de agosto de 2008 por el que se declaran determinadas categorías de ayuda compatibles con el mercado común en aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado (Reglamento general de exención por categorías), D.O.U.E. Serie L 214/3, de 9 de agosto de 2008.
- Reglamento 987/2009/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento 883/2004/CE sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, D.O.U.E. Serie 284/1, de 30 de octubre de 2009.
- Reglamento 1007/2009/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, sobre el comercio de productos derivados de la foca, D.O.U.E. Serie L 286/36, de 31 de octubre de 2010.

- Reglamento 1286/2009/UE del Consejo, de 22 de diciembre de 2009 que modifica el Reglamento (CE) no 881/2002 por el que se imponen determinadas medidas restrictivas específicas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con Usamah bin Ladin, la red Al-Qaida y los talibanes, D.O.U.E. Serie L 346/42, de 23 de diciembre de 2009.
- Reglamento 512/2011/UE, de 11 de mayo de 2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, D.O.U.E. Serie L 145/28, de 31 de mayo de 2011.
- Reglamento 1168/2011/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, que modifica el anterior Reglamento, D.O.U.E. Serie L 304/1, de 22 de noviembre de 2011.
- Reglamento 978/2012/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por el que se aplica un sistema de preferencias arancelarias generalizadas y se deroga el Reglamento (CE) nº 732/2008 del Consejo, D.O.U.E. Serie L 303/1, de 31 de octubre de 2012.
- Reglamento Delegado 155/2013/UE de la Comisión de 18 de diciembre de 2012 por el que se establecen normas relativas a los procedimientos de concesión del régimen especial de estímulo del desarrollo sostenible y la gobernanza con arreglo al Reglamento (UE) nº 978/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se aplica un sistema de preferencias arancelarias generalizadas, D.O.U.E. Serie L 48/5, de 21 de febrero de 2013.

- ***Protocolos, Declaraciones, Anexos al Tratado de Lisboa (Derecho Primario)***

- Declaración nº 13 relativa a la Política Exterior y de Seguridad Común aneja al Acta Final de la Conferencia intergubernamental que adoptó el Tratado de Lisboa, D.O.U.E. Serie C 83/343, de 30 de marzo de 2010.
- Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, D.O.U.E. Serie C 83/210, de 30 de marzo de 2010.
- Protocolo nº 30 sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido, D.O.U.E. Serie C 83/313, de 30 de marzo de 2010.

- ***Tribunal de Justicia de la Unión Europea***

- Versión Consolidada del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, D.O.U.E. Serie C 177/1, de 2 de julio de 2010.
- Reglamento de Procedimiento del Tribunal General, D.O.U.E. Serie C 177/37, de 2 de julio de 2010.

- Comunicado de Prensa nº 14/12, *Estadísticas judiciales 2011: nuevo récord del número de asuntos interpuestos y resueltos ante los tres órganos jurisdiccionales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Luxemburgo, 17 de febrero de 2012.

Propuestas de actos de carácter normativo y actos relativos a la celebración de acuerdos internacionales.

- Propuesta de la Comisión al Consejo de Memorandum sobre la adhesión de las Comunidades Europeas a la Convención sobre la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, de 4 de abril de 1979 (Volúmenes 2-79 del Boletín de las Comunidades Europeas: Suplemento), Bruselas, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1983.
- Decisión 94/800/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 1994, relativa a la celebración en nombre de la Comunidad Europea, por lo que respecta a los temas de su competencia, de los acuerdos resultantes de las negociaciones multilaterales de la Ronda Uruguay (1986- 1994), D.O.U.E. Serie L 336/1, de 23 de diciembre de 1994.
- Propuesta de la Comisión de Directiva que establece un marco general para la igualdad de trato en la ocupación y el empleo, de 25 de noviembre de 1999, COM (1999) 565 final.
- Decisión del Consejo 2001/539/CE, de 5 de abril de 2001, sobre la celebración por la Comunidad Europea del Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, D.O.U.E. Serie L 194/38, de 18 de julio de 2001.
- Propuesta modificada de Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar presentada por la Comisión Europea el 2 de mayo de 2002, (2002/C 203 E/23) COM(2002) 225 final - 1999/0258(CNS), D.O.U.E. Serie C 203 E/136, de 27 de agosto de 2002.
- Recomendación de la Comisión al Consejo para que se autorice a la Comisión a participar en las negociaciones dirigidas a la elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, de 31 de enero de 2003, SEC(2003) 116 final.
- Decisión 2004/496/CE del Consejo, de 17 de mayo de 2004, relativa a la celebración de un Acuerdo entre la Comunidad Europea y los Estados Unidos de América sobre el tratamiento y la transferencia de los datos de los expedientes de los pasajeros por las compañías aéreas al Departamento de seguridad nacional, Oficina de aduanas y protección de fronteras, de los Estados Unidos, D.O.U.E. Serie L 183/83, de 20 de mayo de 2004.

- Decisión 2005/370/CE del Consejo, de 17 de febrero de 2005, sobre la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, del Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, D.O.U.E. Serie L 124/1, de 17 de mayo de 2005.
- Decisión del Consejo 2005/599/CE, de 21 de junio de 2005, relativa a la firma, en nombre de la Comunidad Europea, del Acuerdo por el que se modifica el Acuerdo de Asociación entre los Estados de África, del Caribe y del Pacífico, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, firmado en Cotonú el 23 de junio de 2000, D.O.U.E. Serie L 209/26, de 11 de agosto de 2005.
- Libro Verde de la Comisión, de 14 de octubre de 2005, Mejorar la salud mental de la población. Hacia una estrategia de la Unión Europea en materia de salud mental, COM(2005) 484 final.
- Decisión del Consejo 2006/515/CE, de 18 de mayo de 2006, relativa a la celebración de la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, D.O.U.E Serie L 201/15, de 25 de julio de 2006.
- Decisión del Consejo 2006/619/CE, de 24 de julio de 2006, relativa a la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada en lo que se refiere a las disposiciones del Protocolo, en la medida en que estas entran en el ámbito de aplicación de la parte III, título IV, del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, D.O.U.E. Serie L 262/51, 22 de septiembre de 2006.
- Decisión 2006/729/PESC/JAI, de 16 de octubre de 2006, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, de un Acuerdo entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América sobre el tratamiento y la transferencia de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) por las compañías aéreas al Departamento de Seguridad del Territorio Nacional de los Estados Unidos, D.O.U.E. Serie L 298/27, de 27 de octubre de 2006.
- Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la firma, en nombre de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, de 27 de febrero de 2007, COM(2007) 77 final.
- Decisión del Consejo 2008/578/CE, de 28 de febrero de 2008, relativa a la celebración de un Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Consejo de Europa en materia de cooperación entre la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Consejo de Europa, D.O.U.E. Serie L 186/6, de 15 de julio de 2008.
- Propuesta de Directiva del Consejo, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, de 2 de julio de 2008, COM(2008) 426 final.

- Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, del Protocolo Facultativo de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 28 de agosto de 2008, COM(2008) 530 final.
- Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 29 de agosto de 2008, COM(2008) 530 final.
- Informe de la Comisión Europea al Consejo de la Unión y al Parlamento Europeo relativo a la aplicación de la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar, de 8 de octubre de 2008, COM(2008) 610 final.
- Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, COM(2008) 820 final, Bruselas, 3 de diciembre de 2008.
- Decisión 2010/48/CE del Consejo de 26 de noviembre de 2009 relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, D.O.U.E. Serie L 23/35, de 27 de enero de 2010.
- Decisión del Consejo 2010/16/PESC/JAI, de 30 de noviembre de 2009, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América relativo al tratamiento y transferencia de datos de mensajería financiera de la Unión Europea a Estados Unidos, a efectos del Programa de seguimiento de la financiación del terrorismo, D.O.U.E. Serie L 8/11, de 13 de enero de 2010.
- Recomendación para una Decisión del Consejo autorizando a la Comisión a negociar la adhesión al CEDH, (SEC (2010) 305 final/2), de 17 de marzo de 2010.
- Decisión del Consejo 2010/648/UE, de 14 de mayo de 2010, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo por el que se modifica por segunda vez el Acuerdo de Asociación entre los Estados de África, el Caribe y el Pacífico, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra parte, firmado en Cotonú el 23 de junio de 2000, modificado por primera vez en Luxemburgo el 25 de junio de 2005, D.O.U.E. Serie L 287/1, de 4 de noviembre de 2010.
- Decisión del Consejo de 4 de junio de 2010 autorizando a la Comisión para que negocie un acuerdo de adhesión al CEDH (Doc. 10817/10, EXT 2 (27.09.2010).
- Nota transmitida por la Presidencia del Consejo a las Delegaciones de 22 de junio de 2010, *Outcome of discussions in the CDDH, Council of Europe, on 15-17 June 2010; coordination in International Organizations*, Doc. 11394/10, Bruselas, 22 de junio de 2010.

- Decisión del Consejo de 13 de julio de 2010, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América relativo al tratamiento y la transferencia de datos de mensajería financiera de la Unión Europea a los Estados Unidos a efectos del Programa de Seguimiento de la Financiación del Terrorismo, D.O.U.E. Serie L 195/3, de 27 de julio de 2010.
- Propuesta de la Comisión de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, Bruselas, 18 de mayo de 2011, COM(2011) 275 final, 2011/0129 (COD).
- Propuesta de la Comisión de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el derecho de acceso a un abogado en los procesos penales y el derecho de comunicación en el momento de la detención, Bruselas, 8 de junio de 2011, COM(2011) 326 final, 2011/0154 (COD).
- Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de noviembre de 2011, sobre el reforzamiento de la supervisión económica y presupuestaria de los Estados miembros cuya estabilidad financiera dentro de la zona del euro experimenta o corre el riesgo de experimentar graves dificultades, COM (2011) 819 final.
- Nota transmitida por la Presidencia del Consejo a las Delegaciones de 6 de diciembre de 2011, *Accession of the Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. State of play*, Doc. 18117/11, Bruselas, 6 de diciembre de 2011.

Derecho Interno Español:

- Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, B.O.E. núm. 289 de 3 de diciembre, p. 43187.
- Ley 62/2003, de 30 de diciembre de 2003, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, B.O.E. núm. 313 de 31 de diciembre de 2003, p. 46874.
- Ley 39/2006, de 14 de diciembre de 2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, B.O.E. núm. 299 de 15 de diciembre de 2006, p. 44142.
- Ley 7/2007, de 12 de abril de 2007, del Estatuto del Empleado Público, B.O.E. núm 89, de 13 de abril de 2007, p. 16270.
- Ley 20/2007, de 11 de julio de 2007, del Estatuto del Trabajo Autónomo, B.O.E. núm. 166 de 12 de julio, p. 29964.

- Instrumento de ratificación del Protocolo número 12 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CETS N° 177), hecho en Roma el 4 de noviembre de 2000, B.O.E. núm. 64 de 14 de marzo de 2008, p. 15299.
- Instrumento de Ratificación del Convenio n° 169 de la OIT, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de 1989, B.O.E. núm. 58 de 8 de marzo de 2007, p. 9923.
- Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con Discapacidad, B.O.E. núm. 96 de 21 de abril de 2008, p. 20648.
- Instrumento de Ratificación del Protocolo Facultativo a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, B.O.E. núm. 97 de 22 de abril de 2008, p. 20750.
- Ley 26/2011, de 1 de agosto de 2011, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, B.O.E. núm. 184 de 2 de agosto de 2011, p. 87478.
- Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre de 2011, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, B.O.E. núm. 224 de 17 de septiembre de 2011, p. 98872.
- Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre de 2011, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, B.O.E. núm. 315, 31 de diciembre de 2011, p. 146574.
- Real Decreto 1364/2012, de 27 de septiembre de 2012, por el que se modifica el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, B.O.E. núm. 245 de 11 de octubre de 2002, p. 72772.
- Instrumento de Ratificación del Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE) entre el Reino de Bélgica, la República Federal de Alemania, la República de Estonia, Irlanda, la República Helénica, el Reino de España, la República Francesa, la República Italiana, la República de Chipre, el Gran Ducado de Luxemburgo, Malta, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria, la República Portuguesa, la República de Eslovenia, la República Eslovaca y la República de Finlandia, hecho en Bruselas el 2 de febrero de 2012, B.O.E. núm 239 de 4 de octubre de 2012, p. 70375.

Índice de Jurisprudencia:

Sociedad de Naciones

Corte Permanente de Justicia Internacional

- *Opiniones Consultivas*
 - Opinión Consultiva de 21 de febrero de 1925, *Intercambio de poblaciones griegas y turcas*, Rec. 1925, Serie B, nº 10: 277.
 - Opinión Consultiva de 3 de marzo de 1928, *Jurisdicción de los Tribunales de Danzig*, Rec. 1928, Serie B, nº 15: 276.
- *Sentencias*
 - Sentencia de 25 de mayo de 1926, *Intereses alemanes en la Alta Silesia polaca (fondo)*, Rec. 1926, Serie A, nº 7: 79.

Organización de Naciones Unidas

A) Órganos jurisdiccionales

Corte Internacional de Justicia¹²¹⁹:

- *Opiniones Consultivas*
 - Opinión Consultiva de 11 de abril de 1949, *Reparación de los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, Rec. 1949, p. 182: 98.
 - Opinión Consultiva de 30 de marzo de 1950, *Interpretación de los Tratados de Paz con Bulgaria, Hungría y Rumanía*, Rec. 1950, p. 65: 264.
 - Opinión Consultiva de 28 de mayo de 1951, *Reservas a la Convención para la represión y la prevención del crimen de Genocidio*, Rec. 1951, p. 15: 181.
 - Opinión Consultiva de 21 de junio de 1971, *Sudoeste africano (Consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continuada de Sudáfrica en Namibia pese a la Resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad)*, Rec. 1971, p. 16: 181.

¹²¹⁹ El texto íntegro de las resoluciones en ejercicio tanto de la función contenciosa como de la función consultiva del órgano jurisdiccional principal de Naciones Unidas puede consultarse bien en francés, bien en inglés, en la siguiente página: <http://www.icj-cij.org/>

- Opinión Consultiva de 20 de diciembre de 1980, *Interpretación del Acuerdo de 25 de Marzo de 1951 entre la OMS y Egipto*, Rec. 1980, p. 73: 338.
 - Opinión Consultiva de 26 de abril de 1988, *Aplicabilidad de la obligación de arbitraje en virtud de la Sección 21 del Acuerdo de 26 de junio de 1947 relativo a la sede de la ONU*, p. 12: 217.
 - Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996, *Licitud de la Amenaza o del Empleo de Armas Nucleares*, Rec. 1996, p. 226: 181, 248, 290.
 - Opinión Consultiva de 9 julio de 2004, *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en los territorios palestinos ocupados*, Rec. 2004, p. 136: 137, 300.
- *Sentencias*
 - Sentencia de 28 de noviembre de 1958, *Asunto relativo a la aplicación del Convenio de 1902 sobre la tutela de los menores*, Rec. 1958, p. 55: 426.
 - Sentencia de 15 de junio de 1962, *Templo de Préh Vihéar*, Rec. 1962, p. 6: 181.
 - Sentencia de 20 de febrero de 1969, *Plataforma Continental del Mar del Norte (República Federal de Alemania c. Dinamarca)*, Rec. 1969, p. 3: 181, 418.
 - Sentencia de 5 de febrero de 1970, *Barcelona Traction (Bélgica c. España)*, Rec. 1970, p. 3: 140, 178.
 - Sentencia de 24 de mayo de 1980, *Personal diplomático y consular de EEUU en Teherán*, Rec. 1980, p. 3: 181.
 - Sentencia de 27 de junio de 1986, *Asunto de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y en contra de Nicaragua*, Rec. 1986, p. 14: 14, 183, 199, 217, 248, 419.
 - Sentencia de 14 de febrero de 2002, *Orden de arresto de 11 de abril de 2000 (República Democrática de Congo c. Bélgica)*, Rec. 2002, p. 3: 303.
 - Sentencia de 26 de febrero de 2007 relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia-Herzegovina c. Serbia)*, Rec. 2007, p. 43: 181.
 - Sentencia de 30 de noviembre de 2010, asunto *Ahmadou Sadio Diallo (Guinea c. República Democrática del Congo)*, Rec. 2010, p. 639: 141.
 - Sentencia de 3 de febrero de 2012, *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia)*, (pendiente de publicación), Rec. 2012: 304.

Corte Penal Internacional

- *Sentencias*
 - Sentencia de la Sala I de 10 de julio de 2012, *Situación en la República Democrática del Congo en el asunto Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo*: 451.

Organización de Estados Americanos

Corte Interamericana de Derechos Humanos

- *Opiniones Consultivas*
 - Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, sobre la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Serie A N° 18: 263.
- *Sentencias*
 - Sentencia de 22 de septiembre de 2006, *Goiburú y otros c. Paraguay*, Serie C N° 153: 304.

Consejo de Europa

Comisión Europea de Derechos Humanos

- *Decisiones*
 - Decisión de 9 de febrero de 1990, *M & Co. c. Francia*, Recurso n° 13258/87: 66.
 - Decisión de 10 de julio de 1978, *Confédération française démocratique du travail c. Comunidades Europeas*, Recurso n° 8030/77: 76.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹²²⁰

- *Decisiones*
 - Decisión de 4 de julio de 2000, *Société Guérin Automobiles c. 15 Estados miembros de la Unión Europea*, Recurso n° 51717/99: 61.
 - Decisión de la Gran Sala de 12 de diciembre de 2001, *Bankovic c. Bélgica y otros 16 Estados*, Recurso n° 52207/99: 137.
 - Decisión de 23 de mayo de 2002, *Segi y otros, y Gestoras Pro-Amnistía y otros c. 15 Estados miembros de la Unión Europea*, Recursos acumulados n° 6422/02 y 9916/02: 61.

¹²²⁰ El texto de las resoluciones del TEDH y de la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos puede consultarse en la siguiente base de datos electrónica: <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc>

- Decisión de la Gran Sala de 10 de marzo de 2004, *Senator Lines c. 15 Estados miembros de la Unión Europea*, Recurso nº 56672/00: 61, 383.
- Decisión de 14 de marzo de 2006, *Saddam Hussein c. Albania, Bulgaria, Croacia y otros 18 Estados*, Recurso nº 23276/04: 62.
- Decisión de la Gran Sala de 2 de mayo de 2007, *Behrami y Saramati c. Francia, Alemania y Noruega*, Recursos acumulados nº 71412/01 y nº 78166/01: 62, 67, 254, 392, 413.
- Decisión de 9 de diciembre de 2008, *Connolly c. 15 Estados miembros de la Unión Europea*, Recurso nº 73274/01: 62.
- Decisión de 9 de diciembre de 2008, *Biret International c. 15 Estados miembros de la Unión Europea*, Recurso nº 13762/04: 284, 412.
- Decisión de 20 de enero de 2009, *Kokkelvisserij c. Países Bajos*, Recurso nº 13645/05: 63, 391.
- Decisión de 12 de mayo de 2009, *Gasparini c. Italia y Bélgica*, Recurso nº 10750/03: 67.
- Decisión de 16 de junio de 2009, *Rambus Inc. c. Alemania*, Recurso nº 40382/04: 62.
- Decisión de 8 de diciembre de 2009, *Herma c. Alemania*, Recurso nº 54193/07: 230.
- *Sentencias*
 - Sentencia de 24 de octubre de 1979, *Winterwerp c. Países Bajos*, Recurso nº 6301/73: 363-364.
 - Sentencia de 7 de julio de 1989, *Soering*, Recurso nº 14038/88: 83, 153.
 - Sentencia de 24 de abril de 1990, *Huvig c. Francia*, Recurso nº 11105/84: 79.
 - Sentencia de 18 de febrero de 1991, *Moustaquim c. Bélgica*, Recurso nº 12313/86: 312-315.
 - Sentencia de 29 de octubre de 1992, *Open Door y Dublin Well Woman c. Irlanda*, Recursos nº 14234 y 14235/88: 311.
 - Sentencia de 16 de diciembre de 1992, *Niemietz c. Alemania*, Recurso nº 13710/88: 65.
 - Sentencia de 24 de noviembre de 1993, *Informationsverein Lentia et al. c. Austria*, Recursos acumulados nº 3914/88, nº 15041/89, nº 15717/89, nº 15779/89 y nº 17207/90: 65.
 - Sentencia de la Gran Sala de 23 de marzo de 1995, *Loizidou c. Turquía (Excepciones preliminares)*, Recurso nº 15318/89: 301.
 - Sentencia de 27 de abril de 1995, *Piermont c. Francia*, Recursos acumulados nº 15773/89 y nº 15774/89: 312.

- Sentencia de 7 de agosto de 1996, *Chorfi c. Bélgica*, Recurso nº 21794/93: 312.
- Sentencia de la Gran Sala de 15 de noviembre de 1996, *Cantoni c. Francia*, Recurso nº 17862/91: 60, 382.
- Sentencia de la Gran Sala de 20 de febrero de 1996, *Vermeulen c. Bélgica*, Recurso nº 19075/91: 64.
- Sentencia de 19 de marzo de 1997, *Hornsby c. Grecia*, Recurso nº 18357/91: 230, 398.
- Sentencia de 26 febrero de 1998, *Pafitis y otros c. Grecia*, Recurso nº 163/1996/782/983: 415.
- Sentencia de la Gran Sala de 18 de febrero de 1999, *Matthews c. R. Unido*, Recurso nº 24833/94: 60, 407.
- Sentencia de la Gran Sala de 18 de febrero de 1999, *Waite y Kennedy c. Alemania*, Recurso nº 26083/94: 129.
- Sentencia de 27 de septiembre de 1999, *Smith y Grady c. Reino Unido*, Recursos acumulados nº 33985/96 y nº 33986/96: 299.
- Sentencia de la Gran Sala de 16 de diciembre de 1999, *T & V c. Reino Unido*, Recurso nº 24724/94: 429.
- Sentencia de 22 de junio de 2000, *Coëme et autres c. Belgique*, Recursos acumulados nº 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 y 33210/96: 87.
- Sentencia de la Gran Sala de 21 de noviembre de 2001, *Al-Adsani c. Reino Unido*, Recurso nº 35763/97: 303-304.
- Sentencia de 21 de diciembre de 2001, *Sen c. Países Bajos*, Recurso nº 31465/96: 441.
- Sentencia de 16 de abril de 2002, *Dangeville c. Francia*, Recurso nº 36677/97: 233, 398.
- Sentencia de la Gran Sala de 11 de julio de 2002, *Goodwin c. Reino Unido*, Recurso nº 28957/95: 64, 231.
- Sentencia de la Gran Sala de 8 de julio de 2003, *Sahin c. Alemania*, Recurso nº 30943/96: 429.
- Sentencia de 30 de septiembre de 2003, *Koua Poirrez c. Francia*, Recurso nº 40892/98: 314.
- Sentencia de 23 de octubre de 2003, *Gençel c. Turquía*, Recurso nº 53431/99: 401.
- Sentencia de 4 de diciembre de 2003, *Taşkin y otros c. Turquía*, Recurso nº 49517/99: 240.
- Sentencia de la Gran Sala de 8 de abril de 2004, *Assanidzé c. Georgia*, Recurso nº 71503/01: 400.

- Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 22 de junio de 2004, *Broniowski c. Polonia*, Recurso nº 31443/96: 401-402.
- Sentencia de la Gran Sala de 12 de mayo de 2005, *Öcalan c. Turquía*, Recurso nº 46221/99: 399-400.
- Sentencia de la Gran Sala de 30 de junio de 2005, *Bosphorus c. Irlanda*, Recurso nº 45036/98: 65-66, 86, 284, 319, 382, 390-391.
- Sentencia de 26 de julio de 2005, *Siliadin c. Francia*, Recurso nº 73316/01: 429.
- Sentencia de la Gran Sala de 11 de enero de 2006, *Sørensen y Rasmussen c. Dinamarca*, Recursos acumulados nº 52562/99 y nº 52620/99: 326.
- Sentencia de 17 de enero de 2006, *Mendizábal c. Francia*, Recurso nº 51431/99: 230.
- Sentencia de la Gran Sala de 12 de abril de 2006, *Stec y otros c. Reino Unido*, Recursos acumulados nº 65731/01 y nº 65900/01: 379.
- Sentencia de 12 de octubre de 2006, *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, Recurso nº 13178/03: 435.
- Sentencia de la Gran Sala de 11 de abril de 2007, *Anheuser-Busch Inc. c. Portugal*, Recurso nº 73049/01: 330.
- Sentencia de la Gran Sala de 19 de abril de 2007, *Vilho Eskelinen y otros c. Finlandia*, Recurso nº 63235/00: 117.
- Sentencia de la Gran Sala de 13 de noviembre de 2007, *D.H. y otros c. República Checa*, Recurso nº 57325/00: 139, 231, 446.
- Sentencia de 22 de enero de 2008, *E.B. c. Francia*, Recurso nº 43546/02: 429.
- Sentencia de la Gran Sala de 23 de junio de 2008, *Maslov c. Austria*, Recurso nº 1638/03: 230.
- Sentencia de 8 de julio de 2008, *Vajnai c. Hungría*, Recurso nº 33629/06: 16.
- Sentencia de la Gran Sala de 12 de noviembre de 2008, *Demir y Baykara c. Turquía*, Recurso nº 34503/97: 301.
- Sentencia de 30 de abril de 2009, *Glor c. Suiza*, Recurso nº 13444/04: 361.
- Sentencia de 9 de junio de 2009, *Opuz c. Turquía*, Recurso nº 33401/02: 302.
- Sentencia de la Gran Sala de 17 de septiembre de 2009, *Scoppola c. Italia (Nº 2)*, Recurso nº 10249/03: 411.
- Sentencia de 7 de enero de 2010, *Rantsev c. Chipre y Rusia*, Recurso nº 25965/04: 302, 425.
- Sentencia de la Gran Sala de 29 de marzo de 2010, *Medvedyev y otros c. Francia*, Recurso nº 3394/03: 414.
- Sentencia de 20 de mayo de 2010, *Alajos Kiss c. Hungría*, Recurso nº 38832/06: 359, 361.

- Sentencia de 24 de junio de 2010, *Schalk y Kopf c. Austria*, Recurso nº 30141/04: 231.
- Sentencia de la Gran Sala de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, Recurso nº 30696/09: 68, 83, 242.
- Sentencia de 10 de marzo de 2011, *Kiyutin c. Rusia*, Recurso nº 2700/10: 362.
- Sentencia de la Gran Sala de 7 de julio de 2011, *Al-Jedda c. Reino Unido*, Recurso nº 27021/08: 256, 414.
- Sentencia de la Gran Sala de 7 de julio de 2011, *Skeini y otros c. Reino Unido*, Recurso nº 55721/07: 414.
- Sentencia de 20 de septiembre de 2011, *Ullens de Schooten y Rezabek c. Bélgica*, Recursos nº 3989/07 y nº 38353/07: 87.
- Sentencia de la Gran Sala de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, Recurso nº 27765/09: 154-155.
- Sentencia de la Gran Sala de 12 de septiembre de 2012, *Nada c. Suiza*, Recurso nº 10593/08: 213.
- Sentencia de 11 de octubre de 2012, *C. N. y V. c. Francia*, Recurso nº 67724/09: 430.
- Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 19 de octubre de 2012, *Catan y otros c. Moldavia y Rusia*, Recursos acumulados nº 43370/04, nº 8252/05 y nº 18454/06: 406.
- Sentencia de 6 de diciembre de 2012, *Michaud c. Francia*, nº 12323/11: 87, 397.
- Sentencia de la Gran Sala de 13 de diciembre de 2012, *El-Masri c. Antigua República Yugoslava de Macedonia*, Recurso nº 39630/09: 137.
- Sentencia de 30 de abril de 2013, *Tymoshenko c. Ucrania*, Recurso nº 49872/11.

Comité Europeo de Derechos Sociales

- *Reclamaciones Colectivas*
 - Decisión de 7 de diciembre de 2004, *Confédération Générale du Travail c. Francia*, Reclamación Colectiva nº 22/2003: 318.
 - Decisión de 23 de junio de 2010, *Confédération Générale du Travail (CGT) c. Francia*, Reclamación Colectiva nº 55/2009: 318.

Unión Europea

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- *Autos*
 - Auto de 4 de febrero de 2000, *Emesa Sugar c. Aruba*, asunto C-17/98, Rec. 2000, p. I- 665: 64.
 - Auto de 15 de diciembre de 2000, *Cho Yang Shipping c. Comisión*, asunto C-361/00 P(R), Rec. 2000, p. I-11657: 411.
 - Auto de 6 de octubre de 2005, *Attila Vajnai*, asunto C-328/04, Rec. 2005, p. I-8577: 16.
 - Auto de 14 de diciembre de 2011, *Boncea y otros c. Estado rumano representado por el Ministerio de Hacienda*, asuntos acumulados C-483/11 y C-484/11, (pendiente de publicación), Rec. 2011: 16.
 - Auto de 12 de julio de 2012, *Currà y otros c. Alemania*, asunto C-466/11, (pendiente de publicación), Rec. 2012: 305.

- *Conclusiones de Abogados Generales*
 - LAGRANGE, Conclusiones presentadas el 4 de junio de 1962, *Koninklijke Nederlandsche Hoogovens en Staalfabrieken N.V. c. Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero*, asunto 14/61, Rec. 1962, p. 485: 328.
 - MAYRAS, Conclusiones presentadas el 25 de octubre de 1972, *International Fruit Company y Otros*, asuntos acumulados C-21/72, C-22/72, C-23/72 y C24/72, Rec. 1972, p. 1231: 195-196.
 - CAPOTORTI, Conclusiones presentadas el 6 de octubre de 1982, *Arantzamendi-Osa*, asuntos acumulados C-13 a 28/82, Rec. 1982, p. 3939: 309.
 - DARMON, Conclusiones presentadas el 19 de mayo de 1987, *Demirel*, asunto C-12/86, Rec. 1987, p. 3719: 281.
 - LENZ, Conclusiones presentadas el 15 de junio de 1988, *Bergemann*, asunto C-236/87, Rec. 1988, p. 5125: 309.
 - DARMON, Conclusiones presentadas el 15 de mayo de 1990, *Sevince c. Staatssecretaris van Justitie*, asunto C-182/89, Rec. 1990, p. I-3461: 309.
 - LENZ, Conclusiones presentadas el 5 de diciembre de 1990, *Nakajima c. Consejo*, asunto C-69/89, Rec. 1991, p. I-2069: 235.
 - VAN GERVEN, Conclusiones presentadas el 11 de junio de 1991, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd c. Grogan*, asunto C-159-90, Rec. 1991, p. I- 4685: 309-310.

- VAN GERVEN, Conclusiones presentadas el 22 de octubre de 1992, *Koua Poirrez c. CAF*, asunto C- 206/91, Rec. 1992, p. I-6685: 177, 313.
- TESAURO, Conclusiones presentadas el 27 de octubre de 1992, *Levy*, asunto C-158/91, Rec. 1993, p. I-4287: 309.
- JACOBS, Conclusiones presentadas el 9 de diciembre de 1992, *Konstantinidis*, asunto C-168/91, Rec. 1993, p. I- 1191: 311, 316.
- TESAURO, Conclusiones presentadas el 6 de abril de 1995, *Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*, asunto C-450/93, apartado 28, Rec. 1995, p. I-3051: 135.
- TESAURO, Conclusiones presentadas el 28 de noviembre de 1995, *Reino de los Países Bajos c. Consejo*, asunto C-58/94, Rec.1996, p. I-2169: 309.
- JACOBS, Conclusiones presentadas el 15 de mayo de 1997, *Marschall*, asunto C-409/95, Rec. 1997, p. I-6363: 309.
- JACOBS, Conclusiones presentadas el 4 de diciembre de 1997, *Racke c. Hauptzollamt Mainz*, asunto C-162/96, Rec. 1998, p. I-3655: 246.
- TESAURO, Conclusiones presentadas el 22 de enero de 1998, *Metronome Musik*, asunto C-200/96, Rec. 1998, p. I-1953: 309.
- JACOBS, Conclusiones presentadas el 19 de marzo de 1998, *Bickel y Franz*, asunto C-274/96, Rec. 1998, p. I-7637: 309.
- COSMAS, Conclusiones presentadas el 19 de enero de 1999, *Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse*, asunto C-309/97, Rec. 1999, p. I-2865: 309.
- RUIZ-JARABO COLOMER, Conclusiones presentadas el 19 de octubre de 2000, *B. Connolly c. Comisión*, asuntos acumulados C- 273/99 y C-274/99, Rec. 2000, p. I- 1575 y p. I-1611: 63.
- JACOBS, Conclusiones presentadas el 14 de junio de 2001, *Reino de los Países Bajos c. Parlamento y Consejo*, asunto C-377/98, Rec. 2001, p. I-7079: 276.
- TIZZANO, Conclusiones presentadas el 31 de enero de 2002, *Comisión c. Reino Unido*, asunto C-466/98, Rec. 2002, p. I-9427: 102.
- JACOBS, Conclusiones presentadas el 21 de marzo de 2002, *Unión de Pequeños Agricultores c. Consejo*, asunto C-50/00 P, Rec. 2002, I-6677: 261, 407.
- STIX-HACKL, Conclusiones presentadas el 18 de marzo de 2004, *Omega Spielhallen*, asunto C-36/02, Rec. 2004, p. I-9609: 329.
- KOKOTT, Conclusiones presentadas el 8 de octubre de 2005, *Parlamento c. Consejo*, asunto C-540/03, Rec. 2006, p. I-5769: 241, 440.
- LÉGER, Conclusiones presentadas el 22 de noviembre de 2005, en *Parlamento Europeo c. Consejo y Comisión*, asuntos acumulados C-317/04 y 318/04, Rec. 2005, p. I-4724: 102.

- MAZÁK, Conclusiones presentadas el 15 de febrero de 2007, *Palacios de la Villa c. Cortefiel*, asunto C-411/05, Rec. 2007, p. I-853: 357.
- SHARPSTON, Conclusiones presentadas el 28 de junio de 2007, *Gouvernement de la Communauté Française y Gouvernement wallon c. Gouvernement flamand*, asunto C-212/06, Rec. 2007, p. I-01683 : 63.
- POIARES MADURO, Conclusiones presentadas el 12 de septiembre de 2007, *Centro Europa 7 Srl c. Ministero delle Comunicazioni e Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, asunto C-380/05, Rec. 2008, p. I- 0349: 312.
- MENGOZZI, Conclusiones presentadas el 13 de septiembre de 2007, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH c. Avides Media AG*, asunto C- C-244/06, Rec. 2008, p. I-0505: 443.
- KOKOTT, Conclusiones presentadas el 20 de noviembre de 2007, *Intertanko y otros*, asunto C- 308/06, Rec. 2008, p. I-4057: 197, 286.
- POIARES MADURO, Conclusiones presentadas el 31 de enero de 2008, *Coleman c. Attridge Law*, asunto C-303/06, Rec. 2008, p. I-5603: 119.
- POIARES MADURO, Conclusiones presentadas el 16 de enero de 2008, *Kadi/Al Barakaat International Foundation c. Consejo y Comisión*, asuntos acumulados C-402/05 y 415/05, Rec. 2008, p. I-06351: 203.
- POIARES MADURO, Conclusiones presentadas el 20 de febrero de 2008, *FIAMM y Fedon c. Consejo y Comisión*, asuntos acumulados C-120/06 P y C-121/06 P, Rec. 2008, p. I-6513: 285.
- KOKOTT, Conclusiones presentadas el 13 de marzo de 2008, *Commune de Mesquer*, asunto C-188/07, Rec. 2008, p. I-4501: 334.
- SHARPSTON, Conclusiones presentadas el 22 de mayo de 2008, *Bartsch*, asunto C-427/06, Rec. 2008, p. 7245: 357.
- SHARPSTON, Conclusiones presentadas el 25 de junio de 2009, *Bressol*, asunto C-73/08, Rec. 2010, p. I-2735: 315.
- SHARPSTON, Conclusiones presentadas el 30 de septiembre de 2010, *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi*, asunto C-34/09, Rec. 2011, p. I-1177: 314, 443.
- BOT, Conclusiones presentadas el 26 de octubre de 2010, *ArcelorMittal Luxembourg SA c. Comisión y Comisión c. ArcelorMittal Luxembourg SA*, asuntos acumulados C-201/09 P y C-216/09 P, (pendiente de publicación) Rec. 2011: 409.
- TRSTENJAK, Conclusiones presentadas el 8 de septiembre de 2011, *Domínguez*, asunto C-282/10, (pendiente de publicación) Rec. 2012: 316, 357.

- TRSTENJAK, Conclusiones presentadas el 22 de septiembre de 2011, *N.S. c. Secretary of State for the Home Department*, asunto C-411/10, (pendiente de publicación), Rec. 2011: 83.
 - CRUZ VILLALÓN, Conclusiones presentadas el 12 de junio de 2012, *Aklagaren*, asunto C-617/10, (pendiente de publicación): 328.
 - BOT, Conclusiones presentadas el 2 de octubre de 2012, *Melloni*, asunto C-399/11, (pendiente de publicación), Rec. 2013: 90, 201, 322, 325.
 - JÄÄSKINEN, Conclusiones presentadas el 25 de octubre de 2012, *Comisión c. España*, asunto C-360/11, (pendiente de publicación), Rec. 2013: 363.
 - KOKOTT, Conclusiones presentadas el 6 de diciembre de 2012, *Ring y otros*, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, (pendiente de publicación): 363.
 - BOT, Conclusiones presentadas el 19 de marzo de 2013, *Comisión Europea, Consejo de la Unión Europea, Reino Unido c. Yassin Abdullah Kadi*, asuntos acumulados C-584/10 P, C-593/10 P y C-595/10 P, (pendiente de publicación): 256.
- *Función Consultiva*
 - Dictamen 1/76, de 26 de abril de 1977, Rec. 1977, p. 741: 101, 146-147, 149-150.
 - Resolución 1/78 (CEEA), de 14 de noviembre de 1978, Rec. 1978, p. 2151: 387.
 - Dictamen 1/91, de 14 de diciembre de 1991, Rec. 1991, p. I-6079: 79-80, 82, 124, 220, 250, 281, 389.
 - Dictamen 2/91, de 19 de marzo de 1993, Rec. 1993, p. I-01061: 98-99, 102, 108, 145, 149, 151, 336, 346, 425.
 - Dictamen 1/94, de 15 de noviembre de 1994, Rec. 1994, p. I-5267: 106, 146-147, 251, 346.
 - Dictamen 3/94, de 13 de diciembre de 1995, Rec. 1995, p. I-4577: 252.
 - Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996, Rec. 1996, p. I-1759: 2, 58-59, 79, 97, 127, 251.
 - Dictamen 1/00, de 18 de abril de 2002, Rec. 2002, p. I-3493: 82, 89, 389.
 - Dictamen 2/00, de 6 de diciembre de 2001, Rec. 2001, p. I-9713: 104, 112.
 - Dictamen 1/03, de 7 de febrero de 2006, Rec. 2006, p. I-1145: 102, 145.
 - Dictamen 1/09 de 8 de marzo de 2011, Rec. 2011, p. I-1137: 82, 124.
 - *Sentencias*
 - Sentencia de 5 de octubre de 1963, *Van Gend & Loos*, asunto 26/62, Rec. 1963, p. 3: 259, 330.
 - Sentencia de 15 de julio de 1964, *Costa c. E.N.E.L.*, asunto 6/64, Rec. 1964, p. 1141: 330.

- Sentencia de 17 de octubre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, asunto C-11/70, Rec. 1970, p. 1125: 220.
- Sentencia de 31 de marzo de 1971, *Comisión c. Consejo (AETR)*, asunto 22/70, Rec. 1971, p. 263: 98, 145.
- Sentencia de 12 de diciembre de 1972, *International Fruit Company y Otros*, asuntos acumulados C-21/72, C-22/72, C-23/72 y C24/72, Rec. 1972, p. 1219: 196-197, 236, 282.
- Sentencia de 30 de abril de 1974, *Haegeman*, asunto C-181/73, Rec. 1974, p. 449: 206, 341.
- Sentencia de 14 de mayo de 1974, *Nold c. Comisión*, asunto C-4/73, Rec. 1974, p. 491: 294, 377.
- Sentencia de 28 de octubre de 1975, *Rutili c. Ministre de l'intérieur*, asunto C-36/75, Rec. 1975, p. 1219: 56, 317, 377.
- Sentencia de 8 de abril de 1976, *Defrenne c. Sabena*, asunto C-43/75, Rec. 1976, p. 455: 286.
- Sentencia de 14 de julio de 1976, *Kramer*, asuntos acumulados 3/76, 4/76 y 6/76, Rec. 1976, p. 1279: 101, 146.
- Sentencia de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal*, asunto C-106/77, Rec. 1978, p. 629: 220.
- Sentencia de 15 de junio de 1978, *Defrenne c. Sabena III*, asunto 149/77, Rec. 1978, p. 399: 299, 320.
- Sentencia de 14 de octubre de 1980, *Attorney General c. Burgoa*, asunto 812/79, Rec. 1980, p. 2787: 141, 195.
- Sentencia de 29 de octubre de 1980, *Van Landewyck y otros c. Comisión*, asuntos acumulados C-209/78 a 215/78 y 218/78, Rec. 1980, p. 3125: 410.
- Sentencia de 6 de octubre de 1982, *Cilfit*, asunto C-283/81, Rec. 1982, p. 3415: 87.
- Sentencia de 26 de octubre de 1982, *Kupferberg*, asunto C-104/81, Rec. 1982, p. 3641: 220, 277, 279, 341.
- Sentencia de 26 de febrero de 1986, *Marshall*, asunto 152/84, Rec. 1986, p. 723: 296.
- Sentencia de 23 de abril de 1986, *Les Verts/Parlamento*, asunto C- 294/83, Rec. 1986, p. 1339: 255.
- Sentencia de 26 de marzo de 1987, *Comisión c. Consejo*, asunto 45/86, Rec. 1987, p. 1493: 158.
- Sentencia de 30 de septiembre de 1987, *Demirel*, asunto C-12/86, Rec. 1987, p. 3719: 206, 280.

- Sentencia de 22 de octubre de 1987, *Foto-Frost*, asunto C-314/85, Rec. 1987, p. 4199: 79, 409.
- Sentencia de 25 de febrero de 1988, *Comisión c. República Helénica*, asuntos acumulados C-194/85 y 241/85, Rec. 1988, p. 1037: 219.
- Sentencia de 15 de marzo de 1988, *Comisión c. Grecia*, asunto C-147/86, Rec. 1988, p. 1637: 230, 398.
- Sentencia de 27 de septiembre de 1988, *Ahlström c. Commission*, asuntos acumulados C- 89/95, 104/95, 114/95, 116/95, 117/95, 125/95 y 129/95, Rec. 1988, p. 5193: 215.
- Sentencia de 27 de septiembre de 1988, *Matteucci c. Comunidad francesa de Bélgica*, asunto C-235/87, Rec. 1988, p. 5589: 250.
- Sentencia de 22 de junio de 1989, *Fediol c. Comisión*, asunto C-70/87, Rec. 1989, p. 1781: 237.
- Sentencia de 13 de julio de 1989, *Wachauf*, asunto C- 5/88, Rec. 1989, p. 2609: 137, 234, 269.
- Sentencia de 21 de septiembre de 1989, *Hoescht c. Comisión*, asuntos acumulados C-46/87 y C-227/88, Rec. 1989, p. 2859: 65, 377.
- Sentencia de 18 de octubre de 1989, *Orkem c. Comisión*, asunto C- 374/87, Rec. 1989, p. 3283: 65, 294, 410.
- Sentencia de 14 de noviembre de 1989, *Grecia c. Comisión*, asunto C-30/88, Rec. 1988, p. 3711: 212.
- Sentencia de 13 de diciembre de 1989, *Grimaldi c. Fonds de maladies professionnelles*, asunto C-322/88, Rec. 1989, p. I-4407: 319.
- Sentencia de 20 de septiembre de 1990, *Sevince c. Staatssecretaris van Justitie*, asunto C-182/89, Rec. 1990, p. I-3461: 124, 212, 288, 451.
- Sentencia de 18 de octubre de 1990, *Dzodzi*, asuntos acumulados C-297/88 y C-197/89, Rec. 1990, p. I-3763: 294, 316.
- Sentencia de 13 de noviembre de 1990, *Marleasing c. Comercial Internacional de Alimentación*, asunto C-106/89, Rec. 1990, p. I-4135: 223, 428.
- Sentencia de 31 de enero de 1991, *Kziberg*, asunto C-18/90, Rec. 1991, p. I-199: 220.
- Sentencia de 7 de mayo de 1991, *Nakajima c. Consejo*, asunto C-69/89, Rec. p. I-2069: 237-238, 275, 307.
- Sentencia de 11 de junio de 1991, *Comisión c. Consejo*, asunto C-300/89, Rec. 1991, p. I-2867: 103.

- Sentencia de 18 de junio de 1991, *ERT c. DEP*, asunto C-260/89, Rec. 1991, p. I-2925: 65, 137, 234, 269, 311.
- Sentencia de 4 de octubre de 1991, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd c. Grogan*, asunto C-159-90, Rec. 1991, p. I- 4685: 310.
- Sentencia de 19 de noviembre de 1991, *Andrea Francovich c. República Italiana y Danila Bonifaci y otros c. República Italiana*, asuntos acumulados C-6/90 y 9/90, Rec. 1991, p. I-5357: 232, 398.
- Sentencia de 24 de noviembre de 1992, *Poulsen y Diva Navigation*, asunto C-286/90, Rec. 1992, p. I-6019: 215, 245-246, 300, 334.
- Sentencia de 16 de diciembre de 1992, *Koua Poirrez c. CAF*, asunto C- 206/91, Rec. 1992, p. I-6685: 314.
- Sentencia de 21 de enero de 1993, *Deutsche Shell*, asunto C-188/91, Rec. 1993, p. I-363: 214, 289.
- Sentencia de 30 de marzo de 1993, *Konstantinidis*, asunto C-168/91, Rec. 1993, p. I- 1191: 316.
- Sentencia de 24 de noviembre de 1993, *Mondiet*, asunto C-405/92, Rec. 1993, p. I- 6133: 215.
- Sentencia de 24 de marzo de 1994, *Bostock*, asunto C-2/92, Rec. 1994, p. I-955: 232.
- Sentencia de 14 de julio de 1994, *Faccini Dori*, asunto C-91/92, Rec. 1994, p. I- 3325: 296.
- Sentencia de 9 de agosto de 1994, *Francia c. Comisión (Acuerdo entre la Comisión y Estados Unidos sobre Derecho de la competencia)*, asunto C-327/91, Rec. 1994, p. I-3641: 208.
- Sentencia de 5 de octubre de 1994, *Alemania c. Consejo*, asunto C-280/93, Rec. 1994, p. I-4973: 237.
- Sentencia de 13 de enero de 1995, *Bonnamy c. Consejo*, asunto C-264/94 P, Rec. 1995, p. I-15: 250.
- Sentencia de 14 de diciembre de 1995, *Peterbroeck*, asunto C-312/93, Rec. 1995, p. I-4599: 409
- Sentencia de 14 de diciembre de 1995, *Van Schijndel*, asuntos acumulados C-430/93 y 431/93, Rec. 1995, p. I-4705.
- Sentencia de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du Pêcheur c. Alemania y The Queen c. Factortame Ltd. y otros*, asuntos acumulados C-46/93 y 48/93, Rec. 1996, p. I- 1029: 232.

- Sentencia de 7 de marzo de 1996, *Parlamento c. Consejo*, asunto C-360/93, Rec. 1996, I-1195: 252.
- Sentencia de 19 de marzo de 1996, *Comisión c. Consejo*, asunto C-25/94, Rec. 1996, p. I-1469: 343, 346.
- Sentencia de 30 de abril de 1996, *P c. S. y Cornwall County Council*, asunto C-13/94, Rec. 1996, p. I-2143: 231.
- Sentencia de 3 de diciembre de 1996, *Portugal c. Consejo*, asunto C-268/94, Rec. 1996, p. I-6177: 170.
- Sentencia de 14 de enero de 1997, *Centro-Com Srl*, asunto C-124/95, Rec. 1997, p. I-81: 195.
- Sentencia de 29 de mayo de 1997, *Kremzow c. República de Austria*, asunto C-299/95, Rec. 1997, p. I-2629: 382.
- Sentencia de 26 de junio de 1997, *Familiapress*, asunto C-368/95, Rec. 1997, p. I-3689: 443.
- Sentencia de 17 de julio de 1997, *Giloy*, asunto C-130/95, Rec. 1997, p. I-4291: 225.
- Sentencia de 17 de febrero de 1998, *Grant c. South West Trains Ltd.*, asunto C-249/96, Rec. 1998, p. I-621: 294, 299.
- Sentencia de 10 de marzo de 1998, *Alemania c. Consejo*, asunto C-122/95, Rec. 1998, p. I-973: 209.
- Sentencia de 16 de marzo de 1998, *Racke c. Hauptzollamt Mainz*, asunto C-162/96, Rec. 1998, p. I-3655: 210, 246, 293, 325, 339.
- Sentencia de 16 de junio de 1998, *Hermès*, asunto C-53/96, Rec. 1998, p. I-3603: 225, 278, 387.
- Sentencia de 14 de julio de 1998, *Safety Hi-Tech Srl c. S. & T. Srl*, asunto C-284/95, Rec. 1998, p. I-4301: 238.
- Sentencia de 17 de diciembre de 1998, *Baustahlgewebe c. Comisión*, asunto C-185/95 P, Rec. 1998, p. I-8417: 410.
- Sentencia de 25 de febrero de 1999, *Parlamento c. Consejo*, asuntos acumulados C-164/97 y C-165/97, Rec. 1999, p. I-1139: 103.
- Sentencia de 23 de noviembre de 1999, *Portugal c. Consejo*, asunto C-149/96, Rec. 1999, p. I-8395: 282.
- Sentencia de 11 de enero de 2000, *Tanjia Kreil*, asunto C-285/98, Rec. 2000, p. I-0069: 135.
- Sentencia de 4 de julio de 2000, *Comisión c. Portugal*, asunto C-84/98, Rec. 2000, p. I-5215: 138.

- Sentencia de 14 de diciembre de 2000, *Dior y otros*, asuntos C-300/98 y 392/98, Rec. 2000, p. I-11307: 225, 278.
- Sentencia de 9 de octubre de 2001, *Reino de los Países Bajos c. Parlamento y Consejo*, asunto C-377/98, Rec. 2001, p. I-7079: 236, 276, 306, 371.
- Sentencia de 20 de noviembre de 2001, *Jany y otros*, C-268/99, Rec. p. I-8615: 233.
- Sentencia de 29 de enero de 2002, *Meyer*, asunto C- 162/00, Rec. 2002, p. I-1049: 285.
- Sentencia de 27 de febrero de 2002, *Herbert Weber*, asunto C-37/00, Rec. 2002, p. I- 2013: 181, 246, 300.
- Sentencia de 19 de marzo de 2002, *Comisión c. Irlanda*, asunto C-13/00, Rec. 2002, p. I-2943: 219.
- Sentencia de 11 de julio de 2002, *Carpenter c. Secretary of State for the Home Department*, asunto C- 60/00, Rec. 2002, p. I- 6279: 441.
- Sentencia de 25 de julio de 2002, *Unión de Pequeños Agricultores c. Consejo*, asunto C-50/00 P, Rec. 2002, p. I-6677: 86.
- Sentencia de 17 de septiembre de 2002, *Baumbast c. Secretary of State for the Home Department*, asunto C- 413/99, Rec. 2002: 441.
- Sentencia de 22 de octubre de 2002, *Roquette Frères*, asunto C-94/00, Rec. 2002, p. I-9011: 65.
- Sentencia de 5 de noviembre de 2002, *Comisión c. Dinamarca*, asunto C-467/98, Rec. 2002, p. I-9519: 106, 147.
- Sentencia de 5 de noviembre de 2002, *Comisión c. Alemania*, asunto C-476/98, Rec. 2002, p. I-9855: 149.
- Sentencia de 10 de diciembre de 2002, *Comisión c. Consejo*, asunto C-29/99, Rec. I-11221: 339.
- Sentencia de 8 de mayo de 2003, *Kolpak*, asunto C-438/00, Rec. 2003, p. I- 4135: 285.
- Sentencia de 12 de junio de 2003, *Schmidberger c. República de Austria*, asunto C- 112/00, Rec. 2003, p. I-5659: 291, 298, 382.
- Sentencia de 11 de septiembre de 2003, *Comisión c. Consejo*, asunto C-211/01, Rec. 2003, p. I-8913: 252.
- Sentencia de 30 de septiembre de 2003, *Köbler*, asunto C-224/01, Rec. 2003, p. I- 10239: 232.
- Sentencia de 30 de septiembre de 2003, *Biret International c. Consejo*, asunto C- 93/02, Rec. 2003, p. I-10497: 282, 412.

- Sentencia de 6 de noviembre 2003, *Lindqvist*, asunto C-101/01, Rec. p. I-12971: 234.
- Sentencia de 7 de enero de 2004, *K. B. c. National Health Service Pensions Agency*, asunto C-117/01, Rec. 2004, p. I-0541: 231.
- Sentencia de 1 de abril de 2004, *Comisión c. Jégo-Quéré*, asunto C-263/02, Rec. 2004, p. I-3425: 261.
- Sentencia de 29 de abril de 2004, *Orfanopoulos*, asuntos acumulados C-482/01 y C-493/01, Rec. 2004, p. I-5257 139, 230.
- Sentencia de 30 de septiembre de 2004, *Engin Ayaz*, asunto C-275/02, Rec. 2004, p. I-8765: 441.
- Sentencia de 7 de octubre de 2004, *Comisión c. Francia*, asunto C-239/03, Rec. 2004, p. I-9325: 219.
- Sentencia de 14 de octubre de 2004, *Omega Spielhallen*, asunto C-36/02, Rec. 2004, p. I-9609: 325, 329, 443.
- Sentencia de 19 de octubre de 2004, *Zhu y Chen c. Secretary of State for the Home Department*, Rec. 2004, p. I-9925: 441.
- Sentencia de 1 de marzo de 2005, *Van Parys*, asunto C-377/02, Rec. 2005, p. I-1465: 282.
- Sentencia de 12 de abril de 2005, *Simutenkov c. Ministerio de Educación y Cultura y Real Federación Española de Fútbol*, asunto C-265/03, Rec. 2005, p. I-02579: 281, 285.
- Sentencia de 3 de mayo de 2005, *Berlusconi y otros*, asuntos acumulados C-387/02, C-391/02 y C-403/02, Rec. 2005, p. I-3565: 54, 411.
- Sentencia de 16 de junio de 2005, *Maria Pupino*, asunto C-105/03, Rec. 2005, p. I-5285: 380, 428.
- Sentencia de 22 de noviembre de 2005, *Mangold c. Helm*, asunto C-144/04, Rec. 2005, p. I-9981: 296, 357.
- Sentencia de 1 de diciembre de 2005, *Abdelkader Dellas y otros*, asunto C-14/04, Rec. p. I-10253: 318.
- Sentencia de 10 de enero de 2006, *Comisión c. Parlamento y Consejo (Convención de Rotterdam)*, asunto C-178/03, Rec. 2006, p. I-107: 103.
- Sentencia de 10 de enero de 2006, *IATA*, asunto C-344/04, Rec. 2006, p. I-403: 233, 235-236, 285.
- Sentencia de 31 de enero de 2006, *Comisión c. España*, asunto C-503/03, Rec. 2006, p. I-1097: 230.

- Sentencia de 30 de marzo de 2006, *Comisión c. Irlanda (Mox)*, asunto C-459/03, Rec. 2006, p. I-4635: 219, 342-343, 389.
- Sentencia de 30 de mayo de 2006, *Parlamento Europeo c. Consejo y Comisión (PNR)*, asuntos acumulados C-317/04 y 318/04, Rec. 2006, p. I-4721: 102, 157, 208, 253.
- Sentencia de 27 de junio de 2006, *Parlamento c. Consejo*, asunto C-540/03, Rec. 2006, p. I-5769: 240-241, 243, 289, 295, 318, 321-322, 381, 441, 443.
- Sentencia de 11 de julio de 2006, *Chacón Navas c. Eures Colectividades S.A.*, asunto C-13/05, Rec. 2006, p. I-6467: 118-119, 352, 372.
- Sentencia de 12 de septiembre de 2006, *España c. Reino Unido*, asunto C-145/04, Rec. 2006, p. I-7961: 61.
- Sentencia de 15 de febrero de 2007, *Lechouritou y otros c. Dimosio*, asunto C-292/05, Rec. 2007, p. 1519: 305.
- Sentencia de 26 de junio de 2007, *Ordre des barreaux*, asunto C-305/05, Rec. 2007, p. 5305: 290.
- Sentencia de 11 de septiembre de 2007, *Merck Genéricos- Produtos Farmacêuticos*, asunto C- 431/05, Rec. 2007, p. I-7001: 206, 225.
- Sentencia de 11 de septiembre de 2007, *International Workers' Federation (Viking Line)*, asunto C- 438/05, Rec. 2007, p. I-10779: 297.
- Sentencia de 18 de diciembre de 2007, *Laval c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, asunto C-341/05, Rec. 2007, p. I-987: 297.
- Sentencia de 29 de enero de 2008, *Promusicae c. Telefónica*, asunto C-275/06, Rec. 2008, p. I-271: 234.
- Sentencia de 14 de febrero de 2008, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH c. Avides Media AG*, asunto C- C-244/06, Rec. 2008, p. I- 0505: 443.
- Sentencia de 14 de febrero de 2008, *Varec SA c. Estado belga*, asunto C-450/06, Rec. 2008, p. I-0581: 377.
- Sentencia de 3 de junio de 2008, *Intertanko y otros*, asunto C- 308/06, Rec. 2008, p. I-4057: 197, 202, 215, 223, 236, 286, 295, 302, 306, 339.
- Sentencia de 24 de junio de 2008, *Commune de Mesquer*, C-188/07, Rec. p. I-4501: 196, 202, 334.
- Sentencia de 17 de julio de 2008, *Coleman c. Attridge Law*, asunto C-303/06, Rec. 2008, p. I-5603: 119, 353.
- Sentencia de 25 de julio de 2008, *Metock*, asunto C-127/08, Rec. 2008, p. I-6241: 314, 441.

- Sentencia de 3 de septiembre de 2008, *Kadi/Al Barakaat International Foundation c. Consejo y Comisión*, asuntos acumulados C-402/05 y 415/05, Rec. 2008, p. I-6351: 130, 158, 198, 212, 217, 254, 301-302.
- Sentencia de 9 de septiembre de 2008, *FIAMM c. Consejo y Comisión*, asuntos acumulados C-120/06 P y C-121/06 P, Rec. 2008, p. I-6513: 282-283-284, 412.
- Sentencia de 10 de febrero de 2009, *Irlanda c. Parlamento y Consejo de la Unión Europea*, asunto C-301/06, Rec. 2009, p. I- 593: 257.
- Sentencia de 17 de febrero de 2009, *Meki Elgafaji y Noor Elgafaji c. Staatssecretaris van Justitie*, asunto C-465/07, Rec. 2009, p. I-921: 377.
- Sentencia de 4 de junio de 2009, *Vatsouras*, asuntos acumulados C-22/08 y C-23/08, Rec. 2009, p. I-4585: 313.
- Sentencia de 16 de julio de 2009, *Der Grüne Punkt*, asunto C-385/07 P, Rec. 2009, p. I-6155: 410.
- Sentencia de 1 de octubre de 2009, *Comisión c. Consejo*, asunto C-370/07, Rec. 2009, p. I- 8917: 103.
- Sentencia de 22 de octubre de 2009, *Bogiatzi*, asunto C-301/08, Rec. 2009, p. I-10185: 197, 206.
- Sentencia de 12 de noviembre de 2009, *Grimme*, asunto C-351/08, Rec. 2009, p. I-10777.
- Sentencia de 9 de diciembre de 2009, *Detiček*, asunto C-403/09 PPU, Rec. 2009, p. I-12193: 300, 444.
- Sentencia de 19 de enero de 2010, *Küçükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG*, asunto C-555/07, Rec. 2010, p. I-00365: 296.
- Sentencia de 11 de febrero de 2010, *Fokus Invest*, asunto C-541/08, Rec. 2010, p. I-1025: 281.
- Sentencia de 23 de febrero de 2010, *Ibrahim*, asunto C-310/08, Rec. 2010, p. I-1065: 442.
- Sentencia de 23 de febrero de 2010, *Maria Teixeira*, asunto C-480/08, Rec. 2010, p. I- 1107: 442.
- Sentencia de 2 de marzo de 2010, *Rottmann c. Freistaat Bayern*, asunto C-135/08, Rec. 2010, p. 1449: 341.
- Sentencia de 13 de abril de 2010, *Bressol*, asunto C-73/08, Rec. 2010, p. I-2735: 315.
- Sentencia de 20 de abril de 2010, *Comisión c. Suecia*, C- 246/07, Rec. 2010, p. I-3317: 110, 341-342, 346.

- Sentencia de 29 de abril de 2010, *Comisión c. Reino de los Países Bajos*, asunto C-92/07, Rec. 2010, p. I-3683: 219.
- Sentencia de 6 de mayo de 2010, *Walz*, asunto C-63/09, Rec. 2010, p. I-4239: 233.
- Sentencia de 10 de junio de 2010, *INPS c. Bruno y Pettini*, asuntos acumulados C-395/08 y C-396/08, Rec. 2010, p. I-5119: 320.
- Sentencia de 22 de junio de 2010, *Melki*, asuntos acumulados C-188/10 y C-189/10, Rec. 2010, p. I-5667: 87.
- Sentencia de 8 de julio de 2010, *Afton Chemical c. Secretary of State for Transport*, asunto C-343/09, Rec. 2010, p. I-7027: 408.
- Sentencia de 5 de octubre de 2010, *J. McB. y L. E.*, asunto C-400/10 PPU, Rec. 2010, p. I-8965: 249, 444.
- Sentencia de 9 de noviembre de 2010, *Volker und Markus Schecke y Eifert c. Land Hessen*, asuntos acumulados C-92/09 y 93/09, Rec. 2010, p. I-11063: 249.
- Sentencia de 1 de marzo de 2011, *Association belge des Consommateurs c. Conseil des Ministres*, asunto C-236/09, Rec. 2011, p. I-0773 : 249.
- Sentencia de 8 de marzo de 2011, *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi*, asunto C-34/09, Rec. 2011, p. I-1177: 441.
- Sentencia de 8 de marzo de 2011, *Zoskupenie*, C-240/09, Rec. 2011, p. I-1255: 222, 225-226, 278.
- Sentencia de 22 de junio de 2011, *Landtová*, asunto C-399/09, (pendiente de publicación), Rec. 2011: 221.
- Sentencia de 18 de octubre de 2011, *Brüstle c. Greenpeace eV*, asunto C-34/10, (pendiente de publicación), Rec. 2011: 156.
- Sentencia de 24 de noviembre de 2011, *Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, asunto C-70/10, (pendiente de publicación), Rec. 2011 : 331.
- Sentencia de 21 de diciembre de 2011, *Air Transport Association of America y otros c. Secretary of State for Energy and Climate Change*, asunto C-366/10, (pendiente de publicación), Rec. 2011 : 149, 197, 247, 293, 333.
- Sentencia de 21 de diciembre de 2011, *N.S. c. Secretary of State for the Home Department y M.E. y otros c. Refugee Applications Commissioner*, asuntos acumulados C-411/10 y 493/10, (pendiente de publicación), Rec. 2011: 83, 243, 290, 379, 382.
- Sentencia de 21 de diciembre de 2011, *X.*, asunto C-507/10, (pendiente de publicación) Rec. 2011: 380.

- Sentencia de 24 de enero de 2012, *Domínguez*, asunto C-282/10, apartados 104-114, (pendiente de publicación) Rec. 2012: 317.
- Sentencia de 24 de abril de 2012, *Kamberaj*, asunto C-571/10, (pendiente de publicación), Rec. 2012: 262, 290, 378.
- Sentencia de 19 de julio de 2012, *Parlamento c. Consejo*, asunto C-130/10, (pendiente de publicación), Rec. 2012: 150.
- Sentencia de 16 de octubre de 2012, *Hungría c. República Eslovaca*, Rec. 2012 (pendiente de publicación): 265.
- Sentencia de 23 de octubre de 2012, *Emeka Nelson y otros*, asuntos acumulados C-581/10 y C-629/10, (pendiente de publicación), Rec. 2012: 237.
- Sentencia de 6 de noviembre de 2012, *Comunidad Europea c. Otis NV y otros*, asunto C-199/11, (pendiente de publicación), Rec. 2012: 412.
- Sentencia de 6 de noviembre de 2012, *Comisión c. Hungría*, asunto C-286/12, (pendiente de publicación), Rec. 2012: 190.
- Sentencia de 8 de noviembre de 2012, *Heimann y Toltschin c. Kaiser*, asuntos acumulados C-229/11 y C-230/11, (pendiente de publicación), Rec. 2012: 317.
- Sentencia de 15 de noviembre de 2012, *Consejo c. N. Bamba*, asunto C-417/11 P, (pendiente de publicación), Rec. 2012: 81.
- Sentencia de 22 de noviembre de 2012, *Elbal Moreno c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)*, asunto C-385/11, (pendiente de publicación), Rec. 2012: 125.
- Sentencia de 27 de noviembre de 2012, *Pringle c. Irlanda*, asunto C-370/12, (pendiente de publicación), Rec. 2012: 270.
- Sentencia de 17 de enero de 2013, *Comisión c. España*, asunto C-360/11, (pendiente de publicación), Rec. 2013: 364.
- Sentencia de 26 de febrero de 2013, *Aklagaren*, asunto C-617-10, (pendiente de publicación), Rec. 2013: 270, 378.
- Sentencia de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, asunto C-399/11, (pendiente de publicación), Rec. 2013: 90, 325.
- Sentencia de 14 de marzo de 2013, *Aziz c. Catalunya*, asunto C-415/11, (pendiente de publicación), Rec. 2013: 266.
- Sentencia de 11 de abril de 2013, *Ring y otros*, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, (pendiente de publicación), Rec. 2013: 245, 288, 353, 363.

Tribunal General de la Unión Europea

- *Autos*
 - Auto de 21 de marzo de 2012, *Telefónica c. Comisión*, asunto T-228/10, (pendiente de publicación) Rec. 2012: 408.

- *Sentencias*
 - Sentencia de 22 de enero de 1997, *Opel Austria GmbH c. Consejo*, asunto T-115/94, Rec. 1998, p. II-39: 246.
 - Sentencia de 3 de mayo de 2002, *Jégo-Quéré*, asunto T-177/01, Rec. 2002, p. 2365: 261.
 - Sentencia de 30 de septiembre de 2003, *Atlantic Container Line AB y otros c. Comisión*, asuntos acumulados T- 191/98, T-212/98 a T-214/98, Rec. 2003, p. 3275: 61.
 - Sentencia de 21 de septiembre de 2005, *Kadi c. Consejo y Comisión*, asunto T-315/01, Rec. 2005, p. II-3649: 158, 198, 217, 263.
 - Sentencia de 30 de septiembre de 2010, *Yassin Abdullah Kadi c. Comisión*, asunto T-85/09, Rec. 2010, p. II-5177: 198.
 - Sentencia de 14 de junio de 2012, *Stichting Natuur en Milieu*, asunto T-338/08, (pendiente de publicación) Rec. 2012: 113, 238.

Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea

- *Sentencias*
 - Sentencia de 26 de octubre de 2006, *Pia Landgren c. Fundación Europea de Formación*, asunto F-1/05, Rec. Función Pública 2006, p. I-A-1-00123: 308-309.

Jurisprudencia de órganos jurisdiccionales de carácter interno

Alemania

Tribunal Constitucional Federal

- *Sentencias*
 - Sentencia de 29 de mayo de 1974, *Solange I*, BVerfGE 37, p. 271: 56.
 - Sentencia de 22 de octubre de 1986, *Solange II*, BVerfGE 73, p. 339: 56.
 - Sentencia de 14 de octubre de 2004, *Görgülü*, 2 BvR 1481/04: 228.
 - Sentencia de 30 de junio de 2009, 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09: 221.
 - Sentencia de 2 de marzo de 2010, 1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08 y 1 BvR 586/08: 393.
 - Sentencia de 26 de agosto de 2010, *Honeywell Bremsbelag GmbH*, 2 BvR 2661/06: 296.

España

Tribunal Constitucional

- *Declaraciones*
 - Declaración 1/2004, de 13 de diciembre: 221.
- *Sentencias*
 - Sentencia 245/1991, de 16 de diciembre: 293.
 - Sentencia 303/1993, de 25 de octubre: 292-293.
 - Sentencia 130/1995, de 11 de septiembre: 224.
 - Sentencia 91/2000, de 30 de marzo: 322.
 - Sentencia 70/2002, de 3 de abril: 299.
 - Sentencia 58/2004, de 19 de abril: 88.
 - Sentencia 61/2013, de 14 de marzo de 2013: 125.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

- *Sentencias*
 - Sentencia 11296/2011, de 15 de septiembre de 2011, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección I: 243, 442.

Italia

Corte Costituzionale

- *Sentencias*
 - Sentencia de 27 de diciembre nº 183, *Frontini*, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1973. p. 2401: 57.

República Checa

Tribunal Constitucional

- *Sentencias*
 - Sentencia de 31 de enero de 2012, *Pensiones Eslovacas*, Pl. ÚS 5/12: 221.

Apéndice sobre la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos

El día 5 de abril de 2013, tuvo lugar en Estrasburgo la quinta reunión de negociación del grupo ad hoc (47 + 1), compuesto por los 47 Estados miembros del Consejo de Europa autorizados por el CDDH, junto con la Comisión Europea. Dicha reunión pone fin a un segundo periodo de negociaciones tendentes a la adopción de los instrumentos jurídicos necesarios para la adhesión de la Unión Europea al CEDH¹²²¹. Como fruto de la misma fue adoptado un segundo proyecto revisado de instrumentos jurídicos para permitir la adhesión de la Unión Europea al CEDH. Habiéndose producido dicha reunión a última hora, el texto de referencia que se ha tenido en cuenta para elaborar el cuerpo de la presente tesis doctoral es el correspondiente al proyecto de instrumentos jurídicos necesarios para la adhesión adoptado en 2011¹²²². Por ello se ha optado por reflejar en un apéndice las principales novedades que este proyecto de instrumentos jurídicos de 2013 incorpora en relación con lo estudiado con anterioridad¹²²³.

Este proyecto de instrumentos jurídicos para la adhesión comprende: a) un proyecto de acuerdo de adhesión; b) un proyecto de declaración de la Unión Europea; c) un proyecto de regla que debe ser añadida a las reglas del Comité de Ministros relativas a la supervisión de la ejecución de sentencias y de los términos de los arreglos amistosos en aquellos casos en que la Unión sea parte en un litigio; d) un proyecto de memorándum de entendimiento para que la Unión pueda participar como tercera parte en procedimientos donde los demandados son terceros Estados asociados a determinados sectores del ordenamiento jurídico de la Unión en virtud de acuerdos

¹²²¹ Fifth Negotiation Meeting Between the CDDH ad hoc negotiation group and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Doc 47+1(2013)R05, Estrasburgo, 5 de abril de 2013, disponible en:

http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting_reports_en.asp

¹²²² Véanse, *Draft legal instruments on the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, CDDH-UE (2011)16, Estrasburgo 19 de Julio de 2011. Asimismo, *Report to the Committee of Ministers on the elaboration of legal instruments for the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, CDDH(2011)009, Estrasburgo, 14 de octubre de 2011.

¹²²³ El proyecto de instrumentos jurídicos de 2013, con enorme probabilidad, se verá sujeto a un dictamen previo por parte del TJUE para determinar su compatibilidad con el Derecho originario de la Unión Europea, teniendo en cuenta la autonomía y especificidad de este ordenamiento en el que el acuerdo de adhesión pretende insertarse. Además, para la entrada en vigor, resta un complejo periplo de ratificación nacional del acuerdo de adhesión (una vez sea adoptado como definitivo por el Comité de Ministros del Consejo de Europa): deberán ratificarlo los 47 Estados del Consejo de Europa, y la Unión Europea deberá manifestar su consentimiento en obligarse en virtud del acuerdo de adhesión una vez sea éste definitivo siguiendo el alambicado procedimiento que ha sido previsto en el artículo 218. 8 TFUE.

internacionales separados o específicos (Schengen o el Espacio Económico Europeo, por ejemplo); y finalmente, e) un proyecto de informe explicativo del acuerdo de adhesión¹²²⁴.

Las principales novedades que tienen relación con lo visto a lo largo del cuerpo del presente trabajo se refieren fundamentalmente a: a) El mecanismo de codemandado y b) La participación de la Unión Europea en los cometidos del Comité de Ministros del Consejo de Europa. Pasamos a analizar dichas cuestiones.

a) El mecanismo de codemandado

Pese a que este mecanismo se instituye básicamente con carácter facultativo, se ha previsto que la Unión Europea efectúe una declaración -en el momento de obligarse en virtud del acuerdo de adhesión- mediante la cual se comprometería a solicitar comparecer como codemandada en un litigio en el caso de que entienda que se da el supuesto de hecho descrito para la activación del mecanismo de codemandado en el artículo 3 apartado 2 del proyecto de acuerdo de adhesión. Del mismo modo dicha declaración supondría la obligación para la Unión de aceptar la invitación del TEDH para convertirse en codemandada, de nuevo, si a su juicio se producen las condiciones previstas en el artículo 3, apartado 2, que se reproduce a continuación:

“Where an application is directed against one or more member States of the European Union, the European Union may become a co-respondent to the proceedings in respect of an alleged violation notified by the Court if it appears that such allegation calls into question the compatibility with the Convention rights at issue of a provision of European Union law, including decisions taken under the TEU and under the TFEU¹²²⁵, notably where that violation could have been avoided only by disregarding an obligation under European Union law”.

¹²²⁴ Véanse: I- Draft Revised Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms; II- Draft declaration by the European Union to be made at the time of signature of the Accession Agreement; III- Draft Rule to be added to the Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements in cases to which the European Union is a party; IV- Draft model of Memorandum of Understanding between the European Union and X; V- Draft Explanatory report to the Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, en Fifth Negotiation Meeting Between the CDDH ad hoc negotiation group and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Estrasburgo, 5 de abril de 2013, Doc. 47+1(2013)008, disponible en: http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting_reports_en.asp.

¹²²⁵ El hecho de no limitar el supuesto a la aplicación del derecho derivado, incluyendo explícitamente las obligaciones que emanan tanto del TUE como del TFUE supone una novedad con respecto al proyecto de acuerdo de 2011.

El nuevo proyecto de acuerdo de adhesión no parece admitir en principio la idea de que la Unión pueda ser internacionalmente responsable por los actos de aplicación descentralizada del Derecho de la Unión, en contravención del CEDH, llevados a cabo por las autoridades de sus Estados miembros sin margen de apreciación. Se establece una regla especial de atribución en el apartado 4 del artículo 1 del proyecto de acuerdo:

“For the purposes of the Convention, of the Protocols thereto and of this Agreement, an act, measure or omission of organs of a member State of the European Union or of persons acting on its behalf shall be attributed to that State, even if such act, measure or omission occurs when the State implements the law of the European Union, including decisions taken under the Treaty on the European Union (hereinafter referred to as “the TEU”) and under the Treaty on the Functioning of the European Union (hereinafter referred to as the “TFEU”). This shall not preclude the European Union from being responsible as a co-respondent for a violation resulting from such an act, measure or omission, in accordance with Article 36, paragraph 4, of the Convention and Article 3 of this Agreement”.

En este sentido todo parece indicar que, en los supuestos de aplicación descentralizada del Derecho de la Unión la Unión Europea podría ser a lo sumo considerada como responsable solidaria o conjunta, pero no como responsable en exclusiva, es decir, que no parece factible que el TEDH pueda distribuir los efectos obligatorios del fallo. Ahora bien, el apartado 7 del artículo 3 del proyecto de acuerdo desmiente esta idea: el hecho de que la Unión Europea o sus Estados miembros se conviertan en demandados y codemandados, respectivamente, no parece privar al TEDH de su capacidad para considerar como único responsable de una eventual violación del CEDH o sus protocolos tan solo a uno de ellos. Cobran importancia los acuerdos a los que puedan llegar durante el desarrollo del procedimiento contencioso la Unión Europea y sus Estados miembros con respecto al alcance de sus respectivas responsabilidades y competencias:

“If the violation in respect of which a High Contracting Party is a co-respondent to the proceedings is established, the respondent and the co-respondent shall be jointly responsible for that violation, unless the Court, on the basis of the reasons given by the respondent and the co-respondent, and having sought the views of the applicant, decides that only one of them be held responsible”.

b) La participación de la Unión Europea en el Comité de Ministros del Consejo de Europa

Para evitar que la Unión y sus Estados miembros al expresar su voto de forma coordinada puedan afectar negativamente a las funciones del Comité de Ministros en la supervisión de la ejecución de los fallos del TEDH o de los términos de los arreglos amistosos, han sido previstas reglas especiales para la adopción de las decisiones del Comité de Ministros que resultarán de aplicación a aquellos casos en que la Unión Europea sea parte:

- A la hora de adoptar una decisión final en la que el Comité de Ministros constate que la Unión Europea ha adoptado todas las medidas necesarias para dar adecuado cumplimiento al fallo del TEDH o a los términos de un acuerdo amistoso, cesando en sus funciones de supervisión, será necesario que se pronuncie de un modo favorable una mayoría de al menos 4/5 de los representantes, que supongan al menos dos terceras partes del total de representantes con derecho a estar en el Comité de Ministros.
- Las decisiones relativas a la solicitud de la interpretación de una sentencia del TEDH, así como aquéllas necesarias para remitir al TEDH la cuestión de determinar si (la Unión en este caso) una alta parte se niega a cumplir adecuadamente una sentencia del Tribunal, serán adoptadas si se expresa el voto favorable de al menos un cuarto de los Estados con derecho a representación en el Comité de Ministros.
- Las decisiones relativas a la solicitud de información o meramente procedimentales se entenderán adoptadas con el voto favorable de una mayoría de un quinto de los representantes con derecho a estar sentados en el Comité de Ministros.

En cualquier caso, la práctica establecida del Comité de Ministros ha sido la de adoptar sus decisiones por consenso, por lo que el recurso a la votación es algo bastante excepcional y, por tanto, a priori resulta escasa la utilidad de estas reglas especiales.

Résumé et Conclusions en Français

L'UNION EUROPÉENNE ET LE DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME

RÉSUMÉ:

Le Traité de Lisbonne établit le cadre juridique qui conforme le droit primaire plus ambitieux et plus complet jusqu'à présent que l'Union Européenne aie jamais eu en termes de droits de l'homme. On peut soutenir cette affirmation au moins pour trois raisons :

- a) En premier lieu, dans ses rapports avec le reste du monde l'Union compte explicitement parmi ses objectives la protection des droits de l'homme, les droits de l'enfant en particulière, et plus généralement le respect strict et le développement du Droit international général. On travaillera quel rôle joue dans l'ordre juridique de l'Union le droit international des droits de l'homme.
- b) En second terme, l'Union a son propre catalogue des droits fondamentaux : la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne, solennellement proclamé à l'an 2000, qui acquiert la même valeur juridique que les traités, c'est-à-dire, la même valeur que le droit primaire de l'Union.
- c) La troisième nouveauté consiste à l'initiation des négociations qui tendent à l'adhésion de l'Union Européenne à la Convention Européenne des Droits de l'homme. Une fois ce procès sera accompli l'Union Européenne et son ordre juridique se soumettront à la Cour Européenne des Droits de l'Homme.

Le panorama décrit coïncide temporellement avec l'actuelle crise économique qui a fait diminuer la confiance citoyenne dans les institutions européennes pratiquement presque à disparaître dans un bon nombre des États membres. On peut signaler que la réussite de l'Union à promouvoir le respect universelle aux obligations internationales en matière de droits de l'homme dans le reste du monde ne peut pas être dégagée de son propre succès à fournir sa garantie à l'intérieur de ses États membres.

Le principal problème par rapport à ses objectifs qui affronte l'Union Européenne vient de ses faibles compétences attribuées et de ses maigres ressources propres : la Cour de Justice de l'Union Européenne avait dit dans son célèbre avis 2/94 qu'à l'époque la Communauté Européenne manquait de la capacité pour adopter des normes ou bien de célébrer des accords internationaux dans le champ des droits de l'homme. ¿Est-ce que l'Union Européenne reste encore aujourd'hui incapable de conclure des accords internationaux pour la protection des droits humains? Précisément, sans aucun bruit l'Union Européenne est devenue la première organisation internationale d'intégration régionale qui est partie dans un traité international pour la protection des droits de l'homme : il s'agit de la Convention des Nations Unies sur les Droits des Personnes Handicapées. On analysera sur quel fondement l'Union Européenne a pu avoir l'autorité internationale pour conclure ce traité.

D'autre côté et en ayant compte de la magnitude et intensité des compétences que les États membres ont transférés à l'Union Européenne (il faut penser à l'Union Économique et Monétaire ou bien à l'Espace de Liberté, Sécurité et Justice), dévient plus difficilement compréhensible qu'aujourd'hui, l'Union Européenne n'aie jamais été soumise au contrôle extérieure d'aucun organe ni judiciaire ni quasi-judiciaire sur le respect aux obligations internationales en matière des droits de l'homme. Néanmoins, l'ordre juridique de l'Union a été sujet au scrutin indirect de la Cour Européenne des Droits de l'Homme parmi la figure de ses États membres: cela veut dire que l'éventuelle responsabilité internationale dans le cas où la Cour aurait jugé que l'application du Droit primaire ou dérivé de l'Union viole les droits protégés par la Convention Européenne aurait dû être assignée aux États membres. Cette situation est doublement insatisfaisante, d'un côté la Cour Européenne manque de la juridiction *rationae personae* vers l'Union, de l'autre côté un particulier qui voudrait attaquer une décision provenant des institutions de l'Union devrait demander à l'ensemble des États membres devant la Cour de Strasbourg.

Alors, le possible décalage en matière de protection des droits de l'homme dans l'application du Droit de l'Union Européenne découle du fait que l'exercice par les institutions de l'Union des nombreuses compétences qui ont été transférées par les États membres échappe totalement aux mécanismes de contrôle conventionnels liés aux traités internationaux auxquels les États membres sont parties contractantes dans le cadre des Nations Unies et du Conseil de l'Europe. De cet point de vue, la Charte des

Droits Fondamentaux de l'UE en tant que catalogue propre des droits fondamentaux ne suffit pas, car son dernière juge est l'une des institutions de l'Union, c'est-à-dire : la Cour de Justice. Être son propre juge en matière des droits fondamentaux n'est pas la meilleure forme dans laquelle l'Union peut recueillir la confiance de ces États tiers auxquels elle dirige sa fonction de promotion universelle des droits humains.

Bien sûr la magnitude des compétences que les institutions de l'Union Européenne (Parlement Européenne et Conseil de l'Union par exemple comme des co-législateurs) exercent, est susceptible d'affecter positivement et négativement la protection des droits de l'homme dans l'ordre juridique de ses 27 États membres. Il faut se rappeler de la primauté dont jouit le Droit de l'Union sur le droit interne, même au niveau constitutionnel. Dans cet ordre d'idées convient souligner les trois objectifs principaux que le présent travail veut clarifier:

- A) Quelles sont les compétences qui ont été transférées à l'Union Européenne en matière des droits de l'homme? Au-delà des compétences explicitement attribuées, est-ce que l'Union Européenne peut avoir d'autres compétences en matière des droits de l'homme?
- B) Quelle est la responsabilité internationale de l'Union par rapport à ses obligations internationales propres en matière de droits de l'homme? Est-ce qu'on peut dire que l'Union est internationalement responsable des traités internationaux qui lient tout seulement ses États membres dans le champ des droits de l'homme? En d'autres termes, peut-on dire que l'Union Européenne est elle-même rallié, bien du point de vue du droit international vient du Droit communautaire, à respecter les engagements internationaux de ses États membres en matière des droits de l'homme, même antérieurs à son incorporation à l'Union?
- C) En plus de la capacité de sanctionner à un État membre qui viole systématiquement les droits de l'homme et les principes démocratiques et de l'État de Droit à travers la complexe disposition de l'article 7 du Traité de l'Union Européenne (TUE), est-ce que l'Union a des obligations internationales positives vis-à-vis ses États membres en termes de promouvoir à son intérieur les droits de l'homme? Est-ce l'Union obligée dans la mesure des compétences attribuées à promouvoir et compléter l'action des États membres pour atteindre les objectifs que les traités sur les droits de l'homme imposent à ces dernières, par exemple, en termes de logement, nourriture ou emploi? Jusqu'au présent l'Union n'a pas été

compétente sur la situation des droits de l'homme qui relève des compétences exclusives de ses États membres. Mais, peut-elle avoir au moins une responsabilité *in vigilando* qui découle de ses attributions en matière économique et monétaire sur le niveau d'exécution de certains droits fondamentaux dans les États membres ?

Il semble évident que l'Union Européenne et ses institutions ne peuvent pas contredire activement les obligations internationales que ses États membres ont depuis longtemps assumées dans le champ de la protection des droits de l'homme ; c'est encore plus compliqué e déterminer si en effet l'Union doit d'une façon active contribuer dans son sphère à la réalisation de tels objectifs d'une manière proportionnel aux pouvoirs reçus. Est-ce qu'on peut dire que chaque attribution des pouvoirs souverains à l'Union, faite parmi les successives réformes des traités constitutives, supposait de façon implicite une livraison aussi des obligations corrélatives en matière des droits de l'homme?

Pendant les années 70 du siècle antérieur, les Cours Constitutionnels de certains États membres étaient fortement jalouses d'accepter la primauté du droit européen sur ses propres chartes constitutionnelles, c'est-à-dire, les normes suprêmes qui contenaient déclarations programmatiques des droits fondamentaux. Les Cours italienne et allemande, particulièrement, se sont rebellées contre la primauté du droit européenne en tant que la garantie des droits constitutionnels fondamentaux de leurs citoyens n'était pas assurée au niveau de l'Union Européenne d'une façon suffisante. Traditionnellement, la Cour de Justice avait remédié l'absence au niveau des Communautés Européenne d'un catalogue des droits fondamentaux avec le recours aux principes généraux du droit communautaire, parmi une connue formule « prétorienne » qui s'inspirait :

- a) Dans les nommées traditions constitutionnels communes.
- b) Dans les dispositions des accords internationaux dont les États membres étaient parties contractantes ou avaient collaboré à son adoption, notamment la Convention Européenne des Droits de l'Homme. On observe qu'il y a une utilisation très résiduelle dans la jurisprudence de la Cour de Justice d'autres traités internationaux qui lient tous les États membres : les Pactes de Nations Unies de 1966 sur les Droits Civiles et Politiques et sur les Droits Sociaux,

Économiques et Culturels, la Charte Sociale Européenne, la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, etc.

De cette seconde source on veut aller plus loin dans cette recherche:

- a) Quels sont les traités, différents de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, qui ont été employés par la Cour de Justice de l'Union pour la concrétion des droits fondamentaux protégés en tant que principes générales du droit ?
- b) Pourrait l'Union elle-même devenir une partie contractante de ces traités, pour se soumettre à leurs respectives mécanismes de contrôle ?
- c) Est-ce qu'il y a dans l'ordre juridique de l'Union Européenne une différence de traitement entre ces accords qui lient *tous* ses États membres et ceux-là que par contre lient seulement une *majorité* d'eux ?
- d) Les droits humains reconnus et protégés par ces instruments internationaux (fondamentalement traités) peuvent avoir dans l'ordre juridique de l'Union Européenne une réception et une application juridique au-delà de sa reconnaissance parmi la figure des « principes généraux de droit », c'est-à-dire, en tant que normes internationales en elles-mêmes?

Une ambition centrale du présent travail de Doctorat consiste à déterminer si la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne fait obstacle ou facilite, par contre, l'application de ces normes juridiques internationales dans l'ordre juridique de l'Union, c'est-à-dire, si la Cour de Justice refoule confier plus souvent à celles-ci parce qu'elle préfère son propre catalogue contraignante depuis le 1^{er} décembre 2009. La Charte des Droits Fondamentaux contient une disposition que bien pourrait être assimilée aux dispositions des constitutions des États membres qui supposent une ouverture au droit international des droits de l'homme. Il s'agit de son article 53. On peut dire que le même établit une clause de non-régression en concernant le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union : ainsi le niveau de protection ne peut pas aller au dessous duquel est établie, dans son respective terrain, par :

- a) En premier lieu, par les traités que l'Union a conclus. Aujourd'hui, la Convention des Nations Unies sur les Droits des Personnes Handicapées, et probablement la Convention Européenne des Droits de l'Homme.
- b) Le Droit international général. Cette expression introduit l'idée du respect aux normes internationales coutumières en matière de droits de l'homme.
- c) Les obligations internationales qui sont communes à tous les États membres.
- d) Les traditions constitutionnelles communes.

En vue de ce schème, est-ce qu'on peut dire que l'article 53, comme minimum, oblige à faire une interprétation du Droit de l'Union Européenne conforme aux objectifs du Droit international des Droits de l'Homme? En allant plus loin, on verra dans quelle mesure le droit international des droits de l'homme peut devenir aussi un paramètre de la validité et légalité du droit dérivé adopté par les institutions de l'Union Européenne.

MÉTHODOLOGIE ET PLAN D'EXPOSITION :

Ce travail de Thèse de Doctorat est structuré en trois Chapitres :

- a) Le Premier Chapitre, part de l'expérience *historique* de l'adhésion de l'Union Européenne à la Convention Européenne des Droits de l'Homme, laquelle a commencé à être négociée depuis plus de 30 ans sous le Traité de Lisbonne. La Convention Européenne des Droits de l'Homme est sans doute le premier traité international sur les droits de l'homme que les disparues Communautés Européennes aient envisagé conclure. Cependant, la jeune Convention des Nations Unies sur les Droits des Personnes Handicapées adoptée en 2006 qui a été le premier traité international destinée à la protection international des droits de l'homme conclu par l'Union Européenne, montre un intéressant exemple sur la participation de l'Union Européenne dans sa négociation et aussi sa contribution à développer le Droit International des Droits de l'Homme avec un traité international qui suit une ligne vers la spécialisation des droits de l'homme en attendant les besoins particulières d'un groupe humain si concret. L'Union Européenne a manifesté sa volonté de s'obliger en vertu de ce traité le 23 décembre 2010 : de cette façon, elle a été la première organisation internationale en être partie dans un traité international pour la protection des droits humains ;

l'importance de ce fait est double, parce que c'était aussi la première fois que l'Union est devenue partie dans un traité de droits de l'homme, même avant que son adhésion à la Convention Européenne des Droits de l'Homme -qui était projetée après la fin des années 1970- aie été complétée. L'Union aura conclu dans un horizon pas lointain un traité international pour la protection des droits de l'homme dans le cadre universel des Nations Unies et aussi dans le cadre régional européenne du Conseil de l'Europe.

À la lumière de la participation de l'Union Européenne dans la négociation et adoption de la Convention des Nations Unies sur les Droits des Personnes Handicapées, est-ce qu'on peut dire que l'Union a la compétence externe pour s'y adhérer à d'autres traités internationaux existants ou futurs sur la protection des droits de l'homme? Une fois analysé ce précédent, on va examiner méticuleusement la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne sur les relations extérieures pour connaître si l'Union pourrait conclure d'autres traités internationaux dans le domaine des droits de l'homme sur la base des *compétences implicites et du parallélisme entre compétences externes et internes*. Jusqu'au présent, on trouve seulement d'autres exemples de traités qui prévoient la participation de l'Union Européenne dans le cadre du Conseil de l'Europe, mais, l'Union Européenne n'a pas décidé de s'y convertir en partie contractante. Une énumération et réflexion sur les traités en matière de droits de l'homme auxquels hypothétiquement l'Union pourrait accéder sera faite dans ce Chapitre.

À continuation, on examinera brièvement la question concernant si l'Union peut et dans quelle mesure contribuer avec ses relations extérieures à développer des normes internationales coutumières dans le domaine des droits de l'homme: bien évidemment si l'Union avec sa pratique internationale, particulièrement parmi l'inclusion des *clauses démocratie et droits de l'homme* dans les accords de coopération ou d'association avec des pays tiers, a contribué a développer la coutume internationale dans ce domaine, il n'y a pas de doute que la propre Union sera lié aux normes internationales sur la protection des droits de l'homme qui ont acquis la condition de normes coutumières.

Ce Chapitre finit avec la réflexion relative au possible lien de l'Union Européenne aux obligations internationales de ses États membres dans le domaine des droits de l'homme selon la doctrine de la succession. Pour résumer,

on peut signaler que le Chapitre analyse dans la phase *ascendante* les multiples façons dans lesquelles l'Union peut être liée au plan international aux obligations en matière de droits de l'homme.

- b) Le Deuxième Chapitre, est orienté à étudier la réception, la position et l'éventuel effet direct des normes internationales pour la protection des droits de l'homme dans l'ordre juridique de l'Union Européenne. On n'analyse pas seulement la réception des accords internationaux que l'Union peut conclure avec des États ou organisations internationales tiers, mais aussi la réception des actes unilatéraux des organisations internationales auxquelles les États membres appartiennent (les Nations Unies) et du droit international général de nature coutumière. Le schème reproduit pour la réception et la position du droit international dans l'ordre juridique de l'Union doit être aussi appliqué à autres accords internationaux que malgré n'avoir comme propos principal les droits de l'homme, sont susceptibles d'affecter aussi bien positivement que négativement la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union Européenne et ses États membres. Un exemple du premier type d'accord serait la Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, et un exemple d'accord potentiellement négative dans le domaine des droits de l'homme est constituée par les accords *PNR* sur le transfert des données des passagers aériens. Il convient d'aller au-delà du débat entre monisme et dualisme à l'heure de qualifier l'ordre juridique de l'Union en termes de sa réception du droit international. Une approche casuistique et empirique s'impose sur des questions que nuancent le caractère traditionnellement défini comme monisme modéré du droit de l'Union Européenne.

Les rapports entre le droit conventionnel de l'Union et le droit de ses États membres est analysé en premier lieu pour établir une « hiérarchie » ; à continuation, les rapports droit conventionnel-droit dérivé ; et finalement, les rapports entre le droit conventionnel de l'Union Européenne et son propre droit primaire. L'Union Européenne ne peut pas acquérir des compromis internationaux qui violent les droits fondamentaux qui font partie de son droit primaire, particulièrement de sa Charte de Droits Fondamentaux. La Cour de Justice parmi la procédure d'avis préalable et le Parlement Européen parmi la fonction d'approbation établie par l'article 218.6 a) du Traité de Fonctionnement

de l'Union Européenne sont responsables d'empêcher que l'Union puisse acquérir obligations internationales contraires au respect aux droits fondamentaux. On considérera aussi l'éventualité du contrôle *a posteriori* de la compatibilité avec les traités d'un accord international conclu par l'Union, malgré le possible déclenchement de la responsabilité internationale de l'Union dans ce cas. Est-ce que la Cour de Justice consacre le respect de la primauté du droit international général sur le droit de l'Union Européenne? Y-a-il des changes quand il s'agit du droit international qui concerne les droits de l'homme?

Un facteur qui doit être pris en considération comme « baromètre » de l'amitié de la Cour de Justice pour le droit international est la doctrine de l'effet direct des dispositions contenues dans les accords internationaux conclus par l'Union Européenne : la jurisprudence de la Cour de Justice sur l'effet direct est un outil très précis pour tester la capacité de la Convention Européenne des Droits de l'Homme ou de la Convention des Nations Unies sur les Droits des Personnes Handicapées pour faire valables face au juge national les droits subjectifs conférés par ces instruments dans l'application décentralisé du droit de l'Union.

Le Chapitre finit avec une épigraphe destinée à étudier quel est le statut dans l'ordre juridique de l'Union des accords internationaux sur les droits de l'homme qui lient seulement les États membres, mais pas l'Union comme tel. Est-ce qu'il y a une différence dans son traitement à la jurisprudence de la Cour de Justice entre les obligations internationales communes à tous les États membres et celles qui engagent seulement un nombreux groupe d'États membres ? On constate, que les Avocats Généraux ont été, comme règle, plus attentives et sensibles que la Cour de Justice, aux traités qui lient les États membres dans le domaine des droits de l'homme mais pas l'Union comme tel. Leur critère a été plus favorable à une intégration systémique du droit de l'Union des droits fondamentaux en consonance avec le droit international des droits de l'homme.

- c) Le Troisième Chapitre complète la phase nommée *descendante* avec la problématique inhérente à l'application et l'exécution des obligations dérivées de trois accords internationaux dans l'ordre juridique de l'Union Européenne : il s'agit de la Convention des Nations Unies sur les Droits des Personnes Handicapées, de la Convention Européenne de Droits de l'Homme et de la

Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant de 1989. D'abord la Convention des Nations Unies sur les Droits des Personnes Handicapées qui tombe sur des domaines de compétences matériaux partagées par l'Union et ses États membres. Elle est un cas *d'accord mixte*, mais un accord mixte *incomplet* : l'Union a fait le dépôt de l'instrument de confirmation officiel de ce traité avant que la totalité de ses États membres l'eussent ratifié. La particularité réside dans le fait que l'Irlande, la Finlande et les Pays-Bas même s'ils ne sont pas des parties contractantes dans la Convention doivent par exigence du Droit de l'Union Européenne accomplir les obligations que celle-ci impose dans le champ d'application du Droit de l'Union Européenne. L'Union n'a pas pour l'instant adopté un instrument législatif visant à incorporer toutes les obligations qui découlent de la Convention : l'unanimité n'a pas été trouvée au sein du Conseil de l'Union pour étendre l'interdiction de discrimination pour raison de handicap en dehors du cadre de l'emploi et l'occupation. La Cour de Justice de l'Union Européenne vient de donner la définition de handicap en application de la Convention de l'ONU en réponse à une pétition préjudicielle formulée précisément par une cour irlandaise : une définition qui lie tous les États membres dans le champ d'application du Droit de l'Union.

Le deuxième traité qu'on analyse dans ce Chapitre est la Convention Européenne des Droits de l'Homme : elle a déjà reçu une considération singulière par la Cour de Justice de l'Union avant l'adhésion. On réfléchit sur les implications et transformations plus importantes, *d'envergure constitutionnelle* que l'adhésion emportera pour l'ordre juridique de l'Union Européenne. Une fois l'accord qui permettra l'adhésion de l'Union soit adopté par le Comité de Ministres du Conseil de l'Europe (les négociations se sont déroulées depuis le mois de juin de 2010) il devra être ratifié par les 47 États membres du Conseil de l'Europe plus la propre Union Européenne. La procédure prévue pour l'engagement de l'Union dans ce cas est énormément complexe : unanimité au Conseil, approbation du Parlement Européen et ratification par chaque État membre en conformité avec son respectif ordre constitutionnel. Une fois l'accord qui instrumente l'adhésion soit obtenu probablement l'avis préalable de la Cour de Justice de l'Union sera requis : elle devra se prononcer avant d'un engagement de l'Union sur la délicate question relative au respect de l'autonomie et la spécificité de l'ordre juridique de l'Union. Une fois ces

questions, concernant la phase ascendante soient résolues il faudra s'occuper de la responsabilité internationale de l'Union Européenne et ses États membres devant la Cour de Strasbourg, et après de l'exécution des arrêts de la Cour Européenne dans l'ordre juridique de l'Union. La question sur la responsabilité n'est pas futile, parce que la Cour de Strasbourg ne peut pas s'immiscer dans la distribution de compétence verticale entre l'Union et ses États membres. Pour cette raison les deux projets d'accord pour l'adhésion, existantes jusqu'aujourd'hui, ont prévue la figure du codéfendeur avec caractère facultatif que permettra une sorte de responsabilité conjointe et solidaire entre l'Union et ses États membres face à la Cour de Strasbourg. Son analyse est faite dans cette épigraphe avec l'intention de contribuer à clarifier la responsabilité internationale de l'Union Européen dans le domaine des droits de l'homme.

Enfin, on s'occupe de la Convention des Nations Unies dans l'ordre juridique de l'Union Européenne : la Convention de New York de 1989 est un traité international qui oblige tous les États membres de l'Union, mais l'Union elle-même n'a pas devenue une partie contractante malgré qu'elle puisse le faire parmi l'article 352 du Traité de Fonctionnement de l'Union Européenne. La Convention sur les droits de l'enfant reflète aussi dans une bonne mesure le droit international général coutumier si on attend à son niveau de ratification, presque tous les pays sauf deux absences notables (la Somalie et les États Unies) y sont parties contractantes. L'Union a décidé de donner application autonome parmi son droit dérivé aux obligations qu'impose cette Convention de Nations Unies : des progrès substantielles ont été faits dans ce domaine avec l'adoption d'une Directive pour combattre la traite des êtres humains (2011/36/UE) et d'une Directive pour la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants ainsi que de la pédopornographie (2011/92/UE). Par contre les Directives qui régulent le droit au regroupement familial (2003/86/CE) et le retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (2008/115/CE) sont plus problématiques à l'heure de consacrer suffisamment le respect de l'intérêt supérieur du mineur. Particulièrement délicate semble la situation des mineurs non accompagnés qui arrivent à l'Union en provenances des pays tiers. L'Union a comme un objectif central de son action extérieur la promotion des droits de l'enfance (article 3.5 du Traité de l'Union Européenne), donc on finit avec l'examen des mesures que l'Union mise en œuvre pour combattre le travail

infantile dehors ses frontières. L'exemple de la Convention relative aux droits de l'enfance montre une façon alternative à l'engagement formel pour accomplir les obligations dérivées d'un traité pour la protection international des droits de l'homme duquel sont parties contractantes tous les États membres : le principal inconvénient relève de l'impossibilité de que l'Union soit soumise au contrôle du Comité de Nations Unies sur les droits de l'enfant qui est placé à Genève.

CONCLUSIONS :

***PREMIÈRE-** Les obligations internationales des États membres de l'Union Européenne dans le domaine des droits de l'homme sont plus amples et diverses et, au même temps, elles sont d'une intensité supérieur que celles de la propre Union Européenne dans ce terrain. De la perspective du Droit de l'Union, comme une conséquence de la majeure intégration économique, devient plus nécessaire une attribution explicite de compétences à l'Union Européenne pour permettre l'exercice utile de la compétence que les États membres encore retiennent dans le champ des droits de l'homme. En plus, la Commission Européenne et la Cour de Justice de l'Union devront devenir progressivement des vrais organes de contrôle des droits fondamentaux.*

Quand les États membres appliquent le Droit de l'Union, ils doivent respecter les droits fondamentaux en tant que ces derniers sont protégés par l'ordre juridique de l'Union (soit par la voie des principes généraux, soit par application de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne). La Cour de Justice de l'Union Européenne a soutenu à plusieurs reprises dans sa jurisprudence que les États membres sont obligés à garantir le respect de ces droits fondamentaux que l'ordre juridique de l'Union tutelle. Évidemment, il s'agit d'une obligation de ne pas violer d'une façon active son contenu essentiel, le noyau dur de ces droits fondamentaux, c'est-à-dire, on parle d'une obligation à caractère passif, *de respecter*. Par contre, des traités internationaux destinés à la protection des droits de l'homme auxquels les États membres sont parties contractantes dans le cadre des Nations Unies et du Conseil de l'Europe en découlent des obligations pas seulement de *respect*, mais aussi de *protéger*, *de promouvoir et d'accomplir* (obligations positives). Logiquement les États membres ont ces obligations

quand même quand ils appliquent le Droit de l'Union. Vers cette seconde dimension le Droit de l'Union demeure encore plus étrange, y compris, relativement myope.

Nonobstant, ces obligations internationales des États membres ont une importance essentielle comme substrat duquel les valeurs fondamentales de l'Union se nourrissent. Cette disparité dans le caractère des obligations peut affecter négativement à l'universalité des droits de l'homme, en produisant une disparité dans l'intensité de sa protection, selon les États membres exécutent le Droit de l'Union (spécialement dans les espaces où les États membres ont perdu sa capacité d'agir individuellement) ou bien son propre droit interne. L'Union a commencé à compenser sa traditionnelle absence *d'obligations internationales à caractère positif* dans le domaine des droits de l'homme quand elle est devenue partie contractante de la Convention des Nations Unies sur les Droits des Personnes Handicapées. En plus, l'Union est en train d'acquiescer obligations positives parmi son annoncée adhésion à la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

Du point de vue du Droit International Public, en tant que sujet de Droit international, l'Union Européenne est engagée par ces normes internationales de protection des droits de l'homme qui font partie du Droit international général de nature coutumière : dans ce terrain là, l'existence d'obligations positives vers ses propres États membres est assez discutable.

Du point de vue du Droit de l'Union Européenne, on peut dire que l'Union est *obligée* dans la pratique en vertu de l'article 351 du Traité de Fonctionnement de l'Union Européenne à ne pas adopter de mesures qui soient contraires aux obligations internationales des États membres dans le domaine des droits de l'homme. Logiquement convient d'éviter les indésirables conséquences d'une éventuelle application de cet article : il faut rappeler l'arrêt *Burgoa*, on n'est pas ici en présence d'une obligation internationale, sinon d'une obligation pour les institutions de l'Union envers ses propres États membres comme corollaire du devoir de coopération loyale prévue à l'article 4.3 du Traité de l'Union Européenne.

Paradoxalement, pour œuvre de son propre Droit primaire l'Union Européenne a acquiescé, par contre, l'obligation à caractère positif de promouvoir le respect à l'universalité e l'interdépendance des droits de l'homme dans ses rapports avec le reste du monde. Cependant, à l'intérieur, au-delà des difficultés que l'article 7 du Traité de l'Union Européenne présente pour son activation, la *commission par omission* est la principale faute que l'Union affronte. La dimension intergouvernementale et le principe

de compétences par attribution imposent encore des notables limitations à l'Union Européenne vers la situation des droits de l'homme à l'intérieur de ses propres États membres.

Les droits économiques, sociaux et culturels ne sont pas les uniques qui requièrent d'une action positive, la même chose succède avec les droits humains à caractère civil et politique (il faut penser au difficile accès aux procédures pour la détermination de le status de réfugié ou bien à la prohibition de refoulement ; le plus qu'hypothétique échec du Système Européenne Commun d'Asile à l'heure d'établir le respect à le standard minime de protection du Droit international des Droits de l'homme en consonance avec le Droit international des réfugiés ; où bien à l'insuffisante réaction des institutions de l'Union Européenne face à la collaboration de plusieurs États membres avec les *vols secrets* de la CIA nord-américaine).

Il faut penser à la pauvre capacité de réaction que les institutions de l'Union Européenne possèdent avec l'actuel Droit primaire pour faire face à une situation d'effondrement démocratique ou de dérive autoritaire chez quelqu'un des États membres de l'Union : cet échec pourrait éroder les valeurs fondamentales de la propre Union. La situation présente en Hongrie qui montre énormes doutes sur la compatibilité de la nouvelle Constitution national avec le Droit international et européen des droits de l'homme laisse ouvert un profond interrogant : dans le cas d'une violation suffisamment caractérisée des droits humains dans un État membre, où est/devrait être la frontière entre un simple recours en manquement et l'activation du mécanisme de dissuasion/sanction prévu dans l'article 7 du Traité de l'Union Européenne ? Ne serait-il pas plus opportun doter à l'Union Européenne de mécanismes positifs envers ses propres États membres avec la finalité d'empêcher cet amère situation ? Est-ce qu'un État membre avec une défaillance structurelle dans le domaine des droits de l'homme dans des situations *purement internes* pourrait, peut-être, offrir un standard plus élevé de protection équivalant à celui-là des autres États membres quand il agit en application du Droit de l'Union ?

Les droits des personnes handicapées rompent la dichotomie entre les deux catégories principales de droits humains (civiles et politiques face à économiques, sociaux et culturels), de cette façon ils contribuent à montrer et réaffirmer leur interdépendance, fréquemment si oubliée. Dans ce cas, la réalisation progressive de nombreuses obligations requiert, pas exclusivement mais si essentiellement, des ressources budgétaires à caractère financier. Les États membres qui font partie de l'Union

Économique et Monétaire, d'une façon spéciale, voient sérieusement conditionnée sa disponibilité de ressources pour la réalisation des obligations qui découlent de la Convention des Nations Unies pour les droits des personnes handicapées par la politique économique et monétaire poussée par les institutions de l'Union Européenne. Nonobstant, le placement des personnes handicapées en institutions comme traitement systématique, qui se produit dans certaines États membres, notamment dans le cas des personnes avec un handicap de type intellectuel, est un aspect qui alarme du point de vue du respect de leur droit à l'autonomie, participation et intégration dans la vie communautaire : bien que les attributions de l'Union Européenne dans ce sujet soient d'un caractère résiduel, elles existent.

La révision du Droit primaire qui était faite par le Traité d'Amsterdam a permis parmi le droit dérivé adopté que l'Union Européenne aie acquises des obligations à caractère positif pour la lutte contre la discrimination à cause de religion, du handicap, de l'âge, de l'orientation sexuelle, ainsi comme de l'origine ethnique ou racial (dans ce dernier cas il faut ajouter que la législation adoptée ne se borne pas seulement au cadre de l'emploi et de l'occupation). L'actuel article 10 du Traité de Fonctionnement de l'Union Européenne oblige à que l'Union lutte activement contre toutes les manifestations de la discrimination précitées dans la définition et l'exécution de toutes ses politiques. Mais, au-delà de la Convention des Nations Unies sur les droits des personnes handicapées, l'Union certainement n'a pas assumé aucune obligation dans le plan international d'une façon explicite qui puisse faire effective ce mandat transversal qui est contenu dans son droit primaire. Ce mandat, en plus, se trouve dans le plan normatif empêché à cause de l'exigence de l'unanimité des États membres pour pouvoir avancer.

D'un autre côté, il faut signaler que la Charte des Droits Fondamentaux a laissé dehors de la codification quelques droits humains qui sont contenus dans les traités internationaux qui obligent tous les États membres : par exemple, du Pacte des Nations Unies relatif aux Droits Économiques, Sociaux et Culturels de 1966, le droit à un niveau de nourriture, vêtement et logement suffisants.

Bien sûr, résulte préoccupant qu'à cause d'une profonde situation de crise économique la réduction du niveau de réalisation des droits économiques, sociaux et culturels dans les États membres de l'Union aie fini par dégrader aussi les droits civiles et politiques dans leur intérieur, une tendance qui menace le cœur de la propre intégration européenne.

DEUXIÈME- La conclusion de la Convention des Nations Unies sur les Droits des Personnes Handicapées prouve que l'Union Européenne possède la compétence externe pour se convertir en partie contractante d'autres traités internationaux de droits de l'homme –adoptés dans le cadre de Nations Unies et du Conseil de l'Europe-. On peut soutenir cette compétence sur la base de la doctrine des compétences implicites et du parallélisme entre compétences internes et externes.

Parmi les motifs qui ont poussé l'Union Européenne à participer dans la négociation, adoption et finalement la confirmation officielle de la Convention des Nations Unies sur les droits des personnes handicapées on pourrait souligner la volonté de préserver et aussi d'exporter vers le plan international sa propre législation en matière de lutte contre la discrimination entre autres raisons à cause de handicap. On pourrait dire que l'intention de l'Union de participer aux négociations de la Convention était d'éviter que ses États membres individuellement eussent l'opportunité d'acquiescer des compromis internationaux incompatibles avec la Directive 2000/78/CE, qui avait été déjà adoptée par ses institutions. En plus, on peut dire que la participation de l'Union Européenne a servi comme stimulant envers ses propres États membres ; une preuve résulte qu'on est en présence d'un accord mixte incomplet : l'Union Européenne et la majorité de ses États membres ont signé la Convention dans le moment de son ouverture à la signature, nonobstant, cinq États membres l'ont fait après ce moment ; en plus, sept États membres ont manifesté son consentement d'être obligés en vertu de la Convention après que l'Union l'a fait. Aujourd'hui seulement la Finlande, l'Irlande et les Pays Bas continuent sans ratifier la Convention d'être l'ensemble des États membres de l'Union. Les frictions entre la dimension intergouvernementale et supranationale du projet d'intégration européenne a supposé aussi dans ce terrain un frein : d'un côté, l'Union n'a pas prêté aucun soutien au mécanisme conventionnel pour le contrôle de ce traité, parce qu'elle n'a pas manifesté sa volonté de s'obliger en vertu du Protocol Facultatif à la Convention. De l'autre côté, l'exigence d'unanimité est un obstacle pour obtenir le développement normatif intégral des obligations qui découlent de la Convention. Mais bien, le neuf et encore non utilisé article 19.2 du Traité de Fonctionnement de l'Union Européenne permet par le biais la procédure législative ordinaire que l'Union Européenne puisse adopter les principes essentiels pour compléter les actions des États membres à l'heure de combattre la discrimination fondée sur le handicap.

Il y a au moins trois options qui donneraient à l'Union Européenne la compétence externe pour se convertir en partie contractante dans certains traités internationaux relatifs aux droits de l'homme : a) le risque d'affectation ou d'altération des normes communes, à conséquence des obligations des États membres (il faut penser au *Règlement Dublin II* devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme) ; b) le critère de la nécessité de que l'Union exerce sa compétence externe à fin de conclure les traités relatives aux droits de l'homme pour permettre que l'exercice des compétences que l'Union a attribuées *ad intra* oriente à l'Union vers la consécution des objectifs que l'Union a dans le domaine des droits de l'homme. L'établissement des normes autonomes dans l'ordre juridique de l'Union qui vérifient sa pleine compatibilité avec le Droit international des Droits de l'homme uniquement pourrait être garanti quand les mécanismes conventionnels de protection des droits de l'homme puissent faire son scrutin sur lesdites normes autonomes. Voilà la plausibilité du critère de la nécessité fondée sur la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union relative aux relations extérieures de l'Union ; c) le recours à la clause de flexibilité de l'article 352 du Traité de Fonctionnement de l'Union Européenne. Ce mécanisme a été employé pour créer l'Agence des Droits Fondamentaux de l'Union et pour conclure un accord de coopération entre elle et le Conseil de l'Europe en 2008. Malgré cet accord les rapports Union Européenne-Conseil de l'Europe, ne sont pas toujours en termes de synergie.

Dans le terrain de la promotion du respect universel aux droits de l'homme, la présence de l'Union avec ses États membres peut augmenter l'efficacité de l'action extérieure par le biais de plusieurs voix qui émettent un seul message, mais suppose aussi le risque évident de la lenteur de la recherche d'un message unique. On peut dire, en termes générales, que la présence des États membres à côté de l'Union dans le cadre des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme est complémentaire et contribue à éviter des lacunes dans la protection.

Laissant de côté le cas de la Convention de Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées et de la Convention Européenne sur les Droits de l'homme dans le cadre du Conseil de l'Europe, les seuls traités pour la protection des droits humains qui prévoient d'une façon explicite la participation de l'Union Européenne comme partie contractante ont été adoptés au sein du Conseil de l'Europe. Jusqu'au présent l'Union n'a pas montré la volonté politique de s'y adhérer aux mêmes.

À la lumière du précédent de la Convention relative aux personnes handicapées, l'Union pourrait contribuer au futur développement du droit international des droits de l'homme,

comme pionnière dans le cadre juridique universel pour l'élaboration et adoption des nouveaux traités internationaux : par exemple, adressés aux droits des personnes âgées, aux droits des peuples indigènes, à l'élimination de la discrimination fondée sur la religion, l'orientation sexuelle, etc. Serait-il très ingénu penser que l'Union pourrait avoir dans un futur proche l'intérêt à promouvoir une norme internationale contraignante sur la responsabilité en termes de droits de l'homme des entreprises transnationales ?

Cette tendance d'atteindre les besoins particuliers des groupes humains spécifiques pose aussi des risques de fragmentation du propre Droit international des Droits de l'homme, qui est sujet à un procès d'inflation normative, lequel ne devrait pas conduire à une dilution de la réalisation du noyau dur et commun des droits de l'homme.

Une preuve additionnelle qui montre que l'Union a gagnée la compétence externe est le fait que le projet d'accord pour l'adhésion de l'Union à la Convention Européenne des Droits de l'Homme prévoit que l'Union participe avec le droit de vote dans les sessions du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe visant à l'adoption des neuf protocoles additionnels à la propre Convention Européenne des Droits de l'Homme.

Finalement, la raison fondamentale pour soutenir la nécessité de que l'Union soit engagée formellement aux traités internationaux relatifs aux droits de l'homme se trouve dans le besoin de qu'elle soit soumise aux mécanismes conventionnelles pour la protection des droits de l'homme de la même façon que ses propres États membres y sont soumis : pendant qu'on attend les observations finales du Comité de Nations Unies sur les droits des personnes handicapées en réponse au premier rapport périodique présenté par l'Union, on peut dire que l'Union et son ordre juridique demeurent immunes au contrôle externe et direct dans le domaine des droits de l'homme. Uniquement dans le cadre de la Cour Européenne des Droits de l'Homme un contrôle externe à caractère indirect et imparfait a été fait sur l'ordre juridique de l'Union, mais, toujours d'une façon médiate à travers la figure de ses États membres.

Si on part de l'assomption de que la ratification et la conclusion des traités internationaux est un indice d'une bonne prédisposition à son accomplissement et respect, et en plus, elle suppose une objectivation des conduites, on ne peut que conclure que l'engagement formelle de l'Union aux traités relatives aux droits de l'homme existantes ou futurs fera améliorer la crédibilité du discours de promotion du respect universel aux droits de l'homme que l'Union invoque toujours dans ses relations avec le reste de sujets de Droit international public

TROISIÈME- *La congruence entre la dimension intérieure et la dimension extérieure de la protection internationale des droits de l'homme qui réalise l'Union Européenne requiert, dans l'application du Droit de l'Union, de la Cour de Justice de l'Union Européenne d'une majeure ouverture, perméabilité et réceptivité vers les traités internationaux de droits humains, autres que la Convention Européenne. Pour cette finalité, l'article 53 de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne pourrait être employé pas seulement comme une clause de non-régression mais aussi comme une clause d'ouverture au Droit international des Droits de l'homme, comme critère herméneutique du Droit de l'Union.*

On aura des difficultés à discuter que les États membres ont voulu limiter parmi l'actuel rédaction de l'article 6.3 du Traité de l'Union Européenne le rôle à jouer dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne des autres traités internationaux qui obligent l'ensemble des États membres pour la protection des droits de l'homme, et qui soient différents à la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Bien connu résulte que la Cour de Justice, dans la détermination des droits fondamentaux que l'ordre juridique de l'Union tutelle comme des principes généraux, ne s'est pas bornée à l'emploi de la Convention Européenne des Droits de l'Homme comme le seul instrument. Bien au contraire, la Cour de Justice a employé comme des sources d'inspiration des normes contenues dans des autres traités internationaux qui lient les États membres en matière de droits de l'homme (le Pacte International de Droits Civils et Politiques, la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, la Charte Sociale Européenne...).

Les normes sur les droits fondamentaux contenues dans les traités internationaux qui obligent seulement les États membres (mais pas l'Union directement) n'ont jamais été immédiatement appliqués dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union : c'est-à-dire elles n'ont pas été appliqués dans sa qualité de normes internationales, elles ont par contre reçu application parmi la figure des principes généraux du droit.

On pourrait affirmer que les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme auxquels sont partie contractante seulement les États membres, mais pas l'Union Européenne, ne font pas partie de l'ordre juridique de l'Union ; néanmoins, cet affirmation n'est pas une peinture complète, parce que l'Union identifie son contenu comme juridiquement contraignante : dans la mesure que l'Union promeut le respect vers ces règles, bien dans ses relations extérieures, bien dans son propre droit dérivé, l'Union

reste elle-même engagée à respecter le contenu de ces traités internationaux en tant qu'il corresponde au Droit international général coutumier. La jurisprudence de la Cour de Justice a admis la réception automatique du Droit international coutumier dans l'ordre juridique de l'Union, jusqu'au point de pouvoir être l'application de la coutume internationale un motif qui peut permettre, y compris, la dérogation de certaines dispositions du droit primaire de l'Union (*arrêt Hongrie c. Slovaquie*, 2012).

Il faut préciser que jusqu'au moment présent la Cour de Justice de l'Union a refusé d'utiliser la figure énigmatique de la coutume internationale dans le domaine des droits de l'homme (même pour invoquer la Déclaration Universelle de 1948). Elle a préféré, par contre, la figure des principes généraux du droit avec le propos de maintenir l'autonomie et la spécificité du Droit de l'Union. Cette façon d'agir, contraste avec son attitude vers autres traités internationaux -hors le domaine des droits fondamentaux et qui lient tous les États membres- où la Cour de Justice a admis un devoir d'interprétation conforme du droit dérivé à leurs objectifs et principes.

La Cour de Justice s'est montrée myope face aux résolutions provenant des mécanismes conventionnels pour la protection des droits de l'homme, soient ils du cadre de Nations Unies ou du cadre régional européen (Conseil de l'Europe). La Cour de Justice de l'Union Européenne seulement a payé son attention à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Mais, paradoxalement la propre Cour Européenne de Droits de l'Homme a montré dans sa jurisprudence que les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme qui ont été ratifiés par un nombre considérable d'États parties à la Convention Européenne sur les Droits de l'Homme constituent un précieux instrument dans l'interprétation et détermination du contenu des droits que la propre Convention Européenne contient, et non seulement une simple source d'inspiration. Dans le chemin vers l'adhésion de l'UE à la Convention Européenne des Droits de l'Homme, résulte fortement souhaitable que la Cour de Justice de l'Union adopte une position plus favorable au dépassement de l'effet relatif des traités internationaux de droits de l'homme ainsi comme plus proche au principe d'intégration systémique contenu à l'article 31 de la Convention de Vienne sur le Droit des Traités.

En plus, la Cour Européenne des Droits de l'Homme ne s'est seulement servie de traités à caractère régional mais aussi de traités provenant du cadre des Nations Unies. De cette façon indéniablement la Cour de Strasbourg a contribué à augmenter les garanties juridictionnelles de ces traités au même temps que le contenu et substance de la Convention Européenne des Droits de l'Homme s'est largement enrichi. On peut dire

qu'un compromis décidé avec l'universalité, indivisibilité et interdépendance des droits de l'homme renforcerait la primauté et l'uniformité dans l'application du Droit de l'Union Européenne. La Cour de Justice de l'Union a considéré que le principe de bonne foi, de nature coutumière, à côté du devoir de coopération loyale, requiert interpréter le droit dérivé de l'Union en prenant en considération ces accords internationaux qui ont été ratifiés par l'ensemble des États membres, même si l'Union comme tel n'est pas partie contractante. Comme minimum serait désirable que cette approche soit étendue d'une façon explicite aux traités relatifs aux droits de l'homme qui lient tous les États membres. Ce virage, peu probable, pourrait venir parmi l'article 53 de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union. Cet article établit comme contenu minimum des dispositions de la Charte, dans leur respectif champ d'application, ce qui est signalé par le Droit international et les traités relatifs aux droits humains où sont parties contractantes tous les États membres (pas seulement la Convention Européenne des Droits de l'Homme de 1950 et ses protocoles n° 1 et n° 6 !). On trouvera la clé dans l'interprétation que la Cour de Justice fasse de la séparation entre les différents ordres juridiques impliqués : en matière de droits de l'homme résulte intenable une séparation totalement nette entre les champs d'application du Droit international général et du Droit de l'Union Européenne, il y a une communicabilité qui fait que le premier fasse partie du deuxième et au même temps le deuxième est une partie particulièrement développée du premier. Question différent résulte que la Cour de Justice de l'Union soit la gardienne qui s'occupe de définir la façon et conditions dans lesquelles le Droit international peut avoir application dans l'ordre juridique de l'Union. La communicabilité entre systèmes de droit passera chaque fois avec plus importance par l'équivalence des standards de protection des droits fondamentaux : bien connu résulte aussi que le Droit international n'offrit pas toujours un degré plus élevé de protection pour les droits fondamentaux.

Ce change d'attitude de la Cour de Justice qu'on propose devrait se traduire dans une conversion des normes internationales relatives aux droits de l'homme signalés¹²²⁶ en vrais paramètres pour l'interprétation et détermination du contenu des droits protégés par la Charte des Droits Fondamentaux. Cela ne porterait pas attentat contre l'antérieur jurisprudence de la Cour de Justice ni contre le rôle assigné aux Explications à la Charte qui doivent guider son application. Cette attitude décrite serait énormément plus

¹²²⁶ C'est-à-dire les normes coutumières et les normes des traités ratifiés par tous les États membres, à la lumière ces dernières de l'interprétation faite par leur respectif mécanisme de contrôle.

cohérente avec le rôle à jouer par l'organe juridictionnel supérieur d'un ordre juridique qui a été largement qualifié de *moniste*. La cohérence entre la promotion dans les relations extérieures du respect universel aux traités internationaux pour la protection des droits de l'homme et leur application et exécution interne dans l'ordre juridique de l'Union requiert d'une majeure réceptivité *in foro interno*, spécialement, dans son application judiciaire, et d'une plus forte sensibilité envers les obligations qui découlent de ces traités et des résolutions adoptés par les mécanismes conventionnels établis pour leur protection à niveau régional comme universel. Ce change supposerait une prise de conscience par la Cour de Justice de l'Union de sa fonction comme un acteur d'intérêt dans l'écriture du Droit international des Droits de l'homme comme un romain en chaîne, c'est-à-dire comme une actuation complémentaire de ce que les institutions de l'Union Européenne font dans leurs relations extérieures (il faut se souvenir que le mandat de l'article 3.5 du Traité de l'Union Européenne oblige toutes les institutions y compris la Cour de Justice de l'Union). Cette prise de conscience impliquerait un dialogue judiciaire plus profond que ce qui a été maintenu avec la Cour Européenne des Droits de l'Homme ou avec les cours suprêmes ou constitutionnelles des États membres. On peut dire plutôt, qu'il s'agirait d'un dialogue qui devrait arriver à toucher autres acteurs d'importance pour la protection des droits de l'homme : la Cour Internationale de Justice, le Conseil de Sécurité des Nations Unies, et les mécanismes conventionnels pour la protection des droits de l'homme établis dans le cadre des Nations Unies et du Conseil de l'Europe ainsi comme ceux qui ont été établis dans les autres cadres régionales divers à l'europpéen. Bien pourrait être une exigence de l'article 220.1 du Traité de Fonctionnement de l'Union Européenne. La Cour de Justice n'est pas une Cour des droits de l'homme, mais il est non plus une Cour seulement pour le droit administrative de l'Union Européenne : même la Cour de la Fonction Publique de l'Union Européenne a interprétée la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union en conformité avec la Charte Sociale Européenne Révisée –un traité international qui n'oblige pas tous les États membres-, elle l'a fait aussi sans allusion aux principes généraux du droit et avant que la Charte des Droits Fondamentaux était juridiquement contraignante.

Une raison additionnel pour soutenir cette interprétation *in bonus* pour l'article 53 de la Charte est que la Cour Européenne des Droits de l'Homme s'anticipant à la Cour de Justice de l'Union a déjà interprétée dans ce sans la Charte, également avant qu'elle était juridiquement contraignante.

Finalement, la Charte des Droits Fondamentaux ne semble pas admettre dans son article 53 une *géométrie variable* dans le domaine des droits fondamentaux : elle limite la relevance des traités relatifs aux droits de l'homme à ceux-là où l'ensemble des États membres y est partie contractante. Vraiment il n'y a pas de raison juridique pour soutenir la nécessité d'exclure la relevance de ces traités où seulement quelques États membres : la seule raison pourrait être d'éviter le risque d'affectation à l'uniformité dans l'application du Droit de l'Union. Cependant, la Cour de Justice a employé des traités relatifs aux droits humains dans moments où tous les États membres n'étaient pas des parties contractantes aux mêmes. Ne serait-elle pas valide la majorité qualifiée dans ce domaine ?

QUATRIÈME- *L'Union Européenne n'a été soumise d'une façon directe à aucun contrôle externe capable de déterminer son degré de respect et d'accomplissement des obligations en matière de protection internationale des droits de l'homme. Le premier résultat en ce sens se produira dans le moment où le Comité de Nations Unies sur les Droits des Personnes Handicapées évalue le premier rapport périodique que l'Union est obligée à présenter. L'expérience de l'adhésion à la Convention Européenne des Droits de l'Homme démontre la nécessité et les énormes difficultés qui se posent pour établir un régime de responsabilité internationale passive de l'Union dans le domaine des droits de l'homme : l'Union ne pourra pas se maintenir comme un régime autonome en matière de responsabilité internationale parmi le recours en exclusive à ses propres normes secondaires.*

La Cour Européenne des Droits de l'Homme et le Comité Européen des Droits Sociaux, dans le cadre du Conseil de l'Europe, ont soumis, spécialement le premier d'eux, l'ordre juridique de l'Union à un contrôle indirect –parmi ses États membres- du respect aux obligations dérivées de la Convention Européenne des Droits de l'Homme et de la Charte Sociale Européenne respectivement.

Tandis que la Cour Européenne des Droits de l'Homme a trouvé une solution pacifique dans l'arrêt *Bosphorus*, où elle a établie une présomption de compatibilité entre la Cour Européenne des Droits de l'Homme et le droit dérivé de l'ancien premier pilier communautaire, le Comité Européen des Droits Sociaux, de son côté, a refusé

l'existence de toute sorte de présomption de protection équivalente aux droits recueillis par la Charte Sociale Européenne dans l'ordre juridique de l'Union.

Ce contrôle indirect du Droit de l'Union par la Cour Européenne des Droits de l'Homme, qui a une intensité énorme dans les arrêts *M.S.S. c. Belgique et Grèce* (sur le Règlement Dublin II) ou le plus récente *Michaud*, démontre qu'une vision sacralisée de l'autonomie normative et interprétative du Droit de l'Union est vraiment difficile à soutenir.

Pendant les négociations qui visent à l'adhésion de l'Union Européenne à la Convention Européenne des Droits de l'Homme, pour permettre que la Cour de Strasbourg puisse adresser ses arrêts contre l'Union, ses États membres, ou tous les deux, selon soit correct, a été prévu un mécanisme de codéfendeur. Ce mécanisme, pourra être l'objet d'un avis préalable de la Cour de Justice de l'Union. Dans le projet d'accord pour l'adhésion le mécanisme de codéfendeur a été prévu avec caractère facultative. Pour permettre un adéquat équilibre entre l'autonomie du Droit de l'Union et l'effectivité des arrêts de la Cour de Strasbourg, le mécanisme devrait avoir caractère obligatoire dans certains cas, comme corollaire du devoir de coopération loyale. Le mécanisme devrait devenir un mécanisme d'intervention forcée, pour empêcher que le sujet théoriquement responsable de l'infraction de la Convention Européenne des Droits de l'Homme puisse échapper à se convertir en l'une des parties dans la procédure contentieuse devant la Cour de Strasbourg. Ce mécanisme de codéfendeur tel y comme a été prévu permet que la Cour Européenne puisse adresser son éventuelle arrêt de condamnation contre tous les parties dans le litige, même ayant l'option de déclarer la responsabilité solidaire et conjointe de l'Union et ses États membres comme conséquence d'une infraction dans l'application du Droit de l'Union.

La Cour Européenne devrait pouvoir distribuer dans certains cas les effets obligatoires qui découlent de son arrêt entre l'Union Européenne et ses États membres : en premier lieu, dans le cas où pendant le déroulement de la procédure litigieuse l'Union et l'État/s membre/s se sont mis d'accord sur la magnitude de leurs respectives compétences/responsabilités dans la mise en œuvre du Droit de l'Union. En deuxième lieu, la Cour Européenne des Droits de l'Homme devrait pouvoir répartir les effets obligatoires de ses arrêts au moins dans deux *cas claires*, sans faire attentat contre l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union : a) quand la violation puisse être localisée dans une obligation du droit dérivé de l'Union qui ne laisse pas alternatives aux autorités nationales de l'État membre qui l'applique la responsabilité devra être versée

sur l'Union. Cela se produira dans des cas où les autorités nationales d'un État membre appliquent sans marge de manœuvre les obligations qui découlent du droit dérivé de l'Union, c'est-à-dire, dans des cas où les organes étatiques agissent comme des agents au service de l'Union. Ce critère a permis d'attribuer la responsabilité internationale passive à l'Union Européenne dans le cadre des organes de résolution des controverses de la OMC ; b) quand une telle infraction puisse être localisée exclusivement dans une disposition du Droit originaire (pas dans son interprétation), la responsabilité collective dérivée de l'arrêt devrait être assignée à l'ensemble des États membres. Avec indépendance que l'acte qui origine la demande devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme découle de l'application du Droit originaire effectuée par les institutions de l'Union, si la disposition à l'origine du conflit ne laisse pas marge d'appréciation et l'exécution de l'arrêt requiert une révision du droit primaire, les États membres dans son ensemble devraient être déclarés internationalement responsables.

Ces critères énoncés, laissant de côté les règles propres du Droit de l'Union, pourraient servir comme une référence pour la distribution de la responsabilité internationale passive entre l'Union et ses États membres dérivée de futurs traités internationaux que l'Union pourrait conclure dans le domaine des droits de l'homme sans formuler une déclaration de compétences (chose qui a été faite dans le cas de la Convention des Nations Unies sur les Droits des Personnes Handicapées).

Pour attribuer, bien à l'Union, bien à ses États membres, la responsabilité internationale qui découle de l'infraction d'obligations internationales en matière de droits de l'homme comme conséquence de l'application du Droit de l'Union il faudrait être attentif, plus qu'au critère de l'auteur matériel, à des critères comme par exemple : qui a vraiment le pouvoir juridique de mettre fin à la violation, ou qui serait dans les meilleures conditions pour procéder à la réparation du dommage occasionné par l'infraction de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

Comme *ultima ratio* on pourrait s'appuyer comme référence sur le Projet d'Articles sur la Responsabilité des Organisations Internationales par Fait Internationalement Illicite élaboré par la Commission de Droit Internationale.

CINQUIÈME- L'applicabilité dans l'ordre juridique de l'Union des traités internationaux des droits de l'homme conclus tout seulement par les États membres ne se limite pas à que ses dispositions puissent servir comme un contrepois pour moduler et profiler les libertés économiques fondamentales du marché intérieur : l'état actuel de l'intégration européenne ne seulement permet, sinon qu'elle requiert, un rôle de plus d'envergure pour ces normes, qui ne peuvent pas se borner à être sources d'inspiration pour la détermination des principes généraux du Droit de l'Union. Un exemple est l'application de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant dans l'ordre juridique de l'Union parmi d'actes juridiques autonome. Elle constitue une alternative plausible à la participation formelle de l'Union dans le cadre dudit accord international.

Parmi les actes de ses institutions l'Union Européenne a formulé son compromis d'accomplir toutes les dispositions de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant de 1989 dans la définition et l'exécution de toutes ses politiques. En conséquence, sans s'y adhérer, l'Union a manifesté sa volonté de donner application parmi d'actes juridiques autonomes à ce traité qui oblige tous ses États membres. Cette alternative à l'engagement formel comporte l'absence de soumission de l'Union au contrôle externe de son ordre juridique par le Comité des Droits de l'Enfant, sans aucun préjudice, de que puisse être établi n'importe quel mécanisme pour la coopération informelle avec cet organe à caractère quasi-juridictionnel. Le fait que l'Union ait décidé donner application à ce traité international dans la mesure des compétences qu'elle a attribuées constitue un exemple du dépassement de l'effet relatif des traités : des nombreuses dispositions de la Convention font partie du Droit international général à caractère coutumier. Quelles ressemblances et quels points de divergence respectant l'applicabilité autonome de la Convention sur les droits de l'enfant peut-on trouver face aux autres deux traités que l'Union a conclu ou est en train de conclure (Convention relative aux personnes handicapées et Convention Européenne des Droits de l'Homme) ?

D'abord, il faut dire qu'il est peu probable que la Cour de Justice de l'Union considère que la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant est une norme qui fait partie intégrante de l'ordre juridique de l'Union, malgré la volonté de donner application à la même parmi des actes juridiques autonomes. Cette raison ne devrait pas être obstacle pour que la Cour de Justice admette la possibilité d'invoquer le principe de

l'intérêt supérieur de l'enfant ni d'autres dispositions essentielles de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant. Mais il est très probable que la Cour de Justice le fasse parmi la Charte des Droits Fondamentaux, ou bien, parmi la formule prétorienne des principes généraux du droit, plus que de la Convention en tant que norme internationale. La Convention des droits de l'enfant devrait être considérée comme un paramètre de légalité et validité des actes du droit dérivé qui aient clairement une intention de donner application à la Convention ainsi comme les actes qui manifestent leur conformité avec la Convention. C'est le cas de la « Directive de retour », il faut penser à sa laxité concernant la détention des enfants non accompagnés d'un adulte, y compris dans des centres pénitenciers ordinaires sans séparation des prisonniers adultes...). Nonobstant, il nous semble peut probable que la Cour de Justice de l'Union soit favorable à convertir la norme internationale en paramètre de validité de son droit dérivé sans avoir recours à la figure des principes généraux ainsi comme à la Charte des Droits Fondamentaux. Un autre aspect délicat souvent reproché est l'insuffisante visibilité budgétaire de l'enfant dans l'Union Européenne.

En ce qui concerne à la Convention Européenne des Droits de l'Homme, on peut dire que ce traité est équivalent en substance même avant l'adhésion au droit primaire de l'Union : on peut parler d'une double incorporation par référence dans le droit primaire de la CEDH, parce que la Charte des Droits Fondamentaux la situe comme son contenu minime au même temps qu'elle acquiert la même position dans la hiérarchie des sources de l'Union que le droit primaire. Alors, on peut dire qu'avant que l'adhésion aie lieu par l'effet combiné des articles 52.3 de la Charte et 6.3 du Traité de l'Union Européenne la CEDH a une valeur juridique supérieur au droit dérivé adopté par les institutions de l'Union ainsi comme supérieur au reste des accords externes que l'Union puisse conclure. Après l'adhésion, sans doute, la CEDH verra améliorée sa position juridique et son status dans l'ordre juridique de certains États membres à cause de la majeure coercition du Droit de l'Union Européenne que du Droit international général.

Finalement, il faut parler de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées. Sans préjudice du probable et aussi désirable effet direct de certaines dispositions de la Convention (la prohibition de discrimination fondée sur le handicap, ainsi comme la relative aux aménagements raisonnables) il serait positif que la Cour de Justice formule comme principe général du droit la prohibition de discrimination fondée sur le handicap. De ce façon la Cour contribuera à pallier l'insuffisant développement normatif que jusqu'au présent a reçu la Convention au

niveau de l'Union, et d'autre côté, la Cour laisserait la porte ouverte à l'efficacité de la prohibition de discrimination fondée sur le handicap dans les rapports horizontaux. La Cour de Justice devra faire face à la question de si la Convention des Nations Unies peut être un paramètre pour juger la validité de son propre droit dérivé, par exemple, de la Directive 2000/78. Il est probable que la Cour de Justice requière l'effet direct des dispositions de la Convention sur les droits des personnes handicapées pour permettre qu'elles puissent être paramètre de légalité du droit dérivé dans le cadre d'une pétition préjudicielle. Mais, avec indépendance de leur effet direct, la Cour devra soumettre le droit dérivé au contrôle de validité face aux dispositions de la Convention dans le cadre d'un recours d'annulation ou d'une exception d'illégalité. On peut dire clairement que s'agissant d'un *accord mixte incomplet*, il est évident que la Convention sur les droits des personnes handicapées voit améliorée son application dans l'ordre juridique de ces États membres qui n'ont pas ratifiée la Convention. C'est le cas de l'Irlande. En plus, un de ses tribunaux vient de poser à la Cour de Justice une importante question préjudicielle. La cour irlandaise veut savoir si les dispositions de la Convention peuvent être invoquées pour attaquer la validité de la Directive 2000/78/CE, et dans le cas de réponse affirmative, elle demande que la Cour de Justice se prononce sur la compatibilité de plusieurs dispositions de la Directive avec la Convention de l'ONU. Si bien la Cour de Justice de l'Union n'est pas une cour des droits de l'homme, la question posée n'est pas futile :

« Vu les dispositions suivantes du droit primaire de l'Union européenne:

i) l'article 10 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et/ou

ii) les articles 21, 26 et 34 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne,

La directive 2000/78/CE, et notamment ses articles 3, paragraphe 1, et 5, doit-elle être interprétée en ce sens qu'il existe une discrimination fondée sur un handicap lorsqu'une femme - qui souffre d'un handicap qui l'empêche de donner naissance à un enfant, dont l'enfant génétique est né grâce à une convention de mère porteuse et qui s'occupe de celui-ci depuis sa naissance - se voit refuser un congé payé équivalent à un congé de maternité et/ou un congé d'adoption? »

La Cour de Justice de l'Union sera progressivement occupée avec des cas qui ont une plus forte charge axiologique. Elle ne pourra laisser le résultat parfois à la libre

appréciation des juges nationaux, parce qu'une scrupuleuse réponse technique ne suffira pas pour obtenir l'uniformité dans l'application du Droit de l'Union.

En finissant, les traités que l'Union a conclus ou qu'elle envisage conclure (Convention sur les droits des personnes handicapées et CEDH) voient, par contre à la Convention des droits de l'enfant appliquée d'une façon autonome, améliorer son applicabilité et status dans le droit interne des États membres à travers leur incorporation par le biais du Droit de l'Union. En plus, les dispositions des traités qui ont été conclus par l'Union, à différence des dispositions contenues dans les traités internationaux qui reçoivent une application autonome, font partie des normes que la Cour de Justice de l'Union interprète d'une façon uniforme parmi le dialogue préjudiciel. Dans le cas des droits de l'enfant, le dialogue préjudiciel seulement pourra avoir lieu dans le cas des dispositions du droit dérivé adopté par les institutions de l'Union pour donner application à la Convention des Nations Unies de 1989, mais le dialogue préjudicielle ne s'étendra pas à celle-là.