

**CALOGERO PIZZOLO**

*Coordinador*

# Integración regional y derechos humanos

*Puntos de convergencia*

*Autores*

**CIPPITANI • COLCELLI • MENSA GONZÁLEZ • MOLINA DEL POZO  
MONTANARI • PALUMMO • PIZZOLO • PODADERA RIVERA • PORRAS RAMÍREZ  
SANZ CABALLERO • SARRIÓN ESTÉVEZ • SOTO**



Cofinanciado por el  
programa Erasmus+  
de la Unión Europea



**ASTREA**

INTEGRACIÓN REGIONAL  
Y  
DERECHOS HUMANOS



CALOGERO PIZZOLO

*Coordinador*

# Integración regional y derechos humanos

*Puntos de convergencia*

*Autores*

CIPPITANI • COLCELLI • MENSA GONZÁLEZ • MOLINA DEL POZO  
MONTANARI • PALUMMO • PIZZOLO • PODADERA RIVERA • PORRAS RAMÍREZ  
SANZ CABALLERO • SARRIÓN ESTÉVEZ • SOTO



Cofinanciado por el  
programa Erasmus+  
de la Unión Europea



BUENOS AIRES - BOGOTÁ - PORTO ALEGRE - SANTIAGO

2 0 2 1

Pizzolo, Calogero

*Integración regional y derechos humanos* / Calogero Pizzolo

1ª ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2021.

384 p.; 23×16 cm.

ISBN 978-987-706-384-4

1. Integración Regional. 2. Derechos Humanos. I. Título.

CDD 341.4

Astrea está indexada como Editorial de Calidad Científica  
con Claro Prestigio Internacional (Fondecyt).

*Esta obra colectiva se ha realizado con el apoyo del programa Erasmus+ de la Unión Europea, en el marco del proyecto para el desarrollo del Centro de Excelencia Jean Monnet "Integración Regional & Derechos Humanos", en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Acuerdo n° 2018-3245/043-00, Proyecto: 611111-EPP-1-2019-1-AR-EPPJMO-CoE).*

*Esta obra ha sido evaluada conforme a los estándares internacionales de calidad científica de referato externo, con sistema doble ciego.*

© EDITORIAL ASTREA SRL

Lavalle 1208 - (C1048AAF) Ciudad de Buenos Aires

(54-11) 4382-1880 - 0800-345-ASTREA (278732)

www.astrea.com.ar - editorial@astrea.com.ar

La edición de esta obra se realizó en EDITORIAL ASTREA, y fue impresa en su taller, Berón de Astrada 2433, Ciudad de Buenos Aires, en la segunda quincena de mayo de 2021.

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

I M P R E S O   E N   L A   A R G E N T I N A

## ÍNDICE GENERAL

<i>Tabla de abreviaturas</i> .....	XV
------------------------------------	----

### ESTUDIO PRELIMINAR

## **CONVERGENCIAS ENTRE LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN REGIONAL Y LA TUTELA EFECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS**

por CALOGERO PIZZOLO

§ 1. Puntos de convergencia: la defensa de la democracia y la tutela de los derechos humanos como consensos básicos y necesarios para impulsar la integración regional .....	1
§ 2. De Roma a Niza: la larga marcha hacia el reconocimiento de un sistema de derechos para la Unión Europea (UE) .....	7
a) Vacío normativo y protagonismo del Tribunal de Justicia en la tutela de derechos .....	8
b) Inicio de un reconocimiento normativo y gradual de derechos .....	13
c) La CDFUE como derecho originario y la configuración de un sistema de derechos propio .....	18
§ 3. La convergencia entre el CEDH y la CDFUE en la mirada de los jueces de Estrasburgo y Luxemburgo .....	21
a) Inadmisibilidad de las demandas “ratione personæ” por el TEDH .....	22

b)	Inicio de una nueva etapa: procedencia del control de convencionalidad a cargo del TEDH sobre el DUE .....	24
c)	Desarrollo de la presunción de equivalencia por el TEDH como técnica de cohabitación con los jueces de Luxemburgo: casos “Bosphorus” (2005) y “Michaud” (2012) .....	29
d)	El dictamen n° 2/13 (2014) sobre la adhesión de la UE al CEDH: defensa cerrada por el Tribunal de Justicia del principio de confianza mutua .....	38
e)	El desarrollo del Espacio de Libertad, Justicia y Seguridad (ELJS) en la UE bajo el control de convencionalidad: el caso “Avotiņš” (2016) .....	50
f)	Viraje del Tribunal de Justicia en los asuntos acumulados “Aranyosi-Caldararu” (2016): la defensa del principio de confianza mutua no puede consentir violaciones a los derechos fundamentales .....	55
g)	El control de convencionalidad del TEDH sobre la ejecución de una Euroorden en el marco de la cooperación penal en la UE, un punto de convergencia con el Tribunal de Justicia: el caso Romeo Castaño (2019) .....	63
§ 4.	La defensa del orden democrático y los derechos humanos en los procesos de integración regional latinoamericanos .....	68
a)	Evolución de la “cláusula democrática” en el Mercosur .....	72
b)	Comunidad Andina de Naciones (CAN): la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos .....	80
c)	Sistema de Integración Centro Americano (SICA): el Tratado Marco de Seguridad Democrática en Centroamérica .....	87
§ 5.	Recorrido de esta obra: puntos de convergencia .....	90
	<i>Bibliografía</i> .....	98

**CAPÍTULO PRIMERO**

**RECURSO DE INCUMPLIMIENTO  
COMO MECANISMO DE LA UNIÓN EUROPEA  
PARA PROTEGER EL ESTADO DE DERECHO**

*La sentencia del TJUE al caso “Comisión  
Europea c. Hungría C-78/18”:  
¿llueve sobre mojado?*

por SUSANA SANZ CABALLERO

§ 1. Introducción .....	103
§ 2. Los argumentos de la demandante. La Comisión Europea .....	107
§ 3. Los argumentos del Estado demandado. Hungría ..	108
§ 4. Apreciación del Tribunal de Justicia de la UE .....	110
§ 5. Análisis jurídico de la sentencia .....	114
§ 6. Conclusiones .....	118

**CAPÍTULO II**

**REFLEXIONES SOBRE LA EFECTIVIDAD  
Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA  
EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA**

por JOAQUÍN SARRIÓN ESTEVE

§ 1. Introducción. Sobre la efectividad dentro de los principios generales del Derecho de la Unión Europea y la tutela judicial efectiva .....	123
§ 2. Los principios de autonomía procesal y procedimental en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia .....	127

§ 3. La efectividad del derecho de la Unión Europea y su proyección en el derecho interno .....	130
a) La proyección de la efectividad sobre la Administración pública .....	130
b) La proyección de la efectividad sobre los tribunales, y en particular sobre las resoluciones judiciales firmes .....	136
§ 4. Conclusiones .....	142
<i>Bibliografía</i> .....	143

### CAPÍTULO III

## LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA Y DE LOS MENORES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA UNIÓN EUROPEA

por VALENTINA COLCELLI

§ 1. Introducción .....	145
§ 2. Los derechos del niño en las fuentes de la Unión Europea .....	147
§ 3. Sobre el concepto de hijo que utiliza el Tribunal de Justicia .....	149
§ 4. Los niños “casi” como sujetos autónomos .....	154
§ 5. La percepción del estatus de “familiar” en la constitución de la relación de filiación según la referencia a la directiva nº 2004/38 .....	158
§ 6. Conflictos de orden público y menor .....	161
§ 7. El estatus de hijo matrimonial y no matrimonial para la aplicación del Reglamento nº 2201/2003 .....	163
§ 8. La ley nacional que identifique el momento constitutivo de la creación del estatus de hijo .....	165
§ 9. Conclusión .....	168
<i>Bibliografía</i> .....	173

**CAPÍTULO IV**

**LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES  
Y EL DERECHO DE LA INTEGRACIÓN**

por ROBERTO CIPPITANI

§ 1. Protección de los datos personales en el ámbito de la construcción europea ..... 175

§ 2. Derechos y obligaciones que derivan de la disciplina en materia de datos personales ..... 179

§ 3. Intereses públicos y limitaciones a los derechos sobre los datos personales ..... 183

§ 4. El caso del tratamiento de los datos personales en el ámbito del derecho penal ..... 184

§ 5. Transferencia de los datos personales hacia “países terceros” ..... 188

§ 6. Medidas de transferencia a países terceros en caso de ausencia de la decisión de la Comisión ..... 192

§ 7. El problema de la relación entre el ordenamiento jurídico europeo y el de los países terceros ..... 196

§ 8. Transferencia de datos personales y proceso de integración en América Latina ..... 199

§ 9. Construcción de un espacio de protección de datos personales entre Europa y América Latina ..... 205

*Bibliografía* ..... 207

**CAPÍTULO V**

**EL DERECHO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN.  
EJEMPLO DE CONVERGENCIA  
ENTRE LA INTEGRACIÓN REGIONAL  
Y LOS DERECHOS HUMANOS**

por ANDREA MENSA GONZÁLEZ

§ 1. Introducción ..... 211

§ 2. Concepto de buena administración .....	212
§ 3. La buena administración en la Unión Europea .....	215
§ 4. Derecho a la buena administración en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea .....	221
§ 5. Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración pública .....	225
§ 6. Buena administración como derecho fundamental. Convergencia .....	226
§ 7. Conclusiones .....	233
<i>Bibliografía</i> .....	234

## CAPÍTULO VI

### PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

por ALFREDO M. SOTO

§ 1. La protección de los consumidores y usuarios en la internacionalidad, la globalización y la integración .....	237
§ 2. La “lex mercatoria” y la protección de consumidores y usuarios .....	239
§ 3. Las normatividades del derecho internacional privado .....	240
a) Soluciones, métodos y complejo axiológico para los casos internacionales de protección de consumidores y usuarios .....	244
b) Calificaciones .....	256
c) La cláusula de excepción o de escape y el orden público internacional .....	258
§ 4. Conclusiones .....	260
<i>Bibliografía</i> .....	261

**CAPÍTULO VII**

**INTEGRACIÓN ECONÓMICA, LIBERTADES  
ECONÓMICAS Y DERECHOS FUNDAMENTALES  
EN LA UNIÓN EUROPEA. UN VÍNCULO  
ESENCIAL EN EL PROCESO COMUNITARIO**

por PABLO PODADERA RIVERA

§ 1. Introducción .....	263
§ 2. Antecedentes .....	264
§ 3. El mercado común y las libertades económicas en el proceso de integración europea .....	266
§ 4. Las libertades económicas y los derechos fundamentales .....	269
a) La libre circulación de mercancías .....	275
b) La libre circulación de personas-trabajadores .....	275
c) La libre circulación de capitales .....	276
§ 5. Conclusiones .....	278
<i>Bibliografía</i> .....	279

**CAPÍTULO VIII**

**LA LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE E SOGGIORNO:  
IL TERRITORIO EUROPEO COME DIMENSIONE  
DELLA CITTADINANZA**

por LAURA MONTANARI

§ 1. Premessa: la libertà di circolazione dei lavoratori all'origine del processo di integrazione europea .....	281
§ 2. La cittadinanza europea e il ruolo della libertà di circolazione .....	284

§ 3. Il territorio europeo come dimensione della cittadinanza .....	289
§ 4. L'Unione europea come Spazio di libertà, sicurezza e giustizia .....	293
§ 5. La pandemia e le nuove sfide della libertà di circolazione nel territorio dell'Unione .....	298

## CAPÍTULO IX

### EL DERECHO DE ASILO EN LA UNIÓN EUROPEA

por JOSÉ MARÍA PORRAS RAMÍREZ

§ 1. Introducción .....	305
§ 2. La referencia al derecho internacional humanitario ..	305
a) La Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados como estándar mínimo de protección .....	306
b) El parámetro del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales .....	307
§ 3. El marco de la Unión Europea .....	310

## CAPÍTULO X

### COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN CONTEXTO DE MIGRACIÓN: EL DESARROLLO DE UNA EXPERIENCIA REGIONAL

por JAVIER PALUMMO

§ 1. Consideraciones previas .....	327
§ 2. En las fronteras de la protección .....	329

§ 3. Una experiencia regional .....	331
§ 4. Coordinación y cooperación para la protección .....	337
§ 5. Palabras finales .....	341
<i>Bibliografía</i> .....	344

## CAPÍTULO XI

### **DERECHOS POLÍTICOS Y CIUDADANÍA COMÚN: PERSPECTIVAS DE FUTURO EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA**

por CARLOS FRANCISCO MOLINA DEL POZO

§ 1. Introducción .....	347
§ 2. Nacimiento y evolución del concepto de ciudadanía ..	349
§ 3. La ciudadanía de la Unión Europea .....	352
§ 4. Los derechos de los ciudadanos de la Unión Euro- pea .....	354
§ 5. La ampliación de los derechos de ciudadanía .....	360
§ 6. El futuro de la ciudadanía europea .....	363
§ 7. Conclusiones .....	365
<i>Bibliografía</i> .....	366



## TABLA DE ABREVIATURAS

CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CAN	Comunidad Andina de Naciones
CAPPDH	Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE	Comunidad Europea
CECA	Comunidad Europea del Carbón y del Acero
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CEE	Comunidad Económica Europea
CEEA	Comunidad Europea de la Energía Atómica
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CMC	Consejo Mercado Común (Mercosur)
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CSA	Carta Social Andina
DM	Decisión Marco
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DUE	Derecho de la Unión Europea
ELJS	Espacio de Libertad, Justicia y Seguridad (UE)
IPPDH	Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos (Mercosur)
LCS	Leyes Constitucionales Suecas
LFB	Ley Fundamental de Bonn
Mercosur	Mercado común del Sur
ODECA	Organización de Estados Centroamericanos
OEA	Organización de Estados Americanos

OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONU	Organización de Naciones Unidas
PESC	Política Exterior y de Seguridad Común (UE)
SICA	Sistema de Integración Centro Americano
STCFA	Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJ	Sentencia del Tribunal de Justicia (UE)
TA	Tratado de Asunción (Mercosur)
TCE	Tratado de la Comunidad Europea
TCFA	Tribunal Constitucional Federal Alemán
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJCAN	Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones
TPR	Tribunal Permanente de Revisión (Mercosur)
Tratado CECA	Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero
Tratado CEE	Tratado de la Comunidad Económica Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea

**ESTUDIO PRELIMINAR**

**CONVERGENCIAS ENTRE LOS PROCESOS  
DE INTEGRACIÓN REGIONAL  
Y LA TUTELA EFECTIVA  
DE LOS DERECHOS HUMANOS**

por CALOGERO PIZZOLO\*

“Yo querría saber: ¿eligió Carlos Argentino ese nombre, o lo leyó, *aplicado a otro punto donde convergen todos los puntos*, en alguno de los textos innumerables que el Aleph de su casa le reveló?”

(Jorge Luis Borges, *Aleph*)

§ 1. ***PUNTOS DE CONVERGENCIA: LA DEFENSA DE LA DEMOCRACIA Y LA TUTELA DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO CONSENSOS BÁSICOS Y NECESARIOS PARA IMPULSAR LA INTEGRACIÓN REGIONAL.*** – El nombre de nuestro Centro de Excelencia Jean Monnet refiere a dos materias –la integración regional y los derechos humanos– que evolucionan hacia puntos de convergencia. Si bien se trata de

\* Profesor titular de Derecho de la Integración y de Derechos Humanos y Garantías en la Facultad de Derecho (UBA). Catedrático Jean Monnet de Derecho Público Europeo. Coordinador académico del Centro de Excelencia Jean Monnet “Integración Regional & Derechos Humanos” en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

un fenómeno que hunde sus raíces en el pasado, alcanzó gran visibilidad y trascendencia a finales del siglo xx, sobre todo con el proceso de construcción de una ciudadanía común vinculada a la integración europea, y el fortalecimiento de la llamada “cláusula democrática” con el objeto de garantizar la vigencia del Estado de derecho a nivel regional<sup>1</sup>.

En la consolidación de este fenómeno de convergencias fue determinante la actuación del Tribunal de Justicia con sede en Luxemburgo, garante de la primacía e intérprete final del Derecho de la Unión Europea (DUE). Este Tribunal, con el tiempo, fue articulando un diálogo –por momentos turbulento, pero diálogo al fin– con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), garante e intérprete final del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH, Roma 1950). Este *diálogo entre Cortes* nos permite pensar en un sistema de derechos europeo integrado que se enriquece a partir de dos experiencias centrales: la integración entre Estados impulsada por la movilidad humana y el fortalecimiento de un espacio económico común, por una parte; y la tutela efectiva de los derechos frente a la violación de las obligaciones internacionales asumidas por dichos Estados, por la otra<sup>2</sup>. La manifestación de este fenómeno de convergencias se potencia con la aprobación de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE, Niza, 2000), y su posterior reconocimiento como parte del derecho primario de la UE (Lisboa, 2009). Escriben García Roca y Fernández Sánchez que el largo camino en la construcción de los derechos europeos, tras medio siglo de jurisprudencia del TEDH y décadas de creación pretoriana de ellos por el Tribunal de Justicia, es una aportación central en la erección de un *ius commune* europeo<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Sanz Caballero, *Malos tiempos para el Estado de derecho en la Unión Europea. Especial referencia a los ataques a la independencia judicial en algunos Estados miembros*, “Integración Regional & Derechos Humanos”, nº 2, 2019, p. 131 a 149.

<sup>2</sup> Ver, en general, Pizzolo, *Comunidad de intérpretes finales. Relación entre tribunales supranacionales, constitucionales y supremos. El diálogo judicial*.

<sup>3</sup> Véase García Roca - Fernández Sánchez (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, p. XXV.

Sin embargo, no se trata de un fenómeno estrictamente europeo, los puntos de convergencia involucran también a los procesos de integración latinoamericanos (ver § 3). En este sentido, a modo de ejemplo, podemos citar el caso del Mercosur donde sus cuatro miembros fundadores se dirigieron a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) –garante e intérprete final de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José, 1969)–, para que establezca los estándares de protección con relación a niñas y niños en el contexto de la migración<sup>4</sup>.

Los puntos de convergencia nos indican la existencia de un consenso fundacional –entre los Estados miembro–, emparentado a una *identidad cultural común* constituida a partir de valores y principios generales como los reconocidos por la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948, ONU). En razón de ello, si bien es cierto que cada espacio social dentro de las fronteras nacionales evoluciona promoviendo elementos identitarios propios, la universalidad<sup>5</sup> e interrelación de los derechos, así como la elección de la democracia como único sistema de gobierno idóneo para su vigencia, nos llevan a la interpretación de parámetros comunes que pueden concentrarse en lo que llamamos *fórmula del consenso*<sup>6</sup>. Esta fórmula se desarrolla a partir de dos principios determinantes: el principio de autoridad democrática y el principio de respeto a los derechos humanos que articulan con otros principios centrales como el de igualdad soberana<sup>7</sup>. Este último, por ejemplo, contribuye a *generar* el consenso fundacional requerido en la medida que, con él, cobra fuerza la idea de que las *partes* concurren a

<sup>4</sup> Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, OC-21/14, 19 de agosto de 2014, serie A, n° 21.

<sup>5</sup> Pérez Luño, *La universalidad de los derechos humanos*, “Anuario de Filosofía del Derecho, n° 15, 1998, p. 95 a 110.

<sup>6</sup> Véase un estudio sobre la evolución de esta fórmula en Pizzolo, *Derecho e integración regional*, capítulo V, y *Globalización e integración. Ensayo de una teoría general*, capítulo IV.

<sup>7</sup> Este principio tiene una larga tradición en el derecho internacional general. La denominada paz de Westfalia (1648) –en sus tratados– adoptó de hecho el principio de igualdad jurídica de los Estados. En tiempos más recientes, el art. 2, inc. 1, de la Carta de las Naciones Unidas consagra expresamente el principio de igualdad soberana de todos sus miembros.

formar el *todo* en las mismas condiciones, asumiendo iguales derechos y obligaciones<sup>8</sup>. Díez-Picazo señalaba con relación a las entonces comunidades europeas que: “si la Comunidad quiere legitimarse a través de un auténtico contrato social de los europeos, ese pacto habrá de basarse en el previo reconocimiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos, de suerte que estos no pierdan, al entrar en una organización superior, lo que trabajosamente han conseguido en sus respectivos Estados”<sup>9</sup>.

La fórmula del consenso cumple, entonces, una función de legitimidad a partir de establecer parámetros de validez compartidos que se aplican a la admisión, participación o suspensión de un Estado parte en el proceso de integración regional. Constituye, por tanto, un importante factor de estabilidad política-institucional. El hecho de que terceros Estados se constituyan en defensores del orden democrático de sus países socios es inédito y convierte a los valores que se desprenden de dicho orden en una cuestión que interesa al orden público internacional, frente al cual ya es improcedente refugiarse en los principios de no intervención y autodeterminación como lo demuestra la evolución del derecho internacional de los derechos humanos<sup>10</sup>.

Los principios que integran la fórmula del consenso, por otra parte, tienen la particularidad de ser directa y abiertamente reconocidos en los mandatos constitucionales nacio-

<sup>8</sup> Tugendhat comenta, refiriéndose a la actual integración europea, cómo el principio de igualdad soberana está sobre la base del éxito en cuanto a la subsistencia de aquella: “Como muestra la historia de Italia y de los países del Benelux –Bélgica, Holanda y Luxemburgo– el destino de los países pequeños y relativamente débiles es que sus vecinos más poderosos los invadan cuando están en guerra y les excluyan cuando firman la paz. Para esos cuatro países, el atractivo de la propuesta de Shuman y de otras posteriores era que ofrecía garantías de igualdad en el futuro con las potencias más grandes, impensable en los anteriores intentos de integración europea” (Tugendhat, *El sentido de Europa*, p. 42).

<sup>9</sup> Díez-Picazo, *¿Una Constitución sin declaración de derechos?*, “Revista Española de Derecho Constitucional”, año 11, n° 32, 1991, p. 155.

<sup>10</sup> Pizzolo, “Sobre una teoría general de la integración. Desarrollo de las corrientes jurídicas supranacionales e inicio de la fase descendente”, en Pampillo Baliño, Juan P. - Damián Martín, Arturo O., *Integraciones jurídicas americanas. Teoría, historia, instituciones y derecho*”, p. 3 a 27.

nales que promueven la integración regional tanto de tipo intergubernamental como supranacional. Es el caso, entre la multiplicidad de ejemplos, del art. 23.1 de la Ley Fundamental de Bonn (LFB) –reformado al ratificar Alemania el Tratado de la UE (TUE)–, el cual reproduce una acabada síntesis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán (TCFA) sobre la materia<sup>11</sup>. Una técnica legislativa similar se observa en las leyes constitucionales suecas (LCS, art. 5.1), modificadas a raíz del ingreso a las entonces comunidades europeas. Al igual que las normas constitucionales alemanas se establece aquí un límite preciso a la delegación de competencias a instituciones de la UE tendientes a preservar un “núcleo duro e irrenunciable”. Las normas constitucionales suecas citadas podrían ponerse como ejemplo puntual de la influencia indirecta de la jurisprudencia del TCFA<sup>12</sup>.

En el mismo rumbo, la Constitución helénica en su art. 28.3 dispone que Grecia consiente “restricciones en el ejercicio de la soberanía nacional, en la medida en que estas vengán impuestas por algún interés nacional importante, *no lesionen los*

<sup>11</sup> Recordemos que la norma citada dice: “1. En orden a la realización de una Europa unida, la República Federal de Alemania participará en el desarrollo de la Unión Europea, que está encargada de asegurar *los principios democráticos, de derecho social y federal, así como el principio de subsidiariedad, y a garantizar la protección de los derechos fundamentales comparables en esencia con los recogidos por la presente Ley Fundamental*. La Federación podrá, con estos fines, transferir derechos de soberanía por ley, con el consentimiento del Consejo Federal. Para el establecimiento de la Unión Europea, así como para las modificaciones de los tratados constitutivos y de reglamentaciones análogas, que reformen o complementen en su contenido esta Ley Fundamental o hagan posibles tales reformas o complementos, regirá lo dispuesto en los párrafos 2 y 3 del art. 79” (el destacado nos pertenece).

Precisamente el nombrado art. 79.2 y 3 (LFB) ha actuado desde la sanción del texto constitucional alemán como un límite para cualquier *reforma material* de la Constitución, incluida aquella que pudiera operar a causa de la atribución de competencias a instituciones de la UE. Es en los arts. 1º a 20 (LFB) –consagrados como uno de los límites a las reformas constitucionales– donde se encuentra el *núcleo duro e irrenunciable* de los derechos fundamentales de los que son acreedores el pueblo alemán.

<sup>12</sup> Cfr. Rodríguez Iglesias - 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*, “Revista de Derecho Comunitario Europeo”, año 1, nº 2, 1997, nota al pie 77, p. 367.

*derechos del hombre ni los fundamentos del régimen democrático y se efectúen sobre la base del principio de igualdad y bajo condición de reciprocidad*” (el destacado nos pertenece). La Constitución eslovena en su art. 3º, primer párrafo, condiciona la transferencia de sus derechos soberanos a organismos internacionales, a que estos se basen en el respeto de los “derechos humanos y las libertades fundamentales”, al igual que la democracia y los principios propios de imperio de la ley.

La Constitución portuguesa adhiere a la fórmula del consenso en su art. 7º.1, afirmando que Portugal se rige en las relaciones internacionales por “los principios de la independencia nacional, del respeto de los derechos del hombre, del derecho de autodeterminación e independencia de los pueblos, de igualdad entre los Estados, de la solución pacífica de los conflictos internacionales, de la no injerencia en los asuntos internos de los otros Estados y de la cooperación con los otros pueblos para la emancipación y el progreso de la humanidad”.

Otro tanto ocurre en el ámbito del Mercosur. La Constitución paraguaya en su art. 143 prescribe que las relaciones internacionales deben ajustarse, entre otros principios, “a la protección internacional de los derechos humanos”; y el art. 145 –al hablar del orden jurídico supranacional– sostiene que Paraguay “en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que *garantice la vigencia de los derechos humanos*, de la paz, de justicia, de la cooperación y del desarrollo en lo político, económico, social y cultural” (el destacado nos pertenece). La Constitución brasileña, al enunciar sus principios fundamentales, refiere a que Brasil se rige en sus relaciones internacionales, entre otros, por los principios de “prevalencia de los derechos humanos” e “igualdad de los Estados”, para concluir en que “buscará la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, con vistas a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones” (art. 4º).

La Constitución argentina –después de la reforma de 1994– contempla en su art. 75, inc. 24, límites a la salida de competencias que confluyen en los principios de la fórmula del consenso. Estos límites actúan como recaudos sustanciales mínimos cuya eventual inobservancia puede conducir a la absoluta inconstitucionalidad del tratado de integración en cuestión.

Con ello, en opinión de Ekmekdjian, queda delimitado un “mínimo de protección” que condiciona el accionar futuro del poder constituido en la materia<sup>13</sup>. Normas similares encontramos en la mayoría de las constituciones del resto de los países latinoamericanos que participan en algún proceso de integración regional.

En las páginas que siguen, este estudio preliminar ofrece un recorrido sumario en relación con los procesos de integración regional y sus convergencias con la tutela de los derechos humanos. Una primera estación de este recorrido, implica detenerse en el proceso de integración europeo único en su tipo en alcanzar un sistema de derechos propio.

§ 2. **DE ROMA A NIZA: LA LARGA MARCHA HACIA EL RECONOCIMIENTO DE UN SISTEMA DE DERECHOS PARA LA UNIÓN EUROPEA (UE).** – El camino hacia el reconocimiento directo de un sistema de derechos propio de la UE, en razón de su estudio, puede ser dividido en tres etapas.

Una primera caracterizada por un *vacío normativo* donde, en consecuencia, el protagonismo del Tribunal de Justicia va a resultar determinante, convirtiendo la tutela de los derechos en uno de los epicentros de su jurisprudencia. Una segunda etapa, donde comienza a darse un *reconocimiento normativo gradual* de derechos –tanto en el derecho originario como en el derivado–, impulsado sobre todo por la orientación impuesta por la jurisprudencia de Luxemburgo. Finalmente, una tercera y actual etapa, en la cual el sistema de derechos alcanza un desarrollo normativo *pleno y sistemático* con el reconocimiento de la CDFUE como derecho originario. Repasemos, aunque más no sea someramente, cada una de estas tres etapas sustanciales para entender los puntos de convergencia entre la UE y los derechos humanos.

<sup>13</sup> Ekmekdjian, en su comentario a la citada norma constitucional, defiende que el respeto al orden democrático no se exige solo a los órganos del ente supranacional, sino también a los Estados miembro del proceso de integración regional. En virtud de lo cual, estaría vedado el ingreso o la permanencia en el sistema comunitario a países gobernados por gobiernos de facto o sin legitimidad de origen o de ejercicio (*Tratado de derecho constitucional*, t. IV, p. 644 a 646).

a) *VACÍO NORMATIVO Y PROTAGONISMO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EN LA TUTELA DE DERECHOS*. Ninguno de los tres *tratados fundacionales* de las entonces comunidades europeas contenía, en su redacción originaria, una declaración expresa de derechos y garantías<sup>14</sup>. Los mismos tratados ni siquiera proporcionaban una base jurídica que permitiera atribuir a las instituciones comunitarias una competencia explícita en la materia<sup>15</sup>. Pérez Vera se pregunta hasta qué punto influyó, en la señalada ausencia, la celebración del CEDH que, por entonces, constituyó el principal esfuerzo europeo en la materia. En uno de sus considerandos iniciales, el CEDH afirma: “la finalidad del Consejo de Europa es realizar una *unión más estrecha entre sus miembros*, y que uno de los medios para alcanzar esta finalidad es la *protección y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales*”. Reafirmando, inmediatamente después, “la profunda adhesión a estas libertades fundamentales [...] cuyo mantenimiento reposa esencialmente, de una parte, en un *régimen político verdaderamente democrático*, y de otra, en una *concepción y un respeto comunes de los derechos humanos que ellos invocan*”<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Los derechos no concitaron la atención de los redactores de los tratados fundacionales, esencialmente debido al *enfoque sectorial y pragmático* que los caracterizó. El tratado de París que creó la hoy extinta Comunidad Europea del Carbón y el Acero (1956-2002, CECA), se refiere a ámbitos relativamente limitados: la industria siderúrgica y la industria del carbón. Este enfoque sectorial se confirmó tras el fracaso en 1954 de la Comunidad Europea de Defensa (CED) y de la tentativa de unión política que debía acompañarle. Por tal razón, este fue el enfoque que caracterizó también a los tratados de Roma, que crearon la Comunidad Europea de Energía Atómica (1958, CEEA) y la Comunidad Económica Europea (1957, CEE). Aunque, de estos tres tratados, la CEE tenía una vocación más amplia, los tres se refieren a ámbitos económicos bien delimitados. Por otra parte, el Convenio Europeo de los Derechos Humanos (Roma 1950, CEDH) acordado en el ámbito del Consejo de Europa, estaba ya llamado a ofrecer un modelo perfeccionado de garantía efectiva de los derechos humanos en la región.

<sup>15</sup> Gosalbo Bono, *Reflexiones en torno al futuro de la protección de los derechos humanos en el marco del derecho comunitario y del derecho de la unión: insuficiencias y soluciones*, “Revista de Derecho Comunitario Europeo”, año 1, n° 1, 1997, p. 32.

<sup>16</sup> Pérez Vera, *El tratado de la Unión Europea y los derechos humanos*, “Revista de las Instituciones Europeas”, vol. 20, n° 2, 1993, p. 459 a 484 (el destacado nos pertenece).

Este silencio inicial, apunta Cámara Villar, era enteramente característico con los específicos objetivos y competencias comunitarias, sustancialmente de orden económico, así como con el “paradigma funcionalista” para la construcción de Europa. Del mismo modo, también lo eran la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad, principio cardinal del mercado común, y las manifestaciones expresas del principio de no discriminación por razón de sexo, como la igualdad salarial entre el hombre y la mujer por el mismo trabajo. Obviamente tales referencias concretas “no buscaban, conforme a los objetivos centrales y competencias de las comunidades, el establecimiento de un estatuto más o menos amplio de respeto para la dignidad, la libertad y la seguridad de las personas en el ámbito comunitario que configurara un sistema, sino afianzar el espacio económico común cuya construcción y desarrollo se perseguía”<sup>17</sup>. Para Rodríguez Iglesias Gil y Valle Gálvez, en cambio, tal vacío normativo no tenía las dimensiones señaladas debido a que el respeto de los derechos fundamentales se encontraría implícito ya “en los preámbulos de los tratados constitutivos originarios”<sup>18</sup>.

De cualquier forma, la ausencia de referencias normativas concretas en materia de derechos, comenzó a ser en extremo problemática conforme se fue desarrollando una visión nuclear protectora de la persona en el seno del sistema político democrático. A la vez que empezaron a ser cuestionados actos comunitarios –especialmente por los jueces constitucionales alemanes e italianos– desde los parámetros de protección de los derechos fundamentales garantizados, desde una posición basilar y central, por las respectivas normas constitucionales de los Estados miembro. Esta tensión, coincidente con la fase de construcción del principio de primacía y efecto directo del entonces derecho comunitario –hoy DUE–, encontró una automática respuesta, sistémicamente autoprotectora, inicialmente

<sup>17</sup> Cámara Villar, *Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el tratado constitucional*, “Revista de Derecho Constitucional Europeo”, n° 4, jul.-dic. 2005, p. 12 y 13.

<sup>18</sup> Rodríguez Iglesias - 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*, “Revista de Derecho Comunitario Europeo”, año 1, n° 2, 1997, nota al pie n° 2.

negativa o inhibicionista (aunque cada vez más tentativa de los modos de abordar la nueva situación) por parte del Tribunal de Justicia, en la que “básicamente se reafirma sin muchos matices la idea neta, rotunda, de que el derecho interno de los Estados no puede constituir bajo ningún presupuesto un parámetro de validez para el enjuiciamiento de actos comunitarios”<sup>19</sup>.

La ausencia de disposiciones expresas en materia de derechos, como se puede observar, llevó a los jueces de Luxemburgo a rechazar, en un primer momento, cualquier pronunciamiento sobre la conformidad de estos con las normas comunitarias. Tales jueces se limitaban a declarar que “no era su deber garantizar el cumplimiento de las normas de derecho interno, aunque fueran constitucionales, vigentes en los diversos Estados miembro”<sup>20</sup>.

A finales de los años sesenta del siglo pasado, la cada vez más abundante y continuada atribución de competencias nacionales a las Instituciones comunitarias, lleva al Tribunal de Justicia a plantearse si dicha atribución no debería verse acompañada con una protección de los derechos fundamentales por lo menos *equivalente* a la garantizada por los Estados miembro, sobre todo teniendo en cuenta las posibles repercusiones del derecho comunitario sobre los derechos de los ciudadanos. A partir de entonces, el Tribunal de Justicia da un *giro* a su jurisprudencia inicial al establecer en el asunto “Stauder” (1969) que “los derechos fundamentales de la persona forman parte de los principios generales del derecho comunitario”<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Cámara Villar, *Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el tratado constitucional*, “Revista de Derecho Constitucional Europeo”, n° 4, jul.-dic. 2005, p. 14 y 15.

<sup>20</sup> STJ, 4/2/1959, “Friedrich Stork et Cie”, asunto 1/58 [ECLI:EU:C:1959:4].

<sup>21</sup> STJ, 12/11/1969, “Erich Stauder”, asunto 29/69 [ECLI:EU:C:1969:57].

Es importante resaltar los hechos de este caso. Se trataba de una decisión de la Comisión por la que se autorizaba la venta en los Estados miembros de mantequilla, a precio reducido, destinada a los beneficiarios de determinados regímenes de asistencia social. A tal efecto, según el reglamento alemán de ejecución, se emitían cartillas, con cupones separables, en las que debía constar el nombre y dirección del interesado. El señor Stauder consideró esta obligación contraria a sus derechos constitucionales a la dignidad humana y a la igualdad ante la ley (protegidos respectivamente, en los arts. 1° y 3°, LFB). Planteada la cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia verificó que solo en las versiones alemana y holandesa de la decisión de la Comisión

Este cambio de orientación implica, por una parte, que el Tribunal de Justicia va a proteger a los derechos fundamentales; y por otra, que la base jurídica de esta protección se halla en el propio ordenamiento de las comunidades. Los principios generales como fuente del derecho, aparecen aquí, como el principal *vehículo* de incorporación de derechos en el ordenamiento jurídico comunitario<sup>22</sup>.

Esta tendencia jurisprudencial fue ratificada, un año después, en el asunto “Internationale Handelsgesellschaft mbH” (1970), donde se sentencia que, “en efecto, el respeto de los derechos fundamentales es parte integrante de los principios generales del derecho cuya observancia asegura el Tribunal de Justicia; que la salvaguarda de esos derechos, aunque se inspira en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembro, debe ser garantizada en el marco de la estructura y de los objetivos de la comunidad”<sup>23</sup>. En el asunto “Nold” (1974), el cerco se cierra con el reconocimiento a los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos fundamentales, en cuya elaboración los Estados miembro han participado, los cuales aportan pautas que el derecho comunitario debe tener en cuenta<sup>24</sup>.

Este viraje jurisprudencial, reflexiona Gosalbo Bono, ha suplido las lagunas del legislador no solo identificando los derechos fundamentales que han sido inculcados por los actos comunitarios de derecho derivado, sino que ha establecido un sistema de control judicial y ha determinado el rango jerárquico de dichos derechos en el ordenamiento jurídico comunitario al situarlos en el mismo nivel que los tratados constitutivos<sup>25</sup>.

---

se exigía comunicar al vendedor el nombre del beneficiario; en el restante, solamente se exigía una cartilla individualizada.

<sup>22</sup> Una vinculación similar tímidamente comienza a gestarse en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones (TJCAN, ver § 3, b de este estudio preliminar).

<sup>23</sup> STJ, 17/12/1970, “Internationale Haudelsgesellschaft”, asunto 11/70 [ECLI:EU:C:1970:114].

<sup>24</sup> STJ, 14/5/1974, “Nold”, asunto 4/73 [ECLI:EU:C:1974:51].

<sup>25</sup> Gosalbo Bono, *Reflexiones en torno al futuro de la protección de los derechos humanos en el marco del derecho comunitario y del derecho de la unión: insuficiencias y soluciones*, “Revista de Derecho Comunitario Europeo”, año 1, n° 1, 1997, p. 31.

El Tribunal de Justicia, reorientando su jurisprudencia, escribe Cámara Villar, fue perfilando una construcción jurídica que “acabaría siendo un modo ciertamente clarividente y, aun cabría decir, que genial, de introducir el respeto a los derechos fundamentales en el derecho comunitario asegurando al mismo tiempo el objetivo que había devenido fundamental en aquella coyuntura y que estaba generando el temor de una regresión en materia de derechos fundamentales en los Estados miembro: la afirmación y preservación de su identidad ordinamental mediante los principios de primacía y efecto directo”<sup>26</sup>.

En suma, esta primera etapa, caracterizada por un vacío normativo en el reconocimiento de derechos y el protagonismo asumido por el Tribunal de Justicia al defender en su jurisprudencia que los derechos fundamentales quedaban incluidos en los principios generales del derecho comunitario, se basó en dos fuentes materiales: una, las “tradiciones constitucionales de los Estados miembro”<sup>27</sup>; otra, los tratados internacionales a los que se han adherido los Estados miembro, en particular, el CEDH.

En relación con la expresión “tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembro”, debe señalarse que es más amplia que el término constitución. Ello permitió al Tribunal de Justicia tener en cuenta –en esta etapa y las subsiguientes– los sistemas nacionales de constitución no escrita y el conjunto de normas que constituyen el “derecho o bloque constitucional”. El derecho constitucional de cada uno de los Estados miembro no es tomado aisladamente como parámetro de definición de la protección de ciertos derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario, sino que todos los sistemas jurídicos de los Estados miembro y, especialmente, sus normas constitucionales, son tomados en consideración para definir el parámetro común de protección. Dicho parámetro no se construye sobre la base de un estándar mínimo común, sino que la definición del

<sup>26</sup> Cámara Villar, *Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el tratado constitucional*, “Revista de Derecho Constitucional Europeo”, n° 4, jul.-dic. 2005, p. 12 y 13.

<sup>27</sup> Véase, entre otras, STJ, 13/7/1989, “Wachauf”, asunto C-5/88 [ECLI:EU:C:1989:321], donde se afirmó que “el Tribunal está obligado a inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes de forma que no pueden admitirse en la comunidad medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos por las constituciones de los Estados”.

estándar comunitario de protección se realiza sobre la base de una comparación crítica y valorativa de los sistemas jurídicos nacionales. En cuanto a las disposiciones de los instrumentos internacionales de protección, únicamente relativos a derechos humanos que han sido objeto de adhesión por parte de los Estados son tenidos en cuenta en la interpretación del orden jurídico comunitario<sup>28</sup>. En este sentido, se defiende que el CEDH desempeñó en la práctica jurisprudencial seguida por los jueces de Luxemburgo: “una función equivalente a la de un catálogo de derechos fundamentales formalmente reconocido”<sup>29</sup>.

b) *INICIO DE UN RECONOCIMIENTO NORMATIVO Y GRADUAL DE DERECHOS*. Paralelamente a la intervención del Tribunal de Justicia en la tutela de derechos y el reconocimiento de estos como integrantes de los principios generales, las Instituciones comunitarias iniciarían un proceso gradual de codificación de un sistema de derechos.

El Parlamento Europeo, la Comisión y el Consejo formularon –el 5 de abril de 1977– una declaración común sobre los derechos fundamentales afirmando su voluntad de continuar respetando estos derechos emanados de la doble fuente señalada por el Tribunal de Justicia en la etapa precedente: “[las Instituciones citadas] subrayan la importancia primordial que atribuyen al respeto de los derechos fundamentales que resultan en particular del respeto a las constituciones de los Estados miembro, así como del [CEDH] (art. 1º)”<sup>30</sup>. Agregándose, a continuación, que “en el ejercicio de sus competencias y en cumplimiento de los objetivos de las comunidades europeas, respetarán y seguirán respetando tales derechos (art. 2º)”.

<sup>28</sup> STJ, 14/5/1974, “Nold”, asunto 4/73 [ECLI:EU:C:1974:51].

<sup>29</sup> Rodríguez Iglesias - 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*, “Revista de Derecho Comunitario Europeo”, año 1, nº 2, 1997, p. 338.

<sup>30</sup> Otros pronunciamientos similares en favor de una identidad europea democrática se encuentran en la Declaración del Consejo Europeo sobre “La identidad europea”, de 14 de diciembre de 1973; del mismo órgano, “La Declaración sobre la Democracia”, de 14 de diciembre de 1978; además de la Resolución del Consejo sobre los Derechos Humanos de 29 de mayo de 1990 y la Declaración del Consejo sobre el mismo tema de 1991; y la resolución del Consejo y de los representantes de los Estados miembro sobre los derechos humanos de 11 de diciembre de 1993.

Los jefes de Estado o de Gobierno se adhirieron a la citada declaración en la reunión del Consejo Europeo en Copenhague<sup>31</sup> y añadieron que, el respeto y mantenimiento de la democracia representativa y de los derechos del hombre en cada uno de los Estados miembro, constituyen “elementos esenciales de pertenencia a las comunidades”. Tal afirmación fue confirmada en la declaración solemne respecto a la Unión Europea<sup>32</sup>.

Esta declaración común, que no es un acto obligatorio en sí –sostiene Louis–, tuvo un alcance político innegable y expresó los principios y los valores que formaron parte del derecho constitucional no escrito de la comunidad<sup>33</sup>.

En 1986, se da un nuevo paso adelante en el reconocimiento normativo gradual con el preámbulo del Acta Única europea donde se manifiesta, de forma expresa, el compromiso de promover conjuntamente: “la democracia basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones y leyes de los Estados miembro, en el [CEDH] y en la carta social europea, especialmente la libertad, la igualdad y la justicia social”.

Algunos años después, el Tratado de la Unión Europea (1991) –según la redacción dada entonces por el Tratado de Maastricht–, se hace eco de los reclamos generalizados por la ausencia de una cláusula que contemple la protección del sistema democrático y los derechos fundamentales como condición para la adhesión a este proceso de integración, y en su antiguo art. F, apdo. 1, sostuvo: “La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembro, cuyos sistemas de gobierno se basarán en los principios democráticos”, mientras que el apdo. 2 agregó: “La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el [CEDH], y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembro como principios generales del derecho comunitario”<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Declaración común de 7 y 8 de abril de 1978.

<sup>32</sup> Declaración de 14 de junio de 1983.

<sup>33</sup> Louis, *El ordenamiento jurídico comunitario*, p. 136.

<sup>34</sup> La técnica utilizada, si bien no es frecuente en los textos internacionales, no puede considerarse inédita en el mundo del derecho. Es la misma técnica a la que responde el tratamiento que la Constitución francesa (1958) da a los derechos fundamentales cuando establece en su Preámbulo que “el pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los Derechos del Hombre y a los principios de soberanía nacional *tal como han sido definidos por la*

Para Pérez Vera, la mención al CEDH implicó la recepción o incorporación por referencia al derecho originario europeo de su parte normativa “constitucionalizándose de este modo su contenido en el plano comunitario”. Tal remisión no se limita a contemplarlo como elemento de inspiración o interpretación, sino que va más allá, consagra la “obligación de respetar los derechos fundamentales tal y como en él se garantizan”. El CEDH, de esta forma –se concluye–, ha pasado de “criterio de inspiración” del derecho comunitario, a “parte integrante del mismo”<sup>35</sup>.

El proceso de reformas al derecho originario no va a detenerse en el TUE, otra etapa relevante se inicia con las reformas introducidas por el Tratado de Ámsterdam (1997). Dicho tratado dio una nueva redacción al citado art. F [TUE], que pasó a ser el viejo art. 6º [TUE] al proclamar que “la Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de derecho, principios que son comunes a los Estados miembro”.

El Tratado de Ámsterdam modificó igualmente el preámbulo del TUE, confirmando la adhesión de los Estados miembro a los derechos sociales fundamentales tal y como se definen en la Carta Social Europea (1961) y en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (1989).

Antes de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, según vimos, el apdo. 2 del art. F (TUE) subrayaba el respeto de los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el CEDH, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembro. Sin embargo, la importancia de este artículo se veía limitada por el entonces art. L (TUE), según el cual el Tribunal de Justicia no tenía competencia sobre el citado art. F, puesto que la misión de dicho Tribunal era garantizar el respeto del derecho en la interpretación y aplicación del entonces Tratado de la Comunidad Europea (cfr. antiguo art. 220, TCE); por lo tanto, el lugar de los derechos fundamentales se encontraba así limitado. Esta situación se modifica, y el Tribunal de Justicia alcanzó a partir de entonces una competencia expresa sobre aquella norma en relación con las acciones de las instituciones.

---

*Declaración de 1789, conformada y completada por el preámbulo de la Constitución de 1946 (el destacado nos pertenece).*

<sup>35</sup> Pérez Vera, *El tratado de la Unión Europea y los derechos humanos*, “Revista de las Instituciones Europeas”, vol. 20, nº 2, 1993, p. 473.

El mismo Tratado de Ámsterdam incorporó, además, todo un mecanismo de protección de los valores democráticos y los derechos fundamentales frente a la posibilidad de su violación por un Estado miembro de la comunidad (antiguo art. 309, TCE; actual art. 354, TFUE). Este mecanismo se mantiene en esencia en el actual art. 7° (TUE).

Este proceso de codificación gradual de derechos va a experimentar un fuerte y contundente impulso en el Consejo Europeo de Colonia (1999), donde se expresó que “la evolución actual de la Unión Europea exige la redacción de una carta de derechos fundamentales que permita poner de manifiesto ante los ciudadanos de la Unión la importancia sobresaliente de los derechos fundamentales y su alcance”.

El texto debía ser elaborado por un órgano *ad hoc* (que se autobautizó como “Convención”) sin precedentes en la historia de la integración europea, el cual acogía una amplia representación de todos los sectores involucrados. Este órgano, tras un año de trabajo, presentó sus resultados al Consejo Europeo. A pesar del respaldo unánime que obtuvo se resolvió que sería la Conferencia Intergubernamental de Niza (2000) la que decidiría sobre la nueva Carta. Pero finalmente, fue esta conferencia la que optó por retrasar toda la cuestión, insertando una declaración aneja al final (Declaración 23 relativa al “futuro de la Unión”) en la que se hacía constar la intención de tomar una decisión en un marco de reforma más amplio (el cual daría lugar a la creación de una nueva Convención en el año 2002, a los efectos de trabajar en la elaboración de una Constitución Europea)<sup>36</sup>.

En realidad, Niza significó para la CDFUE el inicio de un lento pero constante andar que, si bien encontró un camino plagado de obstáculos, se vio coronado –en la etapa siguiente– con su incorporación definitiva al sistema de fuentes comunitario. A ello contribuyó la proclamación solemne de la CDFUE, mediante una declaración suscripta por los presiden-

<sup>36</sup> En el Tratado de Niza (2000), en efecto, no se pactaron demasiados cambios al derecho originario, si bien el mecanismo de control referido al comportamiento estatal en relación con esta materia se reforzó aún más con el establecimiento de una nueva fórmula de control preventivo, en virtud de la cual el Consejo “podrá constatar la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de un Estado miembro de principios contemplados en el apdo. 1 del art. 6 y dirigirle recomendaciones adecuadas” (art. 7°, TUE).

tes del Parlamento Europeo, la Comisión y el Consejo, y aprobada unánimemente por el Consejo Europeo.

La situación descrita precipitó entonces el debate sobre si la CDFUE debía ser considerada un texto jurídico de carácter, en su caso, *vinculante*, o como una *mera declaración de naturaleza política*. Sea cual fuere la respuesta, escribió Alonso García, la CDFUE supuso desde su proclamación misma un instrumento de primer orden en la medida que: 1) supuso avanzar en el proceso de “constitucionalización” de la integración europea reforzando materialmente la calificación por el Tribunal de Justicia los tratados comunitarios como “carta constitucional”; y 2) supuso intensificar la sensación que esa organización de Estados *sui generis* que es la UE iba más allá de la inicial consideración del individuo como mero factor de producción que rodeó los orígenes de la Europa comunitaria<sup>37</sup>.

La lenta marcha de la CDFUE pareció naufragar definitivamente con el fracaso de la llamada Constitución Europea, ya que esta hizo de aquella una de sus principales banderas. Afortunadamente, no todo se perdió con este intento fallido, y la CDFUE resurge con pleno vigor de la mano del Tratado de Lisboa (2009) el cual fue la respuesta para superar el freno a la marcha de la integración que significó archivar la iniciativa constitucional.

Como apunta Daniele<sup>38</sup>, el acento es puesto ahora en dos cuestiones determinantes para la protección de los derechos fundamentales: de una parte, asignar a la CDFUE un estatus jurídico definitivo que le asegure el valor de una verdadera y propia “fuente de derecho”, es decir, un “indiscutible valor vinculante”; por la otra, individualizar un camino que permitiera a la UE, luego de tantas tentativas frustradas, convertirse en “parte” del CEDH. Ambas cuestiones, como veremos de inmediato, fueron resueltas por el Tratado de Lisboa (2009) y las profundas reformas operadas sobre la redacción del art. 6º (TUE).

Afirma López Guerra que la aprobación de la CDFUE y su posterior entrada en vigor con fuerza vinculante, supusieron la aparición de un nuevo punto de referencia en el contex-

<sup>37</sup> Alonso García, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, p. 253 y 254.

<sup>38</sup> Daniele, *La protezione dei diritti fondamentale nell'Unione europea dopo Il Trattato di Lisbona: un quadro d'insieme*, “Il Diritto dell'Unione Europea”, n° 3, 2009, p. 646.

to regional europeo en lo que se refiere a la protección de los derechos fundamentales. La CDFUE venía a expresar el surgimiento de un “sistema comunitario autónomo de protección de esos derechos, paralelo al sistema del CEDH e independiente del mismo”<sup>39</sup>.

c) *LA CDFUE COMO DERECHO ORIGINARIO Y LA CONFIGURACIÓN DE UN SISTEMA DE DERECHOS PROPIO.* Tras la caída del proceso que debía haber conducido a la ratificación del tratado constitucional, se reinicia el avance en los textos por la vía de convocar a una nueva Conferencia Intergubernamental en 2007. Sin embargo, cuando el precedente inmediato hacía posible suponer la integración de la CDFUE dentro del TUE, se produce el rechazo del Reino Unido y Polonia. Lo dicho habilita a una salida de compromiso plasmada en una declaración de la propia Conferencia Intergubernamental según la cual: la CDFUE “tiene carácter jurídicamente vinculante”, aunque a continuación se reitera que esta ni amplía el ámbito de aplicación del derecho de la Unión, ni crea ninguna nueva competencia para la misma, ni modifica las ya definidas.

Este nuevo traspié que afecta a la CDFUE, camino a alcanzar su plena vigencia, se supera incorporándola al TUE –y por ende al derecho originario– por *vía de referencia* en el art. 6º.1 (TUE)<sup>40</sup>, afirmando ahora este que la misma “tendrá el mismo valor jurídico que los tratados”<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> López Guerra, *La Carta de Derechos Fundamentales de la UE y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, “Revista de Derecho Comunitario Europeo”, nº 66, 2020, p. 390.

<sup>40</sup> El texto íntegro de la norma citada dice: “1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los tratados. Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los tratados. Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones” (el destacado nos pertenece).

<sup>41</sup> No obstante, la falta de consenso por parte de los dos Estados mencionados que se traduce en un Protocolo (el nº 30) relativo a la aplicación parcial de la Carta al Reino Unido –hoy fuera de la UE– y Polonia.

En cuanto al ámbito de aplicación de la CDFUE nos debemos remitir a su art. 51, el cual establece que sus disposiciones “están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembro únicamente cuando apliquen el derecho de la Unión. Por consiguiente, estos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los tratados atribuyen a la Unión”. Agregándose a continuación –como un contrapeso a cualquier vocación expansiva en la aplicación de la CDFUE– que ella “no amplía el ámbito de aplicación del derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los tratados”.

La consagración de la CDFUE como parte del derecho originario, cierra el largo recorrido hacia el reconocimiento *pleno y sistemático* de derechos en el proceso de integración europea. Por primera vez en la historia, un proceso de ese tipo supera ampliamente el umbral de la integración económica para constituirse en un sistema de protección inspirado en su propia Carta de derechos.

Sin embargo, a la par de este logro, el contenido convergente de la CDFUE con el CEDH va a ubicar en el centro de la escena europea a los dos intérpretes finales de ambos instrumentos internacionales. Los jueces de Estrasburgo y Luxemburgo se verán, desde entonces, obligados a mantener un *diálogo integrador* que permita la construcción de los consensos necesarios para garantizar la tutela efectiva de los derechos. Este diálogo, al igual que el que mantienen estos jueces con sus pares nacionales –en especial los jueces constitucionales–, tienen una importancia central para articular las complejas relaciones interordinamentales en el entramado que se da en el llamado triángulo jurisdiccional europeo que proporciona el marco normativo convergente para la tutela de derechos<sup>42</sup>. En palabras de Alonso García, nos encontramos frente a una “convivencia a tres bandas”<sup>43</sup>.

<sup>42</sup> Pizzolo, *Comunidad de intérpretes finales*, capítulo IV.

<sup>43</sup> Alonso García, *El triple marco de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, “Cuadernos de Derecho Público”, n° 13, may.-ago. 2001, p. 27, y *El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales*.

Escribe García Roca que “existen tres niveles de intensidad en la intensidad de la protección y garantía de los derechos fundamentales. Podría hablarse de un *triple círculo en la protección de los derechos*. El más externo que ofrece el derecho comunitario [hoy derecho de la UE], incluso tras la Carta [CDFUE], simples principios jurídicos desprovistos de valor como reglas-normas. En situación intermedia, el dispensado por el ordenamiento del CEDH que dispensa mecanismos jurisdiccionales de garantía, un acceso directo para los afectados, pero insuficientes medios de reparación y que además reclaman de la intervención de los Estados. Y un círculo interno configurado por un máximo de protección –empero puede no ser así en los contenidos y obtenerse de cualquiera de los otros dos una mayor protección– que ofrecen las constituciones europeas”<sup>44</sup>.

Como señala López Guerra –antiguo juez del TEDH–, a partir del Tratado de Lisboa “el sistema propio de protección de derechos tiene ya una base normativa específica, y, lo que es aún más relevante, el órgano jurisdiccional clave del sistema, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha pasado a configurarse formalmente como el instrumento superior de defensa de los derechos reconocidos en el [CEDH]. Lo que viene a dar lugar a una *dualidad de tribunales competentes sobre las mismas materias y en el mismo ámbito geográfico*”. Esta dualidad, no implica una diferencia de objetivos, ya que ambos sistemas se inspiran explícitamente en los mismos principios. Pero “*sí implica que en una misma materia van a existir dos tribunales con pretensión de actuar como última instancia, sin que pueda hablarse de una relación jerárquica entre ellos*, pues ciertamente, la inspiración en el [CEDH] a que se refiere la [CDFUE] no implica que el Tribunal de Luxemburgo esté sometido al [CEDH] ni a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo”. En este sentido, López Guerra señala dos peligros que supondría la “aparición de divergencias” entre ambos Tribunales en la interpretación del contenido y extensión de los derechos reconocidos en ambos textos normativos. Por un lado, “en la incertidum-

<sup>44</sup> García Roca, *Originario y derivado en el contenido de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: los test de constitucionalidad y convencionalidad*, “Revista de Estudios Políticos”, Nueva Época, nº 119, 2003, p. 186.

bre jurídica en que colocarían a ciudadanos y poderes públicos (especialmente órganos judiciales) de los Estados miembro de ambos sistemas en cuanto al sentido de mandatos referentes a aspectos esenciales para el estatus jurídico de las personas. Pero además, porque tales divergencias se referirían precisamente a derechos que se definen como connaturales a la persona y cuya defensa se considera como la misma justificación, en último término, del orden político y jurídico. *No sería solo pues, la seguridad jurídica, sino la misma legitimidad de ese orden lo que se vería amenazada si unos mismos derechos, en principio de valor universal, se vieran definidos e interpretados en forma diversa o contradictoria*<sup>45</sup>.

§ 3. **LA CONVERGENCIA ENTRE EL CEDH Y LA CDFUE EN LA MIRADA DE LOS JUECES DE ESTRASBURGO Y LUXEMBURGO.** – Los redactores, tanto del CEDH como de los tratados fundacionales que dieron origen a las entonces comunidades europeas, acabamos de ver, eran conscientes de que estaban creando dos ordenamientos *distintos y diferenciados*. Cada uno dedicado a un ámbito específico: la protección de ciertos derechos humanos hablando del CEDH, y el establecimiento, por caso, de un mercado común europeo del carbón y el acero (Tratado CECA). No parecía, en un primero momento, que se pudiera producir ningún tipo de influencia o interrelación entre ambos, más allá de responder a un nuevo impulso de cooperación.

La evolución posterior de estos procesos –integración regional y derechos humanos– los llevaría a puntos de convergencia. Un aporte sustancial en este rumbo fue el desarrollo de la jurisprudencia de la entonces Comisión Europea de Derechos Humanos –disuelta a partir del 1º de noviembre de 1998 con la entrada en vigor del Protocolo 11 al CEDH– y del TEDH. Muchas han sido las cuestiones planteadas con relación a la *interrelación* de ambos ordenamientos o, simplemente, al hecho de que ciertos Estados –en la actualidad 27 de los 47 que integran el Consejo de Europa– sean a la vez miembros de la UE y signatarios del CEDH y, por lo tanto, se encuentran en *simultáneo* obligados por ambos ordenamientos jurídicos.

<sup>45</sup> López Guerra, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la UE y “le mouvement nécessaire des choses”, “Teoría y Realidad Constitucional”, n° 39, 2017, p. 164 a 166 .*

Para Sanz Caballero, esta superposición de jurisdicciones es calificada como una “interferencia procesal”, originada en el hecho de que “ambos sistemas no están realmente coordinados ni existe una subordinación de uno a otro”. La consecuencia negativa de la apuntada interferencia es, en palabras de la autora, la “deslegitimación” que sufre el DUE si el TEDH ejerce un “control externo” con base en el CEDH. Y por si ello no fuera poco, como resultas de ese control, el TEDH ha llegado a contradecir la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de derechos fundamentales. En definitiva, argumenta Sanz Caballero, las eventuales consecuencias negativas afectan al grado de confianza que se deposita en la garantía de que los derechos fundamentales en la UE están suficientemente protegidos y en el cuestionamiento de la autonomía y primacía del derecho de la UE<sup>46</sup>.

En este contexto, sostiene López Guerra, la actuación del Tribunal de Justicia en materia de derechos fundamentales se va a ir produciendo en “forma paulatina” en un área sobre la que ya anteriormente el TEDH venía ejerciendo sus competencias. Como no podía ser de otra manera, el proceso de integración europeo y la actividad de sus órganos no dejaba de afectar en muchos casos a los derechos garantizados por el CEDH, con la particularidad de que la Comunidad Europea no era parte firmante del citado Convenio ni por lo tanto sujeta a las obligaciones allí fijadas. Sin embargo, “sus actuaciones se producían dentro de la jurisdicción de países que sí eran firmantes del mismo, y daban lugar a demandas ante el Tribunal de Estrasburgo exigiendo el cumplimiento de aquellas obligaciones. Por lo que este Tribunal hubo de enfrentarse con este tipo de demandas, y señalar hasta dónde llegaban sus competencias en relación con materias en el ámbito de la Comunidad Europea”<sup>47</sup>.

a) *INADMISIBILIDAD DE LAS DEMANDAS “RATIONE PERSONÆ” POR EL TEDH.* Cuando se analiza la relación entre el TEDH y el pro-

<sup>46</sup> Sanz Caballero, *Interferencias entre el Derecho Comunitario y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Luxemburgo vs. Estrasburgo: ¿quién es la última instancia de los derechos fundamentales en Europa?)*, “Revista de Derecho Comunitario Europeo”, nº 17, 2004, p. 119 y 120.

<sup>47</sup> López Guerra, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la UE y “le mouvement nécessaire des choses”*, “Teoría y Realidad Constitucional”, nº 39, 2017, p. 167.

ceso de integración europeo, se parte siempre de la jurisprudencia tradicional de Estrasburgo: ni la Comunidad entonces ni la hoy UE han podido ser *directamente* demandadas ante el TEDH dado que ni una ni otra fue ni es todavía miembro del CEDH. No debió extrañar, por tanto, que en el asunto “C. F. D. T.” –cronológicamente el primer caso en la materia– la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos declare inadmisibile *ratione personæ* el recurso presentado por un sindicato francés contra las comunidades europeas. El argumento se muestra simple: no son parte del CEDH por lo que no pueden ser un “legitimado pasivo válido”<sup>48</sup>.

La doctrina desarrollada por la citada Comisión Europea de Derechos Humanos, en relación con la entonces Comunidad Europea, puede por lo tanto ser resumida en tres puntos centrales. En primer lugar, los recursos contra la Comunidad son inadmisibles en razón de que no es parte del CEDH<sup>49</sup>. En segundo lugar, tampoco es posible hacer responsables a los Estados miembro por los posibles incumplimientos del CEDH en que pudieran incurrir las comunidades. Los actos comunitarios provienen de una persona jurídica distinta de los Estados miembro. Aunque dichos Estados puedan tener alguna influencia en la aprobación de estos actos, no se les puede responsabilizar por ellos. Finalmente, en tercer lugar, se mantuvo que los Estados son libres de transferir poderes a organizaciones supranacionales. Si dicha “transferencia” estuviera limitada por el CEDH, habría afectado negativamente la coo-

<sup>48</sup> CEDH, 10/7/1978, “C. F. D. T. vs. Comunidades europeas y subsidiariamente contra la colectividad de sus Estados miembro y sus Estados miembro de forma individual”, asunto n° 8030/77. Esta jurisprudencia sería ulteriormente confirmada en sucesivas decisiones de la nombrada Comisión (véase por caso, “Associazione Spirituale per l’Unificazione del Mondo Cristiano vs. Italia”, de 5 de octubre de 1985, asunto n° 11.574/85, y “Dufay”, de 19 de enero de 1989, asunto n° 13.539/88, entre otras).

<sup>49</sup> Para eludir este obstáculo, en ocasiones, los demandantes se han dirigido al TEDH alegando vulneraciones de sus derechos por actos de las instituciones de la integración europea mediante la *vía indirecta*, consistente en dirigir la demanda conjuntamente frente a todos los Estados miembro de la UE (que son todos ellos firmantes del CEDH) como corresponsables de los actos de esta (véase al respecto, el caso de la demanda presentada por la compañía *Senator Lines* contra los entonces quince Estados miembro de la UE admitida en un primer momento, la que fue finalmente declarada inadmisibile por el TEDH en su decisión de 10 de marzo de 2004).

peración internacional en general y la integración europea en particular. De este modo se entendió que la citada Comisión difícilmente podría obligar a los Estados miembro a supervisar todos los actos comunitarios si el derecho comunitario no permitía en su seno dicho control. Ahora bien, pese a la *deferencia* reconocida, lo dicho no implica celebrar algún tipo de inmunidad absoluta de jurisdicción de los actos comunitarios. Bajo ninguna circunstancia se podría admitir que las comunidades adoptaran actos contrarios a los derechos humanos tal y como quedaban garantizados por el CEDH. En Estrasburgo, por lo tanto, no se renunciaba a operar el control de convencionalidad.

Los años 90 del siglo pasado marcarían una consolidación de esta doctrina al realizar una ampliación más rigurosa de los principios enunciados y, sobre todo, al intervenir directamente el TEDH asumiendo en gran parte la jurisprudencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos.

En efecto, hasta noviembre de 1998, el TEDH no gozó de la oportunidad para establecer si un asunto en que fueran demandados los Estados miembro de la UE es admisible o no en relación al CEDH. Ello es así porque la nombrada Comisión funcionó hasta dicha fecha como “filtro”, dado que era quien declaraba la admisibilidad o inadmisibilidad de un caso.

b) *INICIO DE UNA NUEVA ETAPA: PROCEDENCIA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD A CARGO DEL TEDH SOBRE EL DUE.* ¿Qué ocurre si se alega ante el TEDH que una autoridad de un Estado ha vulnerado un derecho aplicando un mandato de la UE? ¿Cómo puede el TEDH pronunciarse sobre este tipo de casos sin que ello suponga emitir un juicio, no solo sobre la actuación del Estado, sino también sobre la actuación de la UE, como última causante de la vulneración alegada? Ello a pesar de que la UE como tal no es miembro del CEDH, ni por tanto esté sometida a la jurisdicción de Estrasburgo. En estas circunstancias, escribe López Guerra, “sí nos encontramos con serias dificultades”<sup>50</sup>.

<sup>50</sup> López Guerra, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la UE y “le mouvement nécessaire des choses”, “Teoría y Realidad Constitucional”,* n° 39, 2017, p. 168.

La sentencia en el caso “Cantoni vs. Francia” (1996)<sup>51</sup> marca el inicio de una nueva etapa en las relaciones entre el TEDH y el hoy DUE. Se trata del primer caso en que el TEDH se tuvo que enfrentar directamente a la espinosa cuestión de la conformidad de un acto comunitario con el CEDH. Los jueces de Estrasburgo rechazaron claramente la inmunidad del entonces derecho comunitario. Se discutía, en este caso, la definición legal de la noción de medicamento que el Estado denunciado había tomado de una directiva comunitaria. Esto es si dicha definición era, habida cuenta de su interpretación por los tribunales nacionales (en esta oportunidad por la *Cour de Cassation*), lo suficientemente precisa como para ajustarse a las exigencias del principio de legalidad contemplado en el art. 7º (CEDH): “La circunstancia, recordada por el Gobierno [francés], de que el art. L.511 del Código de Salud Pública se inspira casi palabra por palabra en la Directiva comunitaria 65/65 [...] *no lo exime* del imperio del art. 7 [CEDH]”<sup>52</sup>.

El TEDH responde de este modo al argumento que había sugerido el gobierno francés y que consistía en introducir una especie de “excepción comunitaria” cuando la acción enjuiciada tuviera origen en una obligación impuesta por el derecho comunitario. Aun sin haber constatado una violación del CEDH, el TEDH se encontró en el caso que analizamos frente a una situación de potencial conflicto entre una norma de origen comunitario y una norma del CEDH.

Habría que esperar hasta el año 1999 para, en ejercicio del control de convencionalidad, que el TEDH encuentre una violación al CEDH. Se trata del caso “Matthews” (1999)<sup>53</sup>, donde dicho control tiene por objeto normas del derecho comunitario

<sup>51</sup> STEDH, 15/11/1996, “Cantoni vs. Francia”, [asunto nº 17.862/91]. En el mismo sentido, STEDH, 28/9/1995, *Procola vs. Luxemburgo* [14570/89], sobre las cuotas lecheras.

<sup>52</sup> STEDH, 15/11/1996, “Cantoni vs. Francia”, [asunto nº 17.862/91], apdo. 30 (el destacado nos pertenece).

<sup>53</sup> STEDH, 18/2/1999, “Matthews vs. Reino Unido”, [asunto nº 24.833/94].

El caso en cuestión se refería a una disposición de derecho originario de la UE como es el acta relativa a la elección de los representantes al Parlamento Europeo por sufragio universal directo. Esta impedía a los habitantes de Gibraltar votar en dichas elecciones.

Entre los numerosos comentarios a esta sentencia puede consultarse: Sánchez Rodríguez, *Sobre el derecho internacional de los derechos humanos y*

primario, esto es, de los tratados fundacionales. Cabe destacar que el propio TEDH reconoce a estos tratados a partir de los cuales se crea la UE un carácter “constitucional”<sup>54</sup>.

La principal duda que se plantea en este contencioso, escribe Sanz Caballero, consiste en “si tiene visos de prosperar una demanda contra un Estado miembro de la UE o si más bien dicha responsabilidad se diluye en el seno de la organización en que el acto se ha adoptado”<sup>55</sup>.

El TEDH deja en claro, en su razonamiento, que subordina la “transferencia” de competencias en beneficio de organizaciones internacionales a la circunstancia de que los derechos fundamentales “continúen estando reconocidos”<sup>56</sup>. Por el hecho de haber “cedido soberanía” a la UE en determinadas materias, mantienen los jueces de Estrasburgo, un Estado miembro de la UE “no queda eximido” de toda responsabilidad en la adopción de actos tendentes a alcanzar algunos de los objetivos de la misma UE, como pueda ser el alcanzar y garantizar un sistema electoral uniforme y coherente en las elecciones a una de las instituciones europeas. El Reino Unido, en esta inteligencia, es por tanto triplemente responsable. Primero por la adopción de una norma o decisión interna en la que se excluía a Gibraltar de las elecciones al Parlamento Europeo. Segundo, por participar junto a los otros Estados miembro de la UE en la aprobación de un acto del Consejo de la UE en el que se decidió, entre otros extremos, dicha exclusión. Tercero y último, por figurar como parte contratante en tratados internacionales que teóricamente habrían permitido o contribuido a ella<sup>57</sup>.

---

*comunitario europeo*, “Revista de Derecho Comunitario Europeo”, n° 5, 1999, p. 95 a 108.

<sup>54</sup> STEDH, 18/2/1999, “Matthews vs. Reino Unido”, [asunto n° 24.833/94], apdo. 39.

<sup>55</sup> Sanz Caballero, *Interferencias entre el derecho comunitario y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Luxemburgo vs. Estrasburgo: ¿quién es la última instancia de los derechos fundamentales en Europa?)*, “Revista de Derecho Comunitario Europeo”, n° 17, 2004, p. 145.

<sup>56</sup> STEDH, 18/2/1999, “Matthews vs. Reino Unido”, [asunto n° 24.833/94], apdo. 32.

<sup>57</sup> La recurrente fundó su demanda, ante el TEDH, en un conflicto entre el acta relativa a la elección del Parlamento Europeo por sufragio universal directo y el art. 3° del Protocolo 1 al CEDH que dice: “las altas partes contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones

El TEDH retoma y desarrolla entonces la doctrina general enunciada por la Comisión Europea de Derechos Humanos, según la cual: “El [CEDH] no excluye la transferencia de competencias a organizaciones internacionales, siempre que los derechos garantizados por el Convenio continúen estando ‘reconocidos’. *Tal transferencia no elimina la responsabilidad de los Estados miembro*”<sup>58</sup>.

El proceso de integración europea no escapa a la regla enunciada. Los jueces de Estrasburgo establecieron claramente su competencia para verificar el respeto de los derechos fundamentales en los textos de carácter constitucional como los tratados fundacionales de la UE. En razón de dicha competencia de control, el TEDH constata que los actos resultantes del proceso legislativo comunitario afectan a la población de Gibraltar de la misma manera que aquellos que emanan exclusivamente de la asamblea legislativa local. El TEDH estima, por consiguiente, que no hay ninguna razón para considerar que el Reino Unido no está obligado a reconocer los derechos consagrados por el art. 3º del Protocolo 1, ya se trata de elecciones puramente internas o de elecciones europeas<sup>59</sup>.

Ahora bien, el caso “Matthews” (1999) no quedó *cerrado* con la sentencia del TEDH. La comunidad de intérpretes que este tribunal integra, en una materia común como los derechos humanos, junto al Tribunal de Justicia y los jueces nacionales hacía predecir una disputa por la última palabra. Más aún, en ocasión de quedar involucrado directamente al propio derecho originario de la UE al que se le reconoce una naturaleza constitucional. Así las cosas los jueces de Luxemburgo se pronunciaron años después<sup>60</sup>.

El Tribunal de Justicia responde prudentemente evitando confrontar con el TEDH, constatando que el Reino Unido estaba obligado a respetar la sentencia de los jueces de Estrasburgo en

---

libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo”.

<sup>58</sup> STEDH, 18/2/1999, “Matthews vs. Reino Unido”, [asunto nº 24833/94], apdo. 32.

<sup>59</sup> STEDH, 18/2/1999, “Matthews vs. Reino Unido”, [demanda nº 24.833/94], apdos. 34 y 35.

<sup>60</sup> STJ (Gran Sala), 12/9/2006, “España vs. Reino Unido”, asunto C-145/04 [ECLI:EU:C:2006:543].

el caso “Matthews” (1999): las medidas adoptadas por el Reino Unido constituyeron adaptaciones necesarias para aplicar su legislación a Gibraltar y respetar la sentencia del TEDH<sup>61</sup>.

Esta actitud “escurridiza” del Tribunal de Justicia, en opinión de Gordillo Pérez, le permite “pasar de largo” sobre cuestiones jurídicas fundamentales. Una de ellas tiene que ver con la relación entre el derecho originario comunitario y el CEDH. A pesar de que la respuesta aparezca de forma implícita, afirma el citado autor, la solución final adoptada por el Tribunal de Justicia solo se puede explicar si este admite la *primacía* del CEDH (y la interpretación que de este hace el TEDH) sobre el derecho primario. Es decir, en el supuesto particular que se planteó en este caso, el Reino Unido se encontraba confrontado por “dos exigencias contradictorias”: respetar la sentencia en el caso “Matthews” (1999) del TEDH en tanto parte contratante del CEDH, y organizar elecciones al Parlamento Europeo solo en su territorio. La sentencia del Tribunal de Justicia “confirma el ‘significado particular’ no solo del [CEDH], sino también de la jurisprudencia del [TEDH] que emerge como una suerte de ‘parámetro de referencia superior’. En todo caso, lo que ya queda claro en esta sentencia del Tribunal de Justicia es que su rechazo de condenar al Reino Unido está estrechamente ligado a la existencia de una sentencia del [TEDH]”<sup>62</sup>.

La prueba definitiva sobre el reconocimiento del TEDH de su propia competencia para enjuiciar mediante el control de convencionalidad al hoy derecho de la UE, no vendría hasta que no se le planteara el caso en relación con una norma –el Reglamento (cfr. art. 288, TFUE)<sup>63</sup>– de derecho derivado y efecto directo

<sup>61</sup> STEDH, 18/2/1999, “Matthews vs. Reino Unido”, [demanda nº 24.833/94], apdos. 94 a 97.

<sup>62</sup> Gordillo Pérez, *Constitución y ordenamientos supranacionales*, p. 234 y 235.

<sup>63</sup> La norma citada dice: “Para ejercer las competencias de la Unión, las instituciones adoptarán reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes. *El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.* La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. La decisión será obligatoria en todos sus elementos. Cuando designe destinatarios, solo será obligatoria para estos. Las recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes” (el destacado nos pertenece).

en el ordenamiento jurídico comunitario. De este modo, los jueces de Estrasburgo se encontrarían frente a un caso en el que debían establecer su posición respecto de las relaciones interordinamentales entre el CEDH y el derecho comunitario derivado.

c) *DESARROLLO DE LA PRESUNCIÓN DE EQUIVALENCIA POR EL TEDH COMO TÉCNICA DE COHABITACIÓN CON LOS JUECES DE LUXEMBURGO: CASOS “BOSPHORUS” (2005) Y “MICHAUD” (2012)*. En el caso “Bosphorus” (2005)<sup>64</sup>, al igual que en el caso “Matthews” (1999), participan del contencioso junto a los jueces nacionales, los jueces de Estrasburgo y de Luxemburgo<sup>65</sup>. Estos últimos intervienen en primer lugar ante el planteo de una cuestión prejudicial. En consonancia con el abogado general, sostienen que ni los objetivos ni el texto de la resolución del Consejo de Seguridad (ONU) en cuestión aportaban razones para apartarse del sentido literal del art. 8º del Reglamento CEE/990/93. Además, el Tribunal de Justicia reconoció el hecho de que el respeto a los derechos fundamentales es una condición para la legalidad de los actos comunitarios; sin embargo, añadió: “Debe recordarse que, según reiterada jurisprudencia, los derechos fundamentales invocados por Bosphorus Airways no constituyen prerrogativas absolutas y que su ejercicio puede ser objeto de restric-

<sup>64</sup> STEDH (Gran Sala), 30/6/2005, “Bosphorus Hava Yollari Turizm vs. Ticaret AS c. Irlanda”, [asunto nº 45.036/98].

<sup>65</sup> Bosphorus Airways era una sociedad turca cuya actividad principal era el transporte aéreo y la organización de viajes que firmó un contrato de leasing con la entonces aerolínea nacional yugoslava (JAT), mediante el cual arrendó dos aviones comerciales –que integraban toda la flota comercial de la empresa– durante un plazo de cuatro años. Después de haber sido objeto de operaciones de mantenimiento en el aeropuerto de Dublín, las autoridades irlandesas ordenaron el apresamiento de una de las aeronaves con arreglo al art. 8º del reglamento CEE/990/93 que implementaba en el ámbito comunitario las sanciones impuestas por el Consejo de Seguridad (ONU) a las Repúblicas de Serbia y Montenegro sobre la base del capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas. Bosphorus contestó el embargo argumentando o bien que el citado art. 8º no era aplicable a las circunstancias del caso, o bien que el apresamiento del avión era contrario a su derecho fundamental a la propiedad. Recurrió la decisión del ministro de Transporte irlandés por la que se embargaba la aeronave ante los tribunales irlandeses, concretamente ante la High Court de Dublín. Esta anuló la decisión ministerial, y el Ministerio involucrado apeló ante el Tribunal Supremo irlandés. Este, a su turno, presentó una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia para que aclarara el alcance del art. 8º del reglamento CEE/990/93.

ciones justificadas por objetivos de interés general perseguidos por la comunidad”<sup>66</sup>.

A continuación, los representantes de Bosphorus presentaron una denuncia contra Irlanda ante el TEDH. Se alegó que el Estado denunciado violó –con el embargo del avión– su derecho a la propiedad garantizado por el art. 1º del Protocolo 1 al CEDH.

La actuación del gobierno irlandés, interpreta el TEDH, debe ser juzgada a la luz de las obligaciones que le imponía el derecho comunitario. Así se observa que la interferencia en el derecho de propiedad que se impugnaba no era el resultado de un ejercicio de discrecionalidad de las autoridades irlandesas adoptado al amparo del propio derecho irlandés o del comunitario. Al contrario, se trataba de una actuación del Estado irlandés acometida en cumplimiento de sus obligaciones derivadas del derecho comunitario y, particularmente, del art. 8º del Reglamento CEE/990/93. Este reglamento, norma comunitaria de alcance general –a diferencia de las directivas comunitarias–, es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro (cfr. art. 288, TFUE), sin que estos puedan excepcionar sus disposiciones o escapar a las obligaciones que el Reglamento les impone. Así, de acuerdo al razonamiento del TEDH, el interés general perseguido por la acción impugnada consistía en el cumplimiento por parte del Estado irlandés con sus obligaciones emanadas del derecho comunitario. Esto, concluyó el TEDH, constituía un “interés legítimo” de considerable importancia, dado el principio de derecho internacional de *pacta sunt servanda*, y la creciente importancia de la cooperación internacional<sup>67</sup>.

Ahora bien, continuando con su clásica jurisprudencia, los jueces de Estrasburgo reconocieron que absolver completamente a un Estado parte de sus responsabilidades derivadas del CEDH, en materias que hubieran sido objeto de transferencias de poderes a organizaciones internacionales, sería incompatible con el propósito y el objeto del CEDH. En todo caso añadió el TEDH: “A juicio del Tribunal, una medida del Estado

<sup>66</sup> STJ, 30/7/1996, “Bosphorus Hava Yollari Turizm vs. Ticaret AS c. Minister for Transport, Energy and Communications y otros”, C-84/95 [ECLI:EU:C:1996:312], apdo. 21.

<sup>67</sup> STEDH (Gran Sala), 30/6/2005, “Bosphorus Hava Yollari Turizm vs. Ticaret AS c. Irlanda [asunto nº 45.036/98], apdos. 140 a 150.

adoptada en ejecución de tales obligaciones jurídicas *debe ser considerada justificada en tanto en cuanto se considere que la organización en cuestión asegure a los derechos fundamentales una protección al menos equivalente a la que garantiza el [CEDH]*<sup>68</sup>. En otras palabras, el hoy DUE goza de lo que Garlicki denomina una “presunción de convencionalidad”<sup>69</sup>.

El TEDH proporciona un concepto acerca de qué debe entenderse por protección equivalente, o sea, desarrolla el contenido de la técnica de cohabitación basada en la deferencia que va a aplicar en su relación con el Tribunal de Justicia. Recordemos aquí que la entonces Comisión Europea de Derechos Humanos ya había empleado la expresión distinguiendo, en la misma, un aspecto material y otro formal<sup>70</sup>. En este caso el TEDH dice: “Por ‘equivalente’, el Tribunal entiende ‘comparable’: toda exigencia de protección ‘idéntica’ por parte de la organización implicada podría ir en contra del interés de la cooperación perseguida”<sup>71</sup>.

El TEDH también deja en claro que esa consideración de “protección equivalente”, no tendría por qué ser definitiva y podría ser susceptible de revisión a la luz de cualquier cambio fundamental en el sistema de protección de los derechos fundamentales; tal presunción puede ser destruida si “atendiendo a las circunstancias de un caso particular, se considere que la protección de los derechos garantizados por el Convenio fue *manifiestamente deficiente*”.

En tal caso, el interés de la cooperación internacional cedería ante el papel del CEDH en tanto “instrumento internacional de orden público europeo” en el ámbito de los derechos humanos<sup>72</sup>. Por el contrario, los Estados serán plena y estrictamente responsables conforme al CEDH por todos aquellos de

<sup>68</sup> STEDH (Gran Sala), 30/6/2005, “Bosphorus Hava Yollari Turizm vs. Ticaret AS c. Irlanda [asunto n° 45.036/98], apdo. 155 (el destacado nos pertenece).

<sup>69</sup> Garlicki, *Cooperation of Courts: the Role of Supranational Jurisdictions in Europe*, “International Journal of Constitutional Law”, vol. 6, 2008, p. 509 a 530.

<sup>70</sup> CEDH, “M. & Co. vs. Alemania”, apdo. 8.

<sup>71</sup> STEDH (Gran Sala), 30/6/2005, “Bosphorus Hava Yollari Turizm vs. Ticaret AS c. Irlanda [asunto n° 45.036/98], apdo. 155.

<sup>72</sup> STEDH (Gran Sala), 30/6/2005, “Bosphorus Hava Yollari Turizm vs. Ticaret AS c. Irlanda [asunto n° 45.036/98], apdo. 156.

sus actos que no se deriven estrictamente de sus obligaciones jurídicas internacionales<sup>73</sup>.

Por último, sobre la base de lo expuesto, el TEDH concluyó –a diferencia de sus conclusiones en el caso “Matthews” (1999) donde el Tribunal de Justicia estaba inhibido de controlar los tratados fundacionales– que la protección de los derechos fundamentales es, y también lo fue en el momento de los hechos enjuiciados, “equivalente” a la que garantiza el sistema del CEDH, con lo que puede presumirse que Irlanda no se apartó de sus obligaciones derivadas del mismo Convenio. Dada la naturaleza de la interferencia, el interés general que representaba el régimen de sanciones y la sentencia del Tribunal de Justicia, el TEDH sentenció que no hubo ninguna disfunción del mecanismo de control del respeto de los derechos garantizados por el CEDH y que, por tanto, no se podía sostener que la protección de los derechos convencionales del recurrente fuera “manifiestamente deficiente”. Así pues, la presunción de respeto al CEDH por parte del Estado denunciado no fue destruida y los derechos que el propio Convenio garantizaba a Bosphorus no fueron violados<sup>74</sup>.

La presunción de protección equivalente, en tanto técnica de cohabitación, con que se beneficia al DUE es una presunción *iuris tantum* –no *iuris et de iure*–, esto es, admite prueba en contrario e impide, mientras mantenga su vigencia, que el TEDH se pronuncie, en forma indirecta, sobre actuaciones de la UE en cuanto entidad que no es parte del CEDH.

Esta presunción, afirma Cortés Martín, ofrece una solución que permite reducir las disparidades entre las obligaciones internacionales de los Estados parte cuando los dos sistemas aplicables garantizan una protección análoga, incluso si esta protección no es idéntica, sino solo comparable; y, de otra, el alto grado de flexibilidad que el TEDH ha aplicado a esta doctrina, lo cual le permite encontrar soluciones audaces a los supuestos de confrontación de obligaciones para los Estados miembro<sup>75</sup>.

<sup>73</sup> STEDH (Gran Sala), 30/6/2005, “Bosphorus Hava Yollari Turizm vs. Ticaret AS c. Irlanda [asunto n° 45.036/98], apdo. 157.

<sup>74</sup> STEDH (Gran Sala), 30/6/2005, “Bosphorus Hava Yollari Turizm vs. Ticaret AS c. Irlanda [asunto n° 45.036/98], apdos. 165 a 167.

<sup>75</sup> Cortés Martín, *Sobre la plena vigencia de la presunción de equivalencia (Bosphorus) y su aplicación al principio de reconocimiento mutuo en el Espacio*

Ventrone, por su parte, llama la atención sobre que esta suerte de “inmunidad condicional” está sujeta, sin embargo, a una doble fase de control por parte del TEDH. La primera, consiste en la valoración del *nivel general* de protección de los derechos humanos asegurado por la organización internacional en cuestión. Se trata de un control “general y abstracto”, donde el TEDH efectúa una valoración de máxima sobre el ordenamiento jurídico sin entrar en el detalle particular de las normas que lo componen. La segunda fase del control se refiere a la valoración de las medidas adoptadas en el caso concreto. El objetivo del TEDH es, por lo tanto, establecer si la protección de los derechos humanos no es manifiestamente deficiente (*manifest deficiency*) en el caso bajo análisis. Resulta claro, concluye Ventrone, cómo los jueces de Estrasburgo, al atenuar el estándar de tutela requerido a la UE, han preferido adoptar una actitud de *selfrestraint* en obsequio a un criterio general de *negative comity* internacional y con el fin de evitar posibles conflictos sobre la última palabra con sus pares de Luxemburgo<sup>76</sup>.

Para entender el razonamiento expuesto hasta aquí por el TEDH debemos tener presente que un elemento fundamental del principio de protección equivalente en tanto técnica de cohabitación es la existencia de un *mecanismo de control* del respeto de los derechos fundamentales, precisamente, de carácter equivalente. Como afirma Cortés Martín, “un elemento fundamental de la doctrina de la presunción de equivalencia es la existencia de un derecho a un recurso jurisdiccional efectivo”<sup>77</sup>.

---

*de Libertad, Seguridad y Justicia*, “Revista de Derecho Comunitario Europeo”, n° 55, 2016, p. 833.

<sup>76</sup> Ventrone, *La dottrina della protezione equivalente nei rapporti tra CEDU e Nazioni Unite alla luce della prassi più recente della Corte europea dei diritti dell'uomo*, “Associazione Italiana dei Costituzionalisti. Osservatorio Costituzionale”, n° 1, 2015.

<sup>77</sup> Cortés Martín, *Sobre la plena vigencia de la presunción de equivalencia (Bosphorus) y su aplicación al principio de reconocimiento mutuo en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*, “Revista de Derecho Comunitario Europeo”, n° 55, 2016, p. 950.

Confirma, además, esta importancia la disposición introducida en el proyecto de acuerdo de adhesión de la UE al CEDH para garantizar que el Tribunal de Justicia tenga la posibilidad de pronunciarse, si previamente no tuvo la oportunidad, sobre la compatibilidad de una disposición comunitaria con los derechos fundamentales.

En la UE, este mecanismo, desde la perspectiva particular de su *naturaleza compleja*, está integrado por recursos directos ante el Tribunal de Justicia y por la cuestión prejudicial (cfr. art. 267, TFUE). La reducida legitimación de los particulares para controlar de forma directa ante el Tribunal de Justicia la legalidad de los actos de alcance general *debe* poder compensarse con la posibilidad de *articular* un recurso a nivel nacional dando la oportunidad al juez interno a plantear una cuestión prejudicial.

Del buen funcionamiento de este equilibrio depende en gran medida la equivalencia del mecanismo de protección propio de la UE. Por ello, el sistema de remisión prejudicial debe funcionar correctamente, lo cual no siempre ocurre debido a una interpretación abusiva de la doctrina del “acto claro”<sup>78</sup> por parte de las jurisdicciones internas de última instancia, dando como resultado la ausencia de planteamiento de esta cuestión al Tribunal de Justicia.

En virtud de la doctrina del “acto claro”, que afecta a los órganos jurisdiccionales “cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno”, estos no estarían obligados a plantear la cuestión cuando “la correcta aplicación del derecho comunitario puede imponer con tal evidencia que no deje lugar a duda razonable alguna sobre la solución de la cuestión planteada”. Ello asumido, matiza inmediatamente a continuación el Tribunal de Justicia que “antes de concluir que se da tal situación, el órgano jurisdiccional nacional debe llegar a la convicción de que la misma evidencia se impondría igualmente a los órganos jurisdiccionales de los otros Estados miembro, así como al Tribunal de Justicia”<sup>79</sup>. No obstante, la existencia de tal posibilidad “debe ser apreciada en función de las características del derecho comunitario y de las dificultades particulares”<sup>80</sup>.

El TEDH ha ratificado su doctrina de la obligación de motivación de la negativa a plantear una cuestión prejudicial, en el caso “Michaud” (2012) –sentenciado con la CDFUE en plena vigen-

<sup>78</sup> STJ, 6/10/1982, “CILFIT”, asunto C 283/81 [ECLI:EU:C:1982:335].

<sup>79</sup> STJ, 6/10/1982, “CILFIT”, asunto C 283/81 [ECLI:EU:C:1982:335], apdo. 16.

<sup>80</sup> STJ, 6/10/1982, “CILFIT”, asunto C 283/81 [ECLI:EU:C:1982:335], apdo. 17.

cia-, donde rechazó aplicar la presunción de equivalencia por cuanto el Consejo de Estado francés no motivó esta negativa<sup>81</sup>.

Se debatía aquí la confrontación entre el deber de secreto en las relaciones entre abogado y cliente protegida en el art. 8° (CEDH)<sup>82</sup> y la obligación de los abogados franceses de informar a las autoridades cuando sospechen sobre actividades de blanqueo de capitales. Esto último, a consecuencia de la incorporación en Francia de una serie de directivas de la UE dirigidas a luchar contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo<sup>83</sup>.

En ejecución de la norma francesa de incorporación de estas directivas, el Consejo francés de colegios de abogados adoptó en 2007 una reglamentación interna que preveía sanciones, norma que fue objeto de un recurso de anulación ante el Consejo de Estado francés por violación de los arts. 7° y 8° (CEDH) debido a su falta de precisión y previsibilidad, así como a la infracción del deber de secreto que deben guardar los abogados.

En el marco de este asunto, el demandante solicitó el planteamiento de una cuestión prejudicial sobre la compatibilidad de esta declaración de sospecha con los derechos fundamentales, la cual fue rechazada debido a que la reglamentación cumplía, en opinión del Consejo de Estado francés, con el estándar europeo de protección de los derechos fundamentales<sup>84</sup>. Ante esta negativa, el demandante en el litigio principal procedió a reproducir su recurso ante el TEDH.

Los jueces de Estrasburgo llegan a la conclusión en el caso “Michaud” (2012) de que *no* había existido una protección equivalente de los derechos fundamentales; en el caso “Bosphorus”

<sup>81</sup> STEDH [Sala quinta], sentencia de 6 de diciembre de 2012, *Michaud c. Francia* [demanda n° 12.323/11].

<sup>82</sup> Un pormenorizado análisis del secreto profesional de los abogados en Europa puede verse en González Pascual, *Secreto profesional de los abogados y blanqueo de capitales: La normativa de la Unión ante el TEDH. Comentario a la Sentencia del TEDH Michaud c. Francia, de 6 de diciembre de 2012*, “Revista Española de Derecho Constitucional”, n° 101, 2014, p. 381 a 404.

<sup>83</sup> Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, DOUE L 166/77, de 28 de junio de 1991, reformada en 2001 (2001/97/CE) y en 2005 (2005/60/CE).

<sup>84</sup> Consejo de Estado francés, sentencia de 23 de julio de 2010 donde rechazó la mayoría de las alegaciones presentadas en la demanda.

(2005) –afirma el TEDH– el mecanismo de control previsto por el derecho de la UE “fue aplicado plenamente”. En el caso “Michaud” (2012), por el contrario, el Consejo de Estado francés “se negó a presentar una cuestión prejudicial, solicitada por el demandante”, ante el Tribunal de Justicia sobre si la obligación de los abogados de notificar sus sospechas era compatible con el art. 8º (CEDH). Ello aunque el Tribunal de Justicia no había tenido la oportunidad de examinar la cuestión, ni en relación con otra cuestión prejudicial suscitada en el contexto de otro caso, ni con ocasión del ejercicio de alguna de las varias acciones abiertas a los Estados miembro e instituciones de la UE<sup>85</sup>. El TEDH se encuentra, por lo tanto, en la obligación de señalar que, “*debido a la decisión del Consejo de Estado de no plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, aunque este último Tribunal nunca hubiera examinado los derechos del [CEDH] en cuestión, el Consejo de Estado resolvió el litigio sin haber desplegado todo el potencial de la maquinaria internacional dispuesta para la supervisión del respeto de los derechos fundamentales en principio equivalente a la establecida por el [CEDH]. A la luz de esa decisión y la importancia de las cuestiones que están en juego, la presunción de protección equivalente no puede aplicarse*”<sup>86</sup>.

Como se puede observar, el caso “Michaud” (2012) se distingue del caso “Bosphorus” (2005) por dos motivos. En primer lugar, porque en este último se trataba de un Reglamento comunitario, norma directamente aplicable en los Estados miembro en todos sus elementos (cfr. art. 288, TFUE). Como consecuencia de ello, Irlanda no disponía de ningún margen de maniobra en la ejecución de las obligaciones dimanantes de su pertenencia a la UE<sup>87</sup>. En el caso “Michaud” (2012), por el contrario, se trataba de directivas, que dejan libertad de forma y de medios a los Estados miembro. En segundo lugar, en el caso “Bosphorus” (2005) el mecanismo de control previsto por el derecho de la UE “se había desarrollado plenamente”. En

<sup>85</sup> STEDH [Sala quinta], 6/12/2012, “Michaud vs. Francia”, [demanda nº 12.323/11], apdo. 114.

<sup>86</sup> STEDH [Sala quinta], 6/12/2012, “Michaud vs. Francia”, [demanda nº 12.323/11], apdo. 115 (el destacado nos pertenece).

<sup>87</sup> STEDH [Sala quinta], 6/12/2012, “Michaud vs. Francia”, [demanda nº 12.323/11], apdo. 113.

efecto, la Supreme Court irlandesa planteó una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia y este último tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la protección del derecho de propiedad en el marco del Reglamento controvertido<sup>88</sup>. En el caso “Michaud” (2012), como vimos, el Consejo de Estado francés *declinó* solicitar esta cuestión –invocando la doctrina del acto claro<sup>89</sup>– que hubiese permitido al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre la protección del art. 8º (CEDH), ni tampoco motivó esta negativa<sup>90</sup>.

Lo curioso del asunto “Michaud” (2012) es que el TEDH no condena a Francia por violación del art. 6º (CEDH). Se procede sí a analizar *in concreto* si la injerencia sobre el art. 8º (CEDH) era necesaria<sup>91</sup>, alcanzando la conclusión de que *no constituía un ataque desproporcionado* al secreto profesional teniendo en cuenta el fin legítimo perseguido y su particular importancia en una sociedad democrática<sup>92</sup>.

En otros términos, según el TEDH, la ley francesa resalta los requisitos del CEDH porque *no cumple escrupulosamente* con los del DUE. No solo lleva a cabo una interpretación del asesoramiento jurídico posiblemente más generosa que el Tribunal de Justicia, sino que otorga un papel a los Colegios de Abogados que contradice a la directiva. En sentido contrario, una norma nacional que transponga literalmente la directiva supone probablemente una violación del art. 8º (CEDH)<sup>93</sup>.

<sup>88</sup> STJ, 30/7/1996, “Bosphorus Hava Yollari Turizm vs. Ticaret AS c. Minister for Transport, Energy and Communications y otros”, C-84/95 [ECLI:EU:C:1996:312].

<sup>89</sup> Para el Consejo de Estado francés la cuestión ya había sido aclarada por la STJ (Gran Sala), 26/6/2007, “Ordre des barreaux francophones et germanophone y otros vs. Consejo”, C-305/05 [ECLI:EU:C:2007:383].

<sup>90</sup> STEDH [Sala quinta], 6/12/2012, “Michaud vs. Francia”, [demanda nº 12.323/11], apdo. 114.

<sup>91</sup> STEDH [Sala quinta], 6/12/2012, “Michaud vs. Francia”, [demanda nº 12.323/11], apdo. 116.

<sup>92</sup> STEDH [Sala quinta], 6/12/2012, “Michaud vs. Francia”, [demanda nº 12.323/11], apdo. 131.

<sup>93</sup> Así, en España, la Ley 10/2010, de 28 de abril, de *prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo*, transpone literalmente el art. 23.2 de la directiva 2005/60/CE, pero no otorga papel alguno a los Colegios de Abogados. Dicha previsión es perfectamente compatible con la normativa de la UE pero, a la luz de la jurisprudencia del TEDH en el caso “Michaud vs. Francia”, cabría afirmar que vulnera el art. 8º CEDH.

No cabe duda, concluye González Pascual, de que el TEDH, *indirectamente*, cuestiona la compatibilidad de la directiva con el CEDH “dando conscientemente un paso adelante en cuanto a su capacidad de control” del DUE. Es difícil creer que el TEDH era ajeno al proceso de adhesión de la UE al CEDH. De hecho, en el caso “Michaud” (2012), el TEDH posiblemente “no olvida los conocidos recelos” del Tribunal de Justicia ante la adhesión, y enfatiza la necesidad de elevar cuestión prejudicial, pero también anuncia cuál será su capacidad de actuación una vez que se produzca dicha adhesión<sup>94</sup>.

La dura respuesta del Tribunal de Justicia rechazando el control de convencionalidad a cargo del TEDH –llamado control externo– se hará sentir en el dictamen n° 2/13 (2014) sobre la adhesión de la UE al CEDH que sepulta dicha iniciativa<sup>95</sup>.

d) *EL DICTAMEN N° 2/13 (2014) SOBRE LA ADHESIÓN DE LA UE AL CEDH: DEFENSA CERRADA POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA MUTUA.* Al mismo tiempo que le reconoce efecto vinculante a la CDFUE, el art. 6° (TUE) habilita la adhesión de la UE al CEDH. Esta adhesión “no modificará las competencias de la Unión que se definen en los tratados”. Y a continuación se expresa que los derechos fundamentales que garantiza el CEDH, y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembro, “formarán parte del derecho de la Unión como principios generales”. El citado art. 6° abre una nueva etapa para la UE, en su relación con el CEDH, luego de diversos fracasos que involucraron incluso al propio Tribunal de Justicia<sup>96</sup>.

<sup>94</sup> González Pascual, *Secreto profesional de los abogados y blanqueo de capitales: La normativa de la Unión ante el TEDH. Comentario a la Sentencia del TEDH Michaud c. Francia, de 6 de diciembre de 2012*, “Revista Española de Derecho Constitucional”, n° 101, 2014, p. 394.

<sup>95</sup> STJ (en pleno), dictamen n° 2/13 de 18 de diciembre de 2014, emitido en virtud del art. 218.11 (TFUE), *Proyecto de acuerdo internacional. Adhesión de la UE al CEDH. Compatibilidad de dicho Proyecto con el TUE y TFUE* [ECLI:EU:C:2014:2454].

La solicitud de dictamen fue presentada al Tribunal de Justicia por la Comisión de la UE. A raíz de una recomendación de la Comisión de 17 de marzo de 2010, el Consejo adoptó una decisión, el 4 de junio de 2010, por la que autorizaba la apertura de las negociaciones relativas al acuerdo de adhesión y designó a la Comisión como negociador.

<sup>96</sup> Debemos recordar que el nombrado Tribunal, frente a un requerimiento de la Comisión sobre si la entonces Comunidad Europea tenía com-

La adhesión de la UE al CEDH, afirma Pastor Palomear<sup>97</sup>, es conveniente para mejorar la protección de los derechos fundamentales a través de la “complementariedad de sistemas”. Y además de conveniente, se concluye, es necesaria, pues en los últimos años se han venido produciendo ciertas disfunciones, por ejemplo, demanda de particulares a los Estados miembro de la UE por actos de las instituciones comunitarias.

Para Daniele es claro que la antedicha adhesión persigue una finalidad diversa y, por la tanto, no susceptible de superponerse a la que reconoce a la CDFUE un valor jurídico igual que al de los tratados. En efecto, este último fin procura mejorar la protección de los derechos fundamentales en el ámbito interno de la UE, amarrándolos a un texto escrito, preciso y articulado, que hasta el momento faltaba. Al atribuirle expresamente a la UE la competencia para poder ser parte del CEDH, en cambio, se refuerza la protección de los derechos fundamentales, pero en el ámbito externo. Ello autoriza a la UE a someterse a un sistema internacional de control el cual, al menos hasta hoy, le resulta directamente ajeno<sup>98</sup>.

Pastor Ridruejo interpreta que el significado, relevancia y alcance de dicha adhesión no pueden ser analizados sin tomar en consideración otro dato importante y es el ya apuntado reconocimiento de la CDFUE que se encuentra en el mismo art. 6º (TUE). No es posible disociar ambos instrumentos, explica el autor citado, porque el día de la adhesión al CEDH la UE “se va a encontrar con dos instrumentos en materia de derechos humanos, y con dos jurisdicciones para velar por el respeto de esos instrumentos”

---

petencia para adherirse al CEDH, se manifestó negativamente estimando que en el estado en que se encontraba la comunidad carecía de competencia para dicha adhesión (cfr. Tribunal de Justicia, 28/3/1996, dictamen nº 2/94, con relación a la adhesión de la comunidad al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales). La idea de la adhesión surge formalmente en 1979 con un memorándum de la Comisión con la idea de reforzar los derechos humanos en la comunidad.

<sup>97</sup> Pastor Palomar, “La regla *inclusio unius exclusio alterius* y la Carta de los Derechos Fundamentales: Polonia, el Reino Unido y los otros”, en Martín y Pérez de Nanclares (coord.), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, p. 175.

<sup>98</sup> Daniele, *La protezione dei diritti fondamentale nell’Unione europea dopo il Trattato di Lisbona: un quadro d’insieme*, “Il Diritto dell’Unione Europea”, nº 3, 2009, p. 650.

(el Tribunal de Justicia y el TEDH). Así las cosas, se concluye, “resultará del todo ineludible ensamblar la operatividad de esos instrumentos, así como el funcionamiento de esas dos jurisdicciones”<sup>99</sup>.

En la cuestión que tratamos, no debe desatenderse que el Protocolo 8 al Tratado de Lisboa (2009) sobre el apdo. 2 del art. 6º (TUE) –relativo a la adhesión de la UE al CEDH– afirma que la adhesión “estipulará que se preserven las características específicas de la Unión y del derecho de la Unión” (art. 1º). El acuerdo –dice el art. 2º– “garantizará que la adhesión no afecte a las competencias de la Unión ni a las atribuciones de sus instituciones”. Este Protocolo, al precisar los términos de la adhesión, escribe Stoffel Vallotton, ha pretendido, sobre todo, preservar la autonomía del derecho comunitario no solamente en cuanto a la participación de la UE en el sistema del CEDH, sino en cuanto a los eventuales recursos que se planteen por Estados miembro o particulares<sup>100</sup>.

Martín y Pérez de Nanclares, en una editorial previa al dictamen 2/13 (2014), destacaba que el principal problema de fondo al que se enfrenta el Tribunal de Justicia es la exigencia de preservar “las características específicas” de la UE y del DUE en los términos establecidos por el Protocolo 8 y por la declaración nº 2 del Tratado de Lisboa<sup>101</sup>, particularmente por lo que concierne “a su propio papel”<sup>102</sup>.

<sup>99</sup> Pastor Ridruejo, “La adhesión de la UE a la Convención Europea sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales”, en Martín y Pérez de Nanclares (coord.), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, p. 152 y 153.

<sup>100</sup> Stoffel Vallotton, “La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: evolución de la cuestión, previsiones y posibles consecuencias”, en Martín y Pérez de Nanclares (coord.), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, p. 191.

<sup>101</sup> Declaración relativa al apdo. 2 del art. 6º del Tratado de la Unión Europea, la cual afirma: “La Conferencia conviene en que la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales *debería realizarse de manera que se preserven las especificidades del ordenamiento jurídico de la Unión*. En este contexto, la Conferencia toma nota de que existe un diálogo regular entre el STJ y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, diálogo que podrá fortalecerse cuando la Unión se adhiera al citado Convenio” (el destacado es nuestro).

<sup>102</sup> Martín y Peréz de Nanclares, *Cita con la ambición: el Tribunal de Justicia ante el desafío de la adhesión de la Unión al CEDH*, “Revista de Derecho Comunitario Europeo”, nº 48, 2014, p. 380 a 382.

Los jueces de Luxemburgo no fueron ajenos a la expectativa que, en la era posterior a Lisboa, generaba su opinión sobre la adhesión al CEDH. Empezaron sus consideraciones resaltando, que a diferencia de intervenciones anteriores la adhesión de la UE al CEDH dispone, desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (2009), de una base jurídica específica en el art. 6º (TUE). Superadas entonces las barreras formales, que en el pasado significaron un escollo insalvable, el Tribunal de Justicia se ocupa de lo que se considera son “importantes peculiaridades” del acuerdo de adhesión sometido a control<sup>103</sup>.

Ante todo, el Tribunal de Justicia deja en claro que la UE “desde el punto de vista del derecho internacional, no puede, por su propia naturaleza, ser considerada un Estado”<sup>104</sup>. En efecto, razonan los jueces de Luxemburgo citando su añeja jurisprudencia, “a diferencia de los tratados internacionales ordinarios, los tratados constitutivos de la Unión *han creado un nuevo ordenamiento jurídico, dotado de instituciones propias, en favor del cual los Estados han limitado, en ámbitos cada vez más amplios, sus derechos de soberanía y cuyos sujetos no son únicamente los Estados miembro, sino también sus nacionales*”<sup>105</sup>.

Ahora bien, la circunstancia de que la UE esté dotada de “un ordenamiento jurídico de una nueva índole, con una naturaleza específica, *un marco constitucional* y principios fundacionales propios, una estructura institucional particularmente elaborada y un conjunto completo de normas jurídicas que aseguran su funcionamiento, *entraña consecuencias* en lo que respecta al procedimiento y las condiciones de una adhesión al CEDH”<sup>106</sup>.

<sup>103</sup> STJ (en pleno), 18/12/2014, dictamen nº 2/13, emitido en virtud del art. 218.11 (TFUE), *Proyecto de acuerdo internacional. Adhesión de la UE al CEDH. Compatibilidad de dicho Proyecto con el TUE y TFUE* [ECLI:EU:C:2014:2454], apdo. 154.

<sup>104</sup> Tribunal de Justicia (pleno), 18/12/2014, dictamen nº 2/13, emitido en virtud del art. 218.11 (TFUE), *Proyecto de acuerdo internacional. Adhesión de la UE al CEDH. Compatibilidad de dicho Proyecto con el TUE y TFUE* [ECLI:EU:C:2014:2454], apdo. 156.

<sup>105</sup> STJ (en pleno), 18/12/2014, dictamen nº 2/13, emitido en virtud del art. 218.11 (TFUE), *Proyecto de acuerdo internacional. Adhesión de la UE al CEDH. Compatibilidad de dicho Proyecto con el TUE y TFUE* [ECLI:EU:C:2014:2454], apdo. 157 (el destacado nos pertenece).

<sup>106</sup> STJ (en pleno), 18/12/2014, dictamen nº 2/13, emitido en virtud del art. 218.11 (TFUE), *Proyecto de acuerdo internacional. Adhesión de la UE*

Por lo tanto, incumbe al Tribunal de Justicia, *controlar* que las condiciones jurídicas en que se pretende llevar a cabo la adhesión de la UE al CEDH sean conformes “con la *carta constitucional fundamental* de la Unión que son los tratados”<sup>107</sup>.

En lo que aquí es objeto de estudio, el Tribunal de Justicia resalta –dentro de los parámetros de legalidad comunitaria que sigue el control que este practica– las características específicas inherentes a la naturaleza misma del DUE. En particular, como ha señalado en múltiples ocasiones el Tribunal de Justicia, dicho derecho “se caracteriza por proceder de una *fuerza autónoma*, constituida por los tratados, y *por su primacía* sobre los derechos de los Estados miembro”<sup>108</sup>. Para el Tribunal de Justicia, estas “características esenciales del derecho de la Unión han dado lugar a una *red estructurada de principios, normas y relaciones jurídicas mutuamente interdependientes que vinculan recíprocamente* a la propia Unión y a sus Estados miembro, y a los Estados miembro entre sí”<sup>109</sup>.

Los jueces de Luxemburgo ubican, “en el corazón de esa construcción jurídica”, a los derechos fundamentales<sup>110</sup>, doctrina resaltada como vimos por el TEDH en su construcción de la pre-

---

al CEDH. *Compatibilidad de dicho Proyecto con el TUE y TFUE* [ECLI:EU:C:2014:2454], apdo. 158 (el destacado nos pertenece).

<sup>107</sup> STJ (en pleno), 18/12/2014, dictamen n° 2/13, emitido en virtud del art. 218.11 (TFUE), *Proyecto de acuerdo internacional. Adhesión de la UE al CEDH. Compatibilidad de dicho Proyecto con el TUE y TFUE* [ECLI:EU:C:2014:2454], apdo. 163 (el destacado nos pertenece).

<sup>108</sup> STJ (en pleno), 18/12/2014, dictamen n° 2/13, emitido en virtud del art. 218.11 (TFUE), *Proyecto de acuerdo internacional. Adhesión de la UE al CEDH. Compatibilidad de dicho Proyecto con el TUE y TFUE* [ECLI:EU:C:2014:2454], apdo. 166. En apoyo de esta afirmación, se citan entre otras la STJ (Gran Sala), 26/2/2013, “Stefano Melloni vs. Ministerio Fiscal”, asunto C-399/11 [EU:C:2013:107], apdo. 59; la STJ, 15/7/1964, “Costa vs. ENEL”, asunto 6/64 [ECLI:EU:C:1964:66]; y la STJ, 17/12/1970, “Internationale Handelsgesellschaft”, asunto 11/70 [CLI:EU:C:1970:114], apdo. 3.

<sup>109</sup> STJ (en pleno), 18/12/2014, dictamen n° 2/13, emitido en virtud del art. 218.11 (TFUE), *Proyecto de acuerdo internacional. Adhesión de la UE al CEDH. Compatibilidad de dicho Proyecto con el TUE y TFUE* [ECLI:EU:C:2014:2454], apdo. 167 (el destacado nos pertenece).

<sup>110</sup> Se trata de la proyección de la doctrina derivada de la STJ, 3/9/2008, “Kadi y Al Barakaat International Foundation vs. Consejo y Comisión”, asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P [ECLI:EU:C:2008:461], apdos. 283 y 284.

sunción de protección equivalente. La protección de derechos, por lo tanto, constituye un requisito de legalidad de los actos de la UE, de suerte que no pueden admitirse medidas incompatibles con esos mismos derechos<sup>111</sup>.

¿Se habla de derechos fundamentales conforme a la interpretación de cuál intérprete? ¿Los jueces de Estrasburgo, los jueces nacionales, o bien los propios jueces de Luxemburgo? Preguntas como estas no van a quedar sin respuesta: para el Tribunal de Justicia resulta claro que cuando se habla de derechos fundamentales se habla de un sistema de derechos según la creación jurídica de los jueces de Luxemburgo: “la autonomía de que goza el [DUE] con respecto a los derechos de los Estados miembro y con respecto al derecho internacional *exige que esos derechos fundamentales se interpreten en el marco de la estructura y de los objetivos de la Unión*”<sup>112</sup>. En consecuencia, para *garantizar* la preservación de las características específicas y la autonomía del ordenamiento jurídico comunitario, los tratados fundacionales, según el Tribunal de Justicia, “han creado un sistema jurisdiccional destinado a garantizar la coherencia y la unidad en la interpretación” del DUE<sup>113</sup>.

¿Cómo encaja dentro de este sistema de control propio del DUE, el control de convencionalidad impulsado por el TEDH? No encaja. La UE –afirman en Luxemburgo–, como cualquier otra parte contratante del CEDH, estaría sujeta a un “control externo” que “tendría por objeto el respeto de los derechos y libertades” que la UE se comprometería a respetar con arreglo

<sup>111</sup> STJ (en pleno), 18/12/2014, dictamen n° 2/13, emitido en virtud del art. 218.11 (TFUE), *Proyecto de acuerdo internacional. Adhesión de la UE al CEDH. Compatibilidad de dicho Proyecto con el TUE y TFUE* [ECLI:EU:C:2014:2454], apdo. 169.

<sup>112</sup> STJ (en pleno), 18/12/2014, dictamen n° 2/13, emitido en virtud del art. 218.11 (TFUE), *Proyecto de acuerdo internacional. Adhesión de la UE al CEDH. Compatibilidad de dicho Proyecto con el TUE y TFUE* [ECLI:EU:C:2014:2454], apdo. 170. Véase, en el mismo sentido, STJ, 17/12/1970, “Internationale Handelsgesellschaft”, asunto 11/70 [CLI:EU:C:1970:114], apdo. 4; y STJ, 3/9/2008, “Kadi y Al Barakaat International Foundation vs. Consejo y Comisión”, asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P [ECLI:EU:C:2008:461], apdos. 281 y 285.

<sup>113</sup> STJ (en pleno), 18/12/2014, dictamen n° 2/13, emitido en virtud del art. 218.11 (TFUE), *Proyecto de acuerdo internacional. Adhesión de la UE al CEDH. Compatibilidad de dicho Proyecto con el TUE y TFUE* [ECLI:EU:C:2014:2454], apdo. 174.

al art. 1º (CEDH). En este contexto, la UE y sus instituciones, incluido el Tribunal de Justicia, “*estarían sujetas a los mecanismos de control previstos por dicho Convenio, y en particular a las decisiones y sentencias del TEDH*”<sup>114</sup>. Es ciertamente inherente al concepto mismo de “control externo” que, continúa el Tribunal de Justicia, por una parte, la interpretación dada al CEDH por el TEDH “vincularía, en virtud del derecho internacional”, a la UE y a sus instituciones, incluido el Tribunal de Justicia, y que, por otra parte, la interpretación dada por el Tribunal de Justicia a un derecho reconocido por el CEDH, no vincularía a los mecanismos de control establecidos por este, y muy especialmente, al TEDH<sup>115</sup>.

No obstante, “no puede suceder lo mismo” con la interpretación que da el Tribunal de Justicia del DUE, incluida la CDFUE. En particular, las apreciaciones del Tribunal de Justicia relativas al ámbito de aplicación material del DUE, “especialmente a efectos de determinar si un Estado miembro está obligado a respetar los derechos fundamentales de la Unión, *no deberían poder ser cuestionadas por el TEDH*”<sup>116</sup>.

A sombra del asunto “Melloni” (2013), el Tribunal de Justicia defiende que la aplicación de estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, “*no debe afectar al nivel de protección previsto por la [CDFUE] ni a la primacía, la unidad y la efectividad*” del DUE<sup>117</sup>. Reafirma el Tribunal de Justicia

<sup>114</sup> STJ (en pleno), 18/12/2014, dictamen nº 2/13, emitido en virtud del art. 218.11 (TFUE), *Proyecto de acuerdo internacional. Adhesión de la UE al CEDH. Compatibilidad de dicho Proyecto con el TUE y TFUE* [ECLI:EU:C:2014:2454], apdo. 181 (el destacado nos pertenece).

<sup>115</sup> Como se prevé en el art. 3º, apdo. 6, del Proyecto de Acuerdo y se aclara en el punto 68 del Proyecto del informe explicativo. STJ (en pleno), 18/12/2014, dictamen nº 2/13, emitido en virtud del art. 218.11 (TFUE), *Proyecto de acuerdo internacional. Adhesión de la UE al CEDH. Compatibilidad de dicho Proyecto con el TUE y TFUE* [ECLI:EU:C:2014:2454], apdo. 185.

<sup>116</sup> STJ (en pleno), 18/12/2014, dictamen nº 2/13, emitido en virtud del art. 218.11 (TFUE), *Proyecto de acuerdo internacional. Adhesión de la UE al CEDH. Compatibilidad de dicho Proyecto con el TUE y TFUE* [ECLI:EU:C:2014:2454], apdo. 186 (el destacado nos pertenece).

<sup>117</sup> STJ (en pleno), 18/12/2014, dictamen nº 2/13, emitido en virtud del art. 218.11 (TFUE), *Proyecto de acuerdo internacional. Adhesión de la UE al CEDH. Compatibilidad de dicho Proyecto con el TUE y TFUE* [ECLI:EU:C:2014:2454], apdo.188. Véase STJ (Gran Sala), 26/2/2013, “Stefano Melloni vs. Ministerio Fiscal”, asunto C-399/11 [EU:C:2013:107], apdo. 60.

su alejamiento de cualquier interpretación que vea en el art. 53 (CDFUE)<sup>118</sup>, una posible *cláusula de mínimos*, como sí existe acuerdo cuando se habla del también art. 53, pero del CEDH. Como quiera que este último artículo “reserva, en lo sustancial, a las partes contratantes la facultad de establecer estándares de protección de los derechos fundamentales superiores a los garantizados por dicho Convenio [CEDH], es preciso *garantizar la coordinación* entre la citada disposición y el art. 53 [CDFUE], *tal como ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia, para que la facultad otorgada por el art. 53 del CEDH a los Estados miembro siga estando limitada, en lo que se refiere a los derechos reconocidos por la Carta que se corresponden con derechos garantizados por el citado Convenio, a lo necesario para no poner en peligro el nivel de protección que contempla la Carta ni la primacía, la unidad y la efectividad del derecho de la Unión*”<sup>119</sup>.

Los jueces de Luxemburgo concluyen en que “no se ha establecido ninguna disposición en el acuerdo previsto para garantizar tal coordinación”<sup>120</sup>.

Una vez más la sombra del asunto “Melloni” (2013) se deja ver al invocarse el principio de *reconocimiento mutuo* como segundo argumento en contra de la interpretación del art. 53 (CDFUE) como una cláusula de mínimos. Así, pues, cuando aplican el derecho de la UE, los Estados miembro “pueden estar obligados, en virtud de ese mismo derecho, a presumir que

<sup>118</sup> La norma citada dice: “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 [DUE], el derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembro, y en particular el [CEDH], así como por las constituciones de los Estados miembro” (el destacado nos pertenece). Sobre el debate en torno a esta norma, Pizzolo, *Protección multinivel en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: ¿cómo interpretar el artículo 53?*, “Integración Regional & Derechos Humanos”, n° 2, 2020, p. 8 a 48.

<sup>119</sup> STJ (en pleno), 18/12/2014, dictamen n° 2/13, emitido en virtud del art. 218.11 (TFUE), *Proyecto de acuerdo internacional. Adhesión de la UE al CEDH. Compatibilidad de dicho Proyecto con el TUE y TFUE* [ECLI:EU:C:2014:2454], apdo. 189 (el destacado nos pertenece).

<sup>120</sup> STJ (en pleno), 18/12/2014, dictamen n° 2/13, emitido en virtud del art. 218.11 (TFUE), *Proyecto de acuerdo internacional. Adhesión de la UE al CEDH. Compatibilidad de dicho Proyecto con el TUE y TFUE* [ECLI:EU:C:2014:2454], apdo. 190.

los demás Estados miembro respetan los derechos fundamentales, de forma que *les está vedado no solo exigir a otro Estado miembro un nivel de protección nacional de los derechos fundamentales superior al garantizado por el derecho de la Unión, sino incluso verificar, salvo en supuestos excepcionales, si ese otro Estado miembro ha respetado efectivamente, en un caso concreto, los derechos fundamentales garantizados por la Unión*<sup>121</sup>.

Sobre la base de las consideraciones precedentes, el Tribunal de Justicia encuentra que el enfoque adoptado en el marco del acuerdo previsto (consistente en asimilar la UE a un Estado y reservarle un papel de todo punto idéntico al de cualquier otra parte contratante), ignora precisamente la naturaleza intrínseca de la UE –una naturaleza de tipo supranacional– y, en particular, no toma en consideración la circunstancia de que los Estados miembro, debido a su pertenencia a dicho proceso de integración, “han aceptado que sus relaciones mutuas, en lo que atañe a las materias que han sido objeto de un traspaso de competencias de los Estados miembro a la Unión, se rijan por el DUE, con exclusión, si así lo exige este, de cualquier otro derecho”<sup>122</sup>.

En la medida en que el CEDH, al imponer que se considere a la UE y a sus Estados miembro como partes contratantes, no solo en sus relaciones con aquellas otras partes contratantes que no son Estados miembro de la UE, sino también en sus relaciones recíprocas, *incluso* cuando esas relaciones se rigen por el DUE, “exigiría” de un Estado miembro que verificase el respeto de los derechos fundamentales por parte de otro Estado miembro, pese a que el DUE impone la *confianza mutua* entre esos Estados miembro, “la adhesión *puede poner en peligro* el equilibrio en que se basa la Unión así como la autonomía del DUE”<sup>123</sup>.

<sup>121</sup> STJ (en pleno), 18/12/2014, dictamen n° 2/13, emitido en virtud del art. 218.11 (TFUE), *Proyecto de acuerdo internacional. Adhesión de la UE al CEDH. Compatibilidad de dicho Proyecto con el TUE y TFUE* [ECLI:EU:C:2014:2454], apdo. 192 (el destacado nos pertenece).

<sup>122</sup> STJ (en pleno), 18/12/2014, dictamen n° 2/13, emitido en virtud del art. 218.11 (TFUE), *Proyecto de acuerdo internacional. Adhesión de la UE al CEDH. Compatibilidad de dicho Proyecto con el TUE y TFUE* [ECLI:EU:C:2014:2454], apdo. 193 (el destacado nos pertenece).

<sup>123</sup> STJ (en pleno), 18/12/2014, dictamen n° 2/13, emitido en virtud del art. 218.11 (TFUE), *Proyecto de acuerdo internacional. Adhesión de la UE al CEDH. Compatibilidad de dicho Proyecto con el TUE y TFUE* [ECLI:EU:C:2014:2454], apdo. 194 (el destacado nos pertenece).

Zagrebel'sky –antiguo juez del TEDH y de la Corte Constitucional italiana– es particularmente crítico de estas consideraciones del Tribunal de Justicia. Qué quedaría del “control externo” por parte del TEDH si este resultara como lo presentan los jueces de Luxemburgo, se pregunta. Es cierto que la autonomía del DUE estaría a salvo, pero el control externo, por su naturaleza, en materia de derechos fundamentales, interfiere con la autonomía de las partes contratantes que, con la adhesión al CEDH, “deben aceptarlo”. El Tribunal de Justicia, afirma Zagrebelsky, ha negado de raíz el elemento fundamental del sistema fundado en el CEDH y, “erigiendo la autonomía del ordenamiento jurídico de la UE como un baluarte inexpugnable, ha en algún modo recreado la excepción de la jurisdicción interna que el desarrollo de los derechos fundamentales, en Europa y fuera de ella, ha superado y excluido”<sup>124</sup>.

En el mecanismo internacional de tutela de los derechos humanos, escribe Zanghì, es notorio que se ha establecido como un “sistema de niveles múltiples [*sistema a livelli multipli*]”. Desde el primer nivel de tutela nacional (mediante la intervención de la jurisdicción interna), pasando luego a los niveles de la estructura regional (en ocasiones duplicado como el caso de la UE/CEDH) y, eventualmente, al nivel universal. En todos estos niveles, el principio cardinal que guía el respeto de los derechos humanos es la aplicación de la norma más favorable al individuo. Por el contrario, continúa Zanghì, el Tribunal de Justicia sostiene que en el ordenamiento de la UE no se puede aplicar dicho principio si la misma UE ha ejercitado una competencia normativa en la materia, por ejemplo a través de la CDFUE, el cual terminaría por asumir el rol no ya de tutela “mínima” sino de tutela “máxima”. Los jueces de Luxemburgo han afirmado, en efecto, que los Estados no pueden invocar un estándar de tutela más elevado en un sector en el cual ha ya intervenido una normativa de la UE que tiene y debe mantener la primacía<sup>125</sup>.

<sup>124</sup> Zagrebelsky, *L'UE e il controllo esterno della protezione dei diritti e delle libertà fondamentali in Europa. La barriera elevata dalla Corte di giustizia*, “Diritti Umani e Diritto Internazionale”, vol. 9, 2015, n° 1, p. 6.

<sup>125</sup> Zanghì, *La mancata adesione dell'Unione Europea alla CEDU nel parere negativo della Corte di giustizia UE*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, “Ordine internazionale e diritti umani”, 2015, p. 137.

El dictamen n° 2/13 (2014) deja en claro la opinión del Tribunal de Justicia respecto a eventuales competidores en materia de interpretación de derechos fundamentales: “procede declarar que la adhesión de la Unión al CEDH tal como está prevista en el Proyecto de acuerdo puede afectar a las características específicas del derecho de la Unión y a su autonomía”<sup>126</sup>.

De este modo, se procede declarar que el acuerdo previsto *no es compatible* con el art. 6°.2 (TUE), ni con el Protocolo 8 UE, por cuanto: “puede afectar a las características específicas y a la autonomía del [DUE], en la medida en que *no garantiza la coordinación* entre el art. 53 del CEDH y el art. 53 de la Carta, *no previene el riesgo de que se vulnere el principio de confianza mutua* entre los Estados miembro en el [DUE] y *no contempla articulación alguna* entre el mecanismo instituido por el Protocolo 16 y el procedimiento de remisión prejudicial establecido en el art. 267 [TFUE]; puede afectar al art. 344 [TFUE], en la medida en que *no excluye* la posibilidad de que se planteen ante el TEDH litigios entre Estados miembro o entre estos y la Unión, relativos a la aplicación del CEDH en el ámbito de aplicación material del DUE; no prevé modos de funcionamiento del mecanismo del codemandado y del procedimiento de intervención previa del Tribunal de Justicia que *permitan preservar las características específicas de la Unión y de su derecho*, y *no tiene en cuenta las características específicas* del [DUE] en lo que respecta al control jurisdiccional de los actos, acciones u omisiones de la Unión en materia de PESC, en la medida en que encomienda el control jurisdiccional de algunos de esos actos, acciones u omisiones en exclusiva a un órgano externo a la Unión”<sup>127</sup>.

Esta vía sin salida a la que lleva las consideraciones de los jueces de Luxemburgo en su cohabitación con los jueces de Estrasburgo, conspiran abiertamente contra la evolución de un

<sup>126</sup> STJ (en pleno), 18/12/2014, dictamen n° 2/13, emitido en virtud del art. 218.11 (TFUE), *Proyecto de acuerdo internacional. Adhesión de la UE al CEDH. Compatibilidad de dicho Proyecto con el TUE y TFUE* [ECLI:EU:C:2014:2454], apdo. 200.

<sup>127</sup> STJ (en pleno), 18/12/2014, dictamen n° 2/13, emitido en virtud del art. 218.11 (TFUE), *Proyecto de acuerdo internacional. Adhesión de la UE al CEDH. Compatibilidad de dicho Proyecto con el TUE y TFUE* [ECLI:EU:C:2014:2454], apdo. 258 (el destacado nos pertenece).

diálogo judicial que permita alcanzar consensos mínimos en la protección de los derechos humanos. Martín y Pérez de Nanclares, por ejemplo, señaló que la necesidad de entablar este diálogo, lleva “forzosamente” a replantear el concepto de autonomía desde nuevos parámetros conceptuales que permitan su adecuada inserción dentro de un espacio público europeo multinivel e invita, por tanto, a reflexionar sobre el significado mismo de la autonomía del DUE: “el Tribunal de Justicia tiene ante sí la responsabilidad de articular una interpretación pertinente y actualizada del concepto de autonomía del [DUE] y realizar una aportación constructiva al diálogo judicial europeo en materia de protección de los derechos fundamentales”<sup>128</sup>.

Desde la óptica del sistema multinivel de tutela de los derechos fundamentales que surgió en Europa, escribe Parodi, la adhesión de la UE al CEDH “debería reconducir a la unidad y coherencia” de los dos estándares de tutela de los derechos fundamentales reconocidos a través de los dos “catálogos de derechos”, tal cual son interpretados por las Cortes europeas, los cuales tienden a superponerse de manera creciente. El dictamen n° 2/13 (2014), desde este punto de vista, constituye, sin lugar a dudas, un retroceso de gran importancia en la consolidación del sistema europeo de protección de los derechos fundamentales<sup>129</sup>.

La respuesta del Tribunal de Justicia, como observamos, dejó en suspenso la *expectativa* de diálogo, potenciando la crisis en su cohabitación con el TEDH –y con los jueces nacionales– dentro de una comunidad de intérpretes finales. Si se confirma que en Luxemburgo no desean someterse a un control externo en materia de derechos, en este hipotético escenario a nadie podría extrañar que surgieran nuevos resquemores en los otros dos vértices del reiteradamente citado triángulo judicial europeo. El TEDH podría, por ejemplo, reinterpretar su jurisprudencia renunciando a la presunción de la protección equivalente y entrando a realizar *de facto* el control externo de los derechos fundamentales que el Tribunal de Justicia

<sup>128</sup> Martín y Pérez de Nanclares, *Cita con la ambición: el Tribunal de Justicia ante el desafío de la adhesión de la Unión al CEDH*, “Revista de Derecho Comunitario Europeo”, n° 48, 2014, p. 382 y 383.

<sup>129</sup> Parodi, *Diritti umani vs Autonomia? Il parere 2/13 della Corte di giustizia dell’UE sull’adesione dell’UE alla CEDU*, “federalismi.it” n° 3/2016.

le negara *de iure*. Bajo “el paradigma de la ‘última palabra’ es obvio que todos pierden. También el Tribunal de Justicia”<sup>130</sup>.

Esta interpretación del Tribunal de Justicia, aclara Sánchez Frías, que lleva en el ELSJ a una “defensa de una ejecución casi mecánica de las euroórdenes, incluso cuando existen dudas sobre el riesgo de vulneración de los derechos fundamentales, resultaba difícilmente reconciliable con la línea jurisprudencial en esta materia del TEDH”<sup>131</sup>. La respuesta de Estrasburgo llegaría, al poco tiempo, en el caso “Avotiņš” (2016).

e) *EL DESARROLLO DEL ESPACIO DE LIBERTAD, JUSTICIA Y SEGURIDAD (ELJS) EN LA UE BAJO EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: EL CASO “AVOTIŅŠ” (2016)*. La respuesta de los jueces de Luxemburgo a la doctrina de Estrasburgo, que permite ejercer el control de convencionalidad sobre el DUE, se haría escuchar de manera disruptiva en el dictamen n° 2/13 precisamente sobre el proyecto de adhesión de la UE al CEDH. Sin embargo, el TEDH –en la primera ocasión que tuvo después de la intervención del Tribunal de Justicia– insistiría con sus argumentos en relación a la presunción de protección equivalente, confirmándola como técnica de cohabitación, en el caso “Avotiņš” (2016)<sup>132</sup>, esta vez

<sup>130</sup> Martín y Pérez de Nanclares, *Cita con la ambición: el Tribunal de Justicia ante el desafío de la adhesión de la Unión al CEDH*, “Revista de Derecho Comunitario Europeo”, n° 48, 2014, p. 397.

<sup>131</sup> Sánchez Frías, *Convergencia de caminos entre el TEDH y el TJUE en cuanto al riesgo de vulneración de los derechos fundamentales como motivo de no ejecución de la euroorden. Un análisis de la sentencia del TEDH de 9 de julio de 2019, Romeo Castaño*, “Revista de Derecho Comunitario Europeo”, n° 65, 2020, p. 179.

<sup>132</sup> STEDH (Gran Sala), 23/5/2016, “Avotiņš vs. Letonia”, [asunto n° 17.502/07].

Los hechos del caso refieren a que el Sr. Avotiņš, ciudadano letón, había recibido un préstamo, el cual se regía por el derecho chipriota. Ante el impago, la empresa acreedora planteó un litigio contra el deudor. Dado que el Sr. Avotiņš no residía en Chipre, se le envió una citación para comparecer a través de las autoridades letonas, la cual el demandado niega haber recibido. Los tribunales chipriotas dictaron sentencia en la que le condenaban al pago y en la que se señalaba expresamente que el demandado no había comparecido pese a haber sido correctamente notificado. La empresa acreedora planteó ante los tribunales letones el reconocimiento y ejecución de esta sentencia. El demandante alega no haber tenido conocimiento de la sentencia chipriota hasta el momento en que impugnó el reconocimiento. El Tribunal Supremo letón aceptó finalmente la ejecución, afirmando que en el marco

relacionado con el ELJS<sup>133</sup>. En vez de profundizar el conflicto, el TEDH optó por un nuevo gesto de deferencia dejando a un lado la confrontación directa y manteniéndose en el camino del diálogo. Ello le permite, a la vez, avanzar con algunas precisiones respecto del caso “Michaud” (2012).

El TEDH reitera que la aplicación de la presunción de protección equivalente al DUE está sujeta a dos condiciones: 1) ausencia de todo margen de maniobra por parte de las autoridades internas, y 2) el pleno despliegue del potencial del mecanismo de control proporcionado por el DUE, donde vimos que es central el planteo de la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia. Respecto a la primera cuestión, al igual que en el caso “Bosphorus” (2005), por tratarse del cumplimiento de un Reglamento comunitario, el Estado carecía de margen de apreciación en su aplicación<sup>134</sup>. Es con relación a la segunda condición donde se aprecia una mayor determinación del TEDH que implica, en la práctica, una mayor deferencia hacia el DUE.

En efecto, en el caso “Avotiņš” (2016) el Senado del Tribunal Supremo letón no había formulado una cuestión prejudi-

---

del Reglamento Bruselas I bajo ninguna circunstancia la sentencia de origen puede ser revisada en cuanto a su sustancia. El demandante alega ante el TEDH que el Tribunal Supremo letón había infringido el derecho a un proceso equitativo (art. 6º, CEDH) al reconocer y ejecutar la sentencia chipriota porque en su opinión conculcaba sus derechos de defensa.

La Comisión Europea participó en el proceso ante la Gran Sala como tercero interviniente alegando la plena aplicabilidad de la doctrina de la presunción equivalente y la compatibilidad del Reglamento Bruselas I con el art. 6º (CEDH).

<sup>133</sup> Se discutía la convencionalidad del art. 34, nº 2 del Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (conocido como Reglamento Bruselas I).

<sup>134</sup> STEDH (Gran Sala), 23/5/2016, “Avotiņš vs. Letonia”, [asunto nº 17.502/07], párr. 106. El TEDH aclara que el presente asunto se distingue así del caso “M. S. S”. En este último, al examinar la cuestión de la responsabilidad de Bélgica según el CEDH, se observó que, en virtud de los términos del reglamento aplicable (el Reglamento Dublín II), las autoridades de Bélgica conservaban el poder discrecional para decidir el uso o no de la “cláusula de soberanía” que les permitía examinar la solicitud de asilo y abstenerse de devolver al solicitante a Grecia si consideraban que las autoridades griegas probablemente no cumplirían sus obligaciones derivadas del CEDH (STEDH [Gran Sala], 21/1/2011, “M.S.S. vs. Bélgica y Grecia”, [asunto nº 30.696/09], apdos. 339-340).

cial al Tribunal de Justicia con referencia a la interpretación y aplicación del Reglamento en cuestión. Sin embargo, el TEDH interpreta que esta segunda condición “debería aplicarse *sin excesivo formalismo* y teniendo en cuenta los rasgos específicos del mecanismo de supervisión en cuestión. Entiende que *no sería de utilidad* someter la aplicación de la presunción Bosphorus al requisito de que los tribunales domésticos tuvieran que plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia *en todos los casos sin excepción*, incluyendo aquellos donde no resultasen del [DUE] cuestiones delicadas para la protección de los derechos fundamentales, o aquellos en que el [Tribunal de Justicia] ya hubiera precisado cómo deben interpretarse las disposiciones aplicables del derecho de la UE de una manera compatible con los derechos fundamentales”<sup>135</sup>.

Los jueces de Estrasburgo evitan consagrar una regla rígida y abstracta que permita establecer si se desplegó el pleno potencial del mecanismo de supervisión reconocido por el DUE y, más concretamente, si el hecho de que el tribunal nacional que conocía del caso no formulara una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia es apto para descartar la aplicación de la presunción de protección equivalente. Esta cuestión, razona el TEDH, “debería ser evaluada a la luz de las circunstancias concretas de cada caso”<sup>136</sup>.

En virtud de la anterior, la misión del TEDH en el caso “Avotiņš” (2016) queda limitada a comprobar –en ejercicio del control de convencionalidad– si la protección de los derechos garantizados por el CEDH fue “manifiestamente deficiente como para provocar la inaplicación de esta presunción”. Configurado este extremo, el interés de la cooperación internacional –incluida la UE– quedaría subordinado al respeto del CEDH como “instrumento constitucional del orden público europeo” en el ámbito de los derechos humanos<sup>137</sup>.

<sup>135</sup> STEDH (Gran Sala), 23/5/2016, “Avotiņš vs. Letonia”, [asunto n° 17.502/07], apdo. 109.

<sup>136</sup> STEDH (Gran Sala), 23/5/2016, “Avotiņš vs. Letonia”, [asunto n° 17.502/07], apdo. 111. Cabe tener presente que el demandante no había pedido, a diferencia de lo ocurrido en el caso “Michaud”, que se presentara una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

<sup>137</sup> STEDH (Gran Sala), 23/5/2016, “Avotiņš vs. Letonia”, [asunto n° 17.502/07], apdo. 112.

El TEDH se encuentra entonces, por primera vez, frente a la posibilidad de ejercer el control de convencionalidad sobre un principio central para el desarrollo de la cooperación en el ámbito del ELSJ al que se refiere el art. 67 (TFUE): el *principio de confianza mutua*<sup>138</sup>. Se trata de un terreno donde el dictámen n° 2/13 del Tribunal de Justicia –que vimos le otorga a dicho principio rango constitucional– plantea batalla promoviendo su aplicación automática salvo en casos excepcionales. La interpretación en el caso “Avotiņš” (2016) propuesta por el TEDH, va a generar un diálogo integrador con los jueces de Luxemburgo –y la flexibilización gradual de sus posturas– que se prolonga hasta la actualidad y consolida un neto punto de convergencia entre la integración regional y los derechos humanos que tiene su centro en la cooperación necesaria para el desarrollo de un ELJS.

Se trata de intervenir en una cuestión controvertida, sostiene Córtes Martín, porque la protección de los derechos fundamentales en los distintos Estados miembro de la UE “es equivalente, no idéntica, lo que inevitablemente crea una tensión entre confianza mutua y protección de estos derechos” que en los últimos tiempos viene manifestándose de forma recurrente<sup>139</sup>.

<sup>138</sup> La norma citada dice: “1. La Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembro. 2. Garantizará la ausencia de controles de las personas en las fronteras interiores y desarrollará una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores que esté basada en la solidaridad entre Estados miembro y sea equitativa respecto de los nacionales de terceros países. A efectos del presente título, los apátridas se asimilarán a los nacionales de terceros países. 3. La Unión se esforzará por garantizar un nivel elevado de seguridad mediante medidas de prevención de la delincuencia, el racismo y la xenofobia y de lucha en contra de ellos, medidas de coordinación y cooperación entre autoridades policiales y judiciales y otras autoridades competentes, así como mediante el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y, si es necesario, mediante la aproximación de las legislaciones penales. 4. La Unión facilitará la tutela judicial, garantizando en especial el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil” (el destacado nos pertenece).

<sup>139</sup> Cortés Martín, *Sobre la plena vigencia de la presunción de equivalencia (Bosphorus) y su aplicación al principio de reconocimiento mutuo en el espacio de libertad, seguridad y justicia*, “Revista de Derecho Comunitario Europeo”, n° 55, 2016, p. 827.

La importancia de los mecanismos de reconocimiento mutuo en la construcción del ELJS y de la confianza mutua que los mismos requieren, no resultarán ajenos al razonamiento del TEDH. Sin embargo, los métodos empleados para crear el ELJS “no deben vulnerar los derechos fundamentales de las personas afectadas por los mecanismos resultantes”. En la mira del TEDH está el citado dictamen n° 2/13: “parece que el objetivo de efectividad perseguido por algunos de los métodos empleados conduce a acotar severamente, cuando no a limitar, el control del respeto de los derechos fundamentales. Por ello, el [Tribunal de Justicia] estableció recientemente en el dictamen 2/13 que ‘cuando aplican el derecho de la Unión, los Estados miembro pueden estar obligados, en virtud de ese mismo derecho, a presumir que los demás Estados miembro respetan los derechos fundamentales, de forma que les está vedado [...] verificar, salvo en supuestos excepcionales, si ese otro Estado miembro ha respetado efectivamente, en un caso concreto, los derechos fundamentales garantizados por la Unión’ (véase apdo. 49). *Limitar a casos excepcionales el poder del Estado requerido a verificar el respeto de los derechos fundamentales por el Estado de origen de la resolución podría, en la práctica, ser contrario al requisito exigido por el [CEDH] en virtud del cual el tribunal del Estado requerido debe estar facultado, cuando menos, para proceder a un control adaptado a la gravedad de cualquier alegación seria de violación de los derechos fundamentales en el Estado de origen, en orden a asegurar que la protección de tales derechos no resulte manifiestamente deficiente*”<sup>140</sup>.

La respuesta desde Estrasburgo es clara y contundente en favor de un control previo cuando se discuten *deficiencias sistémicas*. En otras palabras, exceptuar de la aplicación automática al principio de confianza mutua solo en casos excepcionales, presumiendo que la tutela de los derechos es efectiva para el resto de los casos no solo constituye una falacia que ignora realidades asimétricas en materia de derechos humanos entre los Estados de la UE, sino que puede constituir una violación directa al CEDH según es interpretado por el TEDH.

El TEDH debe comprobar de *oficio*, cuando se reúnan las condiciones para la aplicación de la presunción de protección

<sup>140</sup> STEDH (Gran Sala), 23/5/2016, “Avotiņš vs. Letonia”, [asunto n° 17.502/07], apdo. 114 (el destacado nos pertenece).

equivalente, que los mecanismos de reconocimiento mutuo “no dan lugar a ninguna laguna o situación concreta que pudiera convertir la protección de los derechos humanos garantizados por el CEDH en manifiestamente deficiente”. Para hacerlo tiene en cuenta, con un espíritu de complementariedad, el modo en que estos mecanismos operan y en particular el objetivo de eficacia que persiguen. No obstante, “*debe verificar que el principio de reconocimiento mutuo no sea aplicado de manera automática y mecánica en perjuicio de los derechos fundamentales*”<sup>141</sup>.

La conclusión de la plena convencionalidad, salvo excepciones, del principio de reconocimiento mutuo en el marco del Reglamento Bruselas I a la que llega el TEDH, es probablemente el desarrollo más importante del caso “Avotiņš” (2016): “dotado de un alto grado de persuasión y deferencia, será recordado probablemente por su contribución a relajar esta tensión [con el Tribunal de Justicia], en particular cuando el TEDH destaca la importancia de los mecanismos de reconocimiento mutuo”<sup>142</sup>.

También para Resquejo Isidro, el caso “Avotiņš” (2016) debe observarse desde el punto de vista de las relaciones entre el TEDH y el Tribunal de Justicia. En este sentido, cabe resaltar tres cosas: primera, la atención prestada por Estrasburgo a la jurisprudencia de Luxemburgo; segunda, la confianza que el TEDH manifiesta hacia la UE en materia de protección de derechos humanos; tercera, el posicionamiento del TEDH respecto al dictamen n° 2/13<sup>143</sup>.

f) *VIRAJE DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EN LOS ASUNTOS ACUMULADOS “ARANYOSI Y CĂLDĂRARU” (2016): LA DEFENSA DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA MUTUA NO PUEDE CONSENTIR VIOLACIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.* En el ámbito del ELSJ, la política de asilo común es un punto central de convergencia entre la integración regional y la tutela efectiva de los derechos humanos. Será en este terreno

<sup>141</sup> STEDH (Gran Sala), 23/5/2016, “Avotiņš vs. Letonia”, [asunto n° 17.502/07], apdo. 116.

<sup>142</sup> Cortés Martín, *Sobre la plena vigencia de la presunción de equivalencia (Bosphorus) y su aplicación al principio de reconocimiento mutuo en el espacio de libertad, seguridad y justicia*, “Revista de Derecho Comunitario Europeo”, n° 55, 2016, p. 826.

<sup>143</sup> Requejo Isidro, *Avotiņš c. Letonia, STEDH de 23 de mayo de 2016, As. 17502/07*, “Revista General de Derecho Europeo”, n° 40, 2016, p. 187 a 201.

donde el Tribunal de Justicia comenzará a revisar la rigidez de su defensa de la aplicación automática del principio de reconocimiento mutuo. Forzado a ello por las realidades asimétricas que presentan los Estados de la UE, potenciadas por la crisis del euro y la crisis migratoria, que en muchos son representativas de las deficiencias sistémicas en materia de protección de derechos<sup>144</sup>. Este escenario quedó en evidencia, una vez más, con la crisis del sistema de Dublín de transferencia de solicitantes de asilo<sup>145</sup>.

En el asunto “N. S.” (2011), el Tribunal de Justicia estableció, por primera vez, que para que la UE y sus Estados miembro puedan respetar sus obligaciones relativas a la protección de los derechos fundamentales de los solicitantes de asilo, “incumbe a los Estados miembro, incluidos los órganos jurisdiccionales nacionales, *no trasladar a un solicitante de asilo al ‘Estado miembro responsable’* en el sentido del Reglamento n° 343/2003<sup>146</sup> cuando no puedan ignorar que las deficiencias sistemáticas del procedimiento de asilo y de las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo en ese Estado miembro constituyen motivos serios y acreditados para creer que el solicitante correrá un riesgo real de ser sometido a tratos inhumanos o degradantes en el sentido del art. 4° [CDFUE]”<sup>147</sup>.

<sup>144</sup> Con los jueces constitucionales alemanes a la cabeza, numerosas jurisdicciones nacionales comenzaron a dejar de lado la aplicación automática del principio de confianza mutua promovido desde el asunto “Melloni” por el Tribunal de Justicia. A modo de ejemplo, véase la STCFA, 15/12/2015, [2 BVR 2735/14]. Véase Arzoz Santisteban, *Karlsruhe rechaza la Doctrina Melloni del Tribunal de Justicia y advierte con el control de la identidad constitucional (comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 15 de diciembre de 2015, 2 BVR 2735/14)*, “Revista Española de Derecho Europeo”, n° 58, abr.-jun. 2016, p. 109 a 141.

<sup>145</sup> Actualmente regulado por Reglamento (UE) n° 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, *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 miembro por un nacional de un tercer país o un apátrida*. En su consid. 39 se afirma: “El presente Reglamento respeta los derechos fundamentales y observa los principios establecidos, en particular, en la CDFUE”. Para concluir en que “debe aplicarse en consecuencia”.

<sup>146</sup> Actualmente remplazado por el Reglamento (UE) n° 604/2013.

<sup>147</sup> STJ (Gran Sala), 21/12/2011, “N. S.”, asuntos acumulados C-411/10 y C-493/10 [EU:C:2011:865], apdo. 94 (el destacado nos pertenece). Véa-

En el asunto “Jawo” (2019), el Tribunal de Justicia sigue esta línea interpretativa respecto al citado art. 4º, defendiendo que él debe interpretarse en el sentido de que no se opone al traslado del solicitante de protección internacional, a menos que el órgano jurisdiccional que conozca de un recurso interpuesto contra la decisión de traslado “aprecie, sobre la base de elementos objetivos, fiables, precisos y debidamente actualizados y con respecto al estándar de protección de los derechos fundamentales que garantiza el [DUE], la existencia de tal riesgo [se refiere al riesgo originado en las condiciones de vida que previsiblemente encontraría en ese Estado miembro como beneficiario de protección internacional] para dicho solicitante debido al hecho de que, en caso de traslado, se encontraría, al margen de su voluntad y de sus decisiones personales, en una situación de privación material extrema”<sup>148</sup>.

En materia de cooperación penal<sup>149</sup> se ha producido un cambio de rumbo similar, siendo en este caso la crisis desencadenante la de la sobrepoblación de las cárceles en Hungría y Rumanía, documentada en las numerosas sentencias condenatorias del TEDH por tratos inhumanos y degradantes a los presos<sup>150</sup>.

En los asuntos acumulados “Aranyosi y Căldăraru” (2016)<sup>151</sup>, el Tribunal de Justicia fue consciente de la necesidad de relati-

---

se también, STJ (Gran Sala), 14/11/2013, “Puid”, asunto C-4/11 [ECLI:EU:C:2013:740], apdo. 30; y STJ (Gran Sala), 10/12/2013, “Abdullahi”, asunto C-394/12 [ECLI:EU:C:2013:813], apdo. 60.

<sup>148</sup> Nos pertenece el destacado en el asunto de STJ (Gran Sala), 19/3/2019, “Jawo”, asunto C-163/17 [ECLI:EU:C:2019:218], apdo. 99.3.

<sup>149</sup> Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembro, DO L 190, de 18 de julio de 2002, p. 1. Esta decisión marco pretende, a través del establecimiento de un nuevo sistema simplificado y más eficaz de entrega de personas condenadas o sospechosas de haber infringido la ley penal, facilitar y acelerar la cooperación judicial de cara a la consecución del objetivo atribuido a la Unión de llegar a ser un espacio de libertad, seguridad y justicia basado en el grado de confianza elevado que debe existir entre los Estados miembro.

<sup>150</sup> Véase, entre otras, STEDH, 10/3/2015, “Varga y otros vs. Hungría”, [demanda nº 14097/12, 45135/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13, y 64586/13]; y STEDH, 24/1/2012, “Mihai Toma vs. Rumanía”, [demanda nº 1051/06].

<sup>151</sup> STJ (Gran Sala), 5/4/2016, “Aranyosi y Căldăraru”, asuntos acumulados C-404 y 659/15 PPU [EU:C:2016:198].

vizar su postura anterior dado el escenario en las prisiones y, a la vez, de no realizar una ruptura que suponga un bloqueo completo del sistema europeo de cooperación penal<sup>152</sup>. Es por ello que comenzó refiriéndose al dictamen n° 2/13 (2014) y a las “circunstancias excepcionales” que justificarían la limitación del principio de reconocimiento mutuo entre los Estados miembro. Ante el carácter absoluto de la prohibición de tratos inhumanos y degradantes, el Tribunal de Justicia estableció –por primera vez– la posibilidad de que las autoridades del Estado de ejecución de una Euroorden no solo examinen la protección de los derechos fundamentales del Estado emisor, sino también la posibilidad de suspenderla y, en los casos en los que no se excluya en riesgo de violación del derecho en cuestión, de denegar la ejecución de la Euroorden<sup>153</sup>.

A la hora de realizar dicho control por el Estado de ejecución, la sentencia incluye un test de control dividido en dos pasos que procura conseguir un equilibrio entre la protección de los derechos y la efectividad del reconocimiento mutuo en materia penal. Este test no solo se inspira en la jurisprudencia “N. S.” (2011), sino que además lo mejora en términos sustantivos y procedimentales. La primera parte del test consiste en la constatación de un “riesgo genérico” de violación de los derechos fundamentales (de deficiencias sistémicas o generalizadas en el Estado emisor). Una vez constatado el riesgo, la segunda parte del test consiste en la individualización del riesgo en la persona concreta cuya detención y entrega se solicita. Analicemos con mayor precisión estas consideraciones.

En sentido amplio, los asuntos acumulados “Aranyosi y Căldăraru” (2016) proponen –en el mismo sentido que el TEDH– una especie de excepción de respeto de derechos con relación a

<sup>152</sup> El Tribunal Superior Civil y Regional de Bremen planteó al Tribunal de Justicia, ante Euroórdenes recibidas por parte de autoridades húngaras y rumanas, si es improcedente conforme a la decisión marco relativa a la orden de detención europea entregar a una persona cuando “existan razones de peso para creer que las condiciones de reclusión en el Estado miembro emisor vulneran los derechos fundamentales de la persona interesada” y, en tal caso, si puede condicionarse la entrega a la constitución de unas garantías relativas a la reclusión.

<sup>153</sup> STJ (Gran Sala), 5/4/2016, “Aranyosi y Căldăraru”, asuntos acumulados C-404 y 659/15 PPU [EU:C:2016:198], apdo. 104.

la aplicación automática del principio de reconocimiento mutuo, pero sin renunciar a su importancia para alcanzar un ELSJ.

En efecto, el Tribunal de Justicia se encarga de resaltar que el principio de reconocimiento mutuo en el que se sustenta el sistema de la orden de detención europea, descansa a su vez “en la confianza recíproca entre los Estados miembro en que sus respectivos ordenamientos jurídicos nacionales están en condiciones de proporcionar una protección equivalente y efectiva de los derechos fundamentales, reconocidos en el ámbito de la Unión, en particular en la [CDFUE]”. Tanto el principio de confianza mutua entre Estados miembro como el principio de reconocimiento mutuo, asevera el Tribunal de Justicia, tienen una importancia fundamental en el DUE, “dado que permiten la creación y el mantenimiento de un espacio sin fronteras interiores”. Más específicamente, el principio de confianza mutua obliga a cada uno de los Estados miembro, en particular en lo que se refiere al ELSJ, a considerar, salvo en circunstancias excepcionales, que todos los demás Estados miembro respetan el DUE, y, muy especialmente, los derechos fundamentales reconocidos por ese derecho<sup>154</sup>. Es más, se repite que el principio de reconocimiento mutuo constituye, la “piedra angular” de la cooperación judicial en materia penal, por lo tanto, en principio, los Estados miembro están obligados a ejecutar una orden de detención europea. Hasta aquí nada distinto de lo expuesto en el dictamen n° 2/13 (2014).

Sin embargo, los jueces de Luxemburgo insertan en sus dichos la señalada excepción de respeto de derechos admitiendo que “puedan limitarse los principios de reconocimiento y de confianza mutuos entre Estados miembro ‘en circunstancias excepcionales’”. Pero dichas circunstancias deben articularse con la obligación de los Estados miembro de la UE de respetar los derechos fundamentales tal como se hallan consagrados, en particular, en la CDFUE (cfr. art. 51.1)<sup>155</sup>. En consencuencia, “cuando la autoridad judicial del Estado miembro de ejecución disponga de elementos que acrediten un riesgo real de

<sup>154</sup> STJ (Gran Sala), 5/4/2016, “Aranyosi y Căldăraru”, asuntos acumulados C-404 y 659/15 PPU [EU:C:2016:198], apdos. 77 y 78.

<sup>155</sup> STJ (Gran Sala), 5/4/2016, “Aranyosi y Căldăraru”, asuntos acumulados C-404 y 659/15 PPU [EU:C:2016:198], apdos. 82 y 83. Véase art. 1°, apdo. 3, de la decisión marco.

que se inflija un trato inhumano o degradante a las personas encarceladas en el Estado miembro emisor, con arreglo a la norma de protección de los derechos fundamentales garantizada por el [DUE] y, en particular, por el art. 4º [CDFUE], dicha autoridad *deberá apreciar la existencia de ese riesgo a la hora de pronunciarse sobre la entrega a las autoridades judiciales del Estado miembro emisor de la persona que es objeto de una orden de detención europea, porque la ejecución de dicha orden no puede dar lugar a que se trate de forma inhumana o degradante a esa persona*<sup>156</sup>.

A tal efecto, la autoridad judicial de ejecución deberá basarse primero en elementos objetivos, fiables, precisos y debidamente actualizados relativos a las condiciones de reclusión imperantes en el Estado miembro emisor que demuestren la existencia de deficiencias sistémicas o generalizadas que afecten a ciertos grupos de personas o a ciertos centros de reclusión. Esos elementos pueden proceder en particular de resoluciones judiciales internacionales, como las sentencias del TEDH, de resoluciones judiciales del Estado miembro emisor o de decisiones, informes u otros documentos elaborados por los órganos del Consejo de Europa o del sistema de las Naciones Unidas<sup>157</sup>.

Ahora bien, la constatación de la existencia de un riesgo real de trato inhumano o degradante debido a las condiciones generales de reclusión en el Estado miembro emisor no puede, por sí sola, abocar a que se deniegue la ejecución de una orden de detención europea. Una vez constatada la existencia de tal riesgo, la autoridad judicial de ejecución aún deberá comprobar, concreta y precisamente, si existen razones serias y fundadas para creer que la persona de que se trate correrá ese riesgo debido a las condiciones de reclusión previstas para ella en el Estado miembro emisor. La mera existencia de elementos que acrediten deficiencias sistémicas o generalizadas que afecten a ciertos grupos de personas o a ciertos centros de reclusión en lo referente a las condiciones de reclusión en el Estado miembro emisor no implica necesariamente que, en un caso concre-

<sup>156</sup> STJ (Gran Sala), 5/4/2016, “Aranyosi y Căldăraru”, asuntos acumulados C-404 y 659/15 PPU [EU:C:2016:198], apdo. 88.

<sup>157</sup> STJ (Gran Sala), 5/4/2016, “Aranyosi y Căldăraru”, asuntos acumulados C-404 y 659/15 PPU [EU:C:2016:198], apdo. 89.

to, la persona de que se trate vaya a sufrir un trato inhumano o degradante en el supuesto de que sea entregada a las autoridades de ese Estado miembro<sup>158</sup>.

Por consiguiente, a fin de garantizar el respeto del art. 4º (CDFUE) en el caso particular de una persona que sea objeto de una orden de detención europea, la autoridad judicial de ejecución que disponga de elementos objetivos, fiables, precisos y debidamente actualizados que acrediten que existen tales deficiencias, “deberá comprobar si, en las circunstancias del caso de autos, existen razones serias y fundadas para creer que esa persona, tras ser entregada al Estado miembro emisor, correrá un riesgo real de sufrir en ese Estado miembro un trato inhumano o degradante, en el sentido de ese artículo”. A tal efecto, dicha autoridad deberá solicitar a la autoridad judicial del Estado miembro emisor la transmisión urgente de toda la información complementaria necesaria sobre las condiciones de reclusión previstas para la persona de que se trate en ese Estado miembro. Esta solicitud podrá tener por objeto igualmente averiguar si existen en el Estado miembro emisor posibles procedimientos o mecanismos nacionales o internacionales de control de las condiciones de reclusión, por ejemplo, visitas a los establecimientos penitenciarios, que permitan evaluar el estado, en ese momento, de las condiciones de reclusión en esos establecimientos. La autoridad judicial emisora estará obligada a proporcionar esa información a la autoridad judicial de ejecución. Si, a la luz de la información y de cualquier otra información de la que disponga la autoridad judicial de ejecución, esta constata que existe un riesgo real de que la persona que es objeto de una orden de detención europea sufra un trato inhumano o degradante, “deberá aplazarse la ejecución de esa orden, pero no abandonarse”<sup>159</sup>. Incluso puede llegar a rechazarse: “*Si la existencia [del riesgo en cuestión] no puede excluirse en un plazo razonable, la mencionada autoridad deberá decidir si procede poner fin al procedimiento de entrega*”<sup>160</sup>.

<sup>158</sup> STJ (Gran Sala), 5/4/2016, “Aranyosi y Căldăraru”, asuntos acumulados C-404 y 659/15 PPU [EU:C:2016:198], apdos. 91 a 93.

<sup>159</sup> STJ (Gran Sala), 5/4/2016, “Aranyosi y Căldăraru”, asuntos acumulados C-404 y 659/15 PPU [EU:C:2016:198], apdos. 94 a 98.

<sup>160</sup> STJ (Gran Sala), 5/4/2016, “Aranyosi y Căldăraru”, asuntos acumulados C-404 y 659/15 PPU [EU:C:2016:198], apdo. 104.

Este test aplicado en el ámbito de la cooperación penal con relación a las condiciones de detención en Rumanía y Hungría, fue utilizado también en el escenario de la ruptura con el Estado de derecho en Polonia<sup>161</sup>. En el asunto “L. M.” (2018)<sup>162</sup> el Tribunal de Justicia respaldó el uso del test establecido en los asuntos acumulados “Aranyosi y Căldăraru” (2016), reconociendo que la activación del art. 7º.1 (TUE) por la Comisión Europea era suficiente para constatar el riesgo genérico de violación de los derechos fundamentales<sup>163</sup>. En consecuencia: “la autoridad judicial de ejecución tiene la obligación de aplazar la ejecución de una orden de detención europea *cuando constate, además de que existe un riesgo real de denegación flagrante de justicia debido a las deficiencias del sistema judicial del Estado miembro emisor, que la persona contra la que se ha dictado dicha orden está expuesta a ese riesgo*”<sup>164</sup>.

Las distintas crisis que están sufriendo los derechos fundamentales en los Estados miembro, escribe Anagnostaras, han traído consigo un estado de desconfianza a la hora de cooperar en materia penal. Este cambio de circunstancias ha llevado al Tribunal de Justicia a adaptar su jurisprudencia de manera que ya no nos encontramos ni ante una ejecución mecánica de las Euroórdenes ni ante una “confianza ciega”, sino ante una “confianza mutua” que debe ser ganada por los Estados miembro a través de la protección de los derechos fundamentales<sup>165</sup>.

<sup>161</sup> López Aguilar, *De nuevo (y todavía) Polonia: “Rule of law” y art. 7 TUE en el Parlamento Europeo y el Tribunal de Justicia*, “Teoría y Realidad Constitucional”, n° 44, 2019, p. 137 a 176.

<sup>162</sup> Ante una reforma del Poder Judicial ejecutada por el Gobierno de Polonia que ponía en duda la imparcialidad de sus jueces y la apertura por la Comisión Europea de un procedimiento sancionador en conformidad con el art. 7º.1 del TUE, el Tribunal Superior de Irlanda planteó al Tribunal de Justicia si era procedente ejecutar una Euroorden cuando las autoridades judiciales del Estado emisor (en este caso Polonia) presentaban serias dudas sobre su respeto al derecho a un proceso equitativo.

<sup>163</sup> STJ (Gran Sala), 25/7/2018, “L. M.”, asunto C-216/18 PPU [ECLI:EU:C:2018:586], apdo. 79.

<sup>164</sup> STJ (Gran Sala), 25/7/2018, “L. M.”, asunto C-216/18 PPU [ECLI:EU:C:2018:586], apdo. 133.

<sup>165</sup> Anagnostaras, *Mutual confidence is not blind trust! Fundamental rights protection and the execution of the European arrest warrant*, “Common Market Law Review”, n° 53, 2016, p. 1675 a 1704.

g) *EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DEL TEDH SOBRE LA EJECUCIÓN DE UNA EUROORDEN EN EL MARCO DE LA COOPERACIÓN PENAL EN LA UE, UN PUNTO DE CONVERGENCIA CON EL TRIBUNAL DE JUSTICIA: EL CASO ROMEO CASTAÑO (2019)*. El ejercicio del control de convencionalidad a las políticas de cooperación en el marco del ELJS de la UE –incluido desde ya el amplio espectro normativo que crean–, se convertirá en un punto de convergencia central entre la integración regional y los derechos humanos. Específicamente, en el ámbito de la política de asilo común y la cooperación penal. Este último, articulado por la Euroorden, llamará la atención del TEDH por la amplia convergencia normativa que se produce entre los sistemas de derechos desarrollados por el CEDH y el DUE.

Apelando a las palabras del juez Spano –integrante del TEDH–, el CEDH “*no subsiste aislado de su contexto de aplicación regional*. Veintiocho [hoy 27] de los cuarenta y siete Estados miembro del Consejo de Europa están igualmente adheridos a la [UE]. Interesa, por tanto, *compaginar las garantías mínimas de los derechos humanos enunciados en el [CEDH] con las exigencias de uniformidad y armonización de las normas en el marco del DUE, que también deben ser conformes con la CDFUE, cuya esencia debe tener en cuenta la evolución que se produzca en el seno del [TEDH] cuando los derechos contenidos en la Carta se correspondan con los garantizados por el Convenio [cfr. art. 52.3 CDFUE]*. Este ‘propósito de simetría’ se manifiesta particularmente en los mecanismos de reconocimiento mutuo de la UE basados en el principio de confianza mutua”<sup>166</sup>.

El caso “Romeo Castaño” (2019) es una pieza central en el diálogo entre Estrasburgo y Luxemburgo<sup>167</sup>. Esta sentencia del TEDH, en palabras de Sánchez Frías, resulta novedosa por tres razones principales. En primer lugar, porque se trata de la primera condena a un Estado por violación de la obligación de cooperar en materia penal contra los sospechosos de haber atentado contra el derecho a la vida tal y como se protege en el art. 2º (CEDH). En segundo lugar, porque es la primera sen-

<sup>166</sup> Voto particular concurrente del juez Spano, al que se adhiere el juez Pavli en la STEDH [sección segunda], 9/7/2019, “Romeo Castaño vs. Bélgica”, [demanda nº 8351/17], apdo. 1 (el destacado nos pertenece).

<sup>167</sup> STEDH [sección segunda] 9/7/2019, “Romeo Castaño vs. Bélgica”, [demanda nº 8351/17].

tencia condenatoria del TEDH contra un Estado miembro de la UE por negarse a ejecutar una Euroorden bajo la justificación de existencia de un riesgo de violación de los derechos fundamentales en el Estado emisor. Y, por último, porque adapta su razonamiento al cambio jurisprudencial que se ha producido en el Tribunal de Justicia –asuntos acumulados “Aranyosi y Căldăraru” (2016)– con respecto al principio de reconocimiento mutuo en materia penal<sup>168</sup>.

El TEDH se enfrenta, en efecto, en el caso “Romeo Castaño” (2019), a la cuestión de si la negativa de los tribunales belgas a la ejecución de las Euroórdenes españolas en él constituye o no una violación del art. 2º (CEDH) al impedir dicha negativa la investigación efectiva de las autoridades españolas del asesinato del padre de los demandantes<sup>169</sup>.

En el análisis del fondo del asunto, el TEDH examina ante todo si la respuesta de las autoridades belgas fue adecuada a la solicitud de cooperación presentada por las autoridades españolas para luego establecer, si siendo la respuesta adecuada, los motivos que la respaldaron fueron legítimos.

<sup>168</sup> Sánchez Frías, *Convergencia de caminos entre el TEDH y el TJUE en cuanto al riesgo de vulneración de los derechos fundamentales como motivo de no ejecución de la Euroorden. Un análisis de la sentencia del TEDH de 9 de julio de 2019, Romeo Castaño*, “Revista de Derecho Comunitario Europeo”, n° 65, 2020, p. 170.

<sup>169</sup> El 19 de enero de 1981 fue asesinado en Bilbao el teniente coronel Ramón Romeo por un comando que se declaró parte de la organización terrorista ETA. En mayo de 2007, todos los miembros del comando fueron condenados por tribunales españoles, a excepción de N. J. E., quien tras el atentado huyó a México y posteriormente a Bélgica. El primer procedimiento de solicitud de detención y entrega comenzó en los años 2004 y 2005, cuando la Audiencia Nacional española dictó dos Euroórdenes contra N. J. E. por delitos de terrorismo, asesinato, agresiones y participación en organización criminal. La justicia belga, en un proceso que involucró varias instancias procesales, terminó rechazando las Euroórdenes españolas. El segundo procedimiento de detención y entrega se inició con una Euroorden emitida el 8 de mayo de 2015 por la Audiencia Nacional española. La justicia belga volvió a denegar la ejecución de la Euroorden. El 16 de enero de 2017, los hijos del teniente coronel Ramón Romeo interpusieron recurso ante el TEDH contra Bélgica. El recurso se basaba en una violación por parte de las autoridades belgas de la vertiente procesal del art. 2º del CEDH, ya que, al negarse a ejecutar la Euroorden cursada por las autoridades españolas, habrían impedido el correcto desarrollo de un procedimiento penal contra la persona sospechosa del asesinato de su padre.

En cuanto a si se trató de una respuesta adecuada, el TEDH valora positivamente el hecho de que la justicia belga –el Tribunal de Casación– justificase su decisión, en ambas denegaciones, en la “existencia de pruebas pormenorizadas que indiquen un *peligro claro* para los derechos fundamentales de la persona” cuya detención y entrega se solicita<sup>170</sup>. Se trata, pues, en este punto, de una confirmación de lo resuelto por el TEDH en el caso “Avotiņš” (2016) que, como se recordará, estableció, en términos generales, que los mecanismos de reconocimiento mutuo no deben aplicarse de forma automática en detrimento de los derechos fundamentales<sup>171</sup>.

Lo novedoso en el caso “Romeo Castaño” (2019) surge en lo relativo a la legitimidad de los motivos alegados. El TEDH recuerda que el riesgo de tratos inhumanos y degradantes es un motivo legítimo para denegar la ejecución de una Euroorden, aunque, dada la presencia de derechos de terceros, debe determinarse conforme a “pruebas objetivas suficientes”<sup>172</sup>. Teniendo en cuenta las pruebas utilizadas por los tribunales belgas y los argumentos presentados por los demandantes, el TEDH considera que la denegación de la ejecución de la Euroorden no tuvo una base objetiva suficiente y, por tanto, que

<sup>170</sup> STEDH [sección segunda], 9/7/2019, “Romeo Castaño vs. Bélgica”, [demanda nº 8351/17], apdo. 83 (el destacado nos pertenece).

<sup>171</sup> STEDH (Gran Sala), 23/5/2016, “Avotiņš vs. Letonia” [demanda nº 17.502/07], apdos. 57 a 64. Véase también, STEDH, 17/4/2018, “Pirozzi vs. Bélgica”, [demanda nº 21.055/11], apdo. 60, aplicado al contexto de la Euroorden.

<sup>172</sup> STEDH [sección segunda], 9/7/2019, “Romeo Castaño vs. Bélgica”, [demanda nº 8351/17], apdo. 85.

Las pruebas valoradas por los tribunales belgas en 2013 consistieron, únicamente, en un informe de 2011 del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura (CPT). En 2015, los tribunales belgas valoraron nuevamente este informe, sin tener en cuenta ni la información presentada por las autoridades españolas en referencia a informes posteriores del CPT en los que ya no se mencionan los tratos inhumanos y degradantes, ni la concreta situación de los derechos procesales en el régimen de detención incomunicada en España. A lo que suma el informe del Comité de Derechos Humanos (ONU) sobre el régimen de incomunicación, pero en el que no se menciona la situación de 2016. Ninguno de estos instrumentos sirve por sí mismo, a juicio del TEDH, para identificar un “riesgo real e individualizable” contra N. J. E., o unas “carencias estructurales” en el sistema de detención en España. STEDH [sección segunda], 9/7/2019, “Romeo Castaño vs. Bélgica”, [demanda nº 8351/17], apdo. 86.

Bélgica “ha incumplido su obligación de cooperar en el marco del aspecto procesal del art. 2º del Convenio, provocando una violación de dicha disposición”<sup>173</sup>.

Si bien es cierto que el TEDH cuenta con amplios precedentes en el análisis del “riesgo real” en materia de cooperación penal<sup>174</sup>, la exigencia del requisito de la “individualización” del riesgo según la información proporcionada por las autoridades del Estado de emisión de la Euroorden, así como de “carencias estructurales”, encuentran un punto de convergencia con la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia en la materia.

La jurisprudencia de Luxemburgo fue inicialmente restringida con respecto a la no ejecución de los instrumentos de cooperación penal europeos basada en el riesgo de vulneración de los derechos fundamentales. En el asunto “Advocaten voor de Wereld” (2007), el Tribunal de Justicia estableció que es a la autoridad del Estado miembro emisor de la Euroorden a la que corresponde controlar el respeto de “los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el art. 6º de la UE y, por ende, el principio de legalidad de los delitos y las penas”<sup>175</sup>. Esta posición se consolidó con sentencias posteriores<sup>176</sup>, incluso con la CDFUE ya vigente plenamente como derecho originario, el Tribunal de Justicia mantuvo su jurisprudencia restrictiva<sup>177</sup>.

<sup>173</sup> STEDH [sección segunda], 9/7/2019, “Romeo Castaño vs. Bélgica [demanda nº 8351/17], apdo. 91.

<sup>174</sup> Véase, entre otras, STEDH, 12/12/2017, “López Elorza vs. España”, [demanda nº 30.614/15], apdo. 102; íd., 4/9/2014, “Trabelsi vs. Bélgica”, [demanda nº 140/10], apdo. 116; íd., 7/7/1989, “Soering vs. Reino Unido”, [demanda nº 14.038/88], apdo. 88.

<sup>175</sup> STJ (Gran Sala), 3/5/2007, “Advocaten voor de Wereld VZW vs. Leden van de Ministerraad”, asunto C-303/05 [ECLI:EU:C:2007:261], párr. 53.

<sup>176</sup> STJ (Gran Sala), 17/7/2008, “Procedimiento relativo a la ejecución de una orden de detención europea emitida contra Szymon Kozłowski”, asunto C-66/08 [ECLI:EU:C:2008:437]; STJ (Sala Tercera), 1º/12/2008, “Procedimiento penal entablado contra Artur Leymann y Aleksei Pustovarov”, asunto C-388/08 PPU [ECLI:EU:C:2008:669]; STJ (Gran Sala), 16/11/2010, “Gaetano Mantello”, asunto C-261/09 [ECLI:EU:C:2010:683].

<sup>177</sup> STJ (Gran Sala), 29/1/2013, “Radu”, asunto C-396/11 [EU:C: 2013:39] párr. 20, donde se pregunta directamente al Tribunal de Justicia si la autoridad del Estado miembro de ejecución puede denegar una Euroorden basándose en el riesgo de incumplimiento de los derechos fundamentales contenidos en el CEDH y la CDFUE.

Quizás el referente paradigmático de esta jurisprudencia sea el asunto “Melloni” (2013), donde el Tribunal Constitucional español planteó la primera cuestión prejudicial de su historia, siendo la cuestión principal sobre la protección constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva, y el difícil encaje de este derecho con la ejecución de Euroórdenes contra personas condenadas penalmente en rebeldía por un Estado miembro emisor en el que no se contempla un trámite de revisión de la condena. En su sentencia, el Tribunal de Justicia confirma el rumbo restrictivo de su jurisprudencia, defendiendo la efectividad del principio de reconocimiento mutuo<sup>178</sup>. Esta tesis es defendida, como vimos, con firmeza en el dictamen nº 2/13 (2014) relativo a la adhesión de la UE al CEDH<sup>179</sup>. Ahora bien, según ya observamos, esta defensa cerrada del principio de reconocimiento mutuo va ir virando hacia la flexibilización en los asuntos acumulados “Aranyosi y Căldăraru” (2016). Si comparamos el test desarrollado aquí por el Tribunal de Justicia con el test empleado por el TEDH en “Romeo Castaño” (2019), escribe Sánchez Frías, comprobaremos que “el nivel de coincidencia es casi absoluto”. La diferencia se reduce a la posición que ocu-

<sup>178</sup> STJ (Gran Sala), 26/1/2013, “Stefano Melloni vs. Ministerio Fiscal”, asunto C-399/11 [EU:C:2013:107], párr. 63, donde se afirma: “Permitir que un Estado miembro invocara el art. 53 [CDFUE] para subordinar la entrega de una persona condenada en rebeldía a la condición, no prevista por la decisión marco 2009/299, de que la condena pueda ser revisada en el Estado miembro emisor, para evitar que se lesionen el derecho a un proceso con todas las garantías y los derechos de la defensa protegidos por la Constitución del Estado miembro de ejecución, conduciría, al poner en cuestión la *uniformidad del nivel de protección de los derechos fundamentales definido por esa decisión marco, a contravenir los principios de confianza y de reconocimiento mutuo, que esta pretende reforzar, y por consiguiente a comprometer la efectividad de la referida decisión marco*” (el destacado nos pertenece).

<sup>179</sup> Tribunal de Justicia (pleno), 18/12/2014, dictamen 2/13, emitido en virtud del art. 218.11 (TFUE), *Proyecto de acuerdo internacional. Adhesión de la UE al CEDH. Compatibilidad de dicho Proyecto con el TUE y TFUE* [EU:C:2014:2454], párr. 192, donde se dice: “Cuando aplican el [DUE], los Estados miembro pueden estar obligados, en virtud de ese mismo derecho, a presumir que los demás Estados miembro respetan los derechos fundamentales, de forma que les está vedado no solo exigir a otro Estado miembro un nivel de protección nacional de los derechos fundamentales superior al garantizado por el [DUE], sino incluso verificar, salvo en supuestos excepcionales, si ese otro Estado miembro ha respetado efectivamente, en un caso concreto, los derechos fundamentales garantizados por la Unión” (el destacado nos pertenece).

pa la protección de los derechos en los procedimientos de detención y entrega. El TEDH considera que la negativa a ejecutar una Euroorden con base en la protección de los derechos fundamentales es en sí misma una respuesta adecuada, y convierte esta simple comprobación en el primer paso de su razonamiento. El Tribunal de Justicia, por su parte, no considera que una respuesta negativa basada en la protección de los derechos fundamentales sea en sí misma una respuesta adecuada, sino que se trata de una violación del principio de reconocimiento mutuo solo justificable en circunstancias excepcionales. De este modo, el Tribunal de Justicia aplica el test en sentido inverso: primero examina la excepcionalidad de las circunstancias y, si esta se cumple, entonces se podrá considerar adecuada la respuesta negativa a la solicitud de ejecución de una Euroorden<sup>180</sup>.

Esta variación jurisprudencial, concluye Sánchez Frías, supone que las posiciones del Tribunal de Justicia y del TEDH “se encuentran más cerca que nunca en cuanto al respeto de los derechos fundamentales en los procedimientos de cooperación penal, algo casi impensable tras la defensa a ultranza de la efectividad del principio de reconocimiento mutuo en el dictamen 2/13”<sup>181</sup>.

#### § 4. *LA DEFENSA DEL ORDEN DEMOCRÁTICO Y LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN REGIONAL LATINOAMERICANOS.* – Los procesos de integración latinoamericanos, al igual

<sup>180</sup> Sánchez Frías, *Convergencia de caminos entre el TEDH y el TJUE en cuanto al riesgo de vulneración de los derechos fundamentales como motivo de no ejecución de la Euroorden. Un análisis de la sentencia del TEDH de 9 de julio de 2019, Romeo Castaño*, “Revista de Derecho Comunitario Europeo”, nº 65, 2020, p. 183.

<sup>181</sup> Sánchez Frías, *Convergencia de caminos entre el TEDH y el TJUE en cuanto al riesgo de vulneración de los derechos fundamentales como motivo de no ejecución de la Euroorden. Un análisis de la sentencia del TEDH de 9 de julio de 2019, Romeo Castaño*, “Revista de Derecho Comunitario Europeo”, nº 65, 2020, p. 184. Para este autor: “El análisis que hace en 2019 el TEDH en el asunto Romeo Castaño sobre el riesgo de violación en el Estado miembro emisor, la posibilidad de control de los derechos fundamentales por el Estado de ejecución y el deber de solicitar información a las autoridades del Estado de emisión sobre las condiciones de detención conforme a la normativa belga que transpone la decisión marco de la orden de detención europea constituye una remisión implícita a la jurisprudencia del [Tribunal de Justicia] sentada en 2016 en el asunto Aranyosi y Căldăraru”.

que la integración europea, recorren una *fase descendente* que les permite la convergencia con la defensa de la democracia como forma de gobierno y la tutela efectiva de los derechos humanos. De este modo, los consensos alcanzados en el espacio común de la integración se trasladan a los espacios nacionales. Estos consensos, en su mayoría, se manifiestan en declaraciones y resoluciones que sirven de base a las instituciones de la integración para una producción normativa segmentada por materia o concentrada en una carta de derechos propia. En el desarrollo de esta fase descendente, además, alcanza un protagonismo central, como vimos ocurre en la UE con el Tribunal de Justicia, la existencia de una instancia jurisdiccional dotada de la competencia suficiente para interpretar en última instancia el ordenamiento jurídico desarrollado en el ámbito de la integración regional.

Ahora bien, ningún proceso de integración latinoamericano ha alcanzado un desarrollo sistémico propio y uniforme en materia de protección de derechos humanos como acabamos de ver ocurrió con la UE. La CAN es el que más lejos ha llegado al consensuar entre los Estados miembro una carta de derechos común (la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos), pero no ha avanzado con el fin de alcanzar su vigencia. Ello a pesar de contar con un Tribunal de Justicia (TJCAN) inspirado en su homólogo de Luxemburgo, y constituir un proceso de integración de tipo supranacional al igual que la UE, esto es, con atribución de competencias desde los Estados hacia las instituciones de la integración, si bien es cierto con menor intensidad.

Si encontramos, en cambio, una abundante normativa que resalta en general, como principio rector de la integración, la defensa de los derechos humanos y, en particular, avanza en materias específicas como las vinculadas a la migración, asilo o la tutela de los derechos laborales. La llamada “cláusula democrática”, en los procesos de integración latinoamericanos, también ha sido objeto de un importante desarrollo normativo y de un mecanismo de protección<sup>182</sup> que, por ejemplo, en el

<sup>182</sup> Se debe destacar, en este sentido, el Protocolo Adicional al Tratado Constitutivo de la Unasur sobre compromiso con la democracia suscripto en la ciudad de Georgetown (Guyana), el 26 de noviembre de 2010, por las naciones sudamericanas.

Mercosur llevaron a la suspensión en su momento de Paraguay y actualmente de Venezuela. Pero por fuera de este ámbito, la ausencia de mecanismos de protección de derechos propios de los procesos de integración es generalizada: ni el TJCAN, ni la Corte de Justicia Centroamericana han asumido, llegado el caso, el protagonismo necesario. De hecho, el Estatuto de esta última la inhibe para actuar en materia de derechos humanos<sup>183</sup>. El Mercosur, por su parte, tiene todavía pendiente el desarrollo de una instancia jurisdiccional regional, funcionando con instancias arbitrales y un Tribunal Permanente de Revisión (TPR). Nos encontramos aquí entonces con un déficit institucional que obstaculiza la evolución hacia el futuro de una eventual instancia propia de la integración para la protección de los derechos por fuera del Protocolo de Ushuaia (1998) y la cláusula democrática.

Esta situación pareciera explicarse, en gran parte, por el *centralismo* alcanzado en la región por el Sistema Interamericano de protección con *eje* en la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), y su órgano jurisdiccional la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). En efecto, los procesos de integración latinoamericanos, en vez de constituir y fortalecer sistemas propios de tutela de derechos como en el caso de la CDFUE, han optado por converger hacia los jueces de San José siguiendo una *fase ascendente* impulsada por cada Estado en cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas al ratificar instrumentos internacionales sobre derechos humanos. El resultado es una protección de derechos, en el ámbito de la integración regional latinoamericana, *enlazada* a la protección prevista por el Sistema Interamericano bajo la tutela de la Corte IDH.

Casal comenta que un interrogante que estuvo presente en las discusiones que precedieron a la aprobación de la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos (2002, CAPPDH), fue el de la forma de compatibilizar una eventual protección de los derechos humanos dentro del sistema andino de integración con la tutela ofrecida por los siste-

<sup>183</sup> El art. 25 del Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia establece claramente que su competencia “no se extiende” a la materia de derechos humanos, la cual corresponde “exclusivamente” a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

mas interamericano y universal de derechos humanos, en los cuales los países andinos se encuentran insertos. Lo incipiente de este debate en el marco del proceso andino de integración condujo, concluye, “a evitar cualquier mención directa a una protección comunitaria de los derechos humanos paralela a la de los sistemas especializados indicados. No se tuvo suficiente claridad sobre las diferencias entre esta protección especializada y la que podía ejercer un órgano como el [TJCAN]”<sup>184</sup>.

Un buen ejemplo de este recorrido *ascendente* –donde es preponderante la voluntad estatal frente a una voluntad colectiva característica de la integración–, lo constituye la opinión consultiva 21 solicitada entonces a la Corte IDH por los cuatro Estados fundadores del Mercosur<sup>185</sup>.

Los Estados parte del Mercosur acuden a la intervención de la Corte IDH a los efectos de profundizar y precisar los estándares y principios que han sido sentados en sus precedentes sobre niñez y migraciones, para fijar un piso mínimo y un marco conceptual para el desarrollo de políticas públicas estatales en esta materia<sup>186</sup>. En este rumbo, González Román reconoce a la Corte IDH un papel importante en la integración regional asociado a la búsqueda de “principios comunes” desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos a través de un “diálogo internacional” de este con los derechos propios *iura propria*. Ello facilitaría no solo la aplicación del denominado control de convencionalidad –impulsado por los jueces de San José–, sino también “el desarrollo de una integración estable y duradera en distintos niveles: en derechos humanos, materia económica (empresa y derechos humanos, mercado común) y social. Una integración jurídica e identificación de principios podría abrir caminos, incluso podría pensarse en una integración más amplia como lo es el camino a la libre circulación de personas y bienes”<sup>187</sup>.

<sup>184</sup> Casal, *Los derechos humanos en los procesos de integración*, “Estudios Constitucionales”, año 3, n° 2, 2005, p. 270.

<sup>185</sup> Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, opinión consultiva OC-21/14, de 19 de agosto de 2014, serie A, n° 21.

<sup>186</sup> Pizzolo, *Sistema interamericano: las garantías mínimas del debido proceso aplicadas a los procedimientos migratorios*, “Integración Regional & Derechos Humanos”, n° 1, 2020, p. 38 a 78.

<sup>187</sup> González Román, “Integración regional en América: edificación desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Pampillo Baliño - Da-

Para Pampillo Baliño, la elaboración de una “dogmática jurídica continental americana” no es una utopía, sino una auténtica necesidad. El desarrollo de un “derecho continental comunitario” o “cooperativo” semejante, aunque distinto del derecho europeo, es necesario para facilitar y garantizar el flujo de personas, capitales, mercancías, servicios y conocimiento, asegurando a su vez el respeto de los derechos humanos<sup>188</sup>.

Por otra parte, el carácter intergubernamental que asume mayoritariamente la integración latinoamericana –y en particular el Mercosur<sup>189</sup>–, interfiere de manera determinante en una convergencia con la tutela propia de los derechos: estos se reconocen a nivel de la integración, pero dependiendo su alcance y subordinados a las respectivas legislaciones nacionales<sup>190</sup>. De esta forma, los Estados miembro ejercen, llegado el caso, un poder de veto que impide la interpretación sistémica y uniforme de derechos a nivel de la integración regional.

a) *EVOLUCIÓN DE LA “CLÁUSULA DEMOCRÁTICA” EN EL MERCOSUR*. La declaración de Foz do Iguazu –firmada el 30 de noviembre de 1985 por los entonces presidentes de la Argentina y Brasil– hacía mención en su punto 32 a que “el proceso de democratización que vive el continente deberá conducir a una mayor aproximación e integración entre los pueblos de la región. Afirmaron, asimismo que, para los latinoamericanos la democracia debe necesariamente significar paz, libertad y justicia social: se comprometieron a no ahorrar esfuerzos para que convivan en este continente sociedades que privilegien los principios de dignidad humana, cooperación, solidaridad, paz

---

mían Martín, *Integraciones jurídicas americanas. Teoría, historia, instituciones y derecho*, p. 353 a 368.

<sup>188</sup> Pampillo Baliño, *La integración americana. Expresión de un nuevo derecho global*, p. 155.

<sup>189</sup> Pizzolo, “Mercosur y Unasur en el laberinto intergubernamental”, en Pampillo Baliño - Damían Martín, *Integraciones jurídicas americanas. Teoría, historia, instituciones y derecho*, p. 443 a 468.

<sup>190</sup> Un ejemplo, en este sentido, lo constituye el Estatuto de ciudadanía del Mercosur, donde dice: “Los derechos y beneficios compilados en el presente Estatuto están sujetos al desarrollo progresivo del acervo normativo del Mercosur y se ejercen en las condiciones establecidas por los acuerdos y las normas que los reconocen” (véase Estatuto de ciudadanía del Mercosur. Recopilación normativa en ocasión de los 30 años del Mercosur publicada en marzo 2021) (el destacado nos pertenece).

y bienestar. Concluyeron señalando que las relaciones bilaterales argentino-brasileñas serán ejemplo de este ideario”<sup>191</sup>.

A la citada declaración, la sucedió el Acta de Amistad Argentino-Brasileña, en Democracia, Paz y Desarrollo –firmada el 10 de diciembre de 1986 también por los entonces presidentes de la Argentina y Brasil– donde se resalta que se obra: “Inspirados en los altos ideales de paz, democracia, libertad, justicia social y desarrollo, que están solemnemente comprometidos a promover en sus países”.

En el punto II de esta Acta se hace saber que ambos países: “Destacan su profunda fe en la democracia representativa, basada en el supremo respeto al orden legal y a la voluntad popular, para asegurar la paz y promover el pleno desarrollo nacional y señalan que el estado de derecho es el principal garante de la consecución de la justicia social, así como de la dignidad, la libertad y los derechos esenciales del ser humano” (el destacado nos pertenece).

En el Tratado de Asunción (1991)<sup>192</sup>, mediante el cual se crea el Mercosur –al igual que en el Protocolo de Ouro Preto (1994) que desarrolla su diseño institucional–, no se encuentra ninguna referencia expresa al principio de autoridad democrática y protección de los derechos humanos. Sin embargo, en los considerandos del Acuerdo de Cooperación Interinstitucional entre el Mercado Común del Sur y las comunidades europeas –firmado en Santiago de Chile el 29 de mayo de 1992– se establece que “tanto el Mercosur como las comunidades europeas tienen por objetivo principal el fomento del progreso económico y social de sus países miembros por la vía de la integración *en el marco de la democracia*” (el destacado nos pertenece).

La misma línea se mantiene en el posterior Acuerdo Marco Interregional de Cooperación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembro y el Mercosur y sus Estados parte, el cual en su art. 1º establece como fundamento de la cooperación que

<sup>191</sup> Ristoff - Belén Martínez, *Mercosur, democracia y derechos humanos*, “Integración Regional & Derechos Humanos”, n° 2, 2020, p. 362 a 386.

<sup>192</sup> Apenas encontramos en su Preámbulo una referencia a que “la ampliación de las actuales dimensiones de sus mercados nacionales, a través de la integración, constituye condición fundamental para acelerar sus procesos de desarrollo económico con *justicia social*” (el destacado nos pertenece).

*“el respeto de los principios democráticos y de los derechos humanos fundamentales, tal como se enuncian en la Declaración Universal de Derechos Humanos, inspira las políticas internas e internacionales de las partes y constituyen un elemento esencial del presente Acuerdo”* (el destacado nos pertenece).

La llamada “cláusula democrática” estuvo presente también en diversas declaraciones de los presidentes de los Estados miembro del Mercosur<sup>193</sup> y fue desarrollada en la declaración presidencial sobre compromiso democrático en el Mercosur<sup>194</sup>. En este instrumento los Estados parte acuerdan –entre otras cosas– que “la plena vigencia de las instituciones democráticas es condición esencial para la cooperación en el ámbito del Tratado de Asunción, sus Protocolos y demás actos subsidiarios (punto 1); toda alteración del orden democrático constituye un obstáculo inaceptable para la continuidad del proceso de integración en curso respecto al Estado miembro afectado (punto 2); las partes consultarán inmediatamente entre sí, en la forma que estimen apropiada, en caso de ruptura o amenaza de ruptura del orden democrático en un Estado miembro. Las partes procederán igualmente, de forma coordinada, a efectuar consultas con el referido Estado miembro (punto 3); [...] Las partes deberán incluir una cláusula de afirmación del compromiso con los principios democráticos en los acuerdos del Mercosur con otros países o grupo de países (punto 5)”.

Poco más de un año después, el tenor de la citada declaración se repite –a nivel subregional– con la declaración sobre la Defensa de la Democracia<sup>195</sup> donde los jefes de Estado y Gobierno de los Estados integrantes del Grupo Río señalan la necesidad de “preservar y fortalecer la democracia representativa, cuyo valor es compartido por todos los integrantes y su ejercicio efectivo constituye una obligación para sus Estados miembro (punto 1); estamos convencidos de que la democracia re-

<sup>193</sup> Entre otras, la Declaración Presidencial de Las Leñas, el 27 de junio de 1992, en el sentido de que la plena vigencia de las instituciones democráticas es condición indispensable para la existencia y el desarrollo del Mercosur.

<sup>194</sup> Realizada el 25 de junio de 1996 en la localidad de Potrero de Los Funes, provincia de San Luis, República Argentina.

<sup>195</sup> Realizada el 24 de agosto de 1997 en Asunción del Paraguay, República del Paraguay.

presentativa es el fundamento de la legitimidad de los sistemas políticos y condición indispensable para la paz, la estabilidad y el desarrollo de la región, así como para el proceso de integración hemisférica en el cual se encuentran comprometidos nuestros países (punto 2), [...] Reiteramos que la promoción y la observancia de los valores éticos y el respeto a los derechos humanos son el fundamento y la razón de ser de la legitimidad de los sistemas políticos, y que solamente la democracia garantiza efectivamente su vigencia (punto 4)”<sup>196</sup>.

Finalmente, se debió esperar hasta la XIV cumbre de presidentes del Mercosur para obtener el Protocolo de Ushuaia –firmado en dicha ciudad el 24 de julio de 1998–, considerado parte integrante del Tratado de Asunción y de los respectivos acuerdos de integración celebrados, entre otros, entre el Mercosur con Bolivia y Chile. Este elevó la categoría de la cláusula democrática, en razón de la cual se reafirma que “la *plena vigencia de las instituciones democráticas es condición esencial para el desarrollo de los procesos de integración* entre los Estados Partes del presente Protocolo (cfr. art. 1º)”.

En el camino anterior, corresponde colocar la decisión n° 24/04 (CMC) sobre la Creación del Centro Mercosur de Promoción de Estado de Derecho. En sus considerandos se dice que “la vigencia de un efectivo estado de derecho en el Mercosur, que se asiente en la democracia, el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales es requisito indispensable para un desarrollo integral, justo y equitativo de la subregión”.

En el art. 1º de dicha decisión se establece como finalidad del nombrado centro analizar y afianzar el desarrollo de Estado, la gobernabilidad democrática y todos los aspectos vinculados a los procesos de integración regional, con especial énfasis en el Mercosur. En igual sentido la decisión n° 40/04 (CMC) que crea la Reunión de Altas Autoridades sobre Derechos Humanos del Mercosur.

<sup>196</sup> Se cita según versión oficial en portugués. La nombrada declaración concluye con un acuerdo entre los Estados parte para que, en caso de ocurrir en cualquiera de los países miembros del Grupo Río hechos que alteren el Estado de derecho o impliquen la ruptura del orden constitucional, la secretaría *pro tempore* convoque a una reunión de ministros de Relaciones Exteriores para examinar la situación (punto 6).

Por su parte, la decisión n° 17/05 (CMC) aprobó la suscripción del Protocolo de Asunción sobre Compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos del Mercosur<sup>197</sup>. Este nuevo instrumento en su art. 1° afirma que “la plena vigencia de las instituciones democráticas y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales son condiciones esenciales para la vigencia y evolución del proceso de integración entre las partes”.

El nombrado Protocolo está previsto que se aplique en caso de que se registren “graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos y libertades fundamentales” en una de las partes en situaciones de crisis institucional o durante la vigencia de estados de excepción previstos en los ordenamientos constitucionales respectivos. A tal efecto las demás partes promoverán las consultas pertinentes entre sí y con la parte afectada (cfr. art. 3°). Cuando dichas consultas “resultaren infructuosas”, las demás partes considerarán la naturaleza y el alcance de las medidas a aplicar, teniendo en cuenta la gravedad de la situación existente. Estas medidas pueden abarcar desde la suspensión del derecho a participar en los distintos órganos del proceso de integración, hasta la suspensión de los derechos y obligaciones emergentes del mismo (cfr. art. 4°).

Por su parte, la decisión 5/07 (CMC) crea el Observatorio de la Democracia del Mercosur, con el objetivo, entre otros, de contribuir al fortalecimiento de los objetivos del Protocolo de Ushuaia.

Finalmente, se aprueba el Protocolo de Montevideo sobre Compromiso con la Democracia en el Mercosur (2011), firmado por los Estados parte del Mercosur, junto con Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú (decisión CMC n° 27/11). El mismo representa grandes avances respecto al Protocolo de Ushuaia (1998), porque son más los Estados adheridos, ampliándose su ámbito territorial de aplicación y por extender al mismo tiempo sus supuestos de procedencia, ya que agrega a la ruptura del orden democrático, la amenaza de ruptura de tal orden, o la violación del orden constitucional o cualquier situación que ponga en riesgo el legítimo ejercicio de poder y la vigencia de los valores y principios democráticos.

<sup>197</sup> Aprobado en la Argentina por ley 26.109 (2006), en Paraguay por ley 3034 (2006), y en Uruguay por ley 18.296 (2008).

En lo que hace al reconocimiento expreso, sin llegar a la elaboración de una carta de derechos propia como es el caso de la UE y la CAN, el Mercosur ha avanzado en algunas materias específicas. Es el caso, entre otras, de la Declaración Socio-laboral del Mercosur (1998), que busca consolidar la ratificación de las principales convenciones de la OIT; o la primera y segunda Declaración Presidencial sobre Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil en el Mercosur, de 2002 y 2012 respectivamente.

En materia migratoria, encontramos la Declaración de Río de Janeiro sobre la institución del refugio, firmada en el año 2000 por los Estados parte del Mercosur, Chile y Bolivia, por la cual se pretende dar protección a las y los individuos perseguidos por motivos de raza, nacionalidad, religión, grupo social, opinión política o víctimas de violaciones graves y generalizadas de derechos humanos, teniendo en cuenta su derecho universal de solicitar refugio. Además de la Declaración de Santiago sobre principios migratorios del año 2004, firmada por los Estados parte del Mercosur, Perú, Bolivia y Chile, asegura el respeto de los derechos humanos de las personas migrantes; reafirma los compromisos que los Estados tienen de brindar y promover la protección internacional a los y las refugiadas; condena las prácticas de xenofobia, las deportaciones en masa o en grupo y las detenciones ilegales; entre otros.

Una referencia especial merece la creación del Instituto Social del Mercosur (ISM) mediante decisión (CMC) n° 3/07 como órgano técnico-político de investigación en el campo de las políticas sociales. Entre sus objetivos encontramos la coordinación del diseño, monitoreo, evaluación y difusión de proyectos sociales regionales; la promoción y desarrollo de investigaciones en políticas sociales; el fomento de espacios de análisis y difusión sobre los temas sociales emergentes del Mercosur. Así como el Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos (IPPDH) mediante decisión (CMC) n° 14/09, el cual constituye una instancia de cooperación técnica, investigación aplicada y apoyo a la coordinación de políticas públicas en derechos humanos en la región. Entre sus objetivos figuran la consolidación de los derechos humanos y el fortalecimiento de la democracia como ejes fundamentales de la identidad y desarrollo del Mercosur. Para ello, se encarga de la cooperación en el diseño de políticas públicas y su posterior

consecución; la implementación de medios para una efectiva protección y promoción de los derechos humanos reconocidos en las constituciones e instrumentos internacionales; la adopción de los estándares internacionales consagrados en el ámbito interamericano y universal; la contribución en la armonización entre los Estados de la normativa relativa a la promoción y protección de los derechos humanos; la asistencia técnica para el desarrollo de actividades de capacitación a funcionarios en materia de derechos humanos; entre otras.

En cuanto a la tutela jurisdiccional de los derechos humanos a nivel regional, al no contar el Mercosur con un Tribunal similar al Tribunal de Justicia o el TJCAN, debemos remitirnos a la escasa referencia en la materia de la jurisprudencia arbitral. La misma ha tenido oportunidad de tratar de manera indirecta la relación de los derechos humanos con los procesos de integración regional. Ello dicho con la salvedad que es cierto que al entender en una controversia, tanto el Tribunal “ad hoc” como el Tribunal Permanente de Revisión con sede en Asunción lo hacen producto de un conflicto originado directamente en el ejercicio de derechos y libertades predominantemente económicos.

En el laudo II, el Tribunal interviniente frente a lo argumentado por la demandada que pretendía fundar la conducta omisiva reprochada en el riesgo de violar derechos humanos en vigor, cuando no de “provocar graves alteraciones del orden público”; y frente a los planteos que cuestionaban la competencia jurisdiccional del Tribunal Arbitral para entender en una materia que involucra aspectos de los derechos humanos que, como tales, “resultan ajenos a la normativa del Mercosur”, sostiene que “los integrantes del Tribunal pertenecen a países en los cuales se ha experimentado el avasallamiento de los denominados derechos humanos, que nuclean el plexo normativo que ampara los aspectos más íntimamente ligados con la dignidad del ser humano, por lo que el planteo no deja de serles de alta sensibilidad”<sup>198</sup>.

<sup>198</sup> Laudo (II) del Tribunal Arbitral Ad Hoc del Mercosur, constituido para entender en la controversia presentada por la República Oriental del Uruguay a la República Argentina sobre “Omisión del Estado argentino en adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar los impedimentos a la libre circulación derivados de los cortes en territorio argentino de vías de acceso a los puentes internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas que

Por lo que el Tribunal rechaza que la parte demandada invoque la imposibilidad de adoptar, frente a los cortes de rutas –los cuales impedían entre otros ejercer la libre circulación en los términos del art. 1º (TA)–, medidas más enérgicas que las de disuasión, por cuanto ello importaría tanto como desconocer derechos humanos como los de libertad de expresión, de reunión y de manifestación que “revestirían en su derecho interno, rango constitucional, mientras que el derecho de integración solo reviste rango legal”. Dicho rechazo, en opinión del Tribunal, es procedente frente a quienes defienden que “el contenido del compromiso internacional depende de las posibilidades jurídicas que le brinda el propio derecho interno argentino en materia de derechos humanos”<sup>199</sup>. En este contexto, el Tribunal Arbitral no se priva de interpretar una norma constitucional argentina como el inc. 22, del art. 75 –que como sabemos reconoce la jerarquía constitucional a un conjunto de instrumentos internacionales sobre derechos humanos– llegando a la siguiente conclusión: “ni aun en el derecho argentino el derecho a la protesta es absoluto y debe limitarse cuando afecta el derecho de los demás tal como lo expresa el art. 29 apdo. 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el art. 32, apdo. 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), del 22 de enero de 1969 y, en especial respecto de la libertad de expresión, el art. 19, apdos. 2 y 3 y art. 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas del 19 de diciembre de 1966, que son parte integrante de la Constitución de la Nación Argentina desde 1994 al haber sido incorporados en su art. 75, inc. 22”<sup>200</sup>.

---

unen la República Argentina con la República Oriental del Uruguay”, Montevideo, 6 de septiembre de 2006, párr. 126

<sup>199</sup> Laudo (II) del Tribunal Arbitral Ad Hoc del Mercosur, constituido para entender en la controversia presentada por la República Oriental del Uruguay a la República Argentina sobre “Omisión del Estado argentino en adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar los impedimentos a la libre circulación derivados de los cortes en territorio argentino de vías de acceso a los puentes internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas que unen la República Argentina con la República Oriental del Uruguay”, Montevideo, 6 de septiembre de 2006, párr. 127.

<sup>200</sup> Laudo (II) del Tribunal Arbitral Ad Hoc del Mercosur, constituido para entender en la controversia presentada por la República Oriental del Uruguay a la República Argentina sobre “Omisión del Estado argentino en

Por último, ya se dijo que la “cláusula democrática” fue activada en dos oportunidades en el Mercosur. La primera llevó a la suspensión de Paraguay en el 2012, considerándose que se había producido una ruptura del orden democrático en los términos del Protocolo de Ushuaia (decisión CMC 28/2012)<sup>201</sup>. La segunda, concluyó con la suspensión de Venezuela en todos los derechos y obligaciones inherentes a su condición de Estado parte del Mercosur<sup>202</sup>, también en conformidad con el Protocolo de Ushuaia (decisión CMC n° 23/17)<sup>203</sup>.

b) *COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES (CAN): LA CARTA ANDINA PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS*. El Acuerdo de Cartagena (1969)<sup>204</sup> no dotó al proceso de integración andina de un sistema de reconocimiento y protección de los derechos humanos, salvo la referencia a que dicho acuerdo se sustenta en “los principios de igualdad, justicia, paz, solidaridad y democracia”. Sin embargo, al decir de Olmos Giupponi, ello no obstaculizó un reconocimiento gradual que hace que sea

---

adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar los impedimentos a la libre circulación derivados de los cortes en territorio argentino de vías de acceso a los puentes internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas que unen la República Argentina con la República Oriental del Uruguay”, Montevideo, 6 de septiembre de 2006, párr. 139.

<sup>201</sup> El 13 de julio de 2013 se levantó la suspensión que pesaba sobre Paraguay, tras verificarse el pleno restablecimiento del orden democrático luego de celebradas las elecciones presidenciales previstas para aquel año, alcanzando la reincorporación total al Mercosur en diciembre de 2013.

<sup>202</sup> La membresía de la República Bolivariana de Venezuela al Mercosur ya había sido discutida, cuando en septiembre de 2016 los socios fundadores –a excepción de Uruguay– acordaron que dicho país no ejercería la presidencia *pro tempore*, poniendo en duda su democracia y alertando su posible suspensión si no adaptaba sus normas internas a las normativas del bloque y cumplía con todos los compromisos de adhesión, relativos a los ámbitos comerciales y también de democracia y derechos humanos, otorgando un plazo límite hasta el 1° de diciembre de dicho año.

<sup>203</sup> Dicha decisión afirma que “la suspensión cesará cuando, de acuerdo a lo establecido en el art. 7° del Protocolo de Ushuaia, se verifique el pleno restablecimiento del orden democrático en la República Bolivariana de Venezuela” (punto 3, San Pablo, 2017).

<sup>204</sup> Sobre la evolución del proceso de integración andino, Montaña Galarza, “Elementos fundamentales de la Comunidad Andina en el siglo XXI”, en Pampillo Baliño - Damián Martín, *Integraciones jurídicas americanas. Teoría, historia, instituciones y derecho*, p. 513 a 532; Vigil Toledo, *La estructura jurídica y el futuro de la Comunidad Andina*.

el esquema subregional de integración que acontece en América Latina y el Caribe en el que los derechos humanos han merecido “una mayor y más especial e intensa atención desde la perspectiva normativa, y en el que se han producido, desde esta óptica, los avances más significativos”<sup>205</sup>.

Entre las referencias normativas más significativas, en la convergencia entre la integración regional y los derechos humanos en el proceso de integración andino, podemos citar la llamada Carta de Conducta (1980) que estableció tempranamente el carácter democrático que debía regir el ordenamiento político de los países de la subregión, así como su compromiso con el respeto a los derechos humanos, políticos, económicos y sociales, como norma fundamental de la conducta interna de los países miembros. Estableciéndose que “la *acción conjunta ejercida en protección de esos derechos no viola el principio de no intervención*”<sup>206</sup>.

Más adelante en el tiempo, la Declaración del Consejo Presidencial Andino sobre Democracia e Integración (1998)<sup>207</sup>, donde se pone de manifiesto el compromiso de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) definiéndose esta como “una comunidad de naciones democráticas” que “tiene entre sus objetivos principales el desarrollo y consolidación de la democracia y el Estado de Derecho, así como el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales”. Este tipo de declaraciones del Consejo Presidencial Andino se prolongan hasta el presente<sup>208</sup>.

<sup>205</sup> Olmos Giupponi, *Derechos Humanos e Integración en América Latina y el Caribe*, p. 203.

<sup>206</sup> Suscripta el 11 de septiembre de 1980 en Riobamba (Ecuador) por los entonces presidentes de Colombia, Ecuador, Venezuela y el representante personal del presidente de Perú (el destacado nos pertenece).

La Carta de Conducta de Riobamba es un documento firmado en el Sesquicentenario aniversario de la Primera Constitución del Ecuador. La Carta de Conducta se concibió como un documento donde los países del “Grupo Andino de Naciones” se comprometen en una serie de principios en su proceso de integración. Entre los principios que establece se destacan el fortalecimiento de la democracia y la promoción de los derechos humanos.

<sup>207</sup> Suscripta en Santa Fe de Bogotá (Colombia), el 7 de agosto de 1998.

<sup>208</sup> En el marco del XX Consejo Presidencial Andino, celebrado el 8 de julio de 2020, por ejemplo, se reiteró el compromiso con “la defensa de las garantías fundamentales, los derechos humanos, la vigencia de la democracia y el Estado de derecho”.

La decisión 458, por su parte, del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores<sup>209</sup>, aprueba los Lineamientos de la Política Exterior Común (1999). Entre sus principales principios se encuentran la vigencia del orden democrático fundado en la participación ciudadana y en la justicia social y, entre sus principales objetivos, el del desarrollo y consolidación de la democracia y del Estado de derecho, así como la promoción y el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Por encargo de los mandatarios, el nombrado Consejo Andino elaboró un proyecto de Protocolo Adicional al Acuerdo de Cartagena “Compromiso de la Comunidad Andina por la Democracia”<sup>210</sup>. Este Protocolo establece en su art. 1º que “la plena vigencia de las instituciones democráticas y el Estado de derecho son condiciones esenciales para la cooperación política y el proceso de integración económica, social y cultural en el marco del Acuerdo de Cartagena y demás instrumentos del Sistema Andino de Integración [SAI]” (el destacado nos pertenece).

Inspirados en el citado Protocolo (cfr. art. 8º) y en el Protocolo de Ushuaia (1998), los presidentes de la CAN y del Mercosur aprobaron, en la cumbre sudamericana<sup>211</sup>, la denominada cláusula democrática contenida en el párr. 23 del comunicado en donde se expresa que “el mantenimiento del Estado de derecho y el pleno respeto al régimen democrático en cada uno de los doce países de la región constituyen un objetivo y un compromiso compartidos, tornándose desde hoy, condición para la participación en futuros encuentros sudamericanos. Respetando los mecanismos de carácter regionales existentes, acordaron, en ese sentido, realizar consultas políticas en caso de amenaza de ruptura del orden democrático en América del Sur”.

Asimismo, en una reunión de los cancilleres de la CAN<sup>212</sup> se apoyó la iniciativa de Perú para la adopción de una Carta

<sup>209</sup> Firmada en Cartagena de Indias, Colombia, el 25 de mayo de 1999.

<sup>210</sup> Firmado en Oporto, Portugal, el 17 de octubre de 1998 y finalmente por el restante, en la reunión del XII Consejo Presidencial Andino de Lima, el 9 y 10 de junio del año 2000.

<sup>211</sup> Celebrada el 1 de septiembre del 2000 en Brasilia.

<sup>212</sup> Celebrada en marzo del 2001 en Lima.

Democrática Interamericana, lo que se concretó el 11 de septiembre del 2001, con ocasión de Asamblea General Extraordinaria de la OEA.

El derecho a la seguridad social ha recibido un amplio reconocimiento en el ámbito de la CAN a partir de la Carta Social Andina [CSA, 1994], el Instrumento Andino de Seguridad Social (decisión 113) y su Reglamento (decisión 148). En cuanto a la naturaleza jurídica de la CSA se debe recordar que, al tratarse de una declaración enunciada en el ámbito de competencias del Parlamento Andino, de acuerdo a la normativa andina vigente, carece de efecto vinculante. El seguimiento del cumplimiento de sus disposiciones corresponde en todo caso a dicho Parlamento a través de la mesa directiva y las comisiones. La CSA posee entonces un carácter programático, puesto que destaca áreas donde se acuerda la realización de acciones específicas tales como la adopción de programas, ya sea a nivel de los Estados o de la CAN. El mérito de este instrumento consiste en indicar, en el marco andino y en relación con los derechos humanos vinculados a la integración social, cuáles son los aspectos que requieren un tratamiento determinado, aun cuando en la mayoría de los supuestos deja librado a la órbita estatal, sin presentar una vía de acción comunitaria. Lo dicho sucede, por ejemplo, cuando se prescribe que sean “los gobiernos o los congresos nacionales” quienes lleven a cabo los mandatos contenidos en la CSA. Se podría decir entonces que *son disposiciones más bien de naturaleza instrumental, que operan luego de un reconocimiento tácito del derecho*<sup>213</sup>.

Un importante punto de convergencia entre el proceso de integración andino y la tutela de los derechos humanos se alcanzó con la aprobación, por el Consejo Presidencial Andino<sup>214</sup>, de la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos (2002, CAPPDH). La doctrina se ha referido a la naturaleza jurídica de esta carta como “un *instrumento comunitario especializado en derechos humanos* dentro del proceso de integración andina que proporciona, con seguridad, un *marco programático en la materia*, pretendiendo *orientar* la acción individual y colectiva de los Estados andinos en

<sup>213</sup> Cfr. Olmos Giupponi, *Derechos humanos e integración en América Latina y el Caribe*, p. 247.

<sup>214</sup> Celebrado el 26 de julio de 2002 en Guayaquil.

la materia”<sup>215</sup>. En este sentido, la propia carta dispone que “constituye la primera manifestación integral de la Comunidad Andina en materia de derechos humanos en el espacio comunitario, y complementa la normativa nacional, interamericana y universal en el tema (art. 63)”.

Con todo, se sostiene al igual que respecto de la CSA, que nos encontramos en presencia de un instrumento de carácter programático<sup>216</sup>. No obstante, no debe olvidarse que se trata de un instrumento jurídico que ha adoptado la forma de declaración presidencial y, por tanto, tiene carácter recomendatorio. El carácter vinculante de la CAPPDH debe ser decidido por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores “en el momento oportuno”<sup>217</sup> (cfr. párr. 2º, art. 96, CAPPDH)<sup>218</sup>. Esta referencia, escribe Casal, “que resulta contraproducente, reduce las posibilidades de consolidación de la carta como pauta de acción para las instituciones comunitarias”. Por tanto, la CAPPDH “difícilmente puede ser calificada como fuente directa de derechos humanos dentro de la CAN.

En especial, la carta no representa un parámetro directo de validez de las normas dictadas por las instituciones comunitarias. Muchos de los derechos en ella consagrados tienen ya significación jurídica en la comunidad, pero no tanto en virtud de la carta sino por fuerza de otros instrumentos comunitarios o del reconocimiento latente de los derechos humanos

<sup>215</sup> Olmos Giupponi, *Derechos humanos e integración en América Latina y el Caribe*, p. 263.

<sup>216</sup> Olmos Giupponi, *Derechos humanos e integración en América Latina y el Caribe*, p. 263.

<sup>217</sup> Al menos en un ámbito la CAPPDH ha ostentado un carácter directamente vinculante, por decisión del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. Se trata de la decisión 613, cuyo art. 3º supedita la incorporación de los países del Mercosur a la CAN, en calidad de miembros asociados, a la adhesión de ellos a la CAPPDH.

<sup>218</sup> Es importante destacar también la XII Reunión Ordinaria del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, realizada el 7 de mayo de 2004, en Guayaquil (Ecuador) que adoptó la decisión 586 sobre el Programa de Trabajo para la Difusión y Ejecución de la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, estableciendo metas específicas tanto para su promoción como para su implementación a nivel nacional e internacional, de seguimiento, y de su proyección en el mediano y corto plazo. Además de establecer el cronograma general y señalar caminos para la búsqueda del financiamiento que permita su instrumentación.

como principios generales del derecho comunitario. La carta puede asumirse en la actualidad como una declaración que ha de orientar la labor de identificación de los derechos que deben ser tratados como principios generales del derecho comunitario. Adicionalmente, la carta ha de guiar la actuación de todas las instituciones de la comunidad, aun cuando no posea un carácter vinculante directo y general”<sup>219</sup>.

Esta falta de carácter vinculante es, probablemente, la causa por la que no sea tenida en cuenta por la jurisprudencia del TJCAN. En opinión de Montaña Galarza, al haber sido adoptada por el Consejo Presidencial Andino, “no forma parte del ordenamiento jurídico supranacional”<sup>220</sup>. En efecto, el art. 1º del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (1996), no menciona las decisiones de dicho consejo como parte del ordenamiento jurídico de la CAN.

Para Hummer y Frischhut, la CAPPDH “solamente constituye una nueva proclamación política en el ámbito de los derechos humanos y fundamentales, las cuales verdaderamente no son escasas en Latinoamérica”<sup>221</sup>. Para Navarrete Barreto “es un instrumento de corte político, que promueve los derechos humanos y apoya su vigencia en la dimensión estatal antes que supranacional”<sup>222</sup>.

El mismo Consejo<sup>223</sup> adoptó la Carta Ambiental Andina (2020) obligándose los Estados miembro de la CAN a incluir el contenido de ella “en el diseño de las políticas públicas ambientales de corto, mediano y largo plazo” (cfr. parte IV.8).

En lo que hace a la intervención del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones (TJCAN) en la tutela de los derechos humanos, esta no ha tenido el carácter dinámico ni la intensidad de la intervención desplegada en la UE por el Tri-

<sup>219</sup> Casal, *Los derechos humanos en los procesos de integración*, “Estudios Constitucionales”, año 3, nº 2, 2005, p. 267 y 268.

<sup>220</sup> Montaña Galarza, *Problemas constitucionales de la integración*, p. 223.

<sup>221</sup> Hummer - Frischhut, *Derechos humanos e integración. Protección de los derechos humanos en la Comunidad Andina y en la Unión Europea*, p. 52.

<sup>222</sup> Navarrete Barreto, *El papel del juez comunitario andino en la tutela de los derechos del ciudadano*, “Revista de Derecho Foro”, nº 6, Universidad Simón Bolívar, 2006, p. 37 y 38.

<sup>223</sup> En su XXV reunión ordinaria el 1º de diciembre de 2020.

bunal de Justicia. Ello lleva a decir a Casal, que en materia de protección de derechos la CAN, “se encuentra en una etapa embrionaria, que difícilmente evolucionará favorablemente sin la intervención del [TJCAN], o de las salas constitucionales de los Estados miembro, que pueden actuar como acicate al enunciar la posibilidad de controlar, en casos extremos, compatibilidad de normas andinas con los derechos humanos, como sucedió en la integración europea”<sup>224</sup>.

Los jueces de Quito, a través de algunas sentencias, han reconocido la vinculación de las fuentes del ordenamiento andino con los derechos, cuando se ha referido a los principios generales del derecho<sup>225</sup>. Apunta Montaña Galarza que, hace aproximadamente un decenio, es factible percibir un interés particular del TJCAN por la protección de los derechos humanos a través de sus fallos. En este rumbo, por ejemplo, se hicieron prevalecer los derechos humanos sobre el interés económico del titular de la información amparada por el secreto industrial (proceso 37-IP-2003); se antepusieron los derechos a la salud y a la vida de las personas, a los derechos de propiedad industrial y concretamente al régimen de protección de los datos de prueba<sup>226</sup>; y se privilegió el derecho a la salud de las personas, especialmente de los menores de edad, frente al derecho al libre acceso al mercado de los juegos de azar en relación con las máquinas traga monedas<sup>227</sup>. Sin embargo, concluye Montaña

<sup>224</sup> Casal, *Los derechos humanos en los procesos de integración*, “Estudios Constitucionales”, año 3, n° 2, 2005, p. 254.

<sup>225</sup> Véase STJCAN, 28/1/1993, [proceso 4-N-92]; íd., 13/8/1997, [2-AI-96].

<sup>226</sup> STJCA, 8/12/2005, [proceso 114-AI-2004]. Acción de incumplimiento interpuesta por la Asociación de Industrias Farmacéuticas Colombianas, ASINFAR, contra Colombia, por haber expedido el decr. 2085 de 19 de septiembre de 2002 en supuesta violación del art. 4° del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, arts. 260 a 266, 276 y 279 de la decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina.

<sup>227</sup> STJCAN, 26/1/2008, [proceso 03-AI-2006]. Acción de incumplimiento interpuesta por la Sociedad Interamericana Game Technology Ltda. contra Ecuador, por el supuesto incumplimiento del art. 4° del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; art. 80, literal c, del Acuerdo de Cartagena; arts. 6° a 8°, 10, 11 y 26 de la decisión 439, de 11 de junio de 1998, de la Comisión de la Comunidad Andina; art. 2°, numerales 1, 3 y 4; arts. 3° y 4° de la decisión 510, de 30 de octubre de 2001, de la Comisión de la Comunidad Andina; los arts. XVI y XVII del AGCS, incor-

Galarza, “está aún pendiente un desarrollo más decidido y creativo de la reflexión sobre la materia, en especial, por parte del [TJCAN] y, de las cortes y tribunales constitucionales”<sup>228</sup>.

Más recientemente, el TJCAN se ha abocado a la tutela de los derechos de los consumidores con relación a las causas no imputables al transportista aéreo que originan la cancelación o retraso de los vuelos<sup>229</sup>; la libertad de expresión de los consumidores<sup>230</sup>; y los derechos de los usuarios ante la cancelación de vuelos por causas imputables al transportista aéreo en el régimen comunitario andino, las compensaciones, y el retraso en la entrega de equipaje de los usuarios<sup>231</sup>. También a la tutela de obligaciones del empleador en materia de seguridad y salud en el trabajo<sup>232</sup>.

c) *SISTEMA DE INTEGRACIÓN CENTRO AMERICANO (SICA): EL TRATADO MARCO DE SEGURIDAD DEMOCRÁTICA EN CENTROAMÉRICA.* La XVII Reunión de Presidentes Centroamericanos fue el ámbito para la firma del Tratado Marco de Seguridad Democrática en Centroamérica (Tratado Marco, 1995)<sup>233</sup> adhiriéndose de esta forma

---

porados por referencia al ordenamiento jurídico andino mediante las decisiones mencionadas.

También se tutela el derecho a la salud en STJCAN, 14/5/2008, [proceso 45-IP-2008]; *id.*, 22/8/2008, [proceso 90-IP-2008].

<sup>228</sup> Montaña Galarza, *Problemas constitucionales de la integración*, p. 225 y 226.

<sup>229</sup> STJCAN, 15/3/2018, [173-IP-2016], interpretación prejudicial presentada por la Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas de Mercado de la Corte Superior de Justicia de Lima, Perú.

<sup>230</sup> STJCAN, 26/6/2017, [294-IP-2015], interpretación prejudicial presentada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, Colombia.

<sup>231</sup> STJCAN, 26/6/2017, [313-IP-2015], interpretación prejudicial presentada por la Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas de Mercado de la Corte Superior de Justicia de Lima, Perú.

<sup>232</sup> STJCAN, 28/6/2019, [109-IP-2018], interpretación prejudicial presentada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito, Ecuador en relación a la aplicación del Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo (decisión 584).

<sup>233</sup> Suscripto en la ciudad de San Pedro Sula (Honduras) el 15 de diciembre de 1995, por los presidentes de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, y Panamá.

al Modelo Centroamericano de Seguridad Democrática. Este modelo es considerado parte del SICA y su contenido complementa las disposiciones del Protocolo de Tegucigalpa (1991) –por intermedio del cual se reforma la Carta de la ODECA (Organización de Estados Centroamericanos) y se instituye el SICA como tal–<sup>234</sup> a las cuales está subordinado el tratado que anotamos (cfr. art. 64, Tratado Marco).

El citado Protocolo de Tegucigalpa ya contemplaba en su texto que el SICA tiene por objetivo fundamental la realización de la integración de Centroamérica, para constituir la como “región de paz, libertad, democracia y desarrollo” (cfr. art. 3º). En este sentido, se reafirma –entre otros– el propósito de consolidar la democracia y fortalecer sus instituciones junto al irrestricto respeto a los derechos humanos (cfr. art. 3º.1). Para la realización de este propósito el SICA y sus Estados miembro se comprometen a actuar de acuerdo –entre otros– a los principios fundamentales de la tutela, respeto y promoción de los derechos humanos, lo cual se declara como la base fundamental del SICA; la globalidad del proceso de integración y la participación democrática, en el mismo, de todos los sectores sociales (cfr. art. 4º).

El Tratado Marco define un ámbito de aplicación amplio y variado al afirmar que el Modelo Centroamericano de Seguridad Democrática se basa en la democracia y el fortalecimiento de sus instituciones y el Estado de derecho; en la existencia de gobiernos electos por sufragio universal, libre y secreto y en el irrestricto respeto de todos los derechos humanos en los Estados que conforman la región centroamericana. El Estado de derecho comprende la supremacía del imperio de la ley, la existencia de la seguridad jurídica y el efectivo ejercicio de las libertades ciudadanas; el fortalecimiento y perfeccionamiento constante de las instituciones democráticas en cada uno de los Estados; y el mantenimiento de un diálogo flexible, activo y la colaboración mutua sobre los aspectos de la seguridad en su sentido integral a fin de garantizar el carácter irreversible de la democracia en la región (arts. 1º y 2º, Tratado Marco).

<sup>234</sup> Sobre el proceso de integración centroamericano Villalta Vizcarra, “El derecho comunitario y la integración centroamericana”, en Pampillo Baliño - Damián Martín, *Integraciones jurídicas americanas. Teoría, historia, instituciones y derecho*, p. 533 a 555.

Este nuevo “Modelo de Seguridad Regional” en Centroamérica, mantiene Villalta Vizcarra, “basado en la democracia y en connotaciones profundamente humanistas, es lo que le permitió a Centroamérica avanzar desde una agenda por la paz hacia una agenda por el desarrollo humano y sostenible”<sup>235</sup>.

Por fuera del Tratado Marco, la secretaría general del SICA se ha mostrado activa en la promoción y protección de los derechos humanos particularmente en materia migratoria. En ese sentido, podemos mencionar la ratificación, en 2018, de un Acuerdo de Colaboración con el alto comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), con el fin de diseñar estrategias conjuntas que disminuyan el impacto generado en la región por el accionar del crimen organizado transnacional y otras situaciones de violencia, en materia de desplazamiento forzado y de protección de derechos. También se suscribió un Acuerdo de Cooperación con la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), con el objetivo de diseñar y ejecutar un estudio regional sobre las causas y consecuencias de la migración y de un plan de acción para la atención integral de la migración en la región, denominado como PAIM-CA (Plan de Atención Integral de las Migraciones en Centroamérica). En materia migratoria, se cuenta también con el Convenio Centroamericano de Libre Movilidad (CA-4) firmado en 2006 por cuatro de los países miembro (Guatemala, El Salvador, Honduras y Nicaragua). Se trata de un mecanismo de facilitación migratoria, que busca que los ciudadanos de los países firmantes puedan transitar presentando solamente su documento de identidad sin restricciones adicionales. Se trata de un esfuerzo de homologación de políticas migratorias dentro del proceso de integración regional.

Por último, como ya se dijo, cabe destacar que el art. 25 del Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia establece claramente que su competencia “no se extiende” a la materia de derechos humanos la cual corresponde “exclusivamente” a la Corte IDH<sup>236</sup>.

<sup>235</sup> Villalta Vizcarra, “El derecho comunitario y la integración en Centroamérica”, en Pompillo Baliño (coord.), *Globalización, derecho supranacional e integración americana*, p. 405.

<sup>236</sup> Véase Corte Centroamericana de Justicia, resolución de 2 de octubre de 2000 sobre el caso “José Viguier Rodrigo vs. el órgano judicial de la Repú-

§ 5. **RECORRIDO DE ESTA OBRA: PUNTOS DE CONVERGENCIA.** – El recorrido de esta obra colectiva va hacia los puntos de convergencia entre la integración regional y la tutela de los derechos humanos, se inicia con el aporte de Susana Sanz Caballero sobre la defensa del Estado de derecho. La catedrática Jean Monnet, de la Universidad CEU Cardenal Herrera de Valencia, plantea el análisis de una sentencia del Tribunal de Justicia<sup>237</sup> donde se constató una violación a la CDFUE (arts. 7º, derecho al respeto de la vida privada y familiar; 8º, protección de los datos de carácter personal y 12, libertad de asociación). Ello así, al exigir Hungría a toda organización de la sociedad civil que hubiese sido beneficiaria de donaciones extranjeras la obligación de registrarse como “organización receptora de ayuda extranjera”, forzarle a declarar y publicitar el importe de los fondos recibidos y los nombres y domicilios de los donantes, así como al decretar que las autoridades húngaras difundieran sin demora esos datos, más allá de imponerles sanciones graves en caso de incumplimiento. La autora señala que, con este asunto, “la Comisión señala al régimen húngaro por su persecución de las ONG que no puede controlar”.

Sanz Caballero propone que el recurso de incumplimiento presentado no se puede entender de modo aislado, sino que se debe enmarcar dentro de una serie de recursos por incumplimiento presentados contra Hungría en los últimos años<sup>238</sup>.

---

blica de Nicaragua”, por supuesta violación a los derechos humanos, donde se declara sin lugar lo solicitado “por no ser de la competencia de este Tribunal, ya que lo expresado es atinente a supuestas violaciones de derechos fundamentales atribuidos a los órganos encargados de administrar justicia en Nicaragua, Estado para el cual está vigente la Convención Americana de Derechos Humanos y como consecuencia su conocimiento puede caer bajo la competencia exclusiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

<sup>237</sup> STJ (Gran Sala), 18/6/2020, “Comisión Europea vs. Hungría”, asunto C-78/18 [ECLI:EU:C:2020:476].

<sup>238</sup> En este sentido la autora cita la STJ (Gran Sala), 17/12/2020, “Comisión vs. Hungría”, asunto C-808/18 [ECLI:EU:C:2020:1029] sobre la acogida de demandantes de protección internacional; la STJ (Gran Sala), 6/10/2020, “Comisión vs. Hungría”, asunto C-66/18 [ECLI:EU:C:2020:792] sobre la libertad de establecimiento de centros universitarios y violación de la libertad de cátedra de universidades díscolas; la STJ (Gran Sala), 21/5/2019, “Comisión vs. Hungría”, asunto C-235/17 [ECLI:EU:C:2019:432] sobre los derechos propiedad de nacionales de otros Estados miembro sobre terrenos situados en Hungría; o la STJ (Gran Sala), 8/4/2014, “Comisión vs. Hungría”, asunto

Tradicionalmente, en la UE, la vía judicial para la resolución de casos que implican o tienen connotaciones sobre el imperio de la ley y los principios democráticos –explica Sanz Caballero– ha sido la cuestión prejudicial, a través de la cual el juez interno plantea una duda al Tribunal de Justicia sobre la validez o interpretación que se deba dar a una norma de la UE. Alternativamente, la otra vía judicial para que los jueces de Luxemburgo se pronuncien sobre cuestiones relativas a principios democráticos ha sido el recurso de anulación, a través del cual el demandante solicita directamente la nulidad de una norma de derecho derivado de la UE por su presunta incompatibilidad con los tratados constitutivos (en el caso en cuestión por su presunta violación de los principios en los que se basa el Estado de derecho).

En cambio, el uso del recurso de incumplimiento, a través del cual una institución o un Estado miembro de la UE solicita al Tribunal de Justicia que declare que otro miembro ha infringido el DUE, “es una vía relativamente poco utilizada en el ámbito del Estado de derecho”. Ello en razón de que, argumenta la autora, históricamente no hubo mucha necesidad de cuestionarse si los Estados miembro incumplían los valores de la UE y los principios en los que esta se basa –entre ellos, el Estado de derecho y el respeto de los derechos humanos–, porque eran prácticamente inexistentes las excepciones al cumplimiento de esta regla. Sin embargo, concluye Sanz Caballero, desde el 2010, en Hungría “se ha producido un deterioro continuado de las libertades en el país. La degradación afecta a múltiples aspectos de la vida como son el respeto de las minorías y de los derechos de las comunidades LGTBI, la igualdad de género, la separación de poderes, la independencia judicial, la libertad de los medios de comunicación, la libertad de expresión, la libertad de reunión y manifestación o la corrupción rampante, entre otros ámbitos. La situación ha exigido elevar distintas disputas a la justicia europea relativas a derechos fundamentales y al Estado de derecho”. Tal es el caso de la presentación judicial que se examina en esta obra.

---

C-288/12 [ECLI:EU:C:2014:237] sobre la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y la falta de independencia del órgano nacional de control.

Joaquín Sarrión Esteve, profesor de derecho constitucional de la UNED, expone a su turno algunas reflexiones sobre la “efectividad y la tutela judicial efectiva” en el DUE. En este sentido, recuerda que el “principio de efectividad” exige que los derechos conferidos por el DUE puedan ser ejercidos en la práctica, quedando complementado por el “principio de equivalencia” que exige que las normas procesales de derecho interno se apliquen de “forma equivalente” tanto a las violaciones o infracciones del derecho interno como también a las violaciones o infracciones de DUE. A lo dicho, se suma a la “constitucionalización” del derecho a la tutela judicial efectiva tanto en el art. 19 (TUE) como en el art. 47 (CDFUE), para garantizar la efectividad del DUE.

En el derecho interno, en la práctica –comenta el autor– la efectividad se proyecta tanto sobre los órganos de la Administración pública como sobre el juez nacional, llamados a garantizar los derechos reconocidos o conferidos por el DUE. Con dicho fin, “están vinculados por la primacía y efectividad” del DUE. Esto obliga a que el operador jurídico, aplique las disposiciones internas de conformidad con las disposiciones comunitarias, puesto que las normas del DUE se incorporan al ordenamiento jurídico (complejo, y multinivel) del Estado miembro y, por tanto, la sujeción a las mismas deriva también del principio de legalidad y sujeción al derecho, e imperio de la ley.

Para garantizar esta efectividad, cuando es aplicable una disposición comunitaria con efecto directo, el operador jurídico debe interpretar siempre las disposiciones internas de conformidad con ella. No obstante, concluye Sarrión Esteve, “en ocasiones principios tan relevantes como la seguridad jurídica o la fuerza de cosa juzgada pueden motivar límites a la efectividad, y los titulares de los derechos afectados por la limitación deberán utilizar el mecanismo de la responsabilidad para poder encontrar una satisfacción”.

La protección de la familia y de los menores en el ordenamiento jurídico de la UE es el punto de convergencia que desarrolla Valentina Colcelli. La autora –perteneciente al Consejo Nacional para la Investigación en Italia– resalta que dicha protección es considerada por la jurisprudencia comunitaria como “valores fundamentales” para la construcción de la UE, hacia los cuales se debe orientar la interpretación del DUE y del derecho nacional. La noción de vida familiar y de menores –se

defiende— asume gran importancia en aspectos particulares del DUE, como el derecho de asilo, la admisión y expulsión de extranjeros, la reunificación familiar, o sea, vinculada a los aspectos de la vida de las personas relativos a las competencias UE.

Para Colcelli, el Tribunal de Justicia exhibe en su jurisprudencia una presencia cada vez más fuerte a favor de la libertad de circulación de las personas económicamente activas, y una consiguiente voluntad de favorecer la circulación de sujetos no económicamente activos, cuyo derecho deriva directamente de la ciudadanía UE. De este modo, concluye, se favorece otorgar mayor protección al individuo respecto de la realización del mercado común.

Roberto Cippitani, a continuación, estudia la protección de los datos personales en el derecho de la integración. El catedrático Jean Monnet de la Universidad de Perugia sostiene que dicha protección “es de naturaleza global. Pero, como otros fenómenos transnacionales, la circulación y el tratamiento de datos personales se siguen reglando con las herramientas de los siglos pasados”. En consecuencia, el autor propone empezar a construir una verdadera disciplina transnacional en materia de protección de datos personales. Ello, afirma, se puede poner en marcha entre dos continentes que “genéticamente” están conectados como América y Europa.

Estos vínculos se expresan a través de intensos flujos informativos y comunicativos que deben ser apoyados por iniciativas concretas como programas de financiación y herramientas tecnológicas. En este sentido, Cippitani cita el Tratado de Asociación entre Mercosur y la UE, que en el apdo. 3 del art. 18 afirma: “La cooperación deberá adoptar todas las formas que se consideren convenientes y, particularmente [...] sistemas de intercambio de información en todas las formas adecuadas, inclusive a través del establecimiento de redes informáticas”.

Establecer una infraestructura jurídica de los flujos de informaciones entre ambos bloques —Mercosur y UE—, concluye Cippitani, lleva consigo relevantes cuestiones jurídicas, como afirma el apdo. 4 del art. 18 del citado tratado que establece que las dos partes “acuerdan respetar la protección de los datos personales en todos aquellos ámbitos en los que se prevea intercambios de información a través de redes informáticas”. Por tanto, es importante reflexionar sobre reglas compartidas en la protección de datos personales y en general en la discipli-

na de los flujos de datos entre los dos continentes, teniendo en cuenta los enlaces culturales, jurídicos y especialmente la sensibilidad común en la materia.

El derecho a la buena administración, como ejemplo de convergencia entre la integración regional y los derechos humanos, es el tema desarrollado por Andrea Mensa González. Dicho derecho, en opinión de la autora, profesora de derecho de la integración en la UBA, adquiere relevancia teórica y práctica para el derecho nacional, en tanto aborda la relación de los derechos humanos del ciudadano con la Administración pública.

El derecho a la buena administración constituye una herramienta de política de Estado inestimable para mejorar sustancialmente la gestión de los intereses públicos. Busca desactivar prácticas relacionadas con la corrupción, y optimizar recursos, apoyándose en principios de rendición de cuentas, control, transparencia y el fortalecimiento de la participación ciudadana, que construyen una sociedad democrática.

Mensa González destaca la evolución y difusión de este derecho en la UE. Señala así la esencial participación del Tribunal de Justicia en su conceptualización y elaboración de principios, que luego se verán plasmados en el texto del art. 41 de la CDFUE. Este último instrumento, positiviza derechos de carácter procedimental que vienen a conformar el concepto de “buena administración” y a plasmar cambios en el funcionamiento de la administración no solo de los Estados miembro sino de las instituciones de la UE. Además, la autora destaca la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública (2013). Este documento proyecta, sintetiza y desarrolla a la buena administración pública y sus implicaciones, en razón de la triple funcionalidad que a esta se le ha podido dar: como principio, como deber y como derecho.

El desarrollo, tutela y observancia de los derechos humanos –concluye Mensa González– se encuentra intrínsecamente ligado con el respeto de su dignidad humana. En este sentido, el Estado, a través de la Administración pública debe adoptar las medidas y acciones necesarias para dirigir su accionar conforme al interés público.

Alfredo Soto, profesor titular de Derecho de la Integración en la UBA, asume el desarrollo de la protección de los consu-

midores y usuarios en la internacionalidad, la globalización y la integración. La globalización o mundialización –afirma–, así como también la integración, implica cierta disolución de los Estados en el mercado, con la consecuente eliminación de las diferencias territoriales típicas de la modernidad y, por ello, de las diversidades jurídicas. Se advierte una tendencia a la uniformidad y a la armonización, a la igualdad exigida por las libertades de circulación de personas y factores productivos, esto es, libertad de circulación de capitales, mercancías y servicios, siendo estas dos últimas de significativa importancia para los consumidores y usuarios.

Soto apunta a que, frente al escenario anterior, el derecho del consumidor exige cada vez mayor desarrollo, pues es precisamente el consumidor un actor importante y a la vez vulnerable, débil, desigual, especialmente en el marco global mundial y en el de la integración regional, en que se desenvuelve a través de relaciones transfronterizas, con transacciones virtuales, en línea, electrónicas, desde la perspectiva comercial.

Para Soto “es delicado encontrar un equilibrio entre las partes en materia de consumo”. Por un lado, nos encontramos con la justicia de atender a la situación particularmente débil del consumidor y del usuario, pero por el otro con la necesidad de que él mismo vea, en su caso, satisfecho su derecho, lo cual es difícil si se desatiende a los intereses del proveedor, pues se corre el riesgo de dictar una sentencia inútil. Como en muchos otros casos –concluye–, la tensión entre justicia y utilidad, entre equidad y eficacia, es grande.

Pablo Podadera Rivera se dedica al análisis de la integración económica y los derechos fundamentales en la UE. Para el catedrático Jean Monnet de la Universidad de Málaga, si se observa la aplicación de las libertades económicas fundamentales en la realización del mercado único en el ámbito del DUE, y su interacción con la aplicación de la protección de los derechos fundamentales, se advierten una serie de conflictos entre ambas categorías. Normalmente, el Tribunal de Justicia ha resuelto este tipo de conflictos a través del principio de proporcionalidad, atendiendo a las circunstancias de cada caso, lo cual lleva a pensar que es difícil extraer una doctrina general. No obstante, la jurisprudencia generada por dichas situaciones, parece llevar a entender, de forma razonable, que

el Tribunal de Justicia trata libertades económicas y derechos fundamentales como categorías que ostentan el mismo estatus en el DUE.

El propio desarrollo de la jurisprudencia comunitaria, escribe Podadera Rivera, “ha ido dibujando un nuevo contexto en el que los derechos fundamentales han ido adquiriendo cada vez más relevancia, lo cual ha puesto de manifiesto situaciones de choque entre aquellos y las libertades económicas”. En este contexto, el objetivo de su estudio es recoger el resultado de un ejercicio de análisis de la presencia de la protección de los derechos fundamentales en la configuración y evolución del mercado único a través del estudio de las libertades económicas fundamentales.

Podadera Rivera concluye en que, el mercado interior europeo, junto a las libertades económicas que lo sustentan y la evolución del orden jurídico en torno a los derechos fundamentales y el progreso social, “constituye la piedra angular” del funcionamiento de la UE en perspectiva económica y social, generando un vínculo esencial en el proceso de integración comunitaria.

José María Porras Ramírez se enfoca en el derecho de asilo en la UE. El catedrático Jean Monnet de la Universidad de Granada señala que la CDFUE reconoce este derecho en su art. 18. Dicho precepto se muestra, a su vez, directamente conexo o relacionado con el art. 19 de la propia CDFUE, que viene a complementarlo, determinando la interdicción de las expulsiones colectivas, al tiempo que expresa la prohibición de que nadie pueda ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un riesgo grave de ser sometido a pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes. De ese modo, se viene a establecer, en el marco comunitario europeo, un nivel de tutela supranacional del derecho, vinculado a un ámbito propio y autónomo de aplicación, que se agrega al ya existente en el derecho internacional y al dispuesto en los diferentes Estados miembro.

Porras Ramírez sustenta que, en tanto y en cuanto se discute una nueva reforma del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA), una vez constatadas sus carencias y limitaciones, cada vez se cobra más conciencia acerca de la necesidad de establecer una genuina política migratoria común en el seno de la UE que contemple, con carácter general y de forma probablen-

te inexcusable, la creación, tantas veces demandada, de una Agencia Europea de Asilo.

En definitiva, concluye Porras Ramírez, la garantía del derecho de asilo se vislumbra, todavía hoy, más bien, como una expectativa de derecho, al no haber alcanzado la plena o completa consistencia iusfundamental que las normas de derecho derivado de la UE siguen sin ofrecerle.

Javier Palummo, del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del Mercosur, escribe sobre la coordinación y cooperación para la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes en contextos de migración. Para el autor, la migración internacional es un fenómeno que involucra a dos o más Estados, entre países de origen, de tránsito y de destino, tanto de migrantes como de personas refugiadas y solicitantes de asilo; muchas de esas personas son niños, niñas y adolescentes. En consecuencia, se trata de un asunto que requiere niveles importantes de coordinación y cooperación a nivel interno, pero también entre autoridades que se encuentran en diferentes países.

Entre los principales desafíos de la región, mantiene Palummo, se encuentran varios que trascienden lo normativo, y que se refieren a la necesidad de lograr una implementación adecuada, establecer mecanismos de seguimiento y levantamiento de información que permitan demostrar resultados concretos, además de lograr la articulación o la complementariedad entre las diversas iniciativas, y la incorporación de la perspectiva de los derechos humanos en la puesta en práctica de las normas y compromisos.

Los retos de la institucionalidad, concluye Palummo, que se ha ido contrayendo en estas décadas de desarrollo del proceso de integración regional Mercosur son múltiples. No obstante, la experiencia regional en la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes en contextos de migración, a pesar de las dificultades que enfrenta, representa un buen punto de partida para enfrentar esos desafíos. En especial por la preeminencia en esos antecedentes de una perspectiva, conforme la cual los estándares de derechos humanos representan una herramienta indispensable para llegar a los consensos necesarios y dar una respuesta armónica, articulada, además de fundada en la coordinación y la cooperación mutua.

Finalmente, Carlos Francisco Molina del Pozo nos presenta su trabajo sobre derechos políticos y ciudadanía común en el marco de la UE. Para el catedrático Jean Monnet *ad personam* de la Universidad de Alcalá de Henares, la situación de la UE en términos de reconocimiento y protección de los derechos fundamentales y de ciudadanía, si bien al inicio carecía de peso y rigor, en la actualidad se encuentra enriquecida con las distintas modificaciones a los tratados fundacionales. La democratización paulatina, afirma, “ha coadyuvado al reforzamiento del concepto de ciudadanía y de los derechos que el mismo alberga y debe comportar”.

Sostiene Molina del Pozo que la UE debe ser comprendida como un modelo posible de integración y armonización, capaz de inspirar el cambio de muchos otros territorios, y ser un ejemplo inspirador de confianza y evolución en la perspectiva internacional. Los primeros elementos impulsores del cambio hacia la construcción de una Europa federal e integral, han sido convenientemente aceptados por la ciudadanía. Debemos presagiar, concluye, una perspectiva de cambio basada en dos caminos o direcciones, a saber: una reforma institucional que permita eliminar el voto unánime y las concepciones intergubernamentalistas de algunas instituciones, y la propia reforma de los tratados, de las competencias y de los derechos por ellos mismos conferidos.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Alonso García, Ricardo, *El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales*, Madrid, Civitas-Thompson Reuters, 2014.
- *El triple marco de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, “Cuadernos de Derecho Público”, nº 13, mayo-agosto 2001, p. 11 a 44.
- *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Madrid, Thompson-Civitas, 2007.
- Anagnostaras, Georgios, *Mutual confidence is not blind trust! Fundamental rights protection and the execution of the European arrest warrant*, “Common Market Law Review”, nº 53, 2016, p. 1675 a 1704.
- Arzo Santisteban, Xavier, *Karlsruhe rechaza la Doctrina Melloni del Tribunal de Justicia y advierte con el control de la identidad constitucional (comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 15 de diciembre de 2015, 2 BVR 2735/14)*, “Revista Española de Derecho Europeo”, nº 58, abr.- jun. 2016, p. 109 a 141.

- Cámara Villar, Gregorio, *Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el tratado constitucional*, "Revista de Derecho Constitucional Europeo", n° 4, jul.-dic. 2005, p. 9 a 42.
- Casal Hernández, J. M., *Los derechos humanos en los procesos de integración*, "Estudios Constitucionales", año 3, n° 2, 2005, p. 249 a 275.
- Cortés Martín, José M., *Sobre la plena vigencia de la presunción de equivalencia (Bosphorus) y su aplicación al principio de reconocimiento mutuo en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*, "Revista de Derecho Comunitario Europeo", n° 55, 2016, p. 819 a 858.
- Daniele, Luigi, *La protezione dei diritti fondamentale nell'Unione europea dopo Il Trattato di Lisbona: un quadro d'insieme*, "Il Diritto dell'Unione Europea", n° 3, 2009, p. 645.
- Díez-Picazo, Luis M., *¿Una Constitución sin declaración de derechos?*, "Revista Española de Derecho Constitucional", año 11, n° 32, 1991, p. 135 a 158.
- Ekmekdjian, Miguel Á., *Tratado de derecho constitucional. Constitución de la Nación Argentina, comentada, y anotada con legislación, jurisprudencia y doctrina*, Bs. As., Depalma, 2001.
- García Roca, Francisco J. - Fernández Sánchez, Pablo A. (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- García Roca, Javier, *Originario y derivado en el contenido de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: los test de constitucionalidad y convencionalidad*, "Revista de Estudios Políticos", Nueva Época, n° 119, 2003, p. 165 a 190.
- Garlicki, Lech, *Cooperation of courts: the role of supranational jurisdictions in Europe*, "International Journal of Constitutional Law", vol. 6, 2008, p. 509 a 530.
- González Pascual, Maribel I., *Secreto profesional de los abogados y blanqueo de capitales: La normativa de la Unión ante el TEDH. Comentario a la Sentencia del TEDH Michaud c. Francia, de 6 de diciembre de 2012*, "Revista Española de Derecho Constitucional", n° 101, 2014, p. 381 a 404.
- González Román, A. M., "Integración regional en América: edificación desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Pampillo Baliño, Juan P. - Damián Martín, Arturo O., *Integraciones jurídicas americanas. Teoría, historia, instituciones y derecho*, México, Porrúa-Red Internacional de Juristas para la Integración Americana, 2017.
- Gordillo Pérez, Luis, *Constitución y ordenamientos supranacionales*, Madrid, CEPC, 2012.
- Gosalbo Bono, Ricardo, *Reflexiones en torno al futuro de la protección de los derechos humanos en el marco del derecho comunitario y del derecho de la unión: insuficiencias y soluciones*, "Revista de Derecho Comunitario Europeo", año 1, n° 1, 1997, p. 29 a 68.
- Hummer, Waldemar - Frischhut, Markus, *Derechos humanos e integración. Protección de los derechos humanos en la Comunidad Andina y en la Unión Europea*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2006.
- López Aguilar, Juan F., *De nuevo (y todavía) Polonia: "Rule of law" y art. 7 TUE en el Parlamento Europeo y el Tribunal de Justicia*, "Teoría y Realidad Constitucional", n° 44, 2019, p. 137 a 176.

- López Guerra, L. M., *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la UE y “le mouvement nécessaire des choses”*, “Teoría y Realidad Constitucional”, n° 39, 2017, p. 163 a 188.
- *La Carta de Derechos Fundamentales de la UE y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, “Revista de Derecho Comunitario Europeo”, n° 66, 2020, p. 385 a 406.
- Louis, Jean V., *El ordenamiento jurídico comunitario*, Bruselas, Perspectivas Europeas, 1980.
- Martín y Pérez de Nanclares, José M., *Cita con la ambición: el Tribunal de Justicia ante el desafío de la adhesión de la Unión al CEDH*, “Revista de Derecho Comunitario Europeo”, n° 48, 2014, p. 379 a 399.
- Martín y Pérez de Nanclares, José M. (coord.), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Madrid, IUSTEL-AEPDIRI, 2008.
- Montaño Galarza, César, “Elementos fundamentales de la Comunidad Andina en el siglo XXI”, en Pampillo Baliño, Juan P. - Damián Martín, Arturo O., *Integraciones jurídicas americanas. Teoría, historia, instituciones y derecho*, México, Porrúa-Red Internacional de Juristas para la Integración Americana, 2017.
- *Problemas constitucionales de la integración*, Porrúa-Red Internacional de Juristas para la Integración Americana, México, 2013.
- Navarrete Barreto, O. I., *El papel del juez comunitario andino en la tutela de los derechos del ciudadano*, “Revista de Derecho Foro”, n° 6, Universidad Simón Bolívar, 2006, p. 27-38.
- Olmos Giupponi, María B., *Derechos humanos e integración en América Latina y el Caribe*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.
- Pampillo Baliño, Juan P., *La integración americana. Expresión de un nuevo derecho global*, México, Porrúa, 2012.
- Pampillo Baliño, Juan P. - Damián Martín, Arturo O., *Integraciones Jurídicas Americanas. Teoría, historia, instituciones y derecho*, México, Porrúa-Red Internacional de Juristas para la Integración Americana, 2017.
- Parodi, M., *Diritti umani vs autonomia? Il parere 2/13 della Corte di giustizia dell’UE sull’adesione dell’UE alla CEDU*, “Federalismi.it”, n° 3, 2016.
- Pastor Palomar, Antonio, “La regla *inclusio unius exclusio alterius* y la Carta de los Derechos Fundamentales: Polonia, el Reino Unido y los otros”, en Martín y Pérez de Nanclares, José M. (coord.), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Madrid, IUSTEL-AEPDIRI, 2008.
- Pastor Ridruejo, J. A., “La adhesión de la UE a la Convención Europea sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales”, Martín y Pérez de Nanclares, José M. (coord.), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, IUSTEL-AEPDIRI, 2008.
- Pérez Luño, Antonio E., *La universalidad de los derechos humanos*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, n° 15, 1998, p. 95 a 110.
- Pérez Vera, Elisa, *Tratado de la Unión Europea y los derechos humanos*, “Revista de las Instituciones Europeas”, vol. 20, n° 2, 1993, p. 459 a 484.
- Pizzolo, Calogero, *Comunidad de intérpretes finales. Relación entre tribunales supranacionales, constitucionales y supremos. El diálogo judicial*, Bs. As., Astrea, 2017.

- *Derecho e integración regional*, Bs. As., Ediar, 2010.
- *Globalización e Integración. Ensayo de una teoría general*, Bs. As., Ediar, 2002.
- “Mercosur y Unasur en el laberinto intergubernamental”, en Pampillo Baliño, Juan P. - Damián Martín, Arturo O., *Integraciones jurídicas americanas. Teoría, historia, instituciones y derecho*, México, Porrúa-Red Internacional de Juristas para la Integración Americana, 2017.
- *Protección multinivel en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: ¿cómo interpretar el artículo 53?*, “Integración Regional & Derechos Humanos”, n° 2, 2020, p. 8 a 48.
- *Sistema interamericano: las garantías mínimas del debido proceso aplicadas a los procedimientos migratorios*, “Integración Regional & Derechos Humanos”, n° 1, 2020, p. 38 a 78.
- “Sobre una teoría general de la integración. Desarrollo de las corrientes jurídicas supranacionales e inicio de la fase descendente”, en Pampillo Baliño, Juan P. - Damián Martín, Arturo O., *Integraciones jurídicas americanas. Teoría, historia, instituciones y derecho*, México, Porrúa-Red Internacional de Juristas para la Integración Americana, 2017.
- Requejo Isidro, Marta, *Avotiņš c. Letonia, STEDH de 23 de mayo de 2016, As. 17502/07*, “Revista General de Derecho Europeo”, n° 40, 2016, p. 187 a 201.
- Ristoff, Camila - Belén Martínez, Rocío, *Mercosur, democracia y derechos humanos*, “Integración Regional & Derechos Humanos”, n° 2, 2020, p. 362 a 386.
- Rodríguez Iglesias, Gil C. - Valle Gálvez, Alejandro, *El derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales constitucionales nacionales*, “Revista de Derecho Comunitario Europeo”, año 1, n° 2, 1997, p. 239 a 376.
- Sánchez Frías, Alejandro, *Convergencia de caminos entre el TEDH y el TJUE en cuanto al riesgo de vulneración de los derechos fundamentales como motivo de no ejecución de la Euroorden. Un análisis de la sentencia del TEDH de 9 de julio de 2019, Romeo Castaño*, “Revista de Derecho Comunitario Europeo”, n° 65, 2020, p. 167 a 187.
- Sánchez Rodríguez, L. I., *Sobre el derecho internacional, de los derechos humanos y comunitario europeo*, “Revista de Derecho Comunitario Europeo”, n° 5, 1999, p. 95 a 108.
- Sanz Caballero, Susana, *Interferencias entre el Derecho Comunitario y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Luxemburgo vs. Estrasburgo: ¿quién es la última instancia de los derechos fundamentales en Europa?)*, “Revista de Derecho Comunitario Europeo”, n° 17, 2004, p. 117 a 160.
- *Malos tiempos para el Estado de derecho en la Unión Europea. Especial referencia a los ataques a la independencia judicial en algunos Estados miembros*, “Integración Regional & Derechos Humanos”, n° 2, 2019, p. 131 a 149.
- Stoffel Vallotton, Nicole, “La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: evolución de la cuestión, previsiones y posibles consecuencias”, en Martín y Pérez de Nanclares, José M. (coord.), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Madrid, IUSTEL-AEPDIRI, 20098.

- Tugendhat, Christopher, *El sentido de Europa*, Madrid, Alianza Editorial, 1987.
- Ventrone, M., *La dottrina della protezione equivalente nei rapporti tra CEDU e Nazioni Unite alla luce della prassi più recente della Corte europea dei diritti dell'uomo*, "Associazione Italiana dei Costituzionalisti-Osservatorio Costituzionale", n° 1, 2015.
- Vigil Toledo, Ricardo, *La estructura jurídica y el futuro de la Comunidad Andina*, Pamplona, Thomson Reuters, 2011.
- Villalta Vizcarra, Ana E., "El derecho comunitario y la integración centroamericana", en Pampillo Baliño, Juan P. - Damián Martín, Arturo O., *Integraciones jurídicas americanas. Teoría, historia, instituciones y derecho*, México, Porrúa-Red Internacional de Juristas para la Integración Americana, 2017.
- Zagrebelsky, Vladimiro, *L'UE e il controllo esterno della protezione dei diritti e delle libertà fondamentali in Europa. La barriera elevata dalla Corte di giustizia*, "Diritti Umani e Diritto Internazionale", vol. 9, n° 1, 2015.
- Zanghì, Carlo, *La mancata adesione dell'Unione Europea alla CEDU nel parere negativo della Corte di giustizia UE, in Ordine internazionale e diritti umani*, "Ordine internazionale e diritti umani", 2015, p. 129 a 157.

## CAPÍTULO PRIMERO

# RECURSO DE INCUMPLIMIENTO COMO MECANISMO DE LA UNIÓN EUROPEA PARA PROTEGER EL ESTADO DE DERECHO

*La sentencia del TJUE al caso “Comisión  
Europea c. Hungría C-78/18”:  
¿llueve sobre mojado?*

por SUSANA SANZ CABALLERO\*

§ 1. **INTRODUCCIÓN.** – El art. 7º de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) reconoce el derecho al respeto de la vida privada y familiar; su art. 8º, la protección de los datos de carácter personal; y el 12, la libertad de asociación.

Estos son los tres artículos de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE que la Comisión Europea estimó que Hungría violaba al exigir a toda organización de la sociedad civil que hubiese sido beneficiaria de donaciones extranjeras la obligación de registrarse como “organización receptora de ayuda extranjera”, forzarle a declarar y publicitar el importe de los fondos recibidos y los nombres y domicilios de los donantes, así como al decretar que las autoridades húngaras difundieran sin demora esos datos, más allá de imponerles sanciones tremendamente graves en caso de incumplimiento.

\* Catedrática de Derecho Internacional Público y catedrática Jean Monnet UCH CEU; jueza *ad hoc* del TEDH.

La Comisión también alegaba la violación del art. 63 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE) según el cual están prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales y a los pagos entre Estados miembro y entre Estados miembro y terceros países.

Este trabajo analizará la sentencia emitida el 18 de junio de 2020 por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en el recurso por incumplimiento presentado por la Comisión contra Hungría C-78/18 en materia de transparencia asociativa. Con este asunto la Comisión señala al régimen húngaro por su persecución de las ONG que no puede controlar.

Sin embargo, este recurso no se puede entender de modo aislado, sino que se debe enmarcar dentro de una serie de recursos por incumplimiento presentados contra Hungría desde que su actual primer ministro llegó al poder y comenzó a reivindicar lo que él mismo denominó como una “democracia iliberal”<sup>1</sup>. Entre ellas, y de más reciente a menos, se puede señalar la C-808/18, sentencia de 17/12/2020, Comisión/Hungría, sobre la acogida de demandantes de protección internacional; la C-66/18, sentencia de 6/10/2020, Comisión/Hungría sobre la libertad de establecimiento de centros universitarios y violación de la libertad de cátedra de universidades díscolas; la C-235/17, sentencia de 21/5/2019, Comisión/Hungría sobre los derechos propiedad de nacionales de otros Estados miembro sobre terrenos situados en Hungría; o la C-288/12, sentencia de 8/4/2014, sobre la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y la falta de independencia del órgano nacional de control.

Tradicionalmente, en la UE la vía judicial para la resolución de casos que implican o tienen connotaciones sobre el imperio de la ley y los principios democráticos ha sido la cuestión prejudicial, a través de la cual el juez interno plantea una duda al TJUE sobre la validez o interpretación que se deba dar a una norma de la UE. Alternativamente, la otra vía judicial para que el TJUE se pronuncie sobre cuestiones relativas a princi-

<sup>1</sup> Palonen, *Performing the nation: the Janus-faced populist foundations of illiberalism in Hungary*, “Journal of Contemporary European Studies”, 2018, vol. 26, n° 3, p. 308 a 321; Wodak, *Entering the “post-shame” era: the rise of illiberal democracy, populism and the neo-authoritarianism in Europe*, “Global Discourse”, 2019, vol. 9, n° 1, p. 195 a 213.

pios democráticos ha sido el recurso de anulación, a través del cual el demandante solicita directamente la nulidad de una norma de derecho derivado de la UE por su presunta incompatibilidad con los tratados constitutivos –en este caso por su presunta violación de los principios en los que se basa el Estado de derecho–.

En cambio, el uso del recurso de incumplimiento, a través del cual una institución europea o un Estado miembro de la UE solicita al TJUE que declare que otro miembro ha infringido el derecho de la UE, es una vía relativamente poco utilizada en el ámbito del Estado de derecho<sup>2</sup>. Quizá la razón sea porque históricamente (y afortunadamente) no hubo mucha necesidad de cuestionarse si los Estados miembro incumplían los valores de la UE y los principios en los que esta se basa –entre ellos, el Estado de derecho y el respeto de los derechos humanos– porque era prácticamente inexistentes las excepciones al cumplimiento de esta regla<sup>3</sup>.

Sin embargo, desde la llegada de Viktor Orbán al poder en Hungría en 2010, se vienen observando políticas y decisiones jurídicas que amenazan principios que están sobre la base del Estado de derecho como son el pluralismo, la libertad de prensa, la libertad de expresión, la libertad de acción de las ONG, la independencia judicial, la transparencia de las instituciones o la igualdad de género. Este movimiento se extendió posteriormente y con el mismo patrón a Polonia, con la llegada al poder del partido Orden y Justicia. Esto supone un retroceso en el modelo de Estado de derecho de los regímenes constitucionales afectados. Otros países en los que parece que se está produciendo cierto contagio son Croacia o Eslovaquia. Sin embargo, también se observa en otros Estados miembro un auge de movimientos populistas, de extrema derecha o extrema izquierda, cuya presencia en parlamentos y gobiernos pone en riesgo el modelo de democracia liberal en el que los Estados

<sup>2</sup> Sarmiento, *The year of the infringement*, en *Despite our differences blog*, 2019.

<sup>3</sup> Van Elsuwe, *Protecting the rule of law in the EU legal order. A constitutional role for the Court of Justice*, “European Constitutional Law Review”, 2020, vol. 16, n° 1, p. 8 a 32; Bård - Śledzińska-Simon, *Rule of Law infringement procedures: a proposal to extend the EU’s Rule of Law toolbox*, “CEPS Papers”, 2019, n° 9, p. 1 y siguientes.

europesos se basan desde el fin de la Segunda Guerra Mundial (como Francia, Alemania, Italia, Dinamarca, Países Bajos), desde el fin de la dictaduras militares del sur de Europa (España, Portugal y Grecia), o tras el fin del comunismo en Europa (Finlandia, Estonia).

La Comisión, como guardiana de los tratados y promotora del interés común, vela por el respeto y el efectivo cumplimiento del derecho de la Unión, que supervisa bajo el control y con el auxilio del Tribunal de Justicia. Es por esta razón que fue esta institución la que presentó la demanda para que el Tribunal de Justicia declarase que Hungría había incumplido las obligaciones que le conciernen, tanto en virtud del TFUE como de la CDFUE, con su Ley de Transparencia, que exigía requisitos a las organizaciones de la sociedad civil supuestamente incompatibles con la libertad de asociación, con el respeto de la vida privada, con la protección de los datos de carácter personal y con la libertad de circulación de capitales.

El origen del litigio está en las restricciones, supuestamente discriminatorias, innecesarias e injustificadas, que establecía dicha ley respecto a las donaciones extranjeras en favor de las organizaciones de la sociedad civil con sede en Hungría. Entre ellas se incluían: *a)* la obligación de inscribirse en un registro ministerial especial; *b)* la obligación de declarar el origen y montante de las donaciones directas e indirectas que obtenían desde el extranjero por encima de un determinado importe, y *c)* la obligación de publicitar dicha ayuda identificando el nombre, país y municipio del donante so pena de ser sancionadas económicamente, e incluso con la posible disolución de la entidad decretada ministerialmente, por el simple hecho de no cumplir los requisitos anteriores de registro, declaración y publicidad (párr. 1 de la sentencia).

Hungría alegaba que el apoyo prestado por fuentes desconocidas extranjeras a las ONG establecidas en el país, era susceptible de ser usado por grupos de interés extranjeros con gran influencia social para promover sus propios intereses, en lugar de los objetivos comunitarios de la vida social y política húngara. Por ello la nueva ley establecía la obligación de registrar ante un órgano jurisdiccional de registro la organización o fundación como organización receptora de ayuda extranjera siempre que la donación recibida desde el extranjero superase una cantidad equivalente a 1500€. El anexo de la

ley puntualiza que el registro producirá la transformación de la organización de la sociedad civil en organización receptora de ayuda extranjera. Además, en el registro se consignará el nombre, sede e identificador fiscal de la fundación o asociación así como la cantidad recibida. También debe facilitarse el nombre, país y municipio de la persona física que realice la donación y, si se trata de una persona jurídica, su razón y domicilio social (párr. 10 de la sentencia). De este modo, la ley obliga a identificarse tanto a la organización de la sociedad civil como a quienes le hacen donaciones, publicitando sus datos e imponiendo sanciones a la organización que no ofrezca la información requerida. En paralelo y de modo acumulativo, la ONG queda obligada a hacer constar toda esta información en su propio *website*.

**§ 2. LOS ARGUMENTOS DE LA DEMANDANTE. LA COMISIÓN EUROPEA.** – La Comisión alegaba que, por un lado, la ley de transparencia aprobada por Hungría restringía la libertad de circulación de capitales y, por otro, violaba derechos fundamentales que establece la CDFUE en ámbitos de actuación de la UE y en ambos casos sin justificación.

Respecto a la violación del art. 63 TFUE, la demandante, apoyada en toda su argumentación por Suecia, consideraba que, pese a no referirse a la nacionalidad, la ley de transparencia producía una discriminación indirecta tanto para nacionales de otros Estados miembro de la UE como para nacionales de Estados terceros. La argucia sería utilizar un criterio que penaliza los movimientos de capitales provenientes del extranjero (párr. 40) y someterlo a más cargas y formalidades administrativas que los que tienen origen nacional (párr. 59). Alternativamente, la Comisión alegaba que la ley húngara tenía un efecto disuasorio para las ONG domiciliadas en Hungría. En este sentido, la ley aconsejaría que estas no sigan aceptando ayuda desde el exterior, más allá de resultar también disuasoria hacia las propias personas, físicas y jurídicas, que aportan o querrían aportar ayuda desde el extranjero (párr. 42). La pluralidad de medidas que incluye la ley obstaculizaría la libre circulación (párr. 57), crearía un clima de desconfianza hacia ellas (párr. 58) y dispensaría una diferencia de trato en función de que la aportación económica tuviera un origen nacional o extranjero, tanto para la ONG beneficiaria como para los donantes (párr. 62).

Estas restricciones no estarían amparadas ni por las razones mencionadas en el art. 65 TFUE ni por una razón imperiosa de interés general. En su opinión, aunque los motivos alegados por Hungría pudiesen ser legítimos (en concreto, la protección del orden público y de la seguridad pública, a través de la lucha contra el blanqueo de capitales, contra financiación del terrorismo, la delincuencia organizada y en favor de la transparencia de la financiación de las ONG) dicho país no acreditaría la existencia de una amenaza real, actual y suficientemente grave ni explicaría cómo la ley serviría para evitar esas actividades delictivas (párr. 69). Es más, la Comisión considera que el Estado demandado parte del principio de que toda organización de la sociedad civil que disfrute de donaciones extranjeras es sospechosa de ir en contra del interés nacional. En última instancia, las disposiciones de la ley irían más allá de lo que resulta necesario y proporcional (párr. 70).

Respecto a las supuestas violaciones de preceptos de la CD-FUE, la Comisión, apoyada por Suecia, indica que la ley húngara limita la libertad de asociación, la vida privada y familiar y la protección de datos de carácter personal.

La libertad de asociación incluye el derecho a que en la sociedad civil existan asociaciones y fundaciones que puedan operar sin injerencias injustificadas. Esto incluye la posibilidad de que reciban fondos. De hecho, estos resultan imprescindibles para su funcionamiento. Por eso la Comisión entiende que obligar a las ONG que reciben donaciones del extranjero por encima de una determinada cantidad a obligaciones de registro, declaración y publicidad dificulta considerablemente la libertad de acción de este tipo de asociaciones y fundaciones, además de estigmatizarlas al obligarlas a denominarse “organización receptora de ayuda extranjera”. Es más, la posibilidad de sancionarlas y de disolverlas implica un riesgo jurídico evidente para su existencia (párr. 106).

Respecto al respeto a la vida privada y familiar y el derecho a la protección de los datos de carácter personal, la Comisión los trata de manera conjunta en su demanda considerando que las obligaciones de registro, divulgación por parte de la ONG afectada y publicidad por parte del ministro de registro del nombre, país, municipio de residencia y cantidad donada

por un particular efectuada desde otro país, violaría ambos derechos (párr. 107).

§ 3. *LOS ARGUMENTOS DEL ESTADO DEMANDADO. HUNGRÍA.* – La respuesta de Hungría a estas argumentaciones consistió en negar la existencia de discriminación por razón de nacionalidad, porque la medida también se aplicaba a los húngaros que donaran fondos desde el extranjero. La aplicación de la ley de transparencia depende de un criterio que no está vinculado a la nacionalidad de quien financia a una ONG radicada sobre territorio húngaro. Además, justifica el mayor rigor que aplica a las ONG que reciben fondos del extranjero que a las que solo se financian de aportaciones internas porque a las autoridades les resulta más difícil vigilar que cumplan la legislación sobre prevención del blanqueo que las que solo reciben fondos provenientes de residentes en Hungría.

A juicio de Hungría, la ley está redactada en términos objetivos y neutros, solo afecta a quienes hagan aportaciones elevadas a las ONG (párr. 45), su objetivo es que el apoyo económico desde fuentes extranjeras desconocidas no sea usado para cometer actividades delictivas y se enmarca dentro de la tendencia al incremento progresivo, año tras año, del importe de las donaciones que reciben estas organizaciones desde fuera de Hungría, lo cual exigiría que aumente la transparencia de su financiación para así evitar que dichas donaciones camuflen actividades sospechosas (párr. 73).

En respuesta a las alegaciones de violación de la Carta, Hungría señala que la ley no limita ningún derecho humano sino que solo dicta normas sobre cómo deben ejercer sus actividades las asociaciones de la sociedad civil domiciliadas en Hungría y las sanciona en caso de incumplimiento. Todas las obligaciones que consigna la ley pivotan alrededor del dato objetivo de que se financien desde el extranjero a partir de cierta cuantía, no resultando la ley estigmatizadora, puesto que el recibir fondos desde el extranjero no es reprobable en sí mismo (párr. 108). En este sentido, la ley no violaría el derecho de asociación pero tampoco el derecho a la vida privada y familiar ni la protección de los datos personales. Aisladamente considerados, los datos que se piden y que se publicitarán no son de carácter personal y, en todo caso, si los donantes donan

esas cantidades, con ello pretenden influir en la vida pública húngara y por tanto serían personajes públicos, los cuales disfrutaban de menor protección en sus derechos a la intimidad y la privacidad que los simples particulares (párr. 109).

§ 4. **APRECIACIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE.** – El Tribunal considera que el lugar de residencia o de establecimiento de las personas físicas o jurídicas que conceden ayuda a las asociaciones de la sociedad civil no puede convertirse *per se* en un criterio válido para afirmar que existe una diferencia de trato objetiva y, por tanto, dar por hecho la ausencia de discriminación indirecta (párr. 63). Dicho esto, el TJUE pasa a examinar si la restricción estatal a la libertad de circulación de capitales obedece a una razón justificada por estar mencionada en el art. 65 TFUE o si responde a una razón imperiosa de interés general de la UE y, en ese caso y de modo acumulativo, comprobar si es proporcionada, lo cual exige que la acción intrusiva garantice de modo coherente y sistemático el objetivo a conseguir y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo (párr. 76).

El TJUE estima que, efectivamente, determinadas organizaciones de la sociedad civil, a la vista de sus objetivos y de los medios de los que disponen, pueden gozar de una considerable influencia en la vida y debate públicos (párr. 79). Sin embargo, aunque en principio sea legítimo querer aumentar la transparencia de las aportaciones económicas provenientes del extranjero si se considera que ponen en peligro intereses importantes (párr. 84), este objetivo no puede justificar una norma basada en la presunción indiferenciada según la cual toda ayuda entregada por una persona desde el exterior puede, por sí misma, poner en peligro los intereses políticos y económicos del país y su funcionamiento sin injerencias externas (párr. 86). En este sentido, la ley controvertida da por hecho que el apoyo de personas domiciliadas en el extranjero a asociaciones de la sociedad civil domiciliadas en Hungría es susceptible de ser utilizado en favor de intereses extranjeros en lugar de para los propios de la vida social y política húngara. Sin embargo, las autoridades húngaras no dan explicaciones de por qué esto es así y tampoco distinguen entre las asociaciones, ni circunscriben esas exigentes medidas solo a las que ejerzan una mayor influencia en la vida y debate públicos (párrs. 82 y 83).

Así, aunque razones de orden y seguridad públicas relacionadas con la lucha contra el blanqueo, el terrorismo y la lucha contra la delincuencia organizada permiten establecer excepciones a la libertad de circulación de capitales, el alcance de estas excepciones no podría ser determinado unilateralmente por un Estado miembro, menos aún si cabe sin la presencia de una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés esencial de la sociedad (párr. 91). Hungría parece fundamentar su ley en la presunción no acreditada de que toda ayuda extranjera a una ONG local puede amenazar los intereses nacionales (párr. 93) sin en realidad justificar la restricción al art. 63 TFUE en una necesidad imperiosa de interés general.

En su demanda la Comisión, apoyada por Suecia, alegaba que, dado que la ley húngara restringía una libertad establecida en el TFUE, esa ley debía ser conforme con la CDFUE (párr. 98). Obviamente, si un Estado miembro alega que una ley nacional que restringe una libertad europea está justificada por el TFUE o por una imperiosa razón de interés general reconocida por el derecho de la Unión, esa ley teóricamente estaría aplicando el derecho de la UE, y por tanto debería ser conforme con la CDFUE basada en el art. 51.1 de la propia Carta<sup>4</sup>.

Así pues, la ley húngara no debería conllevar limitaciones a la Carta pero, si así ocurriera, tales limitaciones deberían estar justificadas a la luz de los requisitos establecidos en el art. 52.1 de la Carta, según el cual: “Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, solo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”.

<sup>4</sup> “Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembro únicamente cuando apliquen el derecho de la Unión. Por consiguiente, estos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los tratados atribuyen a la Unión”.

Hungría alega que dichas limitaciones están justificadas (párrs. 101 a 103).

Establecidas estas premisas sobre la aplicación de la Carta al caso de autos y la necesaria justificación de las medidas que limiten derechos de la Carta, en relación con la libertad de asociación el Tribunal de Justicia indica que este derecho, consagrado en el art. 12.1 de la Carta, se corresponde con el que garantiza el art. 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), y por tanto este tratado auspiciado por el Consejo de Europa es la referencia a tener en cuenta. En este sentido, el derecho de la Carta debe tener el mismo sentido y alcance que el art. 11 del CEDH, de acuerdo con lo que establece el art. 52.3 de la Carta<sup>5</sup>.

El TJUE se apoya en el TEDH y su jurisprudencia<sup>6</sup>, según la cual la libertad de asociación es fundamento esencial de una sociedad democrática y pluralista porque permite a los ciudadanos actuar colectivamente en ámbitos de interés común y contribuir al buen funcionamiento de la vida pública (párr. 112). Según el TEDH, el derecho de asociación no se refiere únicamente a la facultad de crear y disolver una asociación, sino que engloba la posibilidad de que actúe entretanto sin injerencias injustificadas (párr. 113). Por ello el TJUE considera que deben calificarse de injerencias en el derecho a la libertad de asociación las normas que limiten la capacidad de acción de una organización sometiéndola a obligaciones declarativas, de publicidad, de registro y las que la expongan al riesgo de sanción (párr. 114). Estas actuaciones tienen un efecto disuasorio sobre la participación de los donantes en la financiación de las organizaciones de la sociedad civil, obstaculizando las actividades de estas y creando un clima de desconfianza generalizada en ellas (párr. 119).

A su vez, la demanda invocaría la violación del derecho al respeto a la vida privada y familiar del art. 7º de la Carta, que

<sup>5</sup> “En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el derecho de la Unión conceda una protección más extensa”.

<sup>6</sup> Sentencias del TEDH, 17/2/2004, “Gorzelik y otros vs. Polonia”, y de 8/10/2009, “Tebieti Mühafize Cemiyeti e Israfilov vs. Azerbaiyán”.

se corresponde con el art. 8º del CEDH y al que, por consiguiente, debe atribuírsele el mismo sentido y el mismo alcance. De este modo, hay que tener en cuenta lo que establece el Tribunal de Estrasburgo en esta materia. En concreto, el TEDH obliga a los poderes públicos a abstenerse de cualquier injerencia injustificada en la vida privada y familiar de las personas y en las relaciones entre ellas. Así, impone una obligación negativa e incondicional a los poderes públicos que no necesita ser aplicada mediante disposiciones específicas, a la cual se puede añadir, no obstante, una obligación positiva de adoptar medidas legales dirigidas a proteger la vida privada y familiar (párr. 123).

Respecto a la protección de los datos de carácter personal específicamente, el TJUE ha declarado que aquellas disposiciones que impongan o permitan la comunicación de datos personales como el nombre, el lugar de residencia o los recursos económicos de personas físicas a una autoridad pública deben calificarse, a falta de consentimiento de tales personas y cualquiera que sea el uso que se le dé, de injerencia en su vida privada y, por tanto, de limitación al derecho garantizado en el art. 7º de la CDFUE, sin perjuicio de su posible justificación. Lo mismo cabe afirmar de las disposiciones que contemplen la difusión de tales datos al público (párr. 124). En cambio, la comunicación a una autoridad pública de datos nominales y económicos relativos a personas jurídicas y la difusión de estos datos al público solo limita el derecho del art. 7º de la Carta si la razón social de dichas personas jurídicas incluye el nombre de una o de varias personas físicas (párr. 125). En consecuencia, la mera comunicación del nombre de una persona física establece su identidad y más si se hace indicando también su ciudad de residencia, todo lo cual permite la singularización e identificación de ese individuo según el art. 4.1 del Reglamento 2016/679 de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

El TJUE señala la cercanía entre el derecho a la protección de los datos de carácter personal y el derecho al respeto a la vida privada y familiar y se opone a que se difunda a terceros información sobre personas físicas identificadas o identificables, salvo si dicha difusión se produce en virtud de un trata-

miento leal que responda a las exigencias establecidas en el art. 8º.2 de la Carta, que establece que “estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernan y a obtener su rectificación”.

Sin embargo, el TJUE, en línea con la jurisprudencia establecida por el TEDH en el caso “Van Hannover/Alemania”, de 24 de junio de 2004, estima que en la medida en que existe un derecho de los ciudadanos a estar informados y que esto puede implicar en determinadas circunstancias dar a conocer aspectos de la vida privada de una persona pública, como una figura política, las personas públicas no pueden reclamar la misma protección de su vida privada que los particulares (párr. 129).

El TJUE se apoya de nuevo en el TEDH para dar a entender que el concepto de persona pública se debe definir estrictamente habiéndose descartado considerar persona pública a una persona que no ejerza una función política, pese a que pueda gozar de gran notoriedad. El TJUE interpreta que el hecho de que una persona extranjera conceda una donación por encima de un importe determinado a una organización de la sociedad civil no la convierte en un personaje público. El hecho de donar, aunque demuestre que la persona participa en la vida pública en Hungría, no implica realizar una función política (párr. 131). Así, las referidas obligaciones de la ley húngara de transparencia limitarían también el derecho a la protección de los datos de carácter personal del art. 8º de la Carta (párr. 134).

En consecuencia, el TJUE señala que las limitaciones al derecho al respeto a la vida privada y familiar y a la protección de los datos de carácter personal no estarían justificadas por ninguno de los objetivos de interés general reconocidos por la Unión, ni serían proporcionales (párr. 141).

§ 5. **ANÁLISIS JURÍDICO DE LA SENTENCIA.** – Las organizaciones de la sociedad civil desempeñan un rol fundamental en la vida social, política y económica estatal, y tienen una crecien-

te influencia en ella<sup>7</sup>. Asociaciones y fundaciones del ámbito social son una de las expresiones del pluralismo social, económico, social, religioso, deportivo o cultural y en muchos casos reflejan también valores de solidaridad. Su labor debe ser bienvenida y estimulada, pero también vigilada para que ninguna de ellas pueda ser una tapadera o se convierta en instrumento de delincuencia o abuso.

A su vez, los ciudadanos de la UE muestran un interés creciente por participar en la vida social, económica, social, religiosa, deportiva y cultural a escala nacional y europea y, de ese modo, contribuir a una unión cada vez más estrecha de la UE, como expresa el lema de la Unión, siendo la participación y financiación de las actividades de las organizaciones de su preferencia uno de los modos más extendidos de colaboración en la vida de la comunidad<sup>8</sup>.

Entra dentro de las preocupaciones legítimas de cualquier Estado el controlar la transparencia de las operaciones de capitales que le afecten. La trazabilidad de estas operaciones sin duda puede redundar en beneficios en la lucha contra el terrorismo, contra el crimen organizado y contra el blanqueo de dinero. Pero no todo vale y las limitaciones a la libertad de circulación de capitales en la UE y a los derechos fundamentales en pro de esa lucha deben estar justificadas de modo muy estricto, ser proporcionales, y responder a objetivos establecidos por los propios tratados o a claros objetivos de interés general para la Unión.

Por otro lado, entra dentro de las preocupaciones legítimas de toda organización de la sociedad civil el recibir fondos de donantes, radicados en ese país o en cualquier otro, con los cuales financiar las operaciones y las actividades que entren dentro de su ámbito de competencias. Las fundaciones y asociaciones son extremadamente dependientes de las ayudas que reciben, siendo estas en muchos casos su única fuente de ingresos cuando no reciben subvenciones estatales.

<sup>7</sup> Pazderski, *Why non-governmental organisations matter?*, "Instytutu Idei", 2016, n° 9, p. 30 a 37.

<sup>8</sup> Bacia - Makowski - Pazderski - Walczak, *Developing social and civic competences within the framework of the NGOs in Poland. A research report for the Institute of Educational Research.*

Sin embargo, una ley nacional que ya de entrada diferencia entre las organizaciones que solo reciben fondos desde dentro de ese país y las que reciben fondos desde el extranjero, y que además también diferencia de entrada entre donantes que residen en ese país y los que residen en cualquier otro (bien sea otro Estado miembro de la UE o un Estado tercero), sometiendo en ambos casos a los segundos a requisitos más estrictos que los convierten prácticamente en sospechosos de defraudar o delinquir, no puede ampararse en el derecho de la Unión si no está justificado muy estrictamente.

Es más, esta ley húngara no justifica adecuadamente por qué deja fuera de su marco de aplicación a las organizaciones de la sociedad civil de carácter deportivo o religioso, que son las únicas que aunque reciban fondos de donantes domiciliados en el extranjero no deben registrarse ante el ministro, ni identificar a sus donantes, ni aportar datos personales sobre ellos, ni pueden ser sancionadas por ninguno de estos motivos. En este sentido, la ley parte del prejuicio de que las demás organizaciones podrían defraudar dinero con las aportaciones que reciban desde el extranjero y podrían delinquir o permitir la delincuencia de sus donantes, pero sin embargo las organizaciones deportivas y religiosas, no.

Una ley como la húngara impacta negativamente en las vías de financiación de las organizaciones de la sociedad civil, dificulta su día a día y espanta a sus eventuales simpatizantes. En efecto, la ley disuade *de facto* a las personas físicas o jurídicas de otros Estados de efectuar movimientos transfronterizos de capitales, coarta su libertad e incide en los derechos fundamentales de las organizaciones (libertad de asociación) y también en los de sus donantes desde el extranjero (derecho a la vida privada y protección de datos de carácter personal), cubriendo con un halo de sospecha generalizada a unas y a otros (conclusiones del abogado general M. Campos Sánchez-Bordona, párr. 123).

Y de lo que no cabe duda es de que las cuatro libertades de la UE, entre ellas la libre circulación de capitales, debe interpretarse de acuerdo con la CDFUE, que según el art. 6.1 TUE forma parte del derecho originario de la UE y especialmente su primera frase, según la cual: “La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los De-

rechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los tratados”. Los Estados miembro, por su parte, tienen según el art. 51 de la Carta la obligación de respetar la CDFUE cuando aplican derecho de la UE, y obviamente una supuesta restricción nacional de una libertad de circulación europea presupone por parte de Hungría la aplicación del derecho de la UE. Así pues, no cabe duda de la necesidad de aplicar la CDFUE a este caso, que entra de lleno en el ámbito del derecho de la UE.

Según indica el propio TJUE en su sentencia “Åkerberg Fransson”<sup>9</sup>, los derechos fundamentales garantizados por la Carta deben ser aplicados en todas las situaciones reguladas por el derecho de la Unión y deben ser respetados cuando una norma estatal esté incluida en el ámbito de aplicación del derecho de la UE. Así, cuando una norma nacional puede obstaculizar libertades fundamentales garantizadas por el TFUE y el Estado miembro invoca motivos contemplados en el artículo o razones imperiosas de interés general reconocidas por el derecho de la Unión para justificar ese obstáculo, la norma nacional solo podrá acogerse a las excepciones establecidas si es conforme a los derechos fundamentales cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia (párr. 64).

Hungría no da evidencias de cómo y de qué manera el objetivo de aumentar la transparencia de la financiación de las asociaciones pueda justificar su ley de transparencia, habida cuenta del contenido y de los fines de esta. Además, el requisito de “extranjería” que establece la ley tiene muchas más posibilidades de afectar a ciudadanos extranjeros que a húngaros, aunque también pueda haber muchos húngaros que residan en el extranjero y deseen financiar organizaciones radicadas en Hungría con cuyos objetivos simpaticen.

Así pues, Hungría debería haber justificado más y mejor los objetivos que impulsaban la ley y cómo las medidas limitatorias de derechos y libertades que incluye esta redundan en la protección del orden o la seguridad públicas. Aunque sin duda los Estados miembro gozan de cierto margen de apreciación para identificar las razones de interés general que justi-

<sup>9</sup> TJUE, 26/2/2013, “Åkerberg Fransson”, C-617/10, párrs.19 a 21.

ficarían esas restricciones, el margen no es ilimitado y el Estado debe demostrar que la amenaza es suficientemente grave y real. En este caso, la razón de la injerencia no fue suficientemente razonada por el Gobierno húngaro ni es proporcional respecto del perjuicio que causa a todas las organizaciones de la sociedad civil y a sus eventuales donantes.

Una ley que extiende una injusta sombra de sospecha sobre la actuación de toda organización que reciba fondos del extranjero parece más bien ideada para adocenas y someter a las organizaciones, de modo que se resignen finalmente a ser financiadas únicamente a través de subvenciones públicas del gobierno, quien sin duda repartirá las ayudas de acuerdo a requisitos y criterios a su conveniencia. Ello, con el paso del tiempo, a la postre lo que hace es minar el pluralismo y la diversidad que están sobre la base y en la definición de estas organizaciones, sobre todo de las ONG, que se convertirían en meros agentes dóciles al servicio del régimen. Sancionando y disolviendo a las organizaciones que no cumplan los injustificados, discriminatorios y arbitrarios requisitos de la ley de transparencia, se conseguiría en última instancia el objetivo de señalar y estigmatizar, primero, y disolver después, las organizaciones que no se dejen controlar por el poder y que sean incómodas para el régimen.

La normativa impugnada realmente no afectaba a todas las asociaciones húngaras y resultaba discriminatoria, tampoco demostraba que la información y las condiciones que exigía a las organizaciones de la sociedad civil sirvieran para conseguir los objetivos que se alegaban en su Exposición de motivos y, por ende, las medidas que incluía tenían consecuencias desproporcionadas (párr. 149).

§ 6. **CONCLUSIONES.** – En Europa, tras el fin del comunismo en la década de los noventa, Hungría se mostró durante años como un alumno aventajado que abrazó con rapidez y seriedad los principios del Estado de derecho que hasta ese momento solo habían representado a la Europa occidental. En efecto, este país fue precoz a la hora de aceptar un modelo de ordenamiento por el que todos, incluidos los poderes públicos, actúan sujetos a unas mismas leyes aprobadas en parlamentos elegidos por el pueblo y que jueces independientes hacen cum-

plir. Esto llevó al ingreso exprés de Hungría en el Consejo de Europa en noviembre de 1990, convirtiéndose así en el primer país del antiguo Telón de Acero en sumarse como miembro de pleno derecho a esta organización que promueve los valores de los derechos humanos y la democracia. Hungría no necesitó que pasara ni siquiera un año desde la caída del muro de Berlín para ser aceptado como parte del Consejo de Europa. Con el tiempo llegó su ingreso en la Otan en 1999 y en la UE en la gran ampliación de 2004.

Sin embargo, desde que Viktor Orbán llegó al poder en 2010, se ha producido un deterioro continuado de las libertades en el país. La degradación afecta a múltiples aspectos de la vida como son el respeto de las minorías y de los derechos de las comunidades LGTBI, la igualdad de género, la separación de poderes, la independencia judicial, la libertad de los medios de comunicación, la libertad de expresión, la libertad de reunión y manifestación o la corrupción rampante, entre otros ámbitos. La situación ha exigido elevar distintas disputas a la justicia europea relativas a derechos fundamentales y al Estado de derecho. Las demandas presentadas ante el TJUE incluyen tanto recursos prejudiciales como, últimamente, también recursos por incumplimiento. Estas últimas demandas han sido presentadas por la Comisión en tanto que guardiana de los tratados. La razón esgrimida ha sido la preocupante y progresiva deriva política que afecta a múltiples aspectos de los valores en los que se basa la UE, como son la libertad de cátedra de los centros universitarios y su libre establecimiento pese a que no comulguen con las políticas del gobierno, los derechos de propiedad de los extranjeros sobre tierras húngaras, la independencia de la autoridad nacional de protección de datos y su remoción arbitraria por el gobierno y el trato degradante y abusivo contra los demandantes de asilo en contra del principio de solidaridad en el que también se basa la UE.

Entre estas demandas por incumplimiento se puede mencionar, por su afectación especial a intereses ciudadanos, la que se presentó en favor de la libertad de acción de las organizaciones de la sociedad civil domiciliadas en Hungría. Las ONG son instrumentos de democracia participativa que ofrecen riqueza y diversidad a la sociedad en la que ejercen su actividad. Si actúan con libertad, las ONG enriquecen el discurso

político, denuncian los abusos, ofrecen información al público y representan muchos de los intereses de su ciudadanía. El régimen húngaro, consciente de la influencia que ejercen las ONG a la hora de modelar la opinión pública y en un intento de controlarlas y acallar voces críticas aprobó la, paradójicamente llamada, ley de transparencia. Con ella exigía requisitos muy gravosos a aquellas organizaciones que recibían fondos desde fuera de Hungría, que son las organizaciones a las que, obviamente, el régimen puede controlar en menor medida. A nadie se le escapa que cuando las fuentes oficiales del gobierno se convierten en el único instrumento de financiación de las ONG estas pierden su pluralismo y corren el riesgo de convertirse en organizaciones domesticadas o en meros altavoces del gobierno. Para preservar su pluralidad las ONG necesitan que una buena parte de su financiación provenga de donaciones, muchas de ellas anónimas.

Aunque el interés de evitar el blanqueo de dinero y la lucha contra el crimen organizado justifique el que los Estados tomen medidas para que las ONG no obtengan sus fondos, consciente o inconscientemente, de actividades delictivas, esto no otorga carta blanca a los poderes públicos para dictar normas discriminatorias ni injustificadas. Las excepciones a la libertad de acción de las ONG deben estar muy bien justificadas y ser proporcionales, teniendo en cuenta los objetivos a alcanzar. Por eso una norma que, de entrada y sin más, señala y somete a requisitos abusivos a todas las organizaciones de la sociedad civil que reciben fondos desde el extranjero a partir de un determinado montante, y exceptúa de este control a las organizaciones deportivas y las religiosas y a las que solo reciban fondos desde dentro del país, sin dar razón para ello, va en contra del derecho de la UE y, más específicamente, contra una libertad fundamental de la UE como es la libre circulación de capitales y también contra la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

Las organizaciones de la sociedad civil deben respetar la normativa estatal y deben financiarse legalmente, pero no pueden ser instrumentos al servicio de un gobierno. Estas organizaciones, y especialmente las ONG, nunca deberían convertirse en entidades dóciles, incluso cuando puedan influir sobremane-  
ra en la sociedad en la que se insertan. Por el contrario, de-

ben ser plurales y libres y para ello no deben ser dependientes de las autoridades públicas. Una normativa como la aprobada por Hungría discrimina a las organizaciones que reciben fondos desde fuera del Estado, dificulta su labor, espanta a sus donantes y puede incluso suponer su cierre. Por eso va en contra del ordenamiento de la UE y, más en concreto, de sus derechos y libertades fundamentales.



## CAPÍTULO II

# REFLEXIONES SOBRE LA EFECTIVIDAD Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

por JOAQUÍN SARRIÓN ESTEVE\*

§ 1. *INTRODUCCIÓN. SOBRE LA EFECTIVIDAD DENTRO LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.* – Se suele afirmar que el principio de efectividad exige que los derechos conferidos por el derecho de la Unión Europea<sup>1</sup> puedan ser ejercidos en la práctica<sup>2</sup>, quedando complementado por el principio de equivalencia –ambos definidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea– que exige que las normas procesales de derecho interno se apliquen de forma equivalente tanto a las violaciones o infracciones del derecho interno como también a las violaciones o infracciones de derecho de la UE; y que se suma a la constitu-

\* Investigador Ramón y Cajal y profesor de Derecho Constitucional, Departamento de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Educación a Distancia. Correo electrónico: jsarrion@deruned.es. El autor agradece y reconoce el apoyo de la Ayuda del Programa “Ramón y Cajal” (RYC-2015-188821), financiada por el Ministerio de Ciencia e Innovación a través de la Agencia Estatal de Investigación (EAI), y cofinanciada por el Fondo Social Europeo, para el desarrollo de la investigación.

<sup>1</sup> Por comodidad nos referiremos indistintamente al derecho de la Unión Europea también como derecho de la Unión, derecho de la UE, derecho europeo, o con el tradicional derecho comunitario.

<sup>2</sup> Véase STJ, 16/12/1976, “Rewe”, 33/76 [EU:C:1976:188].

cionalización del derecho a la tutela judicial efectiva tanto en el art. 19 del Tratado de la Unión Europea como en el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, para garantizar la efectividad del derecho de la Unión.

Si bien el derecho a la tutela judicial efectiva tiene un ámbito autónomo respecto a los principios de efectividad y equivalencia, y sin perjuicio de que de forma progresiva se vaya consolidando como criterio de enjuiciamiento, sigue estando muy unido al principio de efectividad, dado que este último no es sino una concreción del derecho a la tutela judicial efectiva<sup>3</sup>.

En realidad, la efectividad de los derechos conferidos por el derecho comunitario depende de su ámbito de aplicación, obvia decirlo, pero también del juego de otros principios relevantes que, aunque sean propios del derecho de la UE, pueden considerarse como principios constitucionales.

Quizás el principio de primacía puede considerarse no solo como una, sino como la dovela central en la arquitectura del ordenamiento jurídico de la Unión Europea que posibilita su efectividad y, por tanto, también los derechos de los ciudadanos conferidos por el mismo<sup>4</sup>; pues sirve como criterio de resolución de los eventuales conflictos que surjan entre sus normas y las normas nacionales, dentro de las relaciones entre el ordenamiento europeo y el ordenamiento nacional en el que el primero se integra.

Ciertamente, como fue advertido con precisión, la primacía del derecho de la UE se manifiesta en dos vertientes<sup>5</sup>: una normativa (conflicto abstracto), y otra aplicativa (conflicto concreto); esta última se produce cuando en un caso concreto hay que elegir entre la aplicación del derecho europeo y la norma nacional, y el operador jurídico, sea juez nacional o incluso la Administración<sup>6</sup>, una vez determinado que no es posible la in-

<sup>3</sup> Sarmiento, *El derecho de la Unión Europea*, p. 430.

<sup>4</sup> Evidentemente hay otros principios de indudable relevancia en esta arquitectura, como son los principios de autonomía o efecto, o también los principios de interpretación conforme, o la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por infracción del derecho de la UE.

<sup>5</sup> Sarmiento, *El derecho de la Unión Europea*, p. 314 y siguientes.

<sup>6</sup> Véase STJ, 22/6/1989, "Fratelli Costanzo", 103/88 [EU:C:1989:256], apdo. 32. Abarcando tanto las disposiciones administrativas de carácter

interpretación conforme, y tratándose de la aplicación de una disposición europea con efecto directo debe proceder a inaplicar (desplazar) la disposición nacional, con independencia de su naturaleza<sup>7</sup> y de su carácter temporal anterior o posterior a la disposición europea<sup>8</sup>; también se puede explicar el juego de la primacía, en definitiva, con los llamados efectos de exclusión (se impide la aplicación de la norma nacional contraria) y de sustitución (se aplica la norma europea en sustitución de la norma nacional)<sup>9</sup>.

Caso distinto es si la disposición europea no tiene efecto directo, y la interpretación conforme de la norma nacional no es posible, pues en este caso no es posible dejar de aplicar la norma nacional. Así, se produce un sacrificio de la primacía<sup>10</sup>, y la efectividad del derecho europeo requiere o abre la puerta a la responsabilidad patrimonial del Estado por infracción del derecho de la Unión<sup>11</sup>; cosa distinta es que esta responsabilidad patrimonial, por muy compensatoria que pueda ser, sea una especie de efectividad que pierde su esencia, si es que se puede hablar de efectividad, porque realmente se responde porque no se ha garantizado la efectividad, y de esta efectividad dependen también los derechos reconocidos o derivados del derecho de la UE.

Todo esto sin perjuicio de la obligación del Estado, en aras de salvaguardar la seguridad jurídica, de proceder a la modificación, anulación o derogación de la norma nacional incompati-

---

general como las resoluciones administrativas individuales y concretas, véase STJ, 29/4/1999, “Ciola”, 224/1997 [EU:C: 1999:212], apdo. 32.

<sup>7</sup> Por tanto, también respecto a normas constitucionales, véase STJ, 17/12/1970, “Internationale Handelsgesellschaft”, 11/70 [EU:C:1970:114]; íd., 26/2/2013, “Stefano Melloni”, 399/11 [EU:C:2013:107].

<sup>8</sup> No estando el juez nacional obligado a esperar la modificación, derogación o anulación de la disposición nacional, ya sea por procedimientos legislativos o judiciales. Véase STJ, 9/3/1978, “Simmenthal”, 106/77 [EU:C:1978:49], apdo. 24.

<sup>9</sup> Véase el trabajo de LÓPEZ ESCUDERO, *Primacía del derecho de la Unión Europea y sus límites en la jurisprudencia reciente del TJUE*, “Revista Derecho Comunitario Europeo”, nº 64, 2019, p. 795 y 796.

<sup>10</sup> López Escudero, *Primacía del derecho de la Unión Europea y sus límites en la jurisprudencia reciente del TJUE*, “Revista Derecho Comunitario Europeo”, nº 64, 2019, p. 805.

<sup>11</sup> Sarmiento, *El derecho de la Unión Europea*, p. 272.

tible, es decir, a su expulsión –en definitiva– del ordenamiento jurídico<sup>12</sup>. Esto quedaría en manos del Estado, conforme al principio de autonomía institucional y procedimental, al que nos aproximamos más adelante.

También resulta importante decir que el conflicto puede constatarse a consecuencia de una interpretación de la norma comunitaria que realiza el Tribunal de Justicia, cuyos efectos interpretativos, al esclarecer y precisar el significado y alcance de la norma europea serían *ex tunc*, es decir, desde el momento de entrada en vigor de la norma, y no desde el pronunciamiento judicial, extendido su proyección hacia las relaciones surgidas con antelación a la precisión del significado de la norma<sup>13</sup>.

Interesa señalar, además, que el eventual conflicto a resolver por el operador jurídico no se proyecta únicamente entre normas que contienen derechos por un lado y otras normas que los niegan, sino que puede ser entre unas normas europeas que contienen unos derechos y otras internas que contienen otros derechos distintos que entran en conflicto; o también, por qué no, conflictos entre normas europeas que confieren derechos, ya sean fundamentales o no, y actos internos de contenido jurídico como pueden ser los actos administrativos<sup>14</sup>, e incluso resoluciones judiciales<sup>15</sup>.

Qué duda cabe que como regla general este tipo de conflictos no normativos derivará, seguramente, de un previo conflicto

<sup>12</sup> Alonso García, *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, p. 92. Y si bien esto quedaría en manos del Estado, conforme al principio de autonomía institucional y procedimental, por la inexistencia de una competencia de la UE en esta materia, no es menos cierto que este principio está funcionando y puede ser objeto de control por el Tribunal de Justicia para garantizar el llamado “efecto útil” del derecho de la UE. Véase Galetta, *Procedural autonomy of EU member States: paradise lost?*, p. 122.

<sup>13</sup> Véase STJ, 27/3/1980, “Denkavit italiana”, 61/79 [EU:C:1980:100], apdo. 16; íd., 10/2 y Sentencia del Tribunal de Justicia, 10/2/2000, “Deutsche Telekom”, 50/96 [EU:C:2000:72], apdo. 43. Y es que las sentencias del Tribunal de Justicia son de carácter declarativo y no constitutivo; véase STJ, 19/10/1995, “Richardson”, 137/94 [EU:C:1995:342], apdo. 33.

<sup>14</sup> STJ, 13/1/2004, “Kühne & Heitz”, 453/00 [EU:C:2004:17].

<sup>15</sup> STJ, 16/3/2006, “Kapferer”, 234/04 [EU:C:2006:178].

entre normas que no se ha resuelto bien por parte del operador jurídico nacional, sea a nivel administrativo o judicial; sin embargo, es posible que la decisión administrativa o judicial haya sido a priori correcta desde la perspectiva incluso del derecho de la UE, pero el conflicto surja como consecuencia de una nueva interpretación de la norma europea que del Tribunal de Justicia.

Aquí nos adentramos en la compleja cuestión de la vinculación de la Administración pública<sup>16</sup> y de los jueces a la efectividad del derecho de la Unión, que actúan en el marco del procedimiento administrativo y del proceso judicial, ámbitos que, conforme al principio de autonomía procesal y procedimental, se han dejado en manos de los Estados miembro y, por tanto, del derecho interno; y en qué medida puede funcionar esta autonomía frente a la primacía y efectividad del derecho de la Unión, así como respecto a los eventuales límites de dicha efectividad, y también, de la propia efectividad de los derechos que este confiere; límites vinculados, como veremos, fundamentalmente, aunque no solo, al principio de seguridad jurídica.

§ 2. **LOS PRINCIPIOS DE AUTONOMÍA PROCESAL Y PROCEDIMENTAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA.** – El principio de autonomía procesal y procedimental, a veces se habla únicamente de autonomía procesal o de autonomía procedimental, tal y como se configura, desde los casos “Rewe” y “Comet (1976)”<sup>17</sup>, implica que son los Estados a quienes corresponde la configuración nacional de sus respectivas normas de procedimiento.

Esto es así porque estamos ante una materia sobre la que, en principio, no existe una competencia de la UE, que es el presupuesto de aplicación del principio de autonomía procedimental, lo que si bien podría considerarse como una prueba de que el derecho de la UE depende, para ser efectivo, en gran medida, del derecho interno de los Estados miembro, y muy en

<sup>16</sup> Sarrión Esteve, *La Administración pública ante la primacía y efectividad del derecho de la Unión Europea*, “Estudios de Deusto”, nº 68, 2020, p. 231 a 255.

<sup>17</sup> Véase al respecto, STJ (ambas) de 16/12/1976, “Rewe”, 33/76 [EU:C:1976:188], y “Comet”, 45/76 [EU:C:1976:191].

particular, diríamos, del derecho administrativo, y también, del derecho procesal nacional<sup>18</sup>, en la otra cara de la moneda se puede considerar que estamos ante un principio funcional, que es utilizado por el Tribunal de Justicia para garantizar el llamado “efecto útil” del derecho europeo<sup>19</sup> o, en otras palabras, instrumentalizado, por lo que no habría en sentido propio una elección libre o autónoma estatal sino que esta estaría orientada por el derecho de la UE<sup>20</sup>.

Pero lo cierto es que conforme al principio de cooperación leal (art. 4.3 del Tratado de la Unión Europea) los Estados miembro deben adoptar todas las medidas que sean apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los tratados o bien resultantes de los actos de las instituciones europeas, absteniéndose de toda medida que pueda poner en peligro que la Unión consiga sus objetivos; lo que, no nos engañemos, implica obligaciones para el operador jurídico a nivel interno, que deberá proporcionar y garantizar una tutela adecuada de los derechos derivados del ordenamiento europeo, condicionando así el principio de autonomía procesal<sup>21</sup>.

Por ello, esta facultad de configuración no es absoluta, puesto que se debe garantizar, como hemos dicho, el efecto útil del derecho de la Unión, esto es, se debe posibilitar la garantía de los derechos derivados del ordenamiento europeo, su efectividad; y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuando resuelve un caso a través del principio de autonomía procesal lo condiciona a los principios de equivalencia (la regulación nacional para hacer efectivos los derechos derivados del ordenamiento europeo no debe ser menos favorable que las que regulan acciones nacionales similares) y de efectividad (entendida esta última como que no debe hacerse imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos

<sup>18</sup> Ortlep - Verhoeven, *The principle of primacy versus the principle of national procedural autonomy*, “NALL”, abr.-jun., 2012, p. 2.

<sup>19</sup> Galetta, *Procedural autonomy of EU member States: paradise lost?*, p. 122.

<sup>20</sup> Arzo Santisteban, *La autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros en la Unión Europea: mito y realidad*, RAP, nº 191, 2014, p. 197.

<sup>21</sup> Sarrión Esteve, *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la protección del consumidor en la crisis financiera*, “Federalismi.it”, nº 13, p. 126.

conferidos), conforme a lo establecido en la conocida sentencia “Unibet” (2007)<sup>22</sup>.

Además, tanto la Administración como los tribunales nacionales deben interpretar la normativa interna para garantizar de una forma eficaz el derecho europeo. De esta manera, la antigua autonomía procedimental y procesal, estaría fuertemente sostenida por los principios de equivalencia y efectividad, cambiando lo que se consideraba como una libertad de configuración en una libertad o autonomía limitada.

Pero, aunque se pueda sostener que el Tribunal de Justicia trata de eludir la tensión inherente entre los principios de primacía (que implica desplazamiento) y autonomía procedimental, y en particular la procesal, con los requisitos de equivalencia y efectividad, optando por uno u otro a la hora de resolver los casos que se le plantean<sup>23</sup>, lo cierto es que al final se producen casos en los que necesariamente ambos principios deben ser objeto de consideración y, por tanto, de ponderación aunque esta sea implícita, se opte por un camino u otro.

En “Simmenthal” (1978), el principio de primacía conlleva que el derecho comunitario con efecto directo hace inaplicable de pleno derecho cualquier disposición contraria, y ello es compatible con el principio de cooperación leal para que los Estados miembro proporcionen la protección jurídica efectiva de los derechos derivados del ordenamiento europeo, siendo incompatible toda disposición o práctica, legislativa, administrativa o judicial, que redujera la eficacia del ordenamiento comunitario<sup>24</sup>.

Así, la primacía tiene una proyección clara sobre la normativa procesal, como se evidencia, por ejemplo, también, en “Factortame” (1990), donde se faculta al juez nacional para garantizar la eficacia de una resolución judicial sobre derechos derivados del ordenamiento europeo excluyendo la aplicación de una norma nacional que impide la adopción de medidas provisionales<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> STJ de 13 de marzo de 2007, “Unibet”, 432/05 [EU:C:2007:163].

<sup>23</sup> Ortlep - Verhoeven, *The principle of primacy versus the principle of national procedural autonomy*, “NALL”, abr.-jun., 2012, p. 2.

<sup>24</sup> STJ, 9/3/1978, “Simmenthal”, 106/77 [EU:C:1978:49], apdos. 17 a 23.

<sup>25</sup> STJ, 19/6/1990, “Factortame y otros”, 213/89 [EU:C:1990:257], apdos. 22 y 23.

Vamos a analizar en el siguiente apartado la proyección particular de la efectividad sobre la Administración pública, y sobre los tribunales o jueces nacionales, lo que permitirá analizar los eventuales límites de ella, que necesariamente afectan a la efectividad de los propios derechos.

§ 3. **LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y SU PROYECCIÓN EN EL DERECHO INTERNO.** – Este tema lo atenderemos en sus principales aspectos.

a) **LA PROYECCIÓN DE LA EFECTIVIDAD SOBRE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**<sup>26</sup>. Como hemos anticipado, en “Simmenthal”, en 1978, el Tribunal de Justicia ya tuvo oportunidad de asentar el principio de primacía, en el sentido de que el derecho comunitario con efecto directo hace inaplicable de pleno derecho cualquier disposición contraria, y ello es compatible con el principio de cooperación leal para que los Estados miembro proporcionen la protección jurídica efectiva de los derechos derivados del ordenamiento europeo, siendo incompatible toda disposición o práctica, legislativa, administrativa o judicial, que redujera la eficacia del ordenamiento europeo<sup>27</sup>; al final, por tanto, estamos hablando de una vinculación general a todas las autoridades nacionales, que incluye, por supuesto, y como no puede ser de otra manera, a las administraciones públicas.

Así se manifiesta, en particular, en “Fratelli Costanzo” (1989)<sup>28</sup>, que, en realidad, entendemos que no deja de ser un desarrollo o extensión de la doctrina Simmenthal, pero aplicada a las administraciones públicas.

Aunque en sentencias anteriores el Tribunal de Justicia ya se había pronunciado sobre la obligación de las administraciones públicas de garantizar la efectividad del derecho comunitario, incluso inaplicando una ley interna<sup>29</sup>, podemos decir que

<sup>26</sup> Hemos tratado esto en extenso en el trabajo, Sarrión Esteve, *La Administración pública ante la primacía y efectividad del derecho de la Unión Europea*, “Estudios de Deusto”, nº 68, 2020, p. 231 a 255

<sup>27</sup> STJ, 9/3/1978, “Simmenthal”, 106/77 [EU:C:1978:49], apdos. 17 a 23.

<sup>28</sup> STJ, 22/6/1989, “Fratelli Costanzo”, 103/88 [EU:C:1989:256], apdo. 30.

<sup>29</sup> Así, desde la STJ, 13/7/1972, “Comisión vs. Italia”, 48/71 [EU:C:1972:65], apdos. 6 y 7; también, en este sentido, se puede ver la STJ, 19/1/1993, “Comisión vs. Italia”, 101/91 [EU:C:1993:16], apdo. 24.

hasta “Fratelli Costanzo” el razonamiento derivaba de la existencia de una norma interna declarada contraria al derecho comunitario tras una declaración de incumplimiento por parte del Tribunal de Justicia, de forma que se había constatado la incompatibilidad de la norma interna con el derecho europeo, por lo que lo novedoso y más relevante en “Fratelli Costanzo” es que no hay necesidad de una previa declaración de incumplimiento por parte del Tribunal de Justicia<sup>30</sup>; de forma que las administraciones públicas estarían vinculadas y obligadas a garantizar la efectividad de las disposiciones de derecho comunitario con efecto directo, es decir, también los derechos conferidos o reconocidos en ellas son claros y precisos.

Lo que se planteaba en el caso “Fratelli Costanzo” era, nada más ni nada menos, la disyuntiva de si la Administración estaba facultada o incluso obligada a aplicar una directiva comunitaria que tuviera efecto directo, alegada por el interesado, inaplicando una norma interna. En las conclusiones, el abogado general sostenía que la Administración estaría facultada para ello, pero en cambio solo estaría obligada si existía un previo pronunciamiento judicial que precisara y aclarara el efecto directo de la directiva, basándose en que la Administración, a diferencia de un tribunal o un juez nacional, carecía de la herramienta –podríamos decir hermenéutica– de la cuestión prejudicial<sup>31</sup>.

Ciertamente, a diferencia del juez nacional, la Administración tiene el hándicap o problema de que no está facultada para plantear una cuestión prejudicial<sup>32</sup>, ni tampoco puede adoptar medidas provisionales respetando los requisitos que exige el propio Tribunal de Justicia, y asimismo, es evidente que el estatuto de estas autoridades o entidades nacionales, como regla general, no garantiza el mismo grado de independencia del que gozan los órganos jurisdiccionales nacionales, ni

<sup>30</sup> Cobreros Mendazona, *La aplicación del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea por la Administración*, “Revista Vasca de Administración Pública”, n° 103, 2015, p. 174 a 176.

<sup>31</sup> Conclusiones del abogado general Otto Lenz, presentadas el 25 de abril de 1989, “Fratelli Costanzo”, 103/88 [EU:C:1989:166], apdos. 35 y siguientes.

<sup>32</sup> El razonamiento, como hemos expuesto, es que la Administración carece de la guía interpretativa del Tribunal de Justicia a través de la cuestión prejudicial. Véase, en este sentido, Alonso García, *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, p. 326.

existe certeza de que apliquen el principio de contradicción que preside el debate judicial<sup>33</sup>; de ahí que sea más necesario si cabe la disposición de reglas claras de conflicto para cuando corresponde a la Administración pública y las entidades del sector público aplicar el derecho europeo y darle efectividad.

Por ello, se podría sostener, de forma razonable, en la línea argumental planteada en las conclusiones de “Fratelli Costanzo”, que solo cuando el asunto está aclarado, la Administración está obligada a inaplicar una norma nacional, mientras que si no es así, el asunto debería derivarse al juez nacional que tiene la herramienta de la cuestión prejudicial<sup>34</sup>.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia parece más beligerante –o más garantista si se prefiere– en la tutela de la efectividad del derecho comunitario en esta sentencia y, por tanto, también de los derechos que este confiere.

En efecto, el Tribunal de Justicia razona que cuando una disposición de una directiva comunitaria tiene, desde el punto de vista de su contenido, efecto directo (no está sujeta a condición alguna y es lo suficientemente precisa), los particulares la pueden invocar directamente, no solo ante órganos jurisdiccionales<sup>35</sup>, sino ante cualquier organismo o entidad sometidos a la autoridad o control de un Estado miembro y, por tanto también ante la Administración pública, incluyendo una administración local como era en este caso<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> STJ, 6/12/2005, “ABNA y otros”, asuntos acumulados 453/03, 11/04, 12/04 y 194/04 [EU:C:2005:741], apdos. 108 y 109.

<sup>34</sup> Cobreros Mendazona, *La aplicación del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea por la Administración*, “Revista Vasca de Administración Pública”, nº 103, 2015, p. 179. Así, la Administración podría inaplicar una norma que ha sido declarada incompatible con el derecho comunitario, porque habría un acto aclarado, aplicando la conocida doctrina “CILFIT” (STJ, 6/10/1982, “CILFIT”, 283/81 [EU:C:1982:335]; pero si la cuestión no está clara, debería ser el juez nacional quien tuviera que resolver el asunto).

<sup>35</sup> Recuerda, en este sentido, la jurisprudencia sobre el efecto directo de las directivas, que cuando se produce las hace susceptibles de invocación por los particulares ante los órganos jurisdiccionales. Véase “Fratelli Costanzo”, ya citada, apdo. 29, donde cita las sentencias de 19/1/1982, “Becker”, 8/81 [EU:C:1982:7], y 26/2/1986, “Marshall”, 152/84 [EU:C:1986:84].

<sup>36</sup> Véase “Fratelli Costanzo”, ya citada, apdos. 30 a 32. Considera Cobreros Mendazona que el Tribunal de Justicia no muestra ningún titubeo al respecto, es muy claro, y esa obligación de inaplicación de las disposiciones

Ciertamente, estamos ante una doctrina que se va a confirmar posteriormente en un gran número de sentencias, pasando desde “Kampleman” (1997)<sup>37</sup>, “Ciola” (1999)<sup>38</sup>, “Larsy” (2001)<sup>39</sup>, “CIF” (2003)<sup>40</sup>, “Petersen” (2010)<sup>41</sup>, “Rosado Santana” (2011)<sup>42</sup>, “Amia” (2012)<sup>43</sup>, “ANAFE” (2012)<sup>44</sup>, “Farrel” (2017)<sup>45</sup> y “An Garda Síochána” (2018)<sup>46</sup>.

Ya el Consejo de Estado, en su famoso Informe sobre la inserción del derecho europeo (2008), se hace eco de la doctrina “Costanzo” y de los problemas de seguridad jurídica de la facultad de la Administración de inaplicar disposiciones internas contrarias al derecho europeo; y donde, preocupado por la inseguridad jurídica que puede producir la atribución a las administraciones públicas de la facultad de inaplicar disposiciones internas, propone como una eventual solución de *lege ferenda* la introducción de la potestad de la Administración para inaplicar el derecho interno incompatible con el derecho comunitario, si bien condicionando dicha potestad a un previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, lo que implicaría, por tanto, atribuir una potestad legal a la Administración de inaplicar una disposición interna, pero requiriendo para ello un dictamen preceptivo y vinculante del propio Consejo de Estado.

Esta propuesta, sin duda, interesante, tiene varios problemas, pero el principal es que en el hipotético caso de que el in-

---

nacionales se produciría aunque el asunto no se haya aclarado por una previa sentencia judicial (*La aplicación del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea por la Administración*, “Revista Vasca de Administración Pública”, nº 103, 2015, p. 180).

<sup>37</sup> STJ, 4/12/1997, “Kampelmann y otros”, asuntos acumulados 253 a 258/96 [EU:C:1997:585], apdo. 47.”

<sup>38</sup> Sentencia “Ciola”, antes citada, apdos. 25 y siguientes.

<sup>39</sup> STJ, 28/6/2001, “Larsy”, 118/00 [EU:C:2001:368], apdos. 51 y 52.

<sup>40</sup> STJ, 9/9/2003, “CIF”, 198/01 [EU:C:2003:430], en este caso respecto de una autoridad de la competencia, apdos. 49 y 50.

<sup>41</sup> STJ, 12/1/2010, “Petersen”, 341/08 [EU:C:2010:4], apdo. 80.

<sup>42</sup> STJ, 8/9/2011, “Rosado Santana”, 177/10 [EU:C:2011:557], apdo. 53.

<sup>43</sup> STJ, 24/5/2012, “Amia”, 97/11 [EU:C:2012:306], apdos. 28 y 39.

<sup>44</sup> STJ, 14/6/2012, “ANAFE”, 606/10 [EU:C:2012:348], apdo. 75.

<sup>45</sup> STJ, 10/10/2017, “Farrel”, 413/15 [EU:C:2017:745].

<sup>46</sup> STJ, 4/12/2018, “An Garda Síochána”, 378/17 [EU:C:2018:979], apdo. 38 y siguientes.

forme, de carácter vinculante, estableciera la compatibilidad, si aun así la Administración considerara que la disposición interna es incompatible con el derecho comunitario, o peor aun, en el ínterin se dicta alguna sentencia del Tribunal de Justicia que pone de manifiesto esta incompatibilidad, desde la perspectiva del derecho comunitario, la Administración seguiría obligada, por la doctrina “Costanzo”, a inaplicar la disposición interna incompatible, así como el propio dictamen del Consejo de Estado, que no deja de ser un acto interno<sup>47</sup>.

Posteriormente, el Consejo de Estado emitirá otro informe en 2010 en el que propone de una forma más ambiciosa la aprobación de una ley que sistematice los mecanismos de garantía del cumplimiento del derecho de la Unión, incluyendo los medios de prevención y reacción, así como el de responsabilidad<sup>48</sup>.

Aunque, en nuestra opinión, el cuestionamiento más razonable sigue siendo, como ya se apuntó en las propias conclusiones del abogado general Otto Lenz en “Fratelli Costanzo”<sup>49</sup>, que la Administración carece de un instrumento como la cuestión prejudicial, que sí pueden usar los jueces nacionales, para aclarar una eventual duda respecto del derecho comunitario que está obligada a aplicar desplazando en caso de ser necesario una disposición interna.

Creemos que esto puede ser más determinante en la posición que tiene la Administración a la hora de garantizar la efectividad del derecho comunitario, pues no se plantea ningún problema desde la perspectiva de la sujeción al principio de legalidad (art. 103.1, CE), en la medida que ella lo es –en un sentido amplio– a la ley y al derecho<sup>50</sup>, debiendo entender

<sup>47</sup> Consejo de Estado, *Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho Europeo en el Ordenamiento Español*, 14 de febrero de 2008, en [www.consejo-estado.es/pdf/Europa.pdf](http://www.consejo-estado.es/pdf/Europa.pdf), p. 240 y siguientes.

<sup>48</sup> Consejo de Estado, *Informe del Consejo de Estado sobre las garantías del cumplimiento del derecho comunitario*, 15 de diciembre de 2010, en [www.consejo-estado.es/pdf/derecho%20comunitario.pdf](http://www.consejo-estado.es/pdf/derecho%20comunitario.pdf), p. 309 y siguientes. Y parece que finalmente algo se está trabajando para su articulación normativa.

<sup>49</sup> Conclusiones del abogado general Otto Lenz, presentadas el 25 de abril de 1989, “Fratelli Costanzo”, 103/88 [EU:C:1989:166].

<sup>50</sup> En el mismo sentido, Cobreros Mendazona, *La aplicación del principio de primacía del derecho de la Unión Europea por la Administración*, “Revista Vasca de Administración Pública”, nº 103, 2015, p. 201.

incluido en el derecho, es decir, en nuestro ordenamiento jurídico, como orden o sistema jurídico complejo, el propio ordenamiento jurídico de la Unión (exart. 93 de la Constitución española).

El Tribunal Constitucional español sí parece admitir la doctrina “Costanzo”. Como es sabido, aunque el TC configuraba al derecho había venido encuadrando al derecho comunitario como un derecho que carecía de rango constitucional, atribuyendo a los jueces ordinarios su aplicación<sup>51</sup> y, por pura lógica, había considerado que un conflicto entre normas internas y disposiciones comunitarias no adquiere (por sí mismo, añadiríamos nosotros) relevancia constitucional<sup>52</sup>, la evolución de la doctrina del Tribunal Constitucional muestra una progresiva apertura hacia el derecho europeo, tanto aceptando el principio de primacía aunque no como principio de supremacía jerárquica, sino como exigencia existencial de él que juega desde la perspectiva del principio de competencia y de la selección de la norma aplicable<sup>53</sup>; controlando la falta de planteamiento de una cuestión prejudicial<sup>54</sup>; e incluso planteando el propio TC una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia<sup>55</sup>. En este contexto, la sentencia del TC 145/2012 merece una especial atención, puesto que constata la vinculación de la Administración pública al principio de primacía, con la consecuencia de la nulidad con eficacia *ex tunc* de una norma declarada por el Tribunal de Justicia como incompatible con el derecho comunitario, aceptando además que la vinculación de la primacía opera para todos los órganos jurisdiccionales españoles, incluyendo el propio TC<sup>56</sup>.

En cualquier caso, es importante señalar también la eventual afectación por la doctrina “Costanzo” y, por tanto, de la efectividad del derecho de la UE cuando se proyecta sobre la Ad-

<sup>51</sup> STC 21/1991, de 31 de enero.

<sup>52</sup> STC 252/1988, de 20 de diciembre, y también en las STC 28/1991, de 14 de febrero; 197/1996, de 28 de noviembre.

<sup>53</sup> Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre. Véase también, por todas, STC 26/2014, de 13 de febrero, y 37/2019, de 26 de marzo.

<sup>54</sup> STC 58/2004, de 19 de abril; 194/2006, de 19 de junio; 27/2013, de 11 de febrero; 212/2014, de 18 de diciembre, y 99/2015, de 25 de mayo.

<sup>55</sup> ATC 86/2011, de 9 de junio.

<sup>56</sup> STC 145/2012, de 2 de julio, fundamento jurídico 7.

ministración, del principio de seguridad jurídica; principio que también goza de un gran valor y autoridad en el derecho europeo. Así, cabe considerar que la seguridad jurídica, como principio general del derecho de la Unión, puede implicar límites a la propia efectividad de este. En “Kühne & Heitz” (2004) tiene oportunidad de afirmar la importancia del principio de seguridad jurídica, en relación con las resoluciones administrativas, afirmando que el derecho comunitario no exige *per se* que un órgano administrativo esté obligado, en principio, a reconsiderar una resolución administrativa que hubiera adquirido firmeza<sup>57</sup>, permitiendo por tanto una modulación del principio de primacía a través de la seguridad jurídica<sup>58</sup>; se trata de dar una respuesta al necesario equilibrio con la interpretación uniforme del derecho de la UE<sup>59</sup>. En “Kühne & Heitz”, constata que el órgano administrativo estará obligado a examinar de nuevo una resolución administrativa firme, para tener en consideración una interpretación del Tribunal de Justicia sobre una disposición de derecho europeo, cuando se dan las siguientes condiciones: 1) dispone de esta facultad conforme al derecho interno; 2) la resolución administrativa ha adquirido firmeza a raíz de una sentencia judicial; 3) la sentencia judicial resuelve en última instancia basándose en una interpretación del derecho de la UE que a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia posterior es errónea, y se ha adoptado sin someter cuestión prejudicial ante el mismo, y 4) el interesado se dirige al órgano administrativo de forma inmediata después de tener conocimiento de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia<sup>60</sup>.

b) *LA PROYECCIÓN DE LA EFECTIVIDAD SOBRE LOS TRIBUNALES, Y EN PARTICULAR SOBRE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES FIRMES.* Es sabido que la efectividad del orden jurídico europeo, del derecho de la UE, se proyecta también sobre los tribunales que están sometidos al imperio de la ley (art. 117.1, CE), y de hecho, aparte de la propia vinculación que dimana de la jurisprudencia del Tribunal

<sup>57</sup> STJ, 13/1/2004, “Kühne & Heitz”, 453/00 [EU:C:2004:17], apdo. 24.

<sup>58</sup> Véase en el mismo sentido, entre otras, la STJ, 3/9/2009, “Fallimento Olimpiclub”, 2/08 [EU:C:2009:506].

<sup>59</sup> Martinico, *The tangled complexity of the EU constitutional process routledge*, p. 147.

<sup>60</sup> Sentencia “Kühne & Heitz”, antes citada, apdos. 27 y 28.

de Justicia, la propia Ley Orgánica del Poder Judicial dispone ya en su art. 4º *bis* la obligación de aplicar el derecho de la UE de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Ahora bien, el principio de seguridad jurídica, del que ya hemos hecho referencia en el apartado anterior, con todas sus particularidades, tiene como una de sus consecuencias más características, en el Estado de derecho, lo que se suele denominar como cosa juzgada (*res iudicata*), que es una institución jurídica de enorme interés, desde luego en el derecho procesal, aunque también para otras áreas en el amplio derecho público, si bien su conceptualización y rasgos no son siempre de fácil precisión.

En efecto, el principio del valor o la autoridad de la cosa juzgada forma parte del propio orden jurídico de la UE, aunque no ha sido objeto de regulación, pues el propio Tribunal de Justicia lo ha asumido en su jurisprudencia como un principio propio de ese ordenamiento, que es además común a los sistemas jurídicos de los Estados miembro, aunque no goce o tenga siempre el mismo significado<sup>61</sup>.

No obstante, podemos tratar de extraer algunos elementos esenciales. Así, cabe entender por fuerza de cosa juzgada los efectos que produce una sentencia (o una resolución equivalente) que es firme, y que implica que no es impugnabile (cosa juzgada formal). Además, en el caso de que se haya resuelto sobre el fondo del asunto, en la medida en que la verdad real es *per se* inalcanzable, se habría alcanzado la verdad judicial, que es *pro veritate habetur*; por ello, la doctrina procesal, coincide en definir la cosa juzgada material, no solo, por un lado como la imposibilidad de reiterar la solicitud o petición de tutela judicial enfrenta ante los tribunales, cuando sobre el asunto ya existe entre las mismas partes una respuesta judicial, sino también, por otro lado, la obligación de partir de esta respuesta cuando su contenido tenga una relación de dependencia, conexión o prejudicialidad con el litigio que se resuelve en procesos sucesivos<sup>62</sup>.

Desde luego, aunque la cosa juzgada forma parte del ordenamiento jurídico de la UE, nos interesa en cuanto cosa juzga-

<sup>61</sup> Torralba-Mendiola - Rodríguez-Pineau, *Two's company, three's a crowd: jurisdiction, recognition and res iudicata in the European Union*, "Journal of Private International Law", vol. 10, nº 3, 2014, p. 419.

<sup>62</sup> Calaza, *La cosa juzgada material*.

da nacional<sup>63</sup>. Puede ocurrir que una decisión judicial nacional con fuerza de cosa juzgada haya vulnerado el derecho de la UE, bien por error u omisión, o porque de forma manifiesta se ha pretendido hacerlo, la causa es lo de menos.

Se suele entender que podemos vincular la cosa juzgada con diversas líneas jurisprudenciales del Tribunal de Justicia, como por ejemplo la referida a la responsabilidad del Estado miembro como la de la revisión de decisiones firmes<sup>64</sup>; pero aquí no interesa en estos momentos, o mejor dicho, nos interesan menos las eventuales consecuencias que el incumplimiento del derecho de la UE, aunque sea producto de una sentencia firme, lo que puede producir desde el punto de vista de la responsabilidad del Estado miembro<sup>65</sup> o respecto al procedimiento que por incumplimiento (procedimiento de infracción) podría iniciar la Comisión Europea, supuestos en los que parece que no hay una obligación de modificación de la decisión judicial más allá de la constatación del incumplimiento; aunque sin duda hay una obligación de reparación por parte de las autoridades nacionales, es decir, de indemnizar por los daños causados o solucionar el incumplimiento para garantizar la efectividad del derecho europeo.

Sin embargo, como se ha dicho con elocuencia, la eventual responsabilidad por daños puede consolar en algunos casos, pero no repara la injusticia, e incluso en otros supuestos puede que no sirva de mucho cuando se mantiene una discriminación o se impide la efectividad de los derechos que se pretendían, y tampoco parece que esperar que la Comisión Europea eventualmente inicie un procedimiento de incumplimiento pueda ser relevante para el individuo<sup>66</sup>.

<sup>63</sup> El desarrollo del principio de cosa juzgada en el derecho procesal de la UE, sin duda también de interés, responde a las influencias de los derechos procesales nacionales, mayoritariamente el francés (TURMO, *La efectividad del derecho de la Unión Europea como motivo de protección de la cosa juzgada nacional: nota sobre la sentencia de 24 de octubre de 2018, XC y otros*, "Revista de Derecho Comunitario Europeo", n° 63, 2019, p. 601 a 603).

<sup>64</sup> Groussot - Minssen, *Res judicata in the Court of Justice case law: balancing legal certainty with legality?*, "European Constitutional Law Review", n° 3, 2017, p. 386.

<sup>65</sup> STJ, 30/9/2003, "Köbler", 224/01 [EU:C:2003:513]; íd., 13/6/2006, "Tragetti", 173/03 [EU:C:2006:391].

<sup>66</sup> Kornezov, *Res iudicata of national judgements incompatible with EU law: time for a major rethink?*, "Common Market Law Review", vol. 51, n° 3, 2014, p. 810.

Sin embargo, aunque la regla general es que el principio de cosa juzgada supone una limitación a la primacía, podemos encontrar situaciones en las que, desde el punto de vista del derecho de la Unión, procede realizar en la ponderación una eventual limitación de los efectos de la propia fuerza de cosa juzgada, como hemos visto antes con las resoluciones administrativas firmes. Porque, si bien es cierto que solucionar la ponderación con la prevalencia del principio de primacía llevaría al vaciamiento del valor de la cosa juzgada, tampoco es posible admitir una fuerza absoluta de la misma que dejaría sin efectividad al derecho de la UE o, a menos que esa efectividad fuera irreconocible, también la de los propios derechos que forman parte del orden jurídico europeo.

A pesar de los problemas intrínsecos de toda aproximación casuística, no parece que de momento haya una clara y precisa regla general a este respecto.

En “Eco Swiss” (1999), el Tribunal de Justicia ya tuvo ocasión de reconocer la justificación de que gozaban las normas nacionales que limitan la posibilidad de revisar un laudo arbitral con fuerza de cosa juzgada, por “los principios básicos del sistema jurisdiccional nacional, como los de seguridad jurídica y respeto de la cosa juzgada, que constituye su expresión”, no obligando a no aplicar tales normas, aunque fuera necesario para examinar en un laudo arbitral posterior si el contrato declarado válido podía ser nulo desde el punto de vista del derecho comunitario<sup>67</sup>. Esto ya anticipaba la respuesta que se daría para un caso en el que se tratara de la fuerza de cosa juzgada de una resolución judicial.

Es en “Kapferer” (2006) donde el Tribunal de Justicia, en un tema vinculado a la protección al consumidor<sup>68</sup>, tiene la oportunidad de enfrentarse a este problema: ¿El derecho de la Unión obliga a inaplicar una disposición nacional que atribuye fuerza de cosa juzgada a una resolución para corregir una violación del derecho comunitario? La respuesta, en principio, es que no: el Tribunal de Justicia recuerda la importancia del princi-

<sup>67</sup> STJ, 1/6/1999, “Eco Swiss”, 126/97 [EU:C:1999:269], apdos. 47 y 48.

<sup>68</sup> En varias ocasiones, como vamos a ver, el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre el principio de seguridad jurídica, y en particular sobre la fuerza de cosa juzgada en relación con la efectividad del derecho comunitario cuando se trata de garantizar la protección al consumidor.

pio de fuerza de cosa juzgada en el ordenamiento jurídico comunitario y en los ordenamientos jurídicos nacionales, para garantizar tanto la propia estabilidad del derecho como de las relaciones jurídicas, como de buena administración de justicia, constatando, como en “Eco Wiss”, que el derecho comunitario no obliga a no aplicar las normas internas que confieren fuerza de cosa juzgada aunque ello permitiera subsanar una vulneración de este, siempre que la regulación procesal interna respete los principios de equivalencia y de efectividad; lo que no desvirtúa la doctrina “Kühne & Heitz”, que podría ser aplicable no solo a las decisiones administrativas firmes, sino también a las judiciales; al menos queda abierta esta posibilidad a pesar de las diferencias notables existentes entre decisiones administrativas firmes y decisiones judiciales firmes, por la fuerza de cosa juzgada (*res iudicata*) de estas últimas, si bien condicionada a que la normativa procesal interna faculte al órgano judicial a examinar de nuevo la decisión firme.

Aunque se ha apuntado que parece que el Tribunal de Justicia no haya querido tomar una postura clara, dejando sin contestar si la doctrina de “Kühne & Heitz” era aplicable a las decisiones judiciales<sup>69</sup>, lo cierto es que el desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia deja la puerta abierta a revisar las decisiones judiciales firmes con efectos de cosa juzgada, incluso sin los restrictivos requisitos establecidos en la doctrina “Kühne & Heitz”. No obstante, al depender de la legislación interna, y de la valoración que se haga del derecho interno por los jueces nacionales, puede llegar a tratarse de un supuesto de carácter excepcional y, por tanto, de un sendero estrecho y tortuoso para la efectividad del derecho europeo.

En “Lucchini” (2007), el Tribunal considera contraria al derecho comunitario la aplicación de una disposición nacional que consagra la fuerza de cosa juzgada cuando esta aplicación constituye un obstáculo para la recuperación de una ayuda de Estado concedida en incumplimiento del derecho comunitario, habiendo declarado de forma firme la Comisión Europea la incompatibilidad<sup>70</sup>.

<sup>69</sup> Groussot - Minssen, *Res iudicata in the Court of Justice case law: balancing legal certainty with legality?*, “European Constitutional Law Review”, nº 3, 2017, p. 408.

<sup>70</sup> STJ, 18/7/2007, “Lucchini”, 119/05 [EU:C:2007:434], apdos. 59 a 63.

En la interesante sentencia “Fallimento Olimpclub” (2009)<sup>71</sup>, se dilucida precisamente si “Lucchini” había abierto la puerta a una tendencia jurisprudencial de relativizar el valor de la fuerza de la cosa juzgada. Se trataba de un asunto de IVA, y el juez remitente planteaba la aplicabilidad o no de la importante jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de IVA (por todas, “Halifax”, 2006)<sup>72</sup>, a un litigio sobre un ejercicio fiscal sobre el que no había recaído aún sentencia, pero al que conforme una disposición nacional le eran aplicables dos resoluciones judiciales firmes, con fuerza de cosa juzgada, que habían resuelto respecto de la misma sociedad dos ejercicios fiscales diferentes, y que podía motivar la no revisión de un eventual resultado contrario al derecho comunitario, en sectores distintos a las ayudas de Estado (como era el caso de “Lucchini”), en particular respecto al IVA y a su posible elusión indebida.

Pues bien, la respuesta es que no. En esta sentencia, el Tribunal de Justicia recuerda la importancia del principio de fuerza de cosa juzgada, a fin de garantizar tanto la estabilidad del derecho –se podría decir del orden jurídico– y de las relaciones jurídicas como la propia administración de justicia, que hace que no puedan impugnarse resoluciones judiciales que hayan adquirido firmeza, de forma que el derecho de la UE no obliga a dejar de aplicar las normas procesales internas que atribuyen fuerza de cosa juzgada. Ello así, aunque esto permitiera subsanar una vulneración del derecho de la Unión, y el sistema de aplicación del principio de fuerza de cosa juzgada se rige por el derecho interno, en virtud del principio de autonomía procesal, siempre condicionado a los principios de equivalencia y efectividad; apreciando el caso especial de “Lucchini”, que no puede poner en cuestión esto, porque se refería a una situación particular donde se discutían los principios de reparto competencial en materia de ayudas de Estado, que son competencia exclusiva<sup>73</sup>.

Y podemos considerar que la jurisprudencia posterior del Tribunal de Justicia no hace sino ponderar, de forma casuística, entre la preservación de la efectividad del derecho

<sup>71</sup> STJ, 3/9/2009, “Fallimento Olimpclub”, 2/08 [EU:C:2009:506].

<sup>72</sup> STJ, 21/2/2006, “Halifax y otros”, 255/02 [EU:C:2006:121].

<sup>73</sup> STJ, 3/9/2009, “Fallimento Olimpclub”, ya citada, apdos. 22 a 25.

de la Unión y la seguridad jurídica y autonomía procesal de los Estados miembro que se proyecta sobre la cosa juzgada y el principio de seguridad jurídica. Así, podemos encontrar “Impresa Pizzarotti” (2014)<sup>74</sup>, “Târșia” (2015)<sup>75</sup>, “XC y otros” (2018)<sup>76</sup>, “Hochtief Solutions” (2019)<sup>77</sup>, o las más recientes “Telecom Italia SpA” (2020)<sup>78</sup>, y “CRNPAC” (2020)<sup>79</sup>.

En definitiva, estamos ante un complejo *puzzle* donde, de forma casuística, el Tribunal de Justicia pondera el conflicto entre el principio de fuerza de cosa juzgada y la efectividad del propio derecho de la Unión –que incorpora tanto la tutela de los derechos individuales, como también el tema de las competencias exclusivas y la plena jurisdicción del Tribunal de Justicia–, cuya resolución exigiría un desarrollo que por espacio y tiempo no podemos abordar aquí.

§ 4. **CONCLUSIONES.** – La efectividad de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico comunitario exige la posibilidad de su ejercicio en la práctica, y se deriva del principio de efectividad y del derecho a la tutela judicial efectiva reconocidos en el derecho de la UE. Obvia decir que para poder ejercer estos derechos, es necesario que estemos dentro del ámbito de aplicación del derecho europeo, pero una vez ocurrido esto, los derechos deben garantizarse por la normativa procesal y procedimental interna, al menos de forma equivalente a los derechos conferidos por el derecho interno (principio de equivalencia).

En el derecho interno, en la práctica, la efectividad se proyecta tanto sobre los órganos de la Administración pública como sobre el juez nacional, llamados a garantizar los derechos reconocidos o conferidos por el derecho europeo.

<sup>74</sup> STJ, 10/7/2014, “Impresa Pizzarotti”, 213/13 [EU:C:2014:2067].

<sup>75</sup> STJ, 6/10/2015, “Târșia”, 69/14 [EU:C:2015:662]. Para un análisis en particular de esta sentencia, véase el comentario de Sowery, *Equivalent treatment of Union rights under national procedural law: Tarșia*, “Common Market Law Review”, vol. 6, 2016, p. 1705 a 1726.

<sup>76</sup> STJ, 24/10/2018, “XC y otros”, 234/17 [EU:C:2018:853].

<sup>77</sup> STJ, 29/7/2019, “Hochtief Solutions AG Magyarországi Fióktelepe”, 620/17 [EU:C:2019:630].

<sup>78</sup> STJ, 4/3/2020, “Telecom Italia SpA”, 34/19 [EU:C:2020:148].

<sup>79</sup> STJ, 2/4/2020, “CRNPAC”, asuntos acumulados 370/17 y 37/18 [EU:C:2020:260].

Así, tal y como hemos desarrollado, la Administración pública y los órganos judiciales están vinculados por la primacía y efectividad del derecho de la Unión Europea. Esto obliga a que el operador jurídico aplique las disposiciones internas de conformidad con las disposiciones comunitarias, puesto que las normas del derecho europeo se incorporan al ordenamiento jurídico (complejo, y multinivel) del Estado miembro y, por tanto, la sujeción a ellas deriva también del principio de legalidad y sujeción al derecho e imperio de la ley (como se plasma, en el caso del derecho interno español, en los arts. 103 y 117.1, CE).

Para garantizar esta efectividad, cuando es aplicable una disposición comunitaria con efecto directo, el operador jurídico debe interpretar siempre las disposiciones internas de conformidad con ella.

No obstante, en ocasiones los principios tan relevantes como la seguridad jurídica o la fuerza de cosa juzgada pueden motivar límites a la efectividad, y los titulares de los derechos afectados por la limitación deberán utilizar el mecanismo de la responsabilidad para poder encontrar una satisfacción, aunque huelga decir que en estos casos no se ha producido una efectividad del derecho de la Unión.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Alonso García, R., *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2014.
- Arzo Santisteban, Xavier, *La autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros en la Unión Europea: Mito y Realidad*, "Revista de Administración Pública", nº 191, 2014, p. 159 a 197.
- Calaza, Sonia, *La cosa juzgada material*, Bs. As., La Ley, 2011.
- Cobrerros Mendazona, Edorta, *La aplicación del principio de primacía del derecho de la Unión Europea por la Administración*, "Revista Vasca de Administración Pública", nº 103, 2015, p. 171 a 207.
- Consejo de Estado, *Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho Europeo en el Ordenamiento Español*, 14 de febrero de 2008, en [www.consejo-estado.es/pdf/Europa.pdf](http://www.consejo-estado.es/pdf/Europa.pdf).
- *Informe del Consejo de Estado sobre las garantías del cumplimiento del Derecho comunitario*, 15 de diciembre de 2010, en [www.consejo-estado.es/pdf/derecho%20comunitario.pdf](http://www.consejo-estado.es/pdf/derecho%20comunitario.pdf).
- Galetta, Diana-Urania, *Procedural autonomy of EU member states: paradise lost?*, Cham, Springer, 2011.

- Groussot, Xavier - Minssen, Timo, *Res judicata in the Court of Justice case law: balancing legal certainty with legality?*, "European Constitutional Law Review", n° 3, 2017, p. 385 a 417.
- López Escudero, Manuel, *Primacía del derecho de la Unión Europea y sus límites en la jurisprudencia reciente del TJUE*, "Revista de Derecho Comunitario Europeo", n° 64, 2019, p. 787 a 825.
- Martinico, Giuseppe, *The tangled complexity of the EU constitutional process*, Londres y Nueva York, Routledge, 2013.
- Ortlep, Rolf - Verhoeven, Maartje, *The principle of primacy versus the principle of national procedural autonomy*, "NALL", abril-junio, 2012.
- Sarmiento, Daniel, *El derecho de la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2016.
- Sarrión Esteve, Joaquín, *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la protección del consumidor en la crisis financiera*, "Federalismi.it", n° 13, 2020, p. 118 a 131.
- *La Administración pública ante la primacía y efectividad del derecho de la Unión Europea*, "Estudios de Deusto", n° 68, 2020, p. 231 a 255.
- Torralba-Mendiola, Elisa - Rodríguez-Pineau, Elena, *Two's company, three's a crowd: jurisdiction, recognition and res judicata in the European Union*, "Journal of Private International Law", vol. 10, n° 3, 2014, p. 403 a 430.
- Turmo, Araceli, *La efectividad del derecho de la Unión Europea como motivo de protección de la cosa juzgada nacional: nota sobre la sentencia de 24 de octubre de 2018, XC y otros*, "Revista de Derecho Comunitario Europeo", n° 63, 2019, p. 599 a 626.

## CAPÍTULO III

# LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA Y DE LOS MENORES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA UNIÓN EUROPEA

por VALENTINA COLCELLI\*

§ 1. **INTRODUCCIÓN.** – La presente intervención querría indagar cómo en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea se esté delineando (o de cualquier manera se haya ya elaborado) un concepto de estatus de hijo (matrimonial o no)<sup>1</sup> y miembro de la familia con características autónomas. El concepto de estatus se refiere a la idea de una condición personal que está destinada a durar y que es la base de facultades y obligaciones que se relacionan con la persona, su vida, sus actividades<sup>2</sup>. En verdad, la UE está interesada en los estatus de la persona y del miembro de la familia también en función de la realización de la libertad de circulación como uno de los fines y –al mismo tiempo– de los modos de realización del mercado interno, al fin de eliminar los obstáculos para su misma realización. El derecho de la Unión Europea y la elaboración jurisprudencial por parte del Tribunal de justicia evidencia las relaciones familiares y las exalta a la luz de la efectividad en la libertad de circulación de los ciudadanos.

\* Investigadora del Consejo Nacional de Investigación de Italia. Doctora en Derecho. Experta en Derecho Privado de la Unión Europea. Investigadora en la Università degli Studi di Perugia.

<sup>1</sup> Cfr. PALAZZO, “La filiazione”, en Cicu - Messineo, *Trattato de diritto civile y commerciale*.

<sup>2</sup> ALPA, *Status e capacità*.

Para que se pueda comprender cuál es la noción de estatus de familiar aceptada hoy por la Unión Europea, es necesario hacer referencia a los principios gracias a los cuales las normas del país de origen sean competentes para establecer los criterios de cualificación de un estatus. Es sabido que, en tema de circulación de mercancías, con la sentencia “Dassonville”<sup>3</sup> y “Cassis de Dijon”<sup>4</sup>, el Tribunal de Justicia europeo ha extendido a las medidas nacionales directamente discriminatorias, luego a las nacionales indirectamente discriminatorias –en vigor en el Estado miembro destinatario– el control de compatibilidad con la disciplina de las libertades de la Comunidad económica. Estas sentencias históricas establecen el recurso del sistema al reconocimiento mutuo introduciendo el posible control sobre las medidas estatales que –también indirectamente aplicables– constituyen un obstáculo a la libre circulación de las mercancías. La jurisprudencia ha extendido el mismo principio a la libertad de establecimiento<sup>5</sup>, a la libertad de circulación de los trabajadores<sup>6</sup>, en tema de cualificaciones profesionales, actividades bancarias y del seguro y servicios financieros. Luego, existe una extensión del principio del reconocimiento mutuo a la libertad de circulación de las personas y del derecho de establecimiento.

Con referencia al individuo y sus cualidades, así como son cristalizadas por el concepto de estatus, ha sido subrayado que el así llamado principio de origen es más extendido respecto de las posiciones jurisprudenciales relativas a las mercancías y las profesiones. En relación con el tema de personas y estatus familiares la misma jurisprudencia del Tribunal de Justicia<sup>7</sup> no opone ninguna limitación con referencia a lo que ocurre con el tema de libertad de circulación de las mercancías<sup>8</sup>. En este último caso, de hecho, existe una obligación de conformación a las normativas europeas sobre la producción y la comercialización con respecto al estado de origen y de destino. El estatus

<sup>3</sup> STJ, 11/7/1974, “Dassonville”, C-8/74, Rec. 1974, p. I-837.

<sup>4</sup> STJ, 20/2/1979, “Cassis de Dijon”, C-120/78, Rec. 1979, p. I-649.

<sup>5</sup> STJ, 30/11/1995, “Gebhard”, C-55/94, Rec. 1995, p. I-4165.

<sup>6</sup> STJ, 15/12/1995, “Bosman”, C-415/93, Rec. 1995, p. I-4921.

<sup>7</sup> STJ, 24/11/1993, “Keck and Mithouard”, C-67/91 e C-268/91, Rec. 1991, p. I-6097.

<sup>8</sup> SNELL, *Who's got the power? Free movement an allocation of competence in EC law*, “Yearbook of European Law”, vol. 22, Issue 1, 2003, p. 323 a 335.

de la persona, así como el del profesional o de la mercancía se forma en el país de origen, es disciplinado por aquellas normas y luego circula libremente al interior de la Unión. Por lo tanto, el Estado de origen tiene la competencia para disciplinar el estatuto de la persona, del profesional o de la mercancía, así como el Estado de destino tendrá que aceptar esta reglamentación en cuanto la equivalencia entre las normativas es presunta. El Estado de destino que quiera oponerse al reconocimiento del estatus del profesional o de la mercancía, pero no el de la persona, debería probar que la normativa del Estado de origen no es adecuada a sus propias exigencias imperativas relevantes<sup>9</sup>.

Naturalmente, lo que se puede decir del estatus de la persona, se realiza también en los estatus familiares y el hijo.

§ 2. **LOS DERECHOS DEL NIÑO EN LAS FUENTES DE LA UNIÓN EUROPEA.** – La línea demarcadora se origina por la diferencia entre libertad de circulación en la UE, arreglada completamente por la normativa de la Unión europea, y el derecho de familia arreglado por la normativa interna.

La tutela de la familia y de sus componentes en las materias que no son de incumbencia UE, es asegurada por la normativa tradicional, pero cuando estos se transforman en instrumentos para el ejercicio de un principio fundamental asegurado por la legislación supranacional, como el derecho de circular libremente, la normativa de referencia es solo a la Unión Europea.

Cabe señalar que el art. 3º del Tratado sobre la Unión Europea, en el párr. 3, establece que “fomentará [...] la protección de los derechos del niño”, mientras que, en el párr. 4 declara que “en las relaciones con el resto del mundo, la Unión contribuirá a [...] la protección de los derechos humanos, especialmente los derechos del niño”. En este sentido, también es de suma importancia el art. 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>10</sup>, en virtud del cual: “1. Los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar libremente su propia opi-

<sup>9</sup> ROSSOLILLO, *Muto riconoscimento e tecniche conflittuali*.

<sup>10</sup> Por efecto del art. 6º del TUE, posee la misma eficacia jurídica de los Tratados.

nión. Esta será tenida en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez. 2. En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial. 3. Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses”. En la explicación de la Carta, se precisa que “este artículo se basa en la Convención de Nueva York sobre los Derechos del Niño, firmada el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por todos los Estados miembro, sobre todo, en lo que se refiere a los arts. 3º, 9º, 12 y 13 de dicha Convención”.

El marco jurídico de la legislación de la UE en este ámbito puede tener en cuenta las sentencias del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, que se ocuparon indirectamente de la tutela de los menores a través de la aplicación de los arts. 6º y 8º de la CEDH, referidos, respectivamente, al derecho a un recto proceso y al derecho al respeto de la vida privada y familiar. De manera especial, en algunos casos concernientes a la violación del art. 8º del CEDH, el Tribunal se comprometió a aceptar, en sesión de verificación, el correcto equilibrio entre intereses contradictorios, si los jueces nacionales, al tutelar el menor y su opinión, hubieran considerado adecuadamente el interés del padre perjudicado por la adopción de la medida limitada contestada<sup>11</sup>. De tal manera que se tutelaron los derechos de relación de naturaleza familiar reconocidos y garantizados por el art. 8º del CEDH. Por ejemplo, hijo del recurrente en el TEDH, caso “W./Regno Unido”<sup>12</sup>, que había sido dado en custodia por largo plazo, período finalizado a la adopción de la asistencia social británica, la que consideraba el ambiente familiar inadecuado para un crecimiento sano del menor. Sea durante la custodia e incluso después de la adopción se le impidió al recurrente y a su mujer que tuvieran contacto alguno con el menor. Por lo que el padre decidió recurrir al Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, sobre la base de la consideración de que la decisión de poner al niño en adopción era definitiva y que, por lo tanto, violaba el art. 8º del TEDH, según la falta

<sup>11</sup> Véase, *ex multis*, TEDH, 13/7/2000, “E. v. Germania”, recurso n° 25.735/94, párrs. 50 a 52; *id.*, 16/9/1999, “B v. Italia”.

<sup>12</sup> Sentencia del TEDH, 8/7/1987, serie A, n° 121.

de respeto de la vida familiar por interferencias ilícitas. El Tribunal a tal propósito estableció: “Where a child has been taken away from his parents and placed with alternative carers, he may in the course of time establish with them new bonds which it might not be in his interests to disturb or interrupt by reversing a previous decision to restrict or terminate parental access to him”. Además, fue sancionado el derecho del menor para que participe efectivamente en el proceso en el que se lo involucra, teniendo en cuenta su particular fragilidad, aplicando el art. 6° del CEDH<sup>13</sup>.

Parece que la estructura constitucional de la Unión Europea se alinea perfectamente al actual estatuto internacional de los derechos del menor, destacando tanto el derecho de escuchar al menor como el derecho a gozar de ambos padres; lo que está atestiguado también en los actos de derecho derivado como el Reglamento n° 2201/2003 del Consejo del 27 de noviembre de 2003, referido a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de las decisiones en materia matrimonial y en materia de responsabilidad parental, que pretende garantizar: “El respeto de los derechos fundamentales del menor enunciados en el art. 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea” (consid. 33).

**§ 3. SOBRE EL CONCEPTO DE HIJO QUE UTILIZA EL TRIBUNAL DE JUSTICIA.** – El Tribunal de Justicia tiene una aplicación extendida del concepto de hijo como familiar, el que utiliza cuando el centro de la atención son la efectividad de las tutelas de los derechos y la garantía de los derechos fundamentales, en el marco jurídico de la legislación de la UE y principios generales que se explicó en el § 2.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia acepta una idea de estatus familiar que no es la “relación orgánica de orden formal, sino una relación intrasubjetiva basada sobre el contenido de la *affectio* que se constituye entre sus miembros que se presentan como dignos de protección en la comunidad familiar”<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Véase, *ex multis*, TEDH, 16/12/1999, “T/Regno Unito”, recurso n° 24.724/94, párr. 80 y sucesivos; íd., 15/6/2004, “T/Regno Unito”, recurso n° 60.958/00, párr. 28.

<sup>14</sup> PALAZZO, “Famiglia e paidocentrismo tra carta dei diritti fondamentali e ordinamenti civili”, en PALAZZO - PIERETTI (coords.), *Incontri assisani nell'attesa di Benedetto XVI*.

La efectividad de la tutela de los derechos directamente atribuidos a cada ciudadano es lo principal que permite influir sobre la noción de familia y de hijo.

La Carta de Niza desde el 2009, con valor jurídico de tratado, se refiere a las normas de los ordenamientos civiles de los Estados donde explica los derechos, la referencia y deberes que derivan de los estatus familiares. Estos últimos son aspectos que faltaban en las normas fundamentales y de derecho derivado en la UE diferentes de la Carta de Niza<sup>15</sup>.

La referencia de la Carta de Niza a las normas del derecho de los ordenamientos civiles de los Estados miembro marca la aceptación en el ordenamiento UE de una idea de familia y de comunidad familiar diferente de la tradicional mononuclear y fundada solamente sobre el matrimonio. Si las fuentes a las que se refieren los jueces de Luxemburgo son no solo las de derecho positivo comunitario o de los Estados, sino también las tradiciones culturales de cada ordenamiento<sup>16</sup>, estos pueden ofrecer una lectura no siempre uniforme.

La familia de los ordenamientos de los Estados europeos tiene los caracteres de comunidad mononuclear como es descrita por las constituciones de los Estados. Pero muchas veces ella se ha presentado ampliada y modificada a causa de las relaciones de filiación que derivan de matrimonios sucesivos y de relaciones no matrimoniales.

Considerando el análisis de la realidad de los ordenamientos internos –p.ej., el español, portugués, belga, holandés, sueco, noruego e islandés<sup>17</sup>– y del respeto de los derechos fundamentales de la persona, una parte que integra el ordenamiento de la UE es “la tutela de los derechos de los miembros de la familia en las decisiones del Tribunal de Justicia no es en favor de la unidad formal de la familia, sino de la protección de los sujetos débiles que necesitan solidaridad, soportan-

<sup>15</sup> GIAMO, *Brevi riflessioni su diritti fondamentali e diritti soggettivi*, p. 337 a 360.

<sup>16</sup> Ver art. 6º, § 3.

<sup>17</sup> España, ley 13 de 2005; Países Bajos, ley de 1º de abril de 2001; Bélgica, ley de 30 de enero de 2003; Noruega, ley de 11 de junio 2008; Suecia, ley de 11 mayo de 2009; Portugal, ley de 8 enero de 2010; Islandia, ley de 11 de junio 2010.

do deberes y responsabilidades de los titulares de los estatus familiares”<sup>18</sup>.

Además, el Tribunal de Justicia<sup>19</sup> ha afirmado que el art. 49 del Tratado CE (ahora art. 56, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea relativo a la libre circulación de los servicios) siempre debe leerse “a la luz del derecho fundamental al respecto de la vida familiar” y debe interpretarse en el sentido siguiente: el Estado miembro de origen de un prestador de servicios establecido en este Estado, que ofrece servicios a destinatarios establecidos en otros Estados miembro, no puede negar el derecho de residencia en su territorio al cónyuge de dicho prestador, aunque sea ciudadano de un país tercero.

También en la directiva nº 73/148 relativa a la supresión de las limitaciones al traslado y a la residencia de los ciudadanos por parte del Tribunal, se ha dado una interpretación que subraya la importancia que el ordenamiento UE da al objetivo de garantizar la tutela de la vida familiar de los ciudadanos de los Estados miembro, al fin de eliminar los obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales enunciadas por el Tratado.

Para la aplicación del Reglamento del Consejo 1612/68 (arts. 12 y 18), el Tribunal de Justicia<sup>20</sup> ha decidido que los hijos de un ciudadano de la Unión, establecido en un Estado miembro, cuyo padre o madre se haya trasladado a causa del trabajo y haya obtenido, en cuanto trabajador migrante, el permiso de residencia, tienen el derecho de residir en este Estado a fin de frecuentar cursos de enseñanza; por este fin se precisa que no es relevante que el matrimonio de los padres se haya anulado a causa del divorcio y que solo uno de estos sea ciudadano de la Unión. Tampoco es relevante para el Tribunal UE el hecho de que uno de los padres no sea más un trabajador migrante en el Estado miembro que lo hospeda, ni tampoco la circunstancia que los hijos no sean ciudadanos de la Unión Europea, porque la disposición examinada debe ser interpretada

<sup>18</sup> PALAZZO, “Famiglia e paidocentrismo tra carta dei diritti fondamentali e ordinamenti civili”, en PALAZZO - PIERETTI (coords.), *Incontri assisani nell'attesa di Benedetto XVI*, p. 71.

<sup>19</sup> STJ, 11/7/2002, “Carpenter/Secretary of State for the HomeDepartment”, C-60/00, Rec. 2002, p. I-6279.

<sup>20</sup> STJ, 17/9/2002, “Baumbast e R”, C-413/99, Rec. 2002, p. I-7091.

de manera que consienta al progenitor que tenga efectivamente la custodia de dichos hijos, con independencia de su nacionalidad, residir con ellos de forma que se facilite el ejercicio de ese derecho<sup>21</sup>.

En estas condiciones, solo la efectividad del derecho de cada ciudadano de la Unión de gozar de los derechos relativos a este estatus hijos es relevante; este concepto es válido también si el padre no podía obtener los beneficios relativos a la condición de trabajador migrante: el menor se debe beneficiar de cualquier modo del derecho de residencia, en razón de la eficacia directa del art. 18, párr. 1, del TCE, solamente y en cuanto ciudadano de la Unión (hoy art. 21, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

Por ejemplo, en España, la Ley Orgánica de derechos y libertades de los extranjeros en ese país y su integración social, incluye entre los familiares reagrupables del nacional del tercer país residente en España a los hijos, con los de su cónyuge, junto con los hijos adoptados. En el caso de otros descendientes, la reglamentación aplicable a los extranjeros no comunitarios difiere ampliamente en sentido restrictivo que la reconocida a favor de los ciudadanos de los Estados miembro o de la UE en el ejercicio de la libre circulación de personas. La Ley Orgánica reconoce la posibilidad de hacer referencia a los “hijos” como un concepto integral, mientras que la normativa UE se refiere generalmente a los “descendientes”, noción que podría incluir incluso a los nietos o bisnietos.

En segundo lugar, según fija la ley de extranjería para que el hijo de un nacional de un tercer país pueda ser reagrupado, no deberá ser mayor de 18 años, salvo que sea incapaz, y en cualquier caso no podrá estar casado.

<sup>21</sup> Apartado 75. A la vista de las anteriores consideraciones, procede responder a la segunda cuestión que, cuando los hijos disfrutaban del derecho a residir en un Estado miembro de acogida para seguir en él cursos de enseñanza general de conformidad con el art. 12 del regl. n° 1612/68, esta disposición debe interpretarse en el sentido de que permite al progenitor que tenga efectivamente la custodia de dichos hijos, con independencia de su nacionalidad, residir con ellos de forma que se facilite el ejercicio de ese derecho, aunque, entre tanto, los padres se hayan divorciado o el progenitor que tenga la condición de ciudadano de la Unión Europea ya no sea trabajador migrante en el Estado miembro de acogida.

Atendiendo a la jurisprudencia esbozada por el TJCE en el asunto Lebon<sup>22</sup>, se expresó: “Los descendientes que vivían con un trabajador nacional de un Estado miembro, que ocupó un empleo en el territorio de otro Estado miembro y permanece en él, después de haber obtenido una pensión de jubilación, no conservan el derecho a la igualdad de trato en lo relativo a una prestación social que, prevista en la legislación del Estado miembro de acogida, garantiza de forma general un mínimo de medios de existencia, cuando son mayores de 21 años, ya no están a cargo de aquel y no tienen la calidad de trabajador”<sup>23</sup>.

Después, el mismo asunto aclara sobre el concepto de hijos a cargo lo siguiente: “La calidad de miembro de la familia a cargo, a la que se refiere el art. 10, apdos. 1 y 2, del Reglamento n° 1612/68, se deriva de una situación de hecho –mantenimiento por el trabajador– sin que sea preciso determinar las razones por las que se recurre a dicho mantenimiento. Cuando se trata del nacional comunitario, este podrá reagrupar a sus descendientes siempre que sean menores de 21 años y, cumplida esta edad, si se encuentran a su cargo”.

Así, la noción “a su cargo” ha de entenderse de un modo extensivo resultando de una situación de hecho y no de una obligación de alimentos. Con ello, el trabajador debe asegurar el sostenimiento efectivo del solicitante, no siendo relevante ni la razón de esta ayuda, ni si tal interesado está en condiciones o no de cubrir sus necesidades mediante el ejercicio de una actividad económica

En este ámbito es nota, también, la misma extensión respecto del estatuto del personal dependiente UE, pues se contempla un subsidio familiar para los hijos a cargo así como la pensión para los huérfanos (cfr. arts. 1° y 2°, anexo VII, Estatuto del personal). Al fin de determinar la condición de hijo del funcionario beneficiario son relevantes las relaciones de filiación matrimonial y no matrimonial, o sea, adoptiva, establecidas entre hijo y el funcionario UE, o entre hijo y el cónyuge del

<sup>22</sup> STJ, 18/6/1987, “Centre public d’aide sociale de Courcelles y Marie-Christine Lebon” asunto 316/85.

<sup>23</sup> Ver [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:4578a163-59aa-419a-87af-430cb63c8fbd.0008.03/DOC\\_2&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:4578a163-59aa-419a-87af-430cb63c8fbd.0008.03/DOC_2&format=PDF)

funcionario, a condición de que él sea efectivamente sustentado por el funcionario mismo (art. 2º, párr. 2, anexo VII, Estatuto del personal).

El Tribunal de primera instancia<sup>24</sup> recuerda que el criterio para determinar la condición de hijo a cargo es el “compromiso afectivo que satisface totalmente o parcialmente las necesidades esenciales del hijo, en particular por lo que se refiere al alojamiento, comida, vestuario, educación, los tratamientos y gastos médicos”. El divorcio o la custodia del hijo al cónyuge no funcionario no elimina la condición de hijo a cargo<sup>25</sup>.

§ 4. **LOS NIÑOS “CASI” COMO SUJETOS AUTÓNOMOS.** – “La tarea paternalista del Estado era la de cuidar los sujetos incapaces de proveer a los propios intereses, sustituyendo de esta manera un *déficit* de autodeterminación de parte de los mismos. Se trataba de sostener inconscientemente el desarrollo de un pensamiento milenario, el del derecho romano, herencia de un pasado lejano, donde el menor, como *minus* en relación con el adulto, estaba sujeto a la *tutela impuberum* en el caso de muerte del *pater familias* o, si fuera una *dulscens* que no hubiera cumplido aún los veinticinco años, a la *cura minorum*. Por otro lado, la doctrina del derecho civil sobre la incapacidad de actuar del menor, formulada de manera diferente en los ordenamientos europeos y solo recientemente sometida a reconsideración generalizada, encuentra sólidas raíces en este antecedente jurídico-sociológico y cultural”<sup>26</sup>.

En este nuevo sentido parece moverse el ordenamiento jurídico de la Unión Europea.

Mediante la sentencia de 5 de febrero de 2002 en “Humer”, asunto C-255/99, se pidió al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre una serie de cuestiones prejudiciales sobre la interpretación del Reglamento (CEE ) del 14 de junio 1971, n° 1408, relativo a “la aplicación de los regímenes de seguridad social a los

<sup>24</sup> Tribunal de Primera Instancia, 11/7/2000, “Skrzypek/Commissione”, T-134P/99, Rec. 2000, p. II-633, apdos. 66 a 69.

<sup>25</sup> Tribunal de Primera Instancia, 3/3/1993, “Peroulakis/Commissione”, T-69/91, Rec. 1993, p. II-1985.

<sup>26</sup> Scaglione, *Los derechos de los menores*.

trabajadores, los trabajadores por cuenta propia ya sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad y el Reglamento (CEE) del Consejo, de 15 de octubre de 1968, nº 1615 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad. Dichas cuestiones se suscitaron en el contexto de la acción legal promovida por Anna Humer, hijo menor de edad de padres divorciados, representada por su madre, con el fin de obtener el “Fondo para la indemnización respecto de los familiares de los pagos de anticipos sobre pensiones alimenticias adeudadas, pero no pagado, por su padre”.

En el sentido de la aplicación del derecho de la Unión Europea el niño puede definirse como sujeto autónomo, con algunas limitaciones.

Para el caso, inicialmente, ambos padres siguieron residiendo en Austria, hasta que su madre se mudó con su hija a Francia, país que era su residencia habitual. El padre continuó residiendo en Austria hasta su muerte, ocurrida en 1999. Oberster Gerichtshof, requería la “intervención de la Corte. Arts. 73 y 74 del Reglamento nº 1408-1471, respectivamente, disponen que ‘la cuenta propia sometida a la legislación de un Estado miembro tendrá derecho, para los miembros de su familia que residan en el territorio de otro Estado miembro, a las prestaciones familiares previstas por la legislación del primer Estado, como si residieran en el territorio de este, con sujeción a lo dispuesto en el Anexo VI’ y que ‘el trabajador autónomo o desempleado beneficiario de prestaciones por desempleo en virtud de la legislación de un Estado miembro tiene el derecho, para los miembros de su familia que residan en el territorio de otro Estado miembro, a las prestaciones familiares previstas por la legislación del primer Estado, como si residieran en el territorio de dicho Estado, con sujeción a lo dispuesto en el Anexo VI’”.

El Tribunal señaló que la finalidad de estas disposiciones es “para”, precisamente, garantizar que los miembros de la familia que residen en un Estado miembro distinto del competente “concesión de las prestaciones familiares previstas por la legislación vigente” e “impide que un Estado miembro podrá supeditar la concesión por cantidad de las prestaciones familiares a los miembros de la familia del trabajador en el Estado miembro de la prestación de los beneficios, a fin de no disuadir al trabajador comunitario de ejercer su derecho a la libre

circulación [...] Si bien es cierto que el Reglamento n° 1408-1471 no cubre expresamente las situaciones familiares después de un divorcio, también es cierto que nada justifica su exclusión del “ámbito de aplicación de dicho Reglamento”.

El Tribunal examinó las dos quejas presentadas contra la “aplicación de los arts. 73 y 74 del Reglamento n° 1408-1471 en el litigio principal, ambas objeciones basadas en el hecho de que la legislación nacional establece un derecho personal atribuido al propio niño”.

Por un lado, de hecho, en una situación como la controvertida en el litigio principal, nadie está ejerciendo el derecho a la libre circulación de los trabajadores reconocidos por el Tratado, pues el padre queda sujeto a la legislación del Estado miembro prestador. En este caso, el padre no hubiera ejercido ese derecho mientras se mueve el niño menor de edad, dado que el beneficiario del servicio en otro Estado miembro no se deriva del “ejercicio, por su parte, del derecho a la libre circulación de trabajadores. El *default* de ese padre, fallado en su obligación de prestar alimentos, busca directamente invocar dichas disposiciones”.

El niño como sujeto autónomo también lo refiere el Tribunal de Justicia en el caso “Kunquian Catherine Zhu y Man Lavette Chen/Secretary of State for the Home Department”, asunto prejudicial C-200/02, donde es la niña titular de un derecho de residencia, y no los ascendientes.

El derecho de la Unión Europea garantiza a los ascendientes del titular de un derecho de residencia que estén a su cargo el derecho a instalarse con él. Con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, esta situación se caracteriza por que el titular del derecho de residencia garantiza los recursos necesarios para la subsistencia del ascendiente. En el caso la Sra. Chen se encuentra en la situación inversa: no puede invocar un derecho de residencia en virtud de esta norma.

Este caso se refería a la negativa de la misión “últimas preguntas de Catherine y la Sra. Chen, dirigidas a la obtención de un permiso de residencia de larga duración en el Reino Unido”. La Sra. Chen, de hecho, se había ido a Belfast, Irlanda del Norte, para dar la luz unos meses más tarde a su segunda hija, Catherine. Esta última había adquirido la nacionalidad irlandesa, ya que la legislación de este país reconoce este derecho a

toda persona nacida en todo el territorio de la isla, y no tenía derecho a obtener la ciudadanía británica, ni la de China. La Sra. Chen y su hija viven actualmente en Cardiff, Gales, donde Catalina recibe servicios médicos privados y los servicios de cuidado de niños pagado.

Sin embargo, según el Tribunal, la Sra. Chen, negada la oportunidad de estar con su hija en el Reino Unido puede privar de toda eficacia práctica del derecho de residencia del niño. De hecho, con el fin de disfrutar del derecho de residencia que Catherine debe tener, debido a su corta edad.

Sin embargo, la estancia de la Sra. Chen en Irlanda estuvo expresamente dirigida a permitir que el niño que iba a nacer adquiriera la nacionalidad irlandesa; el Tribunal de Justicia precisa que el Reino Unido no puede denegar la solicitud de un permiso de residencia a la niña solo porque la adquisición de la nacionalidad irlandesa tuviera por objeto procurar un derecho de residencia a un nacional de un Estado tercero en virtud del derecho comunitario.

La niña dispone tanto de un seguro de enfermedad como de recursos suficientes, que le proporciona su madre, para no convertirse en una carga para la asistencia social del Reino Unido.

El Tribunal de Justicia afirma a continuación que el hecho de que la niña no disponga, ella sola, de recursos suficientes carece de relevancia, puesto que el derecho comunitario no establece ninguna exigencia en relación con la procedencia de dichos recursos, máxime cuando las disposiciones que consagran un principio fundamental como el de la libre circulación de las personas debe interpretarse en sentido amplio.

Ahora, según el Tribunal de Justicia, denegar a la Sra. Chen el permiso para residir con su hija en el Reino Unido privaría de todo efecto útil al derecho de residencia de esta última. En efecto, dado que se trata de una niña de corta edad, para que la niña pueda disfrutar del derecho de residencia, debe tener derecho a ser acompañada por su madre, que es la persona que se encarga de su cuidado.

Esta interpretación del Tribunal de Justicia se pone en línea sobre todo con el art. 3º de la Convención de Estrasburgo, que establece que “en los procedimientos que le competen delante de una autoridad judicial, al menor que se lo considera por el derecho interno como poseedor de capacidad de discer-

nimiento se le reconocen los siguientes derechos, de los cuales él mismo puede solicitar su beneficio”, y también que la Convención Europea sobre el ejercicio de los derechos de los menores, adoptada por el Consejo de Europa en Estrasburgo, el 25 de enero de 1996 (ratificada en Italia con ley 77 del 20 de marzo de 2003), con el objetivo de “promover los derechos de los niños, de concederles derechos procesales y facilitar el ejercicio de estos derechos por lograr que los niños sean informados y autorizados a participar en los procedimientos que les afecten ante una autoridad judicial” (art. 1º).

§ 5. *LA PERCEPCIÓN DEL ESTATUS DE “FAMILIAR” EN LA CONSTITUCIÓN DE LA RELACIÓN DE FILIACIÓN SEGÚN LA REFERENCIA A LA DIRECTIVA Nº 2004/38* – El “sentir” de la Unión respecto al estatus hijo cambia según la referencia a la directiva nº 2004/38 y a la sentencia “Reed”<sup>27</sup> (aunque en esta se hacía referencia a la normativa precedente sobre la reunión de los familiares y de los trabajadores, sea al Reg. 1612/1968), respecto a una aplicación más extendida del concepto de hijo como familiar que utiliza el mismo Tribunal de Justicia cuando el centro de la atención son la efectividad de las tutelas de los derechos y la garantía de los derechos fundamentales.

De manera indirecta y para satisfacer objetivos de tipo principalmente económico, la injerencia en el derecho de familia por el legislador UE ha sido desarrollada con el fin de garantizar la libertad de circulación de las personas específicamente al comienzo de los trabajos, favoreciendo la familia a través del sistema de la reunión familiar, definida también como “modelo paradigmático de libertad de circulación a título derivativo”<sup>28</sup>.

El Tribunal de Justicia en la sentencia “Comisión vs. España”, del 14 de abril de 2005, nº 157/03 recuerda que el legislador comunitario ha reconocido la importancia de garantizar la tutela de la vida familiar de los ciudadanos de los Estados miembro para eliminar los obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado [sentencias

<sup>27</sup> STJ, 17/4/1986, “Reed”, C-59/85, Rec. 1986, p. 1283.

<sup>28</sup> Codinanzi - Amalfitano, “La libera circolazione della coppia nel diritto comunitario”, en Carbone - Queirolo (coords.), *Diritto di famiglia e Unione Europea*, p. 33.

de 11 de julio de 2002, C-60/00, “Carpenter”<sup>29</sup>, y de 25 de julio de 2002, C-459/99, “ASBL (MRAX)/Bélgica”<sup>30</sup>].

En la actualidad, el derecho europeo de circulación y residencia del familiar del ciudadano europeo es arreglado por la directiva nº 2004/38/CE.

En este contexto, y al fin de la aplicación de la citada directiva, la noción familiar debería incluir (además de los sujetos indicados en el art. 2º, directiva nº 2004/38/CE) también el *partner* que ha contraído una unión registrada, en el caso de que la legislación interna del Estado miembro equipare la unión registrada al matrimonio. La noción de “unión registrada” puede incluir, además de las uniones de las así llamadas parejas de hecho constituidas por personas heterosexuales, también las uniones entre homosexuales si la unión registrada –en el ordenamiento nacional de referencia– posee esta característica, como ocurre por ejemplo en España, Portugal, Bélgica, Holanda y hoy también Francia. No se pone en tela de juicio la noción de matrimonio a nivel del derecho interno. Aquí se subraya que en la precondition de “familiar” que goza de la libertad fundamental de circular libremente como el ciudadano UE con el cual es unido, el derecho de la Unión incluye también el que es unido al segundo por una unión registrada, en el caso de que la legislación interna del Estado miembro equipare la unión registrada al matrimonio.

Sin embargo, se debe subrayar que para el ordenamiento de la UE la noción de familiar relevante según la directiva del 2004, no se puede referir al ciudadano de la Unión que nunca haya gozado de su derecho de libre circulación, en cuanto siempre ha residido en un Estado miembro del que posee la ciudadanía. En verdad, esta persona no pertenece a la noción de “habiente derecho” según el art. 3º, nº 1, de la directiva nº 2004/38, con la consecuencia que esta no se le puede aplicar<sup>31</sup>.

Existe en la misma directiva nº 2004/38 la negación de continuidades transaccionales de algunas relaciones familiares (los que son incluidos expresamente en el art. 2, directiva nº 2004/38),

<sup>29</sup> STJ, 11/7/2002, “Carpenter” Rec, p. I-6279, apdo. 38.

<sup>30</sup> STJ, 25/7/2002, “ASBL (MRAX)/Stato belga” Rec, p. I-6591, apdo. 53.

<sup>31</sup> STJ, 5/5/2011, “Shirley McCarthy/Secretary of State for the Home Department”, C434/09, Rec. 2011.

aunque la tendencia jurisprudencial y normativa del mismo sistema adopta –en tema de estatus y relaciones familiares y personales– un principio de conservación del estatus a través de las fronteras.

Por ejemplo, la sentencia de la Corte de Cassazione italiana ha examinado la noción de niño y “kafala” a la luz de la directiva nº 2004/38. Para la citada Corte de Cassazione no es aplicable al Decreto Legislativo italiano nº 286 de 1998 (actuación de la directiva nº 2004/38) para la parte sobre el derecho a la unidad familiar, ya que está diseñado para funcionar exclusivamente para las solicitudes de reunificación familiar de los ciudadanos no comunitarios. Se sentía, sin embargo, aplicable el decreto legislativo nº 30 de 2007 y se aplica la directiva nº 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la UE y de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembro. Libremente, considerando también la regulación de la entrada de la “familia” con respecto a lo extranjero o comunitario. Sin embargo, sobre la base de un argumento articulado, la sentencia dictaminó que el término “familia” se puede deducir de este nuevo sistema de regulación que abarca el niño confiado al “kafala”<sup>32</sup>.

Se debe tener en cuenta, también, para la aplicación de cada norma sobre el menor la noción que de esto formula la misma ley de la Unión Europea.

En la Comunicación Final de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo (COM2009/313). “Orientaciones para una mejor transposición y aplicación de la directiva nº 2004/38/CE 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 miembro”, se recuerda que “el concepto de parientes directos en líneas descendente y ascendente se amplía a las relaciones adoptivas [13] o a los menores bajo la custodia de un tutor legal permanente. Los niños y padres de acogida con custodia temporal pueden tener derechos conforme a la directiva, dependiendo de la fuerza de los vínculos en cada caso par-

<sup>32</sup> “Kafala” es la institución del acogimiento legal de un niño o niña por una persona distinta de sus padres biológicos. Se trata de una institución similar a la adopción en Occidente, con la diferencia de que en la “Kafala” el niño no deja su pertenencia a su familia de origen ni adquiere parentesco con su tutor.

ticular. No hay ninguna restricción en cuanto al grado de parentesco. Las autoridades nacionales podrán pedir pruebas de la relación familiar alegada. Al aplicar la directiva, los Estados miembro deben actuar siempre en interés del niño, conforme a lo dispuesto en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989”.

§ 6. **CONFLICTOS DE ORDEN PÚBLICO Y MENOR.** – Para la aplicación de la directiva nº 2004/38/CE y según la “Reed”<sup>33</sup>, los Estados miembro podrían tener algunas restricciones normativas del Estado destinatario.

Los arts. 27 a 33 de la directiva nº 2004/38/CE rigen las restricciones al derecho de entrada y residencia, que los Estados miembro pueden imponer por razones de orden público, seguridad o la salud pública. Estas disposiciones de derogar y sustituir la directiva nº 64/221 incorporan gran parte de la jurisprudencia pertinente del Tribunal de Justicia. Una de las innovaciones de la directiva nº 2004/38/CE es la introducción de tres niveles diferentes de protección contra la expulsión en estos supuestos: a nivel general de protección de todas las personas cubiertas por la ley de la UE, un mayor nivel de protección para los individuos que ya han adquirido el derecho de residencia permanente en el territorio de los Estados miembro y un mejorado súper nivel de protección de menores o para aquellos que han residido durante diez años en un país de acogida.

Los límites a la libertad de circulación y residencia han sido siempre el orden público, la seguridad pública y la salud pública. La interpretación de esos conceptos indeterminados, y la fijación de los límites los ha ofrecido el Tribunal de Justicia.

En España como en Italia y otros países, el control de la libertad de residencia tanto de ciudadanos de la Unión Europea como de extranjeros extracomunitarios lo efectúan los tribuna-

<sup>33</sup> STJ, 17/4/1986, “Estado Neerlandés (Ministerio de Justicia)/Ann Florence Reed”, C-59/85, Rec. 1986, p. 1283. Es bien entendido que como declaró el TJCE en el asunto “Reed”, de acuerdo con la normativa comunitaria, la noción de cónyuge implicaba una relación fundamentada en la institución del matrimonio; y que una persona que mantuviese una relación estable con un nacional de un Estado miembro no puede ser asimilado a la noción de cónyuge (Sentencia del TJCE, 17/4/1986, “Estado Neerlandés contra Ann Florence Reed”, Rec. 1986, asunto 59/85, p. 1283 y ss., apdos. 15, 16 y 30).

les ordinarios. Los Estados miembro no pueden formular objeciones al movimiento del Estado basado en el derecho internacional privado, tales como las relacionadas con el principio de reciprocidad o de orden público, salvo en la medida de hecho de las disposiciones contenidas en la directiva. Pero como hemos dicho la apelación al orden público requiere, aparte de la perturbación del orden social que constituye cualquier infracción de la ley, que exista una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad”<sup>34</sup>.

Por ejemplo, los límites de la política pública nacional no pueden invocarse sobre el último nombre que se da a los niños<sup>35</sup>, considerándolo como un asunto que se relaciona con la situación personal. “Cuando un niño, que es nacional de un Estado miembro y reside legalmente en el territorio de otro Estado miembro, y sus padres no poseen otra nacionalidad que la del primer Estado miembro y cuando para la atribución del apellido la regla de conflicto de leyes de este se remita a su derecho material sobre los apellidos, la determinación del apellido de ese niño en este Estado conforme a su legislación no puede constituir una discriminación por razón de la nacionalidad a efectos del art. 12, CE”<sup>36</sup>. Y de hecho el apellido de un niño se refiere a su personal estatus, de acuerdo con las conclusiones del abogado general, Shatpston<sup>37</sup>, y persigue objetivo de signo igual entre los ciudadanos<sup>38</sup>.

También el Tribunal de Justicia<sup>39</sup> ha subrayado como la normativa aplicable en la directiva nº 68/360 y en la directiva del Consejo del 21 de mayo de 1973 nº 73/148/CEE (art. 3º) –relativas a los traslados y a las residencias en tema de establecimiento a

<sup>34</sup> STJ, 4/10/2012, “H. B. H. B./Glaven sekretar na Ministerstvo na vashreshnite raboti”, en portaljuridico.lexnova.es.

<sup>35</sup> STJ, “Stefan Grunkin y Dorothee Regina Paul”, asunto C-353/06, recopilación de jurisprudencia, 2008, p. I-07639.

<sup>36</sup> STJ, “Stefan Grunkin y Dorothee Regina Paul”, asunto C-353/06, recopilación de jurisprudencia, 2008, p. I-07639.

<sup>37</sup> STJ, “Stefan Grunkin y Dorothee Regina Paul”, asunto C-353/06, recopilación de jurisprudencia, 2008, p. I-07639.

<sup>38</sup> STJ, 22/12/2010, “Ilonka Sayn-Wittgenstein contra Landeshauptmann von Wien”, C-208/09, recopilación de jurisprudencia, 2010, p. I-13.693.

<sup>39</sup> STJ, 25/7/2002, “Mrax/Belgio”, C-459/99, Rec., 2002, p. I-6591.

la prestación de servicios– y la normativa del Reglamento (CE) del Consejo del 25 de septiembre de 1995, n° 2317 –que indica los países terceros cuyos ciudadanos deben tener el visado para atravesar la fronteras externas a los Estados miembro– que se deban leer a la luz del principio de proporcionalidad, según el cual “un Estado miembro no puede rechazar a la frontera al ciudadano de un país tercero, casado con un ciudadano de un Estado miembro, que intente entrar en su territorio sin tener un documento de identidad o un pasaporte válido, o un visado, cuando dicho cónyuge puede probar su identidad y también la relación conyugal”, o sea, cuando “no existen elementos que puedan establecer que él representa un peligro para el orden público, la seguridad pública o la sanidad civil conforme al art. 10 de la directiva n° 68/3760 y al art. 8° de la directiva n° 73/148”. Por lo tanto, en el caso de que estas pruebas existan, no se puede negar el permiso de residencia y tampoco expulsar.

§ 7. *EL ESTATUS DE HIJO MATRIMONIAL Y NO MATRIMONIAL PARA LA APLICACIÓN DEL REGLAMENTO N° 2201/2003.* – De hecho, también el estatus de hijo matrimonial o no matrimonial, no solo es presupuesto por el ordenamiento jurídico de la Unión para la aplicación de la directiva n° 2004/38/CE, sino también este –en su aplicación concreta y por los objetivos del sistema UE– es presupuesto para la aplicación del Reglamento n° 2201/2003, y también respecto de los derechos fundamentales.

Los obstáculos derivan de las diferentes normativas nacionales, que hoy está reducida en tema de derecho de familia por la presencia del Reglamento n° 2201/2003, el cual permite el reconocimiento automático de las decisiones relativas al derecho de visita de los menores. En el ámbito de la aplicación del reglamento están los procedimientos relativos al divorcio, a la separación de los cónyuges o a la anulación del matrimonio, y todas las cuestiones relativas a la responsabilidad parental. Naturalmente, el Reglamento n° 2201/2003 se propone eliminar los obstáculos a la circulación y al reconocimiento de las sentencias en el espacio jurídico europeo, también a través de la ejemplificación del procedimiento de ejecución.

El Reglamento citado, aunque ha introducido normas en materia de jurisdicción y competencia, ha tratado con su disciplina aspectos de carácter sustancial, si bien incluso excluido expre-

samente de su ámbito de aplicación la determinación y la impugnación de la filiación; así como también la decisión relativa a la adopción, las medidas que la preparan, la anulación y la revocación de la adopción; los nombres y apellidos del menor; la regulación del instituto de la emancipación; los *trust* y las sucesiones y las disposiciones que derivan de penas ilícitas cometidas por menores.

En particular, el Reglamento n° 2201/2003 asume edo al principio de igual tutela de la filiación legítima y natural, recordando que la ampliación aplicativa del Reglamento se debe a una iniciativa legislativa de la Comisión Europea que acababa las indicaciones del programa del Consejo de noviembre de 2000 relativo a la actuación del reconocimiento recíproco de las decisiones en tema civil y comercial, cuyo objetivo es extender el régimen del Reglamento n° 1347/2000 a las decisiones sobre el ejercicio de la potestad sobre los hijos de parejas no casadas y a las decisiones sobre la responsabilidad de los padres, diferentes de aquellas tomadas en caso de divorcio o separación para garantizar la paridad de tratamiento con respecto a todos los hijos.

Es evidente que los instrumentos que el derecho de la UE predispone reflejan exigencias de mayor movilidad internacional de los individuos, así como una creciente inestabilidad de las relaciones familiares.

La referencia es a la actuación del principio de paridad de tratamiento, en aplicación del principio de no discriminación ratificado por el art. 21 de la Carta de Niza.

El Reglamento y el concepto de responsabilidad parental que es arreglado no puede aplicarse diversamente con respecto a un hijo, tampoco en el caso de que el Estado miembro deje un perfil de diferenciación entre la condición de hijo matrimonial, no matrimonial o adoptivo. De esta manera se supera cada dato normativo interno que indique todavía regímenes diferenciados para los hijos nacidos fuera o dentro del matrimonio. Siempre en términos respecto del principio de interés superior del menor se debe leer el criterio de su residencia habitual del mismo sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial para las decisiones en tema de responsabilidad parental<sup>40</sup>.

<sup>40</sup> Informe explicativo del Convenio celebrado con arreglo al artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la competencia, el reconocimiento

Desde el punto de vista del derecho sustancial, el reglamento examinado introduce una noción autónoma y uniforme de “responsabilidad parental” que se puede cualificar como el conjunto de los “derechos y deberes que pertenecen a una persona física o jurídica en fuerza de una decisión judicial, de la ley o de un acuerdo relativos a la persona o los bienes de un menor”, que grava sobre los que pueden definirse como titulares de dicha responsabilidad. El sujeto de dicha responsabilidad son los padres, además de los otros parientes o personas cuya relación de cuidado del menor se formalice por una decisión de la autoridad judicial por un acto público o por un acuerdo, así como por un ente que entrega en custodia al menor.

§ 8. **LA LEY NACIONAL QUE IDENTIFIQUE EL MOMENTO CONSTITUTIVO DE LA CREACIÓN DEL ESTATUS DE HIJO.** – Con respecto a este último caso, el reglamento impone el respeto de principios que no pueden ser considerados al momento de la circulación del estatus de hijo y de la aplicación de cada norma europea. Lo que destaca con respecto al estatus de hijo y al fin de nuestra reconstrucción es que, relativamente a la aplicación del Reglamento n° 2201/2003, también las relaciones de filiación entre el menor y los padres unidos por un matrimonio homosexual o por una *partnership* registrada, hetero u homosexual, son incluidos en la aplicación del Reglamento citado, porque es la ley nacional identifique el momento constitutivo de la creación del *status* de hijo<sup>41</sup>.

De esta manera se supera cada dato normativo interno que indique todavía regímenes diferenciados para los hijos nacidos fuera o dentro del matrimonio.

Desde el punto de vista del derecho sustancial, el regl. 2201/2003 introduce una noción autónoma y uniforme de «responsabilidad parental que se puede cualificar como el conjunto de los «derechos y deberes que pertenecen a una persona física o jurídica en fuerza de una decisión judicial, de la ley o de un

---

y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial (texto aprobado por el Consejo el 28 de mayo de 1998) preparado por la profesora Dra. Alegría Borrás Catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad de Barcelona. Diario Oficial n° C 221 de 16/07/1998 p. 0027 - 0064.

<sup>41</sup> Tonolo, *Le Unioni civili nel diritto internazionale privato*, p. 89.

acuerdo relativos a la persona o los bienes de un menor», que grava sobre los que pueden definirse como titulares de dicha responsabilidad. El sujeto de dicha responsabilidad es el padre legítimo y natural, además de los otros parientes o persona cuya relación de cuidado del menor se formalice por una decisión de la autoridad judicial por un acto público o por un acuerdo, así como por un ente que entrega en custodia el menor.

De la lectura de la jurisprudencia y de la norma se nota que la noción de filiación considerada en el ordenamiento jurídico de la UE es amplia y su objetivo es garantizar la igualdad entre hijos nacidos dentro y fuera de la familia legítima<sup>42</sup>, donde la tutela de la relación entre menor y tutor se realiza a través de la libre circulación de las decisiones en tema de responsabilidad parental.

Al mismo tiempo la referencia al acto judicial o de estado civil que en el ordenamiento del Estado miembro de origen atribuye el estatus de hijo, garantiza su circulación y la aplicación de cada norma relativa a la condición de hijo, también en el caso de que en el Estado miembro destinatario el tipo de filiación identificada por aquel estatus no sería *ab initio* atribuible o vedada por aquel ordenamiento.

Este dato refleja que en el ordenamiento de la UE para cada Estado miembro, se considera hijo el que es tal para el país de la UE donde se ha formado esta condición, que circula con la persona.

En este sentido, también para cada ordenamiento de un Estado Miembro el *status* de hijo tendrá que ser reconocido a la persona adoptada por una pareja homosexual, en cuanto la adopción por parte de parejas del mismo sexo es posible en muchos Estados miembro, como es el caso en el Reino Unido de Inglaterra y de Escocia en el Adoption and Children Act 2002 y Children (Scotland) Act 2007, y recientemente también en Francia.

Lo mismo se puede decir en caso de filiación por fecundación médicamente asistida. En el país miembro destinatario,

<sup>42</sup> Magrone, “L'esecuzione delle decisioni in materia familiare secondo il regolamento (CE) n° 2201/2013”, en Carella (coord.), *Cooperazione giudiziaria ed efficacia delle sentenze: problematiche di diritto internazionale europeo*, p. 225.

la persona que en su propio país de origen (p.ej., Alemania) es padre no biológico, en el país miembro destinatario goza del estatus de hijo con respecto al padre que lo haya reconocido aunque sea diferente del donador de esperma, incluso en la hipótesis de que el Estado destinatario no admita la inseminación heteróloga, como por ejemplo en Italia. De hecho, el art. 1600, 4c, BgB, respecto de la impugnación de paternidad y de derecho de visita, ha sido modificado por la ley 23 de abril de 2004, y ha excluido la impugnación de paternidad por parte del hombre o de la madre cuando el hijo es procreado a través de la donación de esperma por parte del tercero con el consentimiento de ambos<sup>43</sup>.

Otra hipótesis en que el estatus de hijo matrimonial o no matrimonial pueda formarse con referencia a modos de reconocimiento de la paternidad y maternidad completamente diferente, por ejemplo, con respecto de algunos ordenamientos jurídicos internos como el ordenamiento italiano y de la mayoría de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembro, es la fecundación *post-mortem*<sup>44</sup>. Desde el primer caso en el cual los Tribunales ingleses se pronunciaron –donde en última instancia la Court of Appeal reconoció el derecho del recurrente de recibir el tratamiento médico con los gametos del marido fallecido en otro Estado miembro<sup>45</sup>– se debe recordar como también en el ordenamiento jurídico español desde 1988, con la ley sobre las técnicas de reproducción asistida, el marido puede aceptar (exart. 9.2), con acto público o testamento, que su semen pueda ser utilizado –durante seis meses después de su muerte– para fecundar a la mujer, y esta procreación producirá los efectos legales que derivan del prohijamiento matrimonial. También Grecia en 2002 ha aprobado una ley (nº 3089/2002),

<sup>43</sup> Arnold, “Questioni giuridiche in merito alla fecondazione artificiale nel diritto tedesco”, en Cassonato - Frosini, *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, p. 5 a 21.

<sup>44</sup> Gentilomo - Piga - Nigrotti, “Protezione eterologa, surrogazione e inseminazione post-mortem”, en Gentilomo - Piga - Nigrotti (coords.) *La protra-zione medicalmente assistita nell'Europa dei quindici*, p. 67 a 106.

<sup>45</sup> Court of Appeal, Civil Division, “R./Human Fertilisation and Embryology Authority, exparte Blood”, All ER, 2, 1997, p. 687, pero posteriormente, con la autorización del Tribunal Inglés de Apelaciones, el solicitante fue a Bélgica, donde en 1998 nació el hijo de su marido muerto, que tenía un hermano, siempre con el gameto de su difunto marido, en 2002.

en la que reconoce expresamente la inseminación *post-mortem* no solo por el marido sino también por el compañero estable de la mujer, en el caso de que los dos hubieran dado en vida el consentimiento, o hubiera sido un riesgo de esterilidad, previa autorización judicial.

Igualmente, goza de los derechos relativos a la libertad de circulación el estatus de hijo matrimonial o no matrimonial el hijo nacido de un acuerdo de subrogación, por ejemplo conforme a la ley inglesa llamada Human Fertilisation and Embryology Act de 1990, donde el art. 30 contempla la legitimación de la condición jurídica del hijo nacido de maternidad subrogada, después del control jurisdiccional sobre la validez del contrato (a título gratuito y consensual –art. 36–). El Tribunal, después de la entrega del hijo de la madre natural a la madre comisionista, lo legitima con un mandato como hijo de la pareja. También el Código Civil griego en su art. 1458 permite el recurso a la maternidad subrogada, por lo tanto en caso de procreación artificial y de gestación se reconoce como madre a la comisionista, si es judicialmente autorizada al recurso a la gestación por parte de otra mujer.

Por lo tanto, también en el caso de estatus de hijo, en el ordenamiento jurídico de la UE se produce el doble fenómeno por el cual este sistema –por la realización de sus fines, también relativos a la reglamentación de su mercado– presupone las cualificaciones que los mismos países miembros hacen con respecto a la constitución del estatus de hijo, realizando una adaptación de esta noción siempre más fluida<sup>46</sup>, así como también en los ordenamientos donde algunas situaciones, como las de la filiación adoptiva entre parejas homosexuales, no serían realizables.

§ 9. **CONCLUSIÓN.** – La protección de la familia y de los menores, el respeto de la vida familiar y el derecho a casarse se consideran valores fundamentales de la construcción de la Unión, y hacia estos se debe orientar la interpretación del derecho derivado de la UE y del derecho nacional<sup>47</sup>.

<sup>46</sup> Rescigno, “Status e capacità”, en Paradiso (coord.), *I mobili confini dell'autonomia privata*, p. 15 a 31. Tribunal de Primera Instancia, 12/10/2000, “España/Comisión”, C-480/98, Rec. 1998, p. I-8717, apdo. 149.

<sup>47</sup> Tribunal de Primera Instancia, 4/3/2010, “Rhimou Chakroun/Minister van Buitenlandse Zaken”, C-578/08, Rec. 2010, p. I-01839.

La noción de vida familiar y de menores asume importancia en aspectos particulares del derecho de la UE, como el derecho al asilo, la admisión y expulsión de los extranjeros, la reunión familiar de las libertades de los tratados, la unificación familiar, o sea, los aspectos de la vida de la persona relativos a las competencias de la UE, que son funcionales para la realización de su mandato.

La misma jurisprudencia de la UE muestra una presencia siempre más fuerte en tema de libertad de circulación de las personas económicamente activas y una consiguiente voluntad de favorecer la circulación de sujetos no económicamente activos, cuyo derecho deriva directamente de la ciudadanía de la UE, donde además se da menor importancia al objetivo de realización del mercado respecto al objetivo de dar más protección al individuo<sup>48</sup>.

El Tribunal de Luxemburgo, haciendo un creciente recurso a una definición unitaria de estatus de ciudadano de la UE, realiza una aplicación del principio de reconocimiento mutuo precisamente a los estatus de filiación, mucho más amplia la recurrente en la directiva nº 2004/38. También el abogado general La Pergola en sus conclusiones a la sentencia permite incluir en el estado uniforme de ciudadano europeo el de familiar.

Si el estatus de la persona se configura como presupuesto para el usufructo de un derecho de un individuo al interno de la Unión y establecido por esta, es esencial recurrir a un principio de unicidad del estatus en la UE, porque las “precondiciones” del usufructo de los derechos de la UE no puede mudar según la posición geográfica del sujeto o sujetos diferentes que viven las mismas condiciones.

Luego, el principio de unicidad se aplicaría a los actos del estado civil, así como a los estatus de la persona como es definida en el país miembro de origen. Esto porque de la existencia del estatus y de las precondiciones destinadas a determinarlo, depende la existencia y el usufructo de los beneficios y

<sup>48</sup> Tribunal de Primera Instancia, 30/11/1995, “Gebhard”, C-55/94; íd., 11/7/2002, “Carpenter”, C-60/00, Rec. 2002, p. I-6279; Tribunal de Primera Instancia, 21/8/2003, “Akrich”, C-109/01, Rec. 2003, p. I-9607. Ver Straetmans, *Non-Economic free Movement of European Union Citizens and family matters. Does the internal Market have any limit?*, p. 183 a 238.

derechos establecidos por el ordenamiento de la UE, y pueden ser de admisión y residencia u otros beneficios también –y no solamente– de tipo retributivo y de seguridad social.

De hecho, en la sentencia “Dafeki”, el objeto del juicio de equivalencia es un acto del estado civil. Igualmente, también en la notoria sentencia “García Avello”, el objeto de la obligación de reconocimiento parece ser precisamente el estatus de la persona (relativo al derecho al nombre) adquirido en su propio país de origen (puntos 31 y 45)<sup>49</sup>. “Las sentencias ‘Dafeki’ y ‘García Avello’ y las conclusiones ‘Niebuß’ delimitan una obligación para el Estado destinatario –o sea para el Estado del Foro– de respetar en el caso concreto el estatus cristalizado en el Estado de origen, sin verificar si la ley aplicada a la constitución del estatus sea la competente según las normas del conflicto del Estado destinatario”<sup>50</sup>.

Se debe recordar cómo, precisamente, el Tribunal de Justicia ha establecido en la citada sentencia “Dafeki”, que sin una normativa que armonice la materia, con referencia al valor extraterritorial de la testificación del estado civil de un país, las administraciones y jurisdicciones del Estado miembro destinatario o residencia del ciudadano tengan la obligación de respetar el contenido de los documentos de estado civil extendidos por el país de origen, también con respecto al simple reconocimiento del valor probatorio de aquel documento, como ha sido afirmado<sup>51</sup>, o sea, como reconocimiento de la validez del acto<sup>52</sup>.

Además, la referencia no se puede limitar al Estado de origen de la persona, sino al de formación de aquella condición que se debe respetar en el Estado miembro donde la persona es destinada, por el hecho de que la posibilidad de adquirir estatus personales y familiares en Estados miembro diferentes del Estado de su propia origen es connatural al concepto mismo de ciudadanía europea y su estrecha conexión con el principio de libertad de circulación.

<sup>49</sup> Tomasi, *La tutela degli status familiari nel diritto dell’Unione europea*, p. 107.

<sup>50</sup> Tomasi, *La tutela degli status familiari nel diritto dell’Unione europea*, p. 111.

<sup>51</sup> Fallon, *Constraints of internal market law on family law*, p. 149 a 233.

<sup>52</sup> Niccolini, *Il mutuo riconoscimento tra mercato e sussidiarietà*, p. 212 y 213.

De esta situación deriva la necesidad de elaborar una definición unitaria de estatus subjetivo europeo, como se está argumentando desde hace unos años<sup>53</sup>.

En efecto, debido al hecho de que el estado civil de la persona es considerado como condición previa para la atribución de una situación jurídica subjetiva reconocida por el derecho de la Unión –p.ej., hermano, esposa, marido, pareja, hijo de ciudadanos europeos, ciudadano europeo– no se puede pensar que el estatus de una persona pueda ser considerado de manera diferente en cada legislación nacional, para el goce de los mismos derechos.

De esta manera, se violaría el principio de igualdad de los ciudadanos europeos.

El principio de la unicidad tendría que aplicarse, por lo tanto, a los actos que se refieran al estatus civil, tal como se define en el Estado miembro de origen.

Esto es porque del estatus depende la existencia y el goce de los beneficios previstos por el derecho de la Unión.

La noción unitaria de estatus ya se ha hecho operativa en normas de derecho<sup>54</sup>.

La reflexión sobre el concepto de estatus en el derecho comunitario abre la posibilidad de un análisis más amplio sobre la noción de estatus, si bien limitado en estas pocas páginas.

El derecho de la UE proporciona elementos que refuerzan la función del estatus, que en los últimos años se había hecho menos importante e incierto.

De hecho, la referencia al sistema jurídico comunitario refuerza la idea de estatus como momento de síntesis entre derecho privado y derecho público, donde, según los diferentes sectores, hay un mayor o menor grado de autodeterminación del individuo dentro de áreas determinadas por un interés público.

Trazar la presencia de este último es crucial para entender la función de estatus en la realidad contemporánea y no dejar

<sup>53</sup> Conclusiones del abogado general La Pergola, con respecto al caso “Dafeki”, C\_336/94 Racc., I-6761 y sucesivas.

<sup>54</sup> 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.

que se limite a una dimensión subjetiva, que tiende a expandirlo más allá de su función característica.

El ordenamiento de la Unión Europea apoya la idea de que el concepto de estatus describe el mutable equilibrio entre la libertad de la voluntad y la libertad de movimiento, por un lado, que es esencialmente materia de derecho privado y los objetivos sociales del estado de bienestar, que se expresan en términos de derecho público.

La misma selección de estatus dentro del derecho comunitario destaca la tendencia emergente en el *welfare state* por el cual el estatus ya no es sinónimo de privilegio, ni instrumento de la igualdad formal, como lo han considerado los ordenamientos jurídicos desde la Revolución Francesa. Como se opina: “El principio de la igualdad nace [...] a partir de las cenizas de la condición política y filosófica de los estatus personales de época medieval y moderna, y en una relación de oposición abierta y desacuerdo total”.

La llegada del Estado de bienestar ha obligado a la creación de normas que sirven a la promoción y a la protección de las personas vulnerables, a través de la demarcación de las particularidades, pero no de una manera discriminatoria.

La evolución de la sociedad y de los sistemas jurídicos conduce al reconocimiento de estatus como compromiso para eliminar los obstáculos y poner en práctica el principio de igualdad (no formal) sino sustancial.

La noción de estatus, condición previa para el disfrute de los derechos individuales dentro de la Unión, confirma que es el interés público el motor principal de su identificación.

Ese interés puede cambiar, modificando los sistemas jurídicos de referencia. De ahí la dificultad de su definición.

En el derecho de la UE el interés público se identifica en los fines perseguidos por la Unión. La condición de la persona está reglamentada para alcanzar los objetivos establecidos en los arts. 2º y 3º del TUE y para construir el mercado interno. Entonces en el sistema de la Unión Europea, el número de estatus no es infinito y dilatado como en la interpretación subjetivista, sino limitado a las condiciones previas de las personas, funcionales para el logro de sus objetivos, de manera que no estén en conflicto con la promoción del Estado de bienestar.

**BIBLIOGRAFÍA**

- Alpa, Guido, *Status e capacità*, Roma-Bari, La Terza, 1993.
- Arnold, R., "Questioni giuridiche in merito alla fecondazione artificiale nel diritto tedesco", en Cassonato, C. - Frosini, T. E., *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, Utet, 2006.
- Carbone, Sergio M. - Queirolo, Ilaria (coords.), *Diritto di famiglia e Unione Europea*, Torino, Utet, 2008.
- Cassonato, C. - Frosini, T. E., *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, Utet, 2006.
- Cerami, Pietro - Serio, Mario (coords.), *Scritti di comparazione giuridica*, Torino, Giappichelli, 2011.
- Codinanzi, M. - Amalfitano, C., "La libera circolazione della coppia nel diritto comunitario", en Carbone, Sergio M. - Queirolo, Ilaria (coords.), *Diritto di famiglia e Unione Europea*, Torino, Utet, 2008.
- Fallon, M., "Constraints of internal market law on family law", en Meeusen, Johan - Pertegás, Marta - Straetmas, Gert - Swennen, Frederik (coords.), *International family law for the European Union*, Antwerpen Oxford, Oxford University Press, 2006.
- Gentilomo, A. - Piga, A. - Nigrotti, S. (coords.), *La protrazione medicalmente assistita nell'Europa dei quindici*, Milano, Giuffrè, 2005.
- Gentilomo, A. - Piga, A. - Nigrotti, S., "Protezione eterologa, surrogazione e inseminazione post-mortem", en Gentilomo, A. - Piga, A. - Nigrotti, S. (coords.), *La protrazione medicalmente assistita nell'Europa dei quindici*, Milano, Giuffrè, 2005.
- Giamo, G., "Brevi riflessioni su diritti fondamentali e diritti soggettivi", en Cerami, Pietro - Serio, Mario (coords.), *Scritti di comparazione giuridica*, Torino, Giappichelli, 2011.
- Magrone, E. M., "L'esecuzione delle decisioni in materia familiare secondo il regolamento (CE) n° 2201/2003", en Carella, G. (coord.), *Cooperazione giudiziaria ed efficacia delle sentenze: problematiche di diritto internazionale europeo*, Roma-Bari, Laterza, 2004.
- Meeusen, Johan - Pertegás, Marta - Straetmas, Gert - Swennen, Frederik (coords.), *International family law for the European Union*, Antwerpen Oxford, Oxford University Press, 2006.
- Niccolini, Stefano, *Il mutuo riconoscimento tra mercato e sussidiarietà*, Padova, Cedam, 2005.
- Palazzo, A., "Famiglia e paidocentrismo tra carta dei diritti fondamentali e ordinamenti civili", en Palazzo, A. - Pieretti, A. (coords.), *Incontri assisani nell'attesa di Benedetto XVI*, Roma-Perugia, Iseg, 2011.
- Palazzo, A., "La filiazione", en Cicu, Antonio - Messineo, Francesco, *Trattato di diritto civile y commerciale*, Milano, Giuffrè, 2007.
- Paradiso, Massimo (coord.), *I mobili confini dell'autonomia privata*, Milano, Giuffrè, 2005.

- Rescigno, P., "Status e capacità", en Paradiso, Massimo (coord.), *I mobili confini dell'autonomia privata*, Milano, Giuffrè, 2005.
- Rossolillo, G., *Muto riconoscimento e tecniche conflittuali*, Padova, Cedam, 2002.
- Snell, Jukka, *Who's got the power? Free movement an allocation of competence in EC law*, "Yearbook of European Law", vol. 22, Issue 1, 2003, p. 323 a 335.
- Straetmans, Gert, "Non-Economic free Movement of European Union Citizens and family matters. Does the internal Market have any limit?", en Meeusen, Johan - Pertegás, Marta - Straetmas, Gert - Swennen, Frederik (coords.), *International family law for the European Union*, Antwerpen Oxford, Oxford University Press, 2006.
- Tomasi, Laura, *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2007.
- Tonolo, Sara, *Le Unioni civili nel diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2001.

## CAPÍTULO IV

### LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES Y EL DERECHO DE LA INTEGRACIÓN\*

por ROBERTO CIPPITANI\*\*

§ 1. **PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES EN EL ÁMBITO DE LA CONSTRUCCIÓN EUROPEA.** – Entre los temas más relevantes en el derecho europeo de las últimas décadas está, sin duda, la protección de los datos personales.

No se trata de un tema nacido en la cultura jurídica europea, como sucede en muchas de las cuestiones jurídicas de la ciencia y de la tecnología, sino en la literatura estadounidense.

En el famoso trabajo de Samuel Warren y Louis Brandeis, *The right to privacy* publicado en la “Harvard Law Review”, en 1890, se construye la noción de “privacy” como derecho de la persona o excluir a los demás de la invasión de la esfera personal. En la práctica, la privacidad nace como una extensión de

\* El presente capítulo se ha realizado en el ámbito de la actividad del Centro de Excelencia Jean Monnet “Regional Integration and Human Rights” (RI&HR) de la Universidad de Buenos Aires, y también en el ámbito de los proyectos: “Umbria Biobank”, PRJ-1506, Azione 2.3.1, POR-FESR 2014-2020 (Italia), cofinanciado por la Unión Europea y por la Región Umbria; Cátedra Jean Monnet “EU\*5thFreedom”, financiado por la Unión Europea en el ámbito del Programa Erasmus+.

\*\* Catedrático Jean Monnet de la Università degli Studi di Perugia, Departamento de Medicina y Cirugía. Profesor de Bioderecho y de Derecho de la Informática e Informática Forense.

la lógica de la propiedad (de origen en el derecho romano) del ámbito físico a lo “espiritual”<sup>1</sup>.

En la actualidad, las cuestiones jurídicas que derivan de la utilización de los datos personales son más amplias y complejas.

Mientras al final del siglo XIX el problema era limitar las ocasionales posibles intrusiones en la esfera personal de otros como los periodistas (ese era el caso estudiado por Warren y Brandeis), en nuestra época las tecnologías de la comunicación digitalizan (convierten en “bit” de información) todos los aspectos de la vida de las personas y de las relaciones de manera sistemática y continua, en muchos casos por obra de la misma persona (a través de las redes sociales o simplemente por el uso de dispositivos continuamente conectados a internet).

La digitalización, en segundo lugar, lleva a una circulación instantánea de las enormes cantidades de datos en todo el mundo globalizado, de manera muy barata y prácticamente sin limitaciones técnicas.

Dicha circulación permite representar la época actual como de una “sociedad del conocimiento”, es decir, una sociedad y una economía basada en la elaboración y compartimiento de conocimientos, más que de la producción e intercambio de bienes<sup>2</sup>.

Internet y la comunicación digital han finalizado la construcción de la “aldea global”, es decir, espacio comunicativo basado en los “mass media”, imaginada por Marshall McLuhan<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Ver, por ejemplo, de Witte - Ten Have, *Ownership of genetic material and information*, “Social Science & Medicine”, vol. 45, n° 1, august 1997, p. 51 a 60. Véase también, Cippitani, *Property paradigm and protection of rights concerning genetic information*, en “Rivista Diritto e Processo. Derecho y Proceso. Right and Remedies”, 2016, p. 261 a 288.

<sup>2</sup> Ver los ensayos de Sosa Morato, “Un humanista ante el umbral de la sociedad del conocimiento. Un esfuerzo por comprenderla”; Colcelli, “El ‘conocimiento’ en la tradición del derecho privado europeo”, en Cippitani, *El derecho en la sociedad del conocimiento europeo*; Álvarez Ledesma, “Sucintas reflexiones en torno al derecho de la sociedad del conocimiento”, todos en Cippitani (coord.), *El derecho en la sociedad del conocimiento*; Cippitani, *El derecho privado de la Unión Europea desde la perspectiva de la sociedad del conocimiento*. Sobre la teoría general de los derechos humanos en la sociedad del conocimiento, vid también, Álvarez Ledesma, *Introducción al derecho*.

<sup>3</sup> Ver McLuhan, *The Gutenberg galaxy: the making of typographic man; Understanding media, y La guerra y la paz en la aldea global*.

Las cuestiones jurídicas que ponen los datos personales ya no se pueden limitar al derecho de la persona a ser dejada en paz (“let be alone”), sino que se refieren a otros problemas como los mencionados a continuación: la relación entre el derecho a la privacidad y el derecho de la persona a expresar su opinión y a ser informada; la relación entre la protección de datos personales y otros intereses relevantes para el ordenamiento jurídico; la circulación incluso transfronteriza de los datos personales.

Además, en el derecho europeo, las cuestiones jurídicas sobre la circulación de los datos personales se han convertido en un problema continental, donde por lo menos desde los años 80 del siglo pasado, se ha ido desarrollando una disciplina jurídica y reflexiones institucionales sobre el tema de la protección de datos personales, elaborando una disciplina que se considera la más avanzada e influyente incluso a nivel internacional<sup>4</sup>.

Esa disciplina ha estado conformada por el Consejo de Europa, es decir, por el sistema intergubernamental de protección de los derechos humanos, en particular a través del Convenio 108 del Consejo de Europa sobre la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal de 1981.

Sobre todo, una normativa acerca del tema de la protección de datos personales ha sido elaborada por la Unión Europea<sup>5</sup>, que ha adoptado ya desde los años 90 la directiva 95/46/CE de 24 de octubre de 1995, y que hoy día regla la materia en particular con el Reglamento 2016/679<sup>6</sup>, llamado “Reglamento general de protección de datos personales” (en adelante también “GDPR”, según el acrónimo de su definición en inglés), entrado en vigor el 25 de mayo del 2018.

<sup>4</sup> Bygrave, *Data privacy law: an international perspective*, p. 63.

<sup>5</sup> Sobre la evolución de la normativa europea en tema de protección de datos personales, Bu-Pasha, *Cross-border issues under EU data protection law with regards to personal data protection*, “Information & Communications Technology Law”, 26:3, 2017, p. 213 a 228.

<sup>6</sup> Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

La normativa de la UE incluye también reglamentaciones en ámbitos particulares, como el tratamiento de datos personales por parte de las Instituciones (Reglamento UE 2018/1725 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2018 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y a la libre circulación de esos datos); la protección de los datos en las comunicaciones electrónicas (vid la directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas); el tratamiento de los datos en materia penal (directiva 2016/680/UE del Parlamento Europeo y del Consejo<sup>7</sup> y la directiva 2016/681/UE al tratamiento de los datos relativos a la información de cada pasajero en el transporte aéreo, a través del registro de nombres de los pasajeros –Passenger Name Record, PNR–).

La disciplina jurídica de la UE considera los datos personales desde el punto de vista de la construcción del espacio jurídico-económico que está sobre la base de la integración europea.

De hecho “el buen funcionamiento del mercado interior exige que la libre circulación de los datos personales en la Unión no sea restringida ni prohibida por motivos relacionados

<sup>7</sup> Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la decisión marco 2008/977/JAI del Consejo. Por un comentario sobre la directiva, Sajfert - Juraj, *Data protection directive (EU) 2016/680 for police and criminal justice authorities*, en “Cole/Boehm GDPR Commentary”, 2019, en <https://ssrn.com/abstract=3285873>; Di Francesco Maesa, *Balance between security and fundamental rights protection: an analysis of the directive 2016/680 for data protection in the police and justice sectors and the Directive 2016/681 on the use of passenger name record (PNR)*, “Eurojust.it”; Van der Sloot, *Legal consistency after the General Data Protection Regulation and the Police Directive*, “European Journal of Law and Technology”, vol. 9, n° 3, 2018, p. 1 ss.; Sajfert - Quintel, *Data protection directive (EU) 2016/680 for police and criminal justice authorities*, en “Cole, Boehm, GDPR Commentary”, 2019, en <https://ssrn.com/abstract=3285873>.

con la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales” (consid. 13, GDPR ).

§ 2. **DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE DERIVAN DE LA DISCIPLINA EN MATERIA DE DATOS PERSONALES.** – Como se ha visto en el § 1, la normativa sobre los datos personales tiene como objetivo garantizar el funcionamiento del mercado interno de la Unión Europea. Pero eso, como sucede en muchos ámbitos del derecho supranacional europeo, no significa que el aspecto económico de la integración europea sea lo único relevante<sup>8</sup>.

De hecho, como subraya el primer considerando del GDPR, la protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales es un derecho fundamental<sup>9</sup>, como el previsto por el art. 8º, apdo. 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (la “Carta”) y el art. 16, apdo. 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“TFUE”)<sup>10</sup>.

Por tanto, toda la normativa está enfocada en la necesidad de garantizar ese derecho fundamental, a través de la previsión de muchas obligaciones a cargo del responsable del tratamiento, es decir el sujeto que determina los fines y medios del tratamiento de los datos personales (art. 4º, nº 7, GDPR). Por tratamiento el derecho de la Unión considera cualquier tipo de operación sobre los datos personales como “la recolección, registro, organización, estructuración, conservación, adapta-

<sup>8</sup> Por ejemplo, en el derecho de la Unión Europea la libre circulación de los datos personales sirve para alcanzar otros objetivos como la realización del “espacio europeo de investigación” (consid. 159, GDPR) previsto por el art. 179, apdo. 1, TFUE, donde los investigadores, pero también las informaciones y el conocimiento, puedan circular libremente.

<sup>9</sup> Wagner, *The transfer of personal data to third countries under the GDPR: when does a recipient country provide an adequate level of protection?*, “International Data Privacy Law”, vol. 8, Issue 4, november 2018, p. 318 a 337.

<sup>10</sup> Sobre la protección de datos personales como derecho fundamental, Irion, *A Special Regard: The Court of Justice and the fundamental rights to privacy and data protection*, en *Gesellschaftliche Bewegungen-Recht unter Beobachtung und in Aktion: Festschrift für Wolfhard Kohte*, “Baden-Baden: Nomos”, p. 873 A 890.

ción o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción” (art. 4º, nº 2, GDPR).

El responsable, sobre la base del principio de “responsabilidad proactiva” (“accountability”; art. 5º, apdo. 2, GDPR) debe aplicar “medidas técnicas y organizativas apropiadas a fin de garantizar y poder demostrar que el tratamiento es conforme con el presente Reglamento. Dichas medidas se revisarán y actualizarán cuando sea necesario” (art. 24, apdo. 1, GDPR).

El art. 25 del GDPR precisa que la responsabilidad activa necesita de una “protección de datos desde el diseño” (“privacy by design”), es decir, la elaboración de las medidas técnicas y organizativas apropiadas, así como garantizar que, por defecto (“privacy by default”) “solo sean objeto de tratamiento los datos personales que sean necesarios para cada uno de los fines específicos del tratamiento. Esta obligación se aplicará a la cantidad de datos personales recogidos, a la extensión de su tratamiento, a su plazo de conservación y a su accesibilidad. Tales medidas garantizarán en particular que, por defecto, los datos personales no sean accesibles, sin la intervención de la persona, a un número indeterminado de personas físicas”.

El GDPR prevé el cumplimiento, por parte del responsable o del “encargado al tratamiento”<sup>11</sup>, de deberes organizativos y administrativos, como la designación de un delegado al tratamiento de datos personales (el “Data Protection Officer”, en caso de autoridades o entes públicos y otros sujetos previstos por el art. 37 GDPR); tener un registro de las actividades de tratamiento (en los caso previstos en el art. 30, GDPR); elaborar un documento atinente a la evaluación de impacto relativa a la protección de datos, cuando “sea probable que un tipo de tratamiento, en particular si utiliza nuevas tecnologías, por su naturaleza, alcance, contexto o fines, entrañe un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas” (art. 35,

<sup>11</sup> Ver el artº 4, nº 8, GDPR, según el cual “la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento”.

apdo. 1, GDPR); adoptar medidas para garantizar la seguridad de los datos (art. 32 y ss., GDPR).

El sujeto que trata datos personales debe cumplir con los principios generales previstos por el art. 5º del Reglamento: *a)* “licitud, lealtad y transparencia”; *b)* “limitación de la finalidad”, es decir, recogidos con legítimos fines determinados; *c)* sobre la base del principio de minimización, en cuanto sean colectados y tratados de manera adecuada y limitada a lo necesario en relación con los fines; *d)* de manera exacta y actualizada; *e)* conservados por el plazo necesario a los fines, y *f)* de manera confidencial y segura.

Sobre todo, el responsable debe respetar los derechos de la persona de la cual se tratan los datos (la persona “interesada”).

Los datos personales deben ser colectados y tratados en el respeto de la disciplina del GDPR, especialmente por lo que refiere al consentimiento informado de las personas interesadas.

En particular, el responsable del tratamiento (o su encargado) debe informar a la persona (art. 13, párrs. 1 y 2) sobre la identidad y los datos de contacto del responsable y, en su caso, de su representante; los fines del tratamiento a que se destinan los datos personales y la base jurídica del tratamiento; los destinatarios o las categorías de destinatarios de los datos personales; el plazo durante el cual se conservarán los datos personales o, cuando no sea posible, los criterios utilizados para determinar este plazo; la eventual intención de transferir datos personales a un tercer país u organización internacional.

Además, se debe informar de la existencia de otros derechos reconocidos al interesado, que son, principalmente: el derecho de ser informado; el derecho al acceso a las informaciones almacenada (art. 15); el derecho a obtener la rectificación de los datos inexactos (art. 16); el derecho a la supresión (“el derecho al olvido”) (art. 17); el derecho a la limitación del tratamiento (art. 18) y el derecho a la portabilidad de los datos de un responsable del tratamiento a otro (art. 20); el derecho a la oposición a un tratamiento de datos (art. 21).

Todo este sistema está gobernado por órganos a nivel nacional y supranacional.

De hecho, en cada país de la Unión Europea se deben establecer una o varias autoridades públicas independientes (“autoridad de control”) que tienen que supervisar la aplicación del Reglamento “con el fin de proteger los derechos y las libertades fundamentales de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento y de facilitar la libre circulación de datos personales en la Unión” (art. 51, GDPR).

Por los datos tratados por las instituciones y organismos de la Unión Europea se ha previsto un “European Data Protection Supervisor”.

Las autoridades de control tienen importantes funciones (art. 57) y poderes (art. 58). Entre las primeras, controlar la aplicación del GDPR y hacerlo aplicar; promover la sensibilización del público y su comprensión de los riesgos, normas, garantías y derechos en relación con el tratamiento; asesorar al Parlamento nacional, al Gobierno y a otras instituciones y organismos sobre las medidas legislativas y administrativas relativas a la protección de los derechos y libertades de las personas físicas con respecto al tratamiento; previa solicitud, facilitar información a cualquier interesado en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del presente Reglamento y, en su caso, cooperar a tal fin con las autoridades de control de otros Estados miembro; tratar las reclamaciones presentadas por un interesado e investigar, en la medida oportuna, el motivo de la reclamación; llevar a cabo investigaciones sobre la aplicación del Reglamento; adoptar cláusulas contractuales tipo; alentar la elaboración de códigos de conducta. Entre los poderes de las autoridades de control, hay que destacar el de establecer sanciones en caso de violación de la normativa.

Todas las autoridades de control tienen que colaborar entre ellas (art. 60 y ss.) y forman parte de un “mecanismo de coherencia” que tiene como órgano principal el “Comité Europeo de Protección de Datos”, que es un organismo independiente que “debe contribuir a la aplicación coherente del GDPR en toda la Unión, entre otras cosas asesorando a la Comisión, en particular sobre el nivel de protección en terceros países u organizaciones internacionales, y fomentando la cooperación de las autoridades de control en toda la Unión” (consid. 139, GDPR).

§ 3. **INTERESES PÚBLICOS Y LIMITACIONES A LOS DERECHOS SOBRE LOS DATOS PERSONALES.** – Tanto ellos, como otros derechos fundamentales, incluso los derechos de la persona interesada, especialmente el derecho a dar el consentimiento al tratamiento (art. 6º, párr. 1a, GDPR), pueden ser limitados.

El derecho de la Unión o el derecho nacional pueden imponer restricciones a los derechos del interesado en los casos previstos, en primer lugar, en el consid. 73, es decir, en caso de acciones necesarias como respuesta a catástrofes naturales o de origen humano; llevar a cabo registros públicos por razones de interés público general; el tratamiento ulterior de datos personales archivados para ofrecer información específica relacionada con el comportamiento político durante los regímenes de antiguos Estados totalitarios; la protección del interesado o de los derechos y libertades de otros; la protección social; las violaciones de normas deontológicas en las profesiones reguladas; la salud pública y los fines humanitarios.

Sin embargo, dicho listado no está cerrado debido a que se hace referencia también a “otros objetivos importantes de interés público general de la Unión o de un Estado miembro, en particular un importante interés económico o financiero de la Unión o de un Estado miembro”.

Además, en otras partes del GDPR se consideran otras materias en que se puede derogar a los derechos de las personas interesadas. Este es el caso del tratamiento de los datos personales para “fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos” (consid. 156 y art. 89, GDPR)<sup>12</sup>.

Las derogaciones se consideran necesarias porque la aplicación de la disciplina general podría afectar la implementación de un interés relevante de la comunidad.

Sin embargo, dichas limitaciones se pueden admitir solo si son establecidas por ley de la Unión o nacional (art. 8, párr. 2, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea) y

<sup>12</sup> Por lo que se refiere a las reglas específicas que se aplican en caso de investigación científica, Cippitani, *Finalità di ricerca scientifica ed eccezioni alla disciplina della protezione dei dati personali*, “Ciberspazio e diritto”, vol. 20, n° 62, n° 1-2, 2019, p. 161 a 176; Cippitani, “Genetic research and exceptions to the protection of personal data”, en Arnold - Cippitani - Colcelli (eds.) *Genetic information and individual rights*, p. 54 a 79.

solo respetan algunos principios: la medida debe ser necesaria y proporcionada en una sociedad democrática para salvaguardar los intereses colectivos (art. 52, Carta UE).

Además, las restricciones a los derechos de la persona interesada deben ser coherentes al sistema de protección de los derechos fundamentales y, especialmente, “deben ajustarse a lo dispuesto en la Carta y en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales” (consid. 73, GDPR).

§ 4. *EL CASO DEL TRATAMIENTO DE LOS DATOS PERSONALES EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PENAL.* – El derecho de la Unión Europea establece una disciplina particular en el tratamiento de datos en materia penal<sup>13</sup>, que obviamente es uno de los ámbitos donde los intereses públicos pueden estar en contraste con los individuales.

De hecho, como se ha visto, el art. 8º, apdo. 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea prescribe que toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, y la declaración 21, anexa al acta final de la Conferencia Intergubernamental que adoptó el Tratado de Lisboa (que ha otorgado a la Carta el nivel de tratado constitucional), reconoce que la naturaleza específica del ámbito de la seguridad merece un tratamiento legislativo especial.

En efecto, el Reglamento 2016/679 no se aplica al “tratamiento de datos de carácter personal por parte de las autoridades competentes a efectos de la prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de la ejecución de sanciones penales, incluida la protección frente a las amenazas contra la seguridad pública y la libre circulación de estos datos y su prevención, es objeto de un acto jurídico específico a nivel de la Unión” (vid especialmente consid. 19). El mismo GDPR, entre los casos de posibles restricciones a los derechos individuales en materia de protección de datos personales, pone incluso “la prevención, investigación y el enjuiciamiento de infracciones penales o la ejecución de sanciones

<sup>13</sup> Cippitani, *La transferencia de datos personales en materia penal de la Unión europea a México*, “Criminogénesis”, 2021, en prensa.

penales, incluida la protección frente a las amenazas contra la seguridad pública”.

De hecho, como se ha mencionado en el párr. 1, en materia penal la Unión ha adoptado una disciplina especial en materia penal, en particular la través de la directiva 2016/680/UE.

La directiva 2016/680 tiene un contenido similar al del GDPR, pero con normas específicas en caso de los tratamientos realizados por las autoridades competentes con fines de prevención, investigación, detección y enjuiciamiento de delitos, ejecución de sanciones penales, salvaguardia y prevención de amenazas a la seguridad pública (art. 1º). Sin embargo, la directiva no parece reglar el tratamiento de datos en materia de proceso penal<sup>14</sup>, ni el tema de la seguridad nacional que está en la competencia de los países miembro (art. 2º, párr. 3, y consid. 14, directiva). Lo que puede entrar en conflicto con el ámbito de aplicación del art. 1º, cuando se refiere a la “salvaguardia y prevención de amenazas a la seguridad pública”.

El uso en esta materia de una directiva (que debe ser incorporada en el derecho nacional) en lugar de un Reglamento (que tiene un efecto directo y obligatorio en todos sus elementos) deja a los países miembro una mayor discrecionalidad<sup>15</sup>, aunque las directivas normalmente (como sucede incluso en el caso del cual se está tratando) son muy detalladas y por lo tanto el margen de apreciación nacional parece muy limitado.

En la directiva 2016/680/UE se reafirman los principios de tratamiento de los datos, los mismos que se pueden encontrar en el art. 5º del GDPR antes mencionado (arts. 4º y 9º, directiva), es decir: legitimidad, finalidad, minimización, seguridad, proporcionalidad. Además, se repite que los datos personales, incluso en materia penal, deben ser conservados por un plazo apropiado (art. 5º).

<sup>14</sup> Di Francesco Maesa, *Balance between security and fundamental rights protection: an analysis of the directive 2016/680 for data protection in the police and justice sectors and the directive 2016/681 on the use of passenger name record (PNR)*, “Eurojust.it.

<sup>15</sup> Sajfert - Quintel, *Data protection directive (EU) 2016/680 for police and criminal justice authorities*, en “Cole, Boehm, GDPR Commentary”, 2019, en <https://ssrn.com/abstract=3285873>.

La directiva, al igual que el Reglamento 2016/679, reconoce derechos a los interesados, como el derecho a la información sobre el tratamiento (art. 13), el derecho de acceso (art. 14), de rectificación y supresión (art. 16).

Las principales diferencias entre el GDPR y la directiva se refieren al derecho al consentimiento y los de información y de acceso a los datos personales. Si tales derechos previstos en el Reglamento de protección de datos se ejercieran en la mayor medida posible en el ámbito del derecho penal, ello haría imposible la investigación penal. Por ello, en el texto de la directiva debe tenerse en cuenta las necesidades especiales en materia de seguridad<sup>16</sup>.

Sin embargo, la limitación de los derechos se debe realizar sobre la base de los principios antes mencionados (art. 13, párr. 3, directiva) y previstos en términos generales en el art. 52 de la Carta UE.

La directiva incluye también reglas características que no se encuentran en el GDPR. Este es el caso de la necesidad de distinguir entre las categorías de personas de las cuales se coleccionan los datos, con base en la relación con la acción penal de la administración, es decir entre (art. 7<sup>o</sup>): *a*) personas respecto de las cuales existan motivos fundados para presumir que han cometido o van a cometer una infracción penal; *b*) personas condenadas por una infracción penal; *c*) víctimas de una infracción penal o personas respecto de las cuales determinados hechos den lugar a pensar que puedan ser víctimas de una infracción penal, y *d*) terceras partes involucradas en una infracción penal como, por ejemplo, personas que puedan ser citadas a testificar en investigaciones relacionadas con infracciones penales o procesos penales ulteriores, o personas que puedan facilitar información sobre infracciones penales, o personas de contacto o asociados de una de las personas mencionadas en consid. *a* y *b*.

Por otra parte, la directiva 680/2016/UE tiene que ser coherente con el sistema europeo de protección de los derechos

<sup>16</sup> Di Francesco Maesa, *Balance between security and fundamental rights protection: an analysis of the directive 2016/680 for data protection in the police and justice sectors and the directive 2016/681 on the use of passenger name record (PNR)*, "Eurojust.it".

humanos, por lo que se refiere a los derechos de las personas en el tratamiento de los datos personales en materia penal.

En particular, se puede citar la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) del 4 de diciembre de 2008 en el asunto “Marper”.

La sentencia se refiere a dos ciudadanos del Reino Unido, S. y Marper, de los cuales se había colectado el perfil genético en cuanto acusados respectivamente de tentativa de robo y acoso. No obstante, la sucesiva absolución de los dos ciudadanos y sus repetidas solicitudes, la administración no había cancelado los perfiles genéticos de la base de datos<sup>17</sup>.

Como consecuencia del recurso, el TEDH ha condenado al Estado porque el almacenamiento ilimitado de datos, incluso de ciudadanos inocentes, iba en detrimento del derecho a la intimidad, interfiriendo con la intimidad. En particular, el Tribunal basa su decisión en el concepto establecido en el art. 8º de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el convenio 108 del Consejo de Europa; la retención podría considerarse admisible si se ajusta a determinados criterios, ya que debe estar prevista por la ley, que debe especificar la finalidad perseguida, y también debe basarse en el principio de proporcionalidad entre los medios adoptados y la finalidad perseguida.

En respuesta al debate público y parlamentario y al juicio, en Inglaterra y Gales, en 2013, ha entrado en vigor el Protection of Freedom Act de 2012, que conduce a una adaptación de la legislación sobre retención de datos y a la eliminación de la base de datos de más de 1,7 millones de perfiles tomados de personas inocentes y a la destrucción de 7.753.000 muestras de ADN (Wallace et al., 2014).

Sin embargo, con el tiempo, el interés del Consejo de Europa por la relación entre las investigaciones judiciales y el tratamiento de datos personales se ha puesto de manifiesto muy a menudo mediante la publicación de varias recomendaciones, como la R(87)15 sobre la regulación del uso de datos personales en el ámbito de la seguridad pública, en la que se recomienda a los gobiernos de los Estados miembro que se inspiren en la

<sup>17</sup> Ver Section 64 del Police and criminal evidence act.

legislación y las prácticas nacionales en virtud de los principios establecidos (control, recolección de datos, registro de datos, uso de datos por parte de la policía, etc.) y la R(92)1 sobre la utilización de los análisis de ADN en el sistema de justicia penal.

§ 5. *TRANSFERENCIA DE LOS DATOS PERSONALES HACIA “PAÍSES TERCEROS”*. – En Europa, desde el convenio 108 de 1981, las fuentes han regulado los flujos transnacionales de datos a nivel continental.

Sin embargo, el Convenio no cubre la circulación de datos personales fuera de Europa, aunque contenga unas referencias a la transmisión de datos a Estados que no habían firmado el Convenio<sup>18</sup>, así como en el protocolo adicional del 2001 (“Additional Protocol to the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, regarding supervisory authorities and transborder data flows”)<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> Ver el art. 12, que se limita a establecer que “una Parte no podrá, con el fin de proteger la vida privada, prohibir o someter a una autorización especial los flujos transfronterizos de datos de carácter personal con destino al territorio de otra Parte” (párr. 2) y que, sin embargo, “cualquier Parte tendrá la facultad de establecer una excepción a las disposiciones del párr. 2: [...] b) cuando la transmisión se lleve a cabo a partir de su territorio hacia el territorio de un Estado no contratante por intermedio del territorio de otra Parte, con el fin de evitar que dichas transmisiones tengan como resultado burlar la legislación de la Parte a que se refiere el comienzo del presente párrafo”.

<sup>19</sup> Vid el art. 2º (Transborder flows of personal data to a recipient which is not subject to the jurisdiction of a Party to the Convention) que dice: 1. Each Party shall provide for the transfer of personal data to a recipient that is subject to the jurisdiction of a State or organisation that is not Party to the Convention only if that State or organisation ensures an adequate level of protection for the intended data transfer.

2. By way of derogation from paragraph 1 of article 2 of this Protocol, each Party may allow for the transfer of personal data : a) if domestic law provides for it because of:

- specific interests of the data subject, or
- legitimate prevailing interests, especially important public interests, or

b) if safeguards, which can in particular result from contractual clauses, are provided by the controller responsible for the transfer and are found adequate by the competent authorities according to domestic law”.

Ese tema fue tenido en cuenta por la directiva 95/46/CE y ha sido ulteriormente desarrollado por el GDPR<sup>20</sup>.

En el preámbulo del Reglamento se afirma que, tras los rápidos cambios tecnológicos y socioeconómicos que se han producido en la sociedad en los últimos 20 años, debería facilitarse “la libre circulación de datos personales dentro de la Unión y la transferencia a terceros países y organizaciones internacionales” (consid. 6, Preámbulo del Reglamento). También establece que “los flujos transfronterizos de datos personales a, y desde, países no pertenecientes a la Unión y organizaciones internacionales son necesarios para la expansión del comercio y la cooperación internacionales” (consid. 101).

Por otra parte, expresa: “El aumento de estos flujos plantea nuevos retos e inquietudes en lo que respecta a la protección de los datos de carácter personal. No obstante, si los datos personales se transfieren de la Unión a responsables, encargados u otros destinatarios en terceros países o a organizaciones internacionales, esto no debe menoscabar el nivel de protección de las personas físicas garantizado en la Unión” (consid. 101).

El GDPR, así como la directiva anterior, distingue a los terceros países (y ahora también a las organizaciones internacionales) con respecto al grado de protección de los datos personales. La Comisión Europea se ha comprometido a negociar los acuerdos necesarios con terceros países u organizaciones internacionales para garantizar la aplicación de las normas europeas también fuera de la UE cuando se lleve a cabo el tratamiento de datos personales de ciudadanos europeos.

El GDPR establece que la transferencia de datos personales a un país que no forma parte de la Unión Europea (y Noruega, Liechtenstein e Islandia, que forman parte del “Espacio económico europeo” junto con la Unión) está permitida, cuando la Comisión Europea haya adoptado una “decisión de adecuación” con referencia a dicho país (consids. 103 a 107, 169 y art. 45).

<sup>20</sup> Cippitani, *El intercambio de datos personales entre la Unión Europea y América Latina*, “Integración Regional & Derechos Humanos. Revista Regional Integration & Human Rights”, año 8, n° 1, 2020, p. 8 a 37.

Hasta la fecha, solo han adoptado decisiones concernientes algunos países: Andorra, Canadá (organizaciones comerciales), las Islas Feroe, Guernsey, Israel, la Isla de Man, Japón, Jersey, Nueva Zelanda, Suiza. Además, la Comisión ha aprobado decisiones de adecuación para dos países latinoamericanos, que forman parte del Mercosur: Argentina y Uruguay<sup>21</sup>.

Sobre la base de las decisiones, los datos personales se pueden transferir desde la Unión a dichos países terceros sin limitación alguna, tal como se transfieren dentro de la UE.

Para informar sobre la evolución de la situación en el país tercero o en la organización internacional, es responsabilidad de la Comisión revisar al menos cada cuatro años la decisión (art. 45, párr. 3, GDPR).

Sin embargo, la Comisión puede reconocer la insuficiencia del nivel de protección de los datos y prohibir la transferencia de datos personales en consulta con los organismos pertinentes correspondientes (consid. 106, GDPR).

Para que se adopte la decisión de adecuación, la Comisión debe establecer si el país o la organización internacional de que se trate “garantizan un nivel de protección adecuado” de los datos personales.

Aunque dicha expresión no parece suficientemente definida<sup>22</sup>, el texto del reglamento proporciona algunos importantes criterios jurídicos para la definición del concepto de “nivel de protección adecuado”.

El primer criterio se refiere a la existencia de un sistema de protección de los derechos humanos, es decir, según el consid. 104 del Reglamento, el país considerado respeta el acceso a la justicia y las normas y criterios internacionales en materia de derechos humanos, en particular en su derecho general y

<sup>21</sup> Ver las decisiones concernientes a Argentina (decisión de la Comisión de 30 de junio de 2003, con arreglo a la directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la adecuación de la protección de los datos personales en Argentina) y Uruguay (decisión de la Comisión de 21 de agosto de 2012 de conformidad con la directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección adecuada de los datos personales por la República Oriental del Uruguay, en lo que respecta al tratamiento automatizado de datos personales).

<sup>22</sup> Van den Bulck, *Transfers of personal data to third countries*, “Era Forum”, n° 18, 2017, p. 230.

sectorial, incluida la legislación relativa a la seguridad pública, la defensa y la seguridad nacional, así como el orden público y el derecho penal.

Por lo tanto, la transferencia de datos personales a países terceros implica garantizar el respeto del Estado de derecho y de los derechos humanos reconocidos por la legislación de la Unión Europea<sup>23</sup>.

El concepto de Estado de derecho es el resultado del principio de legalidad de la seguridad jurídica, de la prohibición de la arbitrariedad del ejecutivo, de la revisión jurídica independiente y efectiva y de la igualdad ante la ley<sup>24</sup>. Por consiguiente, el enfoque de los países terceros en materia de respeto de los derechos humanos debe estar en consonancia con las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembro de la Unión Europea, es decir, el art. 6º del Tratado UE, la Carta de los Derechos Fundamentales, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades y Derechos Fundamentales.

El criterio del respeto de los derechos humanos tiene que considerar el contexto transnacional en que desarrolla el sistema de protección. Sobre la base del consid. 105 del GDPR, la Comisión debe considerar los compromisos internacionales adquiridos por el tercer país (u organización internacional), y las obligaciones resultantes de la participación en sistemas multilaterales o regionales, en particular en relación con la protección de los datos personales, y el cumplimiento de esas obligaciones (como, en Europa, la adhesión al Convenio del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981).

Con relación al respeto formal de los derechos fundamentales, entre los cuales se encuentra el derecho a la protección de los datos personales, el Reglamento establece que la Comisión tiene que verificar que se pongan en marcha “actividades concretas de tratamiento” y que “haya un control verdaderamente independiente de la protección de datos”, así como reco-

<sup>23</sup> Wagner, *The transfer of personal data to third countries under the GDPR: when does a recipient country provide an adequate level of protection?*

<sup>24</sup> Sepúlveda Iguíniz, “Estado de derechos”, en Álvarez Ledesma - Cippitani (coords.), *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica*, p. 239 siguientes.

nocer a los interesados derechos efectivos y exigibles y acciones administrativas y judiciales efectivas (consid. 105, GDPR).

Un aspecto interesante de la decisión de adecuación es que puede tener en cuenta un país, pero también, en el ámbito de dicho país, un territorio o sector específico. Por lo tanto, la decisión puede referirse solo a una región (Estado, provincia, etc.) de un país o considerar una materia específica en que se trate de protección de datos personales, como, por ejemplo, el tratamiento en sector biomédico.

§ 6. **MEDIDAS DE TRANSFERENCIA A PAÍSES TERCEROS EN CASO DE AUSENCIA DE LA DECISIÓN DE LA COMISIÓN.** – En caso de ausencia de la decisión de la Comisión, “el responsable o el encargado del tratamiento solo podrá transmitir datos personales a un tercer país u organización internacional si hubiera ofrecido garantías adecuadas y a condición de que los interesados cuenten con derechos exigibles y acciones legales efectivas” (art. 46, GDPR).

La legitimación de la transferencia de datos personales fuera de la UE podría provenir sobre la base de acuerdos entre administraciones públicas, o entre particulares, como empresas, asociaciones y otros sujetos.

El art. 46 del GDPR distingue entre los instrumentos contractuales que no requieren ninguna autorización específica de una autoridad supervisora y los que están sujetos a la autorización de la autoridad supervisora competente. Los primeros incluyen instrumentos contractuales, tales como:

a) Instrumentos jurídicamente vinculantes y exigibles entre autoridades u organismos públicos.

b) Normas corporativas vinculantes.

c) Cláusulas contractuales tipo de protección de datos, que podrían ser adoptadas por la Comisión o por una autoridad nacional de control y aprobadas por la Comisión<sup>25</sup>.

d) Códigos de conducta.

e) Mecanismo de certificación.

En cuanto a las cláusulas contractuales sujetas a autorización, se incluyen las siguientes: a) cláusulas contractuales

<sup>25</sup> Van den Bulck, *Transfers of personal data to third countries*, “Era Forum”, n° 18, 2017, p. 240.

entre el responsable del tratamiento o el encargado del tratamiento y el responsable del tratamiento, el encargado del tratamiento o el destinatario de los datos personales en el país tercero o la organización internacional, o *b*) disposiciones que se insertarán en los acuerdos administrativos entre las autoridades de los organismos que incluyan derechos exigibles y efectivos de los interesados.

Por lo que se refiere al punto *a*, el derecho de la Unión conoce muchos tipos de acuerdos entre administraciones públicas, como los partenariados público-públicos, los convenios, las agrupaciones y otros acuerdos que reglan la colaboración entre entes para implementar políticas públicas o, sin embargo, alcanzar objetivos comunes. El propio GDPR prevé que los sujetos involucrados en el tratamiento de datos personales celebren entre ellos acuerdos (art. 26, GDPR, sobre los responsables conjuntos del tratamiento, y art. 28, párr. 3, GDPR, que se refiere al acuerdo entre el responsable y el encargado)<sup>26</sup>.

Los demás instrumentos surgen de la autonomía privada de los particulares, aunque no se puede excluir que involucren también los entes públicos.

En particular, las cláusulas tipo han sido objeto de cuatro decisiones distintas del 2010 de la Comisión Europea<sup>27</sup>, que, con algunos cambios todavía están en vigor.

Las cláusulas tipo establecen definiciones, detalles sobre la transferencia de los datos, disponen los derechos y obligaciones del tercero beneficiario, del exportador e importador de datos, y especifican la disciplina de la responsabilidad.

Cabe señalar que las cláusulas tipo solo reglan la protección de datos, mientras que el exportador de datos y el importador

<sup>26</sup> Sobre los acuerdos entre responsables, Colcelli, *Joint controller agreement under GDPR*, "EU and Comparative Law Issues and Challenges Series", n° 3, 2019, p. 1030 y siguientes.

<sup>27</sup> Commission Decision of 15 June 2001 on standard contractual clauses for the transfer of personal data to third countries, under directive 95/46/EC; Commission Decision of 27 December 2004 amending decision 2001/497/EC as regards the introduction of an alternative set of standard contractual clauses for the transfer of personal data to third countries; Commission Decision of 5 February 2010 on standard contractual clauses for the transfer of personal data to processors established in third countries under directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council.

de datos tienen libertad para incluir cualquier otra cláusula que consideren apropiada, siempre que no contrasten dichas cláusulas tipo.

Sin embargo, las cláusulas tipo previstas en las decisiones no cumplen con todos los requisitos del GDPR y, por lo tanto, deben ser actualizadas. En particular, como se prevé en el art. 28, párr. 2, del GDPR, el contrato debe establecer “el objeto, la duración, la naturaleza y la finalidad del tratamiento, el tipo de datos personales y categorías de interesados, y las obligaciones y derechos del responsable”.

Además, las cláusulas tipo tienen una estructura rígida: el art. 10 establece que las partes se comprometen a no variar o modificar las cláusulas, pero de esta manera no se tiene en cuenta la mayor protección jurídica prevista en la disciplina vigente o futura.

Sin embargo, el GDPR prevé que en caso de ausencia de adopción de cláusulas por la Comisión Europea, las autoridades nacionales de control pueden establecer cláusulas contractuales estándar para cumplir estos requisitos. Las autoridades nacionales siguen teniendo el poder de supervisar los flujos de datos, incluida su facultad de suspender o prohibir la transferencia de datos personales cuando determine que la transferencia se lleva a cabo infringiendo la legislación de protección de datos de la UE o nacional<sup>28</sup>.

Además, los particulares o los entes públicos pueden adoptar en sus acuerdos las cláusulas que cumplen con el art. 28 del Reglamento.

Otro instrumento para la transferencia internacional, previsto por el GDPR contrariamente a la directiva, son las “normas corporativas vinculantes”, es decir, las reglas intragrupo en materia de protección de datos personales que son vinculantes para sus empleados (art. 47, párr. 1, GDPR)<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> Commission Implementing Decision (EU) 2016/2297 of 16 december 2016 amending decisions 2001/497/EC and 2010/87/EU on standard contractual clauses for the transfer of personal data to third countries and to processors established in such countries, under directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council

<sup>29</sup> Van den Bulck, *Transfers of personal data to third countries*, “Era Forum”, n° 18, 2017, p. 242.

Ellas constituyen “*a business-specific framework that allows intra-organizational cross-border transfers of data from organizations within the European Union to their affiliates outside of the EU*”<sup>30</sup>.

Las reglas corporativas no representan solo un mecanismo de transferencia de datos personales, sino más bien un conjunto de políticas y procedimientos, auditorías y controles, manejo de quejas y capacitación.

El Grupo de trabajo llamado “Artículo 29”, instituido por la Comisión para asesorarla en temas de protección de datos personales, y que hoy en día se ha sustituido por el antes mencionado European Data Protection Board, a partir del 25 de mayo de 2018, ha elaborado algunos documentos sobre este tema (WP 74<sup>31</sup>, WP 108<sup>32</sup>, WP 204<sup>33</sup> y WP 195a<sup>34</sup>).

Dichos documentos aportan transparencia sobre los mecanismos de las empresas para proteger los datos personales de manera de cumplir con el art. 47 del GDPR. Inicialmente, las normas corporativas vinculantes fueron pensadas como para las grandes empresas multinacionales, pero, sin embargo, hoy en día se adaptan mejor a las empresas medianas. Esto se debe a que pueden ofrecer una ventaja competitiva en el mercado y aumentar la confianza de los clientes y los reguladores en las prácticas de privacidad de la empresa. Además, el uso de los BRC presenta varias ventajas tanto para las empresas como para las regulaciones. Por ejemplo, los BRC promueven la armonización

<sup>30</sup> O'Donoghue - Lee Lust, *Binding corporate rules-Article 29 Working Party issues revised guidelines*, en [technologylawdispatch.com](http://technologylawdispatch.com), 20 de marzo de 2018.

<sup>31</sup> Working Document WP 74: Transfers of personal data to third countries: Applying article 26 (2) of the EU Data Protection Directive to Binding Corporate Rules for International Data Transfers, adopted on June 3, 2003, en [http://ec.europa.eu/justice\\_home/fsj/privacy/workinggroup/wpdocs/2003\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/workinggroup/wpdocs/2003_en.htm).

<sup>32</sup> Working Document WP 108: Establishing a model checklist application for approval of Binding Corporate Rules, adopted on April 14, 2005, en [http://ec.europa.eu/justice\\_home/fsj/privacy/workinggroup/wpdocs/2005\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/workinggroup/wpdocs/2005_en.htm).

<sup>33</sup> Working Document WP 204: Explanatory Document on the Processor Binding Corporate Rules, as last revised and adopted on 22 May 2015.

<sup>34</sup> Working Document WP 195a: Recommendation 1/2012 on the Standard Application form for Approval of Binding Corporate Rules for the Transfer of Personal Data for Processing Activities, adopted on 17 September 2012.

dentro de las empresas, su gestión de datos y sus procesos de gobernanza debido a la aplicación de normas iguales y vinculantes.

Ellas deben especificar su alcance material, por ejemplo, las transferencias de datos o conjunto de transferencias, incluidas las categorías de datos personales, el tipo de tratamiento y sus finalidades, los tipos de interesados afectados y la identificación de los destinatarios en el tercer o terceros países (WP 257 p. 3; WP 256 p.3), así como los medios de reclamación en el Estado miembro de su residencia habitual, lugar de trabajo o lugar de la supuesta infracción.

El GDPR prevé nuevas herramientas, a saber, como la adhesión de un importador de datos a un código de conducta que debe estar en consonancia con el compromiso vinculante y ejecutorio del responsable del tratamiento o del tratamiento en un tercer país de aplicar las salvaguardias adecuadas<sup>35</sup>. Estos códigos están realizados por asociaciones y organismos que representan a los responsables o encargados. Deberán ser aprobados por una autoridad nacional de control y el código deberá adecuarse a las actividades de tratamiento, que se limitan a un Estado miembro, o bien ajustarse al mecanismo de control de la coherencia, dado que es improbable que los anteriores estén controlados por varios Estados miembro. El objetivo del código de conducta no se limita a la transferencia de datos personales, sino que implica una aplicación adecuada del GDPR y ofrece técnicas para obtener una aplicación más fluida de las normas del GDPR.

**§ 7. EL PROBLEMA DE LA RELACIÓN ENTRE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO EUROPEO Y EL DE LOS PAÍSES TERCEROS.** – La transferencia de datos personales a un tercer país es una cuestión que debe considerarse dentro del problema general de las relaciones entre el derecho de la Unión Europea y otros sistemas jurídicos, en particular en asuntos éticamente relevantes.

No obstante la dificultad de reglar la materia más allá de la Unión Europea (y de los países asociados)<sup>36</sup>, el derecho

<sup>35</sup> Van den Bulck, *Transfers of personal data to third countries*, “Era Forum”, n° 18, 2017, p. 244.

<sup>36</sup> Sobre los problemas que surgirán del Brexit, vid Murray, *Data transfers between the EU and UK post Brexit?*, “International Data Privacy Law”, 2017, vol. 7, n° 3, p. 149 y siguientes.

européo intenta aplicar sus normas cuando hay una conexión con el sujeto del tratamiento (responsable o encargado), o con la persona interesada (es decir, la persona a la cual se refieren los datos) y eso “independientemente de que el tratamiento tenga lugar en la Unión o no” (art. 3º, GDPR –“Ámbito territorial”–)<sup>37</sup>.

Sin embargo, la dificultad práctica de aplicar normas de un ordenamiento jurídico a los flujos de datos está bien demostrado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que en el asunto “Google Spain” del 2014<sup>38</sup> ha afirmado el “derecho al olvido” en el motor de búsqueda más utilizado en el mundo, por lo tanto en una dimensión global<sup>39</sup>; pero en una sucesiva decisión del 2019, que una vez más concierne a *Google*<sup>40</sup>, el juez europeo ha tenido que restringir el ámbito territorial de aplicación de la normativa, especificando que la protección de los derechos de la persona interesada se debe poner en marcha dentro de la Unión Europea<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> Por un comentario del art. 3º del GDPR y sus implicaciones internacionales, vid De Hert - Czerniawski, *Expanding the European data protection scope beyond territory: Article 3 of the General Data Protection Regulation in its wider context*, “International Data Privacy Law”, 2016, vol. 6, nº 3, p. 230 y siguientes.

<sup>38</sup> STJ, 13/5/2014, “Google Spain et al”, v AEPD, Costeja Gonzales [C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317].

<sup>39</sup> Kuner - Jerker - Svantesson - Cate - Lynskey - Millard - Ni - Loideain, *The GDPR as a chance to break down borders*, “International Data Privacy Law”, 2017, vol. 7, nº 4, p. 231-232; Perotti, *The European Ruling on the Right to be Forgotten and Its Extra-EU Implementation*, 2015, p. 29, en [www.academia.edu/19648451/The\\_European\\_Ruling\\_on\\_the\\_Right\\_to\\_be\\_Forgotten\\_and\\_its\\_extra-EU\\_implementation](http://www.academia.edu/19648451/The_European_Ruling_on_the_Right_to_be_Forgotten_and_its_extra-EU_implementation).

<sup>40</sup> STJ, 24/9/2019, “Google (Portée territoriale du déréférencement)” [C-507/17, ECLI:EU:C:2019:772].

<sup>41</sup> Ver apdos. 62 y ss. de la sentencia. En particular, el Tribunal afirma en su decisión que “el gestor de un motor de búsqueda estime una solicitud de retirada de enlaces en virtud de estas disposiciones, estará obligado a proceder a dicha retirada no en todas las versiones de su motor, sino en las versiones de este que correspondan al conjunto de los Estados miembro, combinándola, en caso necesario, con medidas que, con pleno respeto de las exigencias legales, impidan de manera efectiva o, al menos, dificulten seriamente a los internautas que efectúen una búsqueda a partir del nombre del interesado desde uno de los Estados miembro el acceso, a través de la lista de resultados que se obtenga tras esa búsqueda, a los enlaces objeto de la solicitud de retirada”.

En cuanto a la relación entre el ordenamiento jurídico europeo y otros sistemas, la regla utilizada por las fuentes jurídicas y la jurisprudencia es la de la prevalencia del derecho de la Unión Europea, incluso en el caso de actividades llevadas a cabo en países terceros<sup>42</sup>.

En este contexto, la disciplina de protección de datos personales constituye un caso muy interesante, debido a la importancia del fenómeno de la circulación transfronteriza de datos y al hecho de que el Tribunal de Justicia tuvo que decidir en numerosas ocasiones si la legislación de un tercer país era compatible con el derecho comunitario.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el caso “Schrems” del 2015<sup>43</sup> puso de manifiesto la necesidad de regular las cuestiones derivadas de la transferencia de datos personales fuera de la Unión Europea.

Según el Tribunal de la Unión Europea: “Aunque los medios de los que se sirva ese tercer país para garantizar ese nivel de protección pueden ser diferentes de los aplicados en la Unión para garantizar el cumplimiento de las exigencias derivadas de esa directiva entendida a la luz de la Carta [de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea], deben ser eficaces en la práctica para garantizar una protección sustancialmente equivalente a la garantizada en la Unión” (apdo. 74).

Desde este punto de vista, la sentencia “Schrems” consideró ilegal la decisión 2000/520/CE de la Comisión, de 26 de julio de 2000 (conocida como “Safe Harbour”), que, con arreglo a la directiva 95/46/CE<sup>44</sup>, había considerado que la legislación estadounidense garantizaba un nivel de protección adecuado a las normas europeas<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> Ver también el art. 19, apdo. 1.4, Reglamento UE 1291/2013, que se refiere a los programas de investigación financiados por la Comisión Europea, por ejemplo, en el marco del Programa Marco “Horizon 2020”.

<sup>43</sup> STJ, 6/10/2015, “Schrems” [C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650].

<sup>44</sup> Según el consid. 57 de la directiva 95/46, “cuando un país tercero no ofrezca un nivel de protección adecuado debe prohibirse la transferencia al mismo de datos personales”.

<sup>45</sup> En virtud del art. 25, apdo. 2, de la directiva 95/46, “el carácter adecuado del nivel de protección que ofrece un país tercero se evaluará atendiendo a todas las circunstancias que concurren en una transferencia o en una categoría de transferencias de datos; en particular, se tomará en consi-

En efecto, la decisión 2000/520 considera que la primacía de los requisitos de seguridad nacional (establecida en el llamado “Patriot Act”), interés público y cumplimiento de la ley de los Estados Unidos sin control judicial es contraria a los principios del derecho de la Unión Europea, en particular a los derechos fundamentales como la protección de los datos personales (art. 8º, Carta de la UE) y el “derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial” (art. 47, Carta de la UE) (ver apdos. 86 y 95).

Incluso el sucesivo acuerdo entre Comisión Europea y Estados Unidos, el así llamado “Privacy Shield”<sup>46</sup>, ha sido recién declarado ilegítima por el Tribunal de Justicia en la sentencia “Schrems II” del 16 de julio de 2020<sup>47</sup>, en cuanto no garantice de manera adecuada la protección de datos personales de los ciudadanos europeos.

**§ 8. TRANSFERENCIA DE DATOS PERSONALES Y PROCESO DE INTEGRACIÓN EN AMÉRICA LATINA.** – El tema de la transferencia internacional de los datos personales fuera de la UE, permite hablar de las relaciones con una región del mundo cultural y jurídicamente muy cercana a Europa como América Latina.

Desde el punto de vista de la UE, cabe recordar que a la fecha, además de las antes mencionadas decisiones concernientes a Argentina y Uruguay no se han aprobado medidas para otros países latinoamericanos o para bloques regionales como el Mercosur.

Sin embargo, puede ser importante comprender los argumentos que la Comisión ha tenido en consideración para adoptar las decisiones para los dos países sudamericanos, si

---

deración la naturaleza de los datos, la finalidad y la duración del tratamiento o de los tratamientos previstos, el país de origen y el país de destino final, las normas de derecho, generales o sectoriales, vigentes en el país tercero de que se trate, así como las normas profesionales y las medidas de seguridad en vigor en dichos países”.

<sup>46</sup> Decisión de Ejecución (UE) 2016/1250 de la Comisión, de 12 de julio de 2016, con arreglo a la directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la adecuación de la protección conferida por el Escudo de la Privacidad UE-EE.UU.

<sup>47</sup> STJ, 16/7/2020, “Facebook Ireland et Schrems” [C-311/18, ECLI:EU:C:2020:559].

no como presupuesto para adoptar otras decisiones de adecuación, por lo menos como base para los acuerdos y otras medidas de transferencia de datos personales entre Europa y América Latina.

En el Preámbulo de las decisiones concernientes a Argentina y Uruguay se identifica el contexto normativo de la protección de datos personales en el país, en todos los niveles, constitucionales, legislativos y reglamentarios. A nivel constitucional no es necesaria la presencia de una norma específica que protege los datos personales (como sucede en Argentina, punto 7 del Preámbulo de la decisión), sino que es suficiente el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona (punto 5 del Preámbulo de la decisión para Uruguay, en que se hace referencia al art. 72 de la Constitución uruguaya).

Lo importante es que el país haya adoptado una legislación específica en tema de datos personales que prevé un nivel adecuado de protección, por lo menos desde del punto de vista de la legislación europea. Además, es relevante la presencia de medios de recurso administrativos y judiciales para defender de manera concreta a las personas interesadas.

Como se ha mencionado anteriormente, la Comisión Europea debe tener en cuenta el contexto transnacional de la legislación de un país. Entonces, en lo que se refiere a los dos países sudamericanos, en la más reciente decisión para Uruguay se destaca (ver el punto 13 del preámbulo) que este país forma parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), de 22 de noviembre de 1969, y está sujeto a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Hay que subrayar que el sistema americano de protección de derechos humanos contiene normas que se refieren a la protección de los datos personales.

Como recuerda la decisión sobre Uruguay, en particular, el art. 11 reconoce el derecho a la vida privada, y el art. 30 establece que se pueden restringir los derechos fundamentales reconocidos por la Convención citada, solo de manera conforme a leyes que se dictan por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

Otras fuentes del bloque elaboran el derecho a la protección de los datos personales. Se trata de documentos normal-

mente de naturaleza política, y por lo tanto no vinculantes, que expresan la gran atención al tema de la privacidad y que constituyen un contexto favorable a la implementación normativa y judicial del derecho regional<sup>48</sup> a nivel nacional<sup>49</sup>.

Entre las fuentes que se refieren a la protección de los datos personales, hay que citar la Declaración de Nuevo León (Cumbre Extraordinaria de las Américas en Monterrey, México, 12 al 13 de enero de 2004) en la cual se opina que el acceso a la información en poder del Estado, con el debido respeto a las normas constitucionales y legales, incluidas las de privacidad y confidencialidad, es condición indispensable para la participación ciudadana y que promueve el respeto efectivo de los derechos humanos.

Se puede hacer referencia también a la “Declaración de Principios de Privacidad y Protección de Datos Personales en las Américas” propuesta por el Comité Jurídico Interamericano en el 2012, que tiene como objetivo “establecer un marco para salvaguardar los derechos de la persona a la protección de los datos personales y a la autodeterminación en lo que respecta a la información. Los principios se basan en normas reconocidas a nivel internacional. Su intención es proteger a las personas de la recopilación, el uso, la retención y la divulgación ilícitos o innecesarios de datos personales”. Estos principios son compatibles con los de la legislación europea<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> Cippitani, *Interpretación del derecho de la Integración; Construcción del derecho privado en la Unión Europea. Sujetos y relaciones jurídicas*.

<sup>49</sup> Ver el estudio comparativo sobre los distintos regímenes jurídicos, políticas y mecanismos de aplicación existentes para la protección de datos personales, inclusive las leyes, reglamentos y autorregulación nacionales (CP/CAJP-3063/12), presentado por el Departamento de Derecho Internacional de la Organización de los Estados Americanos.

<sup>50</sup> Los 12 principios son los que se mencionan a a continuación: Principio 1 [Propósitos legítimos y justos]: Los datos personales deben ser recopilados solamente para fines legítimos y por medios justos y legales; Principio 2 [Claridad y consentimiento]: Se deben especificar los fines para los cuales se recopilan los datos personales en el momento en que se recopilen. Como regla general, los datos personales solamente deben ser recopilados con el consentimiento de la persona a que se refieran; Principio 3 [Pertinencia y necesidad]: Los datos deben ser verídicos, pertinentes y necesarios para los fines expresos de su recopilación; Principio 4 [Uso limitado y retención]: Los datos personales deben ser mantenidos y utilizados solamente de manera legítima no incompatible con el fin o fines para los cuales se recopilaron.

La propia jurisprudencia de la Corte Interamericana tiene en consideración del tema de la protección de los datos personales.

En la sentencia “Contreras y otros vs. El Salvador”, del 31 de agosto de 2011, se considera que los obstáculos del Estado al acceso a los datos personales “constituyen una violación agravada de la prohibición de injerencias en la vida privada y familiar de una persona, así como de su derecho a preservar su nombre y sus relaciones familiares, como medio de identificación personal” (apdo. 116, análisis de fondo).

---

No deberán mantenerse más del tiempo necesario para su propósito o propósitos y de conformidad con la legislación nacional correspondiente; Principio 5 [Deber de confidencialidad]: Los datos personales no deben divulgarse, ponerse a disposición de terceros ni emplearse para otros propósitos que no sean aquellos para los cuales se obtuvieron, excepto con el conocimiento o consentimiento de la persona en cuestión o bajo autoridad de la ley; Principio 6 [Protección y seguridad]: Los datos personales deben ser protegidos mediante salvaguardias razonables y adecuadas contra accesos no autorizados, pérdida, destrucción, uso, modificación o divulgación; Principio 7 [Fidelidad de los datos]: Los datos personales deben mantenerse fieles y actualizados hasta donde sea necesario para los propósitos de su uso; Principio 8 [Acceso y corrección]: Se debe disponer de métodos razonables para permitir que aquellas personas cuyos datos personales han sido recopilados puedan solicitar el acceso a dichos datos y puedan solicitar al controlador de datos que los modifique, corrija o elimine. En caso de que fuera necesario restringir dicho acceso o corrección, deberían especificarse las razones concretas de cualquiera de estas restricciones de acuerdo con la legislación nacional; Principio 9 [Datos personales sensibles]: Algunos tipos de datos personales, teniendo en cuenta su sensibilidad en contextos particulares, son especialmente susceptibles de causar daños considerables a las personas si se hace mal uso de ellos. Los controladores de datos deberían adoptar medidas de privacidad y de seguridad que sean acordes con la sensibilidad de los datos y su capacidad de hacer daño a los individuos sujetos de la información; Principio 10 [Responsabilidad]: Los controladores de datos adoptarán e implementarán las medidas correspondientes para el cumplimiento de estos principios; Principio 11 [Flujo transfronterizo de datos y responsabilidad]: Los Estados miembro cooperarán entre sí en la creación de mecanismos y procedimientos que aseguren que los controladores de datos que operen en más de una jurisdicción puedan ser efectivamente hechos responsables por el cumplimiento de estos principios; Principio 12 [Publicidad de las excepciones]: Cuando las autoridades nacionales establezcan excepciones a estos principios por motivos relacionados con la soberanía nacional, la seguridad interna o externa, el combate a la criminalidad, el cumplimiento de normativas u otras prerrogativas de orden público, deberían poner en conocimiento del público dichas excepciones.

Por lo tanto, se podría identificar en las fuentes latinoamericanas un derecho al hábeas data reconocido a nivel transnacional, constitucional y legislativo<sup>51</sup>.

Cabe destacar que este contexto normativo forma parte de los ordenamientos de los países latinoamericanos integrantes del sistema de protección regional de los derechos humanos.

Por ejemplo, del derecho mexicano, sobre la base del art. 1º de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, que, a consecuencia de la reforma del 2011, prevé que “todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección” y que “las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.

En América Latina muchas constituciones establecen la obligación del Estado de respetar los derechos humanos reconocidos por los tratados internacionales (entre otros, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, Nicaragua)<sup>52</sup>.

Además, muchos países de Latinoamérica tienen una legislación específica en materia de protección de datos personales, que algunas veces se inspiran a la disciplina de la UE.

<sup>51</sup> En América Latina, el “hábeas data no exige que las entidades públicas o privadas protejan por su iniciativa los datos personales que procesan, sino que solo requiere que la persona agraviada, tras presentar una denuncia ante la justicia, obtenga acceso y la capacidad de rectificar todo dato personal que pueda atentar contra su derecho a la privacidad. Una garantía de esta índole opera cuando ya la lesión ha sido ocasionada; cuando la persona no ha recibido un préstamo bancario, ha perdido alguna oportunidad de empleo o de interacción social. Asimismo, este mecanismo puede no otorgar un recurso legal a una persona agraviada si sus datos personales han sido transferidos fuera del país” (Ramírez Irías, *Análisis comparativo de legislaciones sobre protección de datos personales y hábeas data*, consultoría: Elaboración del Anteproyecto de Ley del Hábeas Data en Honduras, 21 de enero de 2014, Tegucigalpa, M. D. C). Véase la panorámica de la legislación de los países latinoamericanos, en López Carballo (coord.), *Protección de datos y hábeas data: una visión desde Iberoamérica*.

<sup>52</sup> Rueda Aguilar, *El fortalecimiento del sistema regional de Protección de los Derechos Humanos en Latino América*, en [www.scjn.gob.mx/transparencia/Documents/Becarios/Becarios\\_045.pdf](http://www.scjn.gob.mx/transparencia/Documents/Becarios/Becarios_045.pdf), p. 11 y 12.

Siguiendo el ejemplo de México, la Constitución de ese país reconoce el hábeas data y los derechos asociados como derechos fundamentales (arts. 6° y 16)<sup>53</sup> y una Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares de 2010 (LFPDPPP) y en su Reglamento de 2011<sup>54</sup>. La reforma constitucional del 2014 ha establecido un Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI)<sup>55</sup> (art. 6°, párr. A, fracción VIII).

Otros países de América Latina han adoptado las medidas legislativas y organizativas para proteger los datos personales, como, por ejemplo: Colombia (art. 15 de la Constitución Política de Colombia y la ley 1581 de 2012; la Superintendencia de Industria y Comercio –SIC– está facultada para ejercer la vigilancia); Brasil (ley 13.709 del 2018 o LGPD; se ha establecido una Autoridade Nacional de Proteção de Dados o “ANPD”, por la Medida Provisoria 869/18 ); Chile (ley 19.628).

En conclusión, el marco legislativo de muchos países latinoamericanos, así como el contexto regional en el cual se enmarcan, reconocen el derecho a la protección de los datos personales y proporcionan herramientas jurídicas para protegerlos. Eso de manera análoga, por lo menos desde el punto de vista formal, con el derecho europeo.

Como se ha mencionado, la presencia de dicha legislación es una condición necesaria, pero no suficiente para una decisión de adecuación de la Comisión Europea, en cuanto se deben tener en consideración incluso cuestiones de efectividad y de eficacia del sistema de protección de los datos personales.

Sin embargo, el marco normativo y su contexto pueden representar una base para transferir y compartir datos per-

<sup>53</sup> Por un comentario sobre la legislación mexicana en materia de protección de los datos personales, vid Geraldine Da Cunha Lopes - López Ramírez, *La protección de datos personales en México*.

<sup>54</sup> Solange Maqueo, *Ley general de protección de datos personales en posesión de sujetos obligados. Comentada*, p. 9 y ss.; González Padilla, *Protección de datos personales en posesión de los particulares*, en [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx).

<sup>55</sup> Anteriormente a la entrada en vigor, en el 2015, de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información, la denominación era “Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos” (IFAI).

sonales entre particulares y entre administraciones públicas, bajo el respeto de los principios y de las reglas de los dos sistemas jurídicos y de los controles de las autoridades de supervisión.

§ 9. **CONSTRUCCIÓN DE UN ESPACIO DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES ENTRE EUROPA Y AMÉRICA LATINA.** – El tema de la protección de datos personales es de naturaleza global. Pero, como otros fenómenos transnacionales, la circulación y el tratamiento de datos personales se siguen reglando con las herramientas de los siglos pasados.

Como ha comentado Luciano Floridi: “For centuries, roughly since the Peace of Westphalia (1648), political geography has provided jurisprudence with an easy answer to the question of how far a ruling should apply, and that is as far as the national borders within which the legal authority operates. A bit like ‘my place my rules, your place your rules’. However, the internet is a logical not a physical space (more on this distinction presently), and the territoriality problem is due to an ontological misalignment between these two spaces”<sup>56</sup>.

En el ámbito internacional se pueden mencionar los documentos adoptados por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), pero son instrumentos no vinculantes<sup>57</sup>.

Es necesario empezar a construir una verdadera disciplina transnacional en materia de protección de datos personales.

Eso se puede poner en marcha entre dos continentes que “genéticamente” están conectados como América y Europa.

Esta profunda interconexión está afirmada en muchos documentos institucionales como, entre los últimos, en la declaración política “Una asociación para la próxima generación”,

<sup>56</sup> Floridi, *The Right to BE Forgotten: a Philosophical View*, “Jahrbuch für Recht und Ethik. Annual Review of Law and Ethics”, 2015 p. 163 a 179.

<sup>57</sup> Véase el párr. 16 del Privacy Framework que establece que el responsable del tratamiento de datos sigue siéndolo también de los datos personales, sin tener en cuenta la ubicación de los datos. Véase también las Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data de 1980, actualizadas en 2013.

del “Summit 2015” de Bruselas, entre los países del CELAC y la Unión Europea, en la que se destaca que se ha decidido “ahondar en [la] duradera asociación estratégica birregional, basada en vínculos históricos, culturales y humanos, el derecho internacional, el pleno respeto de los derechos humanos, valores comunes e intereses mutuos”.

Estos vínculos se expresan a través de intensos flujos informativos y comunicativos que deben ser apoyados por iniciativas concretas como programas de financiación y herramientas tecnológicas<sup>58</sup>.

También es necesaria una infraestructura jurídica, para fortalecer los intercambios de informaciones entre los dos bloques, como lo afirmado por el Tratado de Asociación entre el Mercosur y Unión Europea, que en el apdo. 3 del art. 18 (que forma parte del Título IV dedicado al “Fortalecimiento de la integración”) afirma: “La cooperación deberá adoptar todas las formas que se consideren convenientes y, particularmente, [...] sistemas de intercambio de información en todas las formas adecuadas, inclusive a través del establecimiento de redes informáticas”.

Establecer una infraestructura jurídica de los flujos de informaciones entre ambos bloques lleva consigo relevantes cuestiones jurídicas, como afirma el apdo. 4 del art. 18 del Tratado antes mencionado, que establece que las dos partes “acuerdan respetar la protección de los datos personales en todos aquellos ámbitos en los que se prevea intercambios de información a través de redes informáticas”.

Por tanto, es importante reflexionar sobre reglas compartidas en la protección de datos personales y en general en la disciplina de los flujos de datos entre los dos Continentes, teniendo en cuenta los enlaces culturales, jurídicos y especialmente la común sensibilidad en una materia tan importante en nuestra época.

<sup>58</sup> Es el caso del consorcio Bella (Building Europe Link to Latin America), cuyo principal inversor es la Comisión Europea, que ha firmado un acuerdo con Ellalink, un consorcio privado, para lanzar el despliegue de un cable submarino de fibra óptica que conecta Europa y América Latina, en <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/bella-new-digital-data-highway-between-europe-and-latin-america>.

**BIBLIOGRAFÍA**

- Álvarez Ledesma, M. I., *Introducción al derecho*, México, McGraw-Hill Interamericana Editores, 2019.
- “Sucintas reflexiones en torno al derecho de la sociedad del conocimiento”, en Cippitani, Roberto, *El derecho en la sociedad del conocimiento*, Roma-Peugia, ISEG, 2012.
- Álvarez Ledesma, M. I. - Cippitani, Roberto (coords.), *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica*, Roma-Perugia-México, ISEG, 2013.
- Arnold, R. - Cippitani, R. - Colcelli, V. (eds.) *Genetic information and individual rights*, Regensburg, Universität Regensburg, 2018.
- Bu-Pasha, S., *Cross-border issues under EU data protection law with regards to personal data protection*, “Information & Communications Technology Law”, 26:3, 2017, 213 a 228.
- Bygrave, L. A., *Data privacy law: an international perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- Di Francesco Maesa, C., *Balance between security and fundamental rights protection: an analysis of the directive 2016/680 for data protection in the police and justice sectors and the Directive 2016/681 on the use of passenger name record (PNR)*, “Eurojust.it”.
- Cippitani, Roberto, *Construcción del derecho privado en la Unión Europea. Sujetos y relaciones jurídicas*, Lisboa, Juruá Editorial, 2017.
- *El derecho en la sociedad del conocimiento*, Roma-Peugia, ISEG, 2012.
- *El intercambio de datos personales entre la Unión Europea y América Latina*, “Integración Regional & Derechos Humanos. Revista Regional Integration & Human Rights”, año 8, n° 1, 2020, p. 8 a 37.
- *Finalità di ricerca scientifica ed eccezioni alla disciplina della protezione dei dati personali*, “Ciberspazio e Diritto”, vol. 20, n° 62, n° 1-2, 2019, p. 161 a 176.
- “Genetic research and exceptions to the protection of personal data”, en Arnold, R. - Cippitani, R. - Colcelli, V. (eds.) *Genetic information and individual rights*, Regensburg, Universität Regensburg, 2018.
- *Interpretación y derecho de la integración*, Buenos Aires, Astrea, 2016.
- *La transferencia de datos personales en materia penal de la Unión europea a México*, “Criminogénesis”, 2021, en prensa.
- *Property paradigm and protection of rights concerning genetic information*, en “Rivista Diritto e Processo. Derecho y Proceso. Right and Remedies”, 2016, p. 261 a 288.
- Colcelli, V., “El ‘conocimiento’ en la tradición del derecho privado europeo”, en Cippitani, Roberto (coord.), *El derecho en la sociedad del conocimiento*, Roma-Peugia, ISEG, 2012.
- *Joint controller agreement under GDPR*, “EU and Comparative Law Issues and Challenges Series”, n° 3, 2019, p. 1030 y siguientes.

- De Hert, P. - Czerniawski, M., *Expanding the European data protection scope beyond territory: Article 3 of the General Data Protection Regulation in its wider context*, "International Data Privacy Law", 2016, vol. 6, n° 3, p. 230 y siguientes.
- De Witte, J. - Ten Have, H., *Ownership of genetic material and information*, "Social Science & Medicine", vol. 45, n° 1, august 1997, p. 51 a 60.
- Floridi, Luciano, *The Right to BE Forgotten: a Philosophical View*, "Jahrbuch für Recht und Ethik. Annual Review of Law and Ethics", 2015 p. 163 a 179.
- Geraldes Da Cunha Lopes, T. M. - López Ramírez, L., *La protección de datos personales en México*, UMSNH, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 2010.
- González Padilla, R., *Protección de datos personales en posesión de los particulares*, en [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx).
- Irion, K., *A Special Regard: The Court of Justice and the fundamental rights to privacy and data protection*, en *Gesellschaftliche Bewegungen-Recht unter Beobachtung und in Aktion: Festschrift für Wolfhard Kohle*, "Baden-Baden: Nomos", p. 873 A 890.
- Kuner, C. - Jerker, D. - Svantesson, B. - Cate, F. H. - Lyskey, O. - Millard, C. - Ni Loideain, N., *The GDPR as a chance to break down borders*, "International Data Privacy Law", 2017, vol. 7, n° 4, p. 231 a 232.
- López Carballo (coord.), *Protección de datos y hábeas data: una visión desde Iberoamérica*, Madrid, Agencia Española de Protección de Datos, 2015.
- McLuhan, Marshall, *La guerra y la paz en la aldea global*, 1968.  
— *The Gutenberg galaxy: the making of typographic man*, 1962.  
— *Understanding media*, 1964.
- Murray, A. D., *Data transfers between the EU and UK post Brexit?*, "International Data Privacy Law", 2017, vol. 7, n° 3, p. 149 y siguientes.
- O'Donoghue, C. - Lee Lust, K., *Binding corporate rules-Article 29 Working Party issues revised guidelines*, en [technologylawdispatch.com](http://technologylawdispatch.com), 20 de marzo de 2018.
- Perotti, E., *The European Ruling on the Right to be Forgotten and Its Extra-EU Implementation*, 2015, p. 29, en [www.academia.edu/19648451/The\\_European\\_Ruling\\_on\\_the\\_Right\\_to\\_be\\_Forgotten\\_and\\_its\\_extra-EU\\_implementation](http://www.academia.edu/19648451/The_European_Ruling_on_the_Right_to_be_Forgotten_and_its_extra-EU_implementation).
- Ramírez Irías, L., *Análisis comparativo de legislaciones sobre protección de datos personales y hábeas data*, consultoría: Elaboración del Anteproyecto de Ley del Hábeas Data en Honduras, 21 de enero de 2014, Tegucigalpa, M.D.C.
- Rueda Aguilar, D., *El fortalecimiento del sistema regional de Protección de los Derechos Humanos en Latino América*, en [www.scjn.gob.mx/transparencia/Documents/Becarios/Becarios\\_045.pdf](http://www.scjn.gob.mx/transparencia/Documents/Becarios/Becarios_045.pdf), p. 11 y 12.
- Sajfert, J. - Quintel, T., *Data protection directive (EU) 2016/680 for police and criminal justice authorities*, en "Cole, Boehm, GDPR Commentary", 2019, en <https://ssrn.com/abstract=3285873>.

- Sepúlveda Iguíniz, R. J., “Estado de derechos”, en Álvarez Ledesma, M. I. - Cippitani, Roberto (coords.), *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica*, Roma-Perugia-México, Iseg, 2013.
- Solange Maqueo, María, *Ley general de protección de datos personales en posesión de sujetos obligados. Comentada*, México, Inai, 2018.
- Sosa Morato, B. E., “Un humanista ante el umbral de la sociedad del conocimiento. Un esfuerzo por comprenderla”, en Cippitani, Roberto (coord.), *El derecho en la sociedad del conocimiento*, Roma-Peugia, ISEG, 2012.
- Van den Bulck, Paul, *Transfers of personal data to third countries*, “Era Forum”, n° 18, 2017, p. 244.
- Van der Sloot, B., *Legal consistency after the General Data Protection Regulation and the Police Directive*, “European Journal of Law and Technology”, vol. 9, n° 3, 2018, p. 1 siguientes.
- Wagner, J., *The transfer of personal data to third countries under the GDPR: when does a recipient country provide an adequate level of protection?*, “International Data Privacy Law”, vol. 8, Issue 4, november 2018, p. 318 a 337.



## CAPÍTULO V

# EL DERECHO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN. EJEMPLO DE CONVERGENCIA ENTRE LA INTEGRACIÓN REGIONAL Y LOS DERECHOS HUMANOS

por ANDREA MENSA GONZÁLEZ\*

§ 1. *INTRODUCCIÓN.* – Con base en lo dicho por el italiano Sabino Cassese, podemos decir que a diferencia de los Estados, el sistema mundial no tiene un gobierno ni una Constitución, sin embargo, existe una comunidad internacional, en la que están presentes los tres elementos de los ordenamientos jurídicos: plurisubjetividad, principalmente los Estados; organización generalmente de las organizaciones internacionales y la existencia de normativa, la mayor parte de ella convencional o pactada, aunque también reglamentaria. Este ordenamiento jurídico radica en la cooperación y en la forma de integrarse de los sujetos que la conforman<sup>1</sup>.

En un mundo globalizado, caracterizado por cambios a ritmo vertiginoso y rodeado de complejidades nuevas, el derecho administrativo ha entendido que a una realidad nueva no puede atenderse con categorías viejas, debe actualizarse y dar un nuevo enfoque a la gestión administrativa. Así se propo-

\* Profesora de Derecho de la Integración y de Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Facultad de Derecho (UBA). Investigadora del Centro de Excelencia Jean Monnet IR&DH.

<sup>1</sup> Cassese, *Il diritto alla buona amministrazione*, “European Review of Public Law”, 21 (3): 1037-1047 (2009), [bit.ly/3pyCcDL](http://bit.ly/3pyCcDL).

ne un cambio de paradigma en la administración del interés público y avanzar hacia nuevo modelo de gestión que supere el formalismo, la inflexibilidad de la actuación administrativa, que la ha llevado a distanciarse de la sociedad, para ir un paso más allá de la observancia de la legalidad, para agregar calidad en la actividad de la Administración pública y la observancia del respeto de los derechos fundamentales de las personas en sus relaciones con el poder público.

Este fenómeno ha incidido en la creación de una administración global, con la existencia de ordenamientos jurídicos supranacionales, como sucede particularmente con la UE. Esta pertenencia de los Estados a este orden supranacional exige de sus administraciones una actuación racional, eficiente, transparente, sujeta a la ley, como condiciones básicas para facilitar el libre tránsito de bienes y servicios, y para facilitar así la integración regional.

Surge en este contexto el llamado Derecho Administrativo Global, donde el centro de atención no está puesto en qué requisitos debe tener la administración; se plantea un cambio de paradigma en donde el ciudadano no es un simple destinatario, sino que pasa a ser un actor que colaboraba y participa en el quehacer de la administración, la definición del interés público ya no es de exclusiva competencia del primero, y los segundos ya no son simples objeto de las decisiones de aquel.

Este modelo de gestión administrativa que se centra en el ciudadano, parte de la noción de buena administración o buen gobierno, como un concepto regido por valores y principios propios, como la participación, transparencia, rendición de cuentas, eficacia y eficiencia que informan la relación antes descripta.

§ 2. **CONCEPTO DE BUENA ADMINISTRACIÓN.** – Como primera aproximación, la buena administración podría definirse como una serie de principios que exigen de la administración el cumplimiento de ciertos estándares de correcta práctica administrativa establecidos con el objeto de lograr una gestión pública más adecuada a los intereses ciudadanos, conforme el modelo de Estado de derecho vigente.

Estos principios fueron delineados inicialmente por la doctrina y jurisprudencia como reglas de buenas prácticas admi-

nistrativas para configurar un verdadero derecho humano de los ciudadanos reconocidos por instrumentos jurídicos fundamentales<sup>2</sup>, y por normativa de distintos niveles<sup>3</sup>.

En tal sentido se establece que las instituciones públicas han de llevar adelante su actuación conforme a una serie de criterios, propios de buen gobierno o buena administración<sup>4</sup>, conceptos en los cuales se han reunido derechos en cabeza de los ciudadanos y una serie de reglas y prácticas procedimentales de cumplimiento obligatorio, que la administración y los gobiernos<sup>5</sup> deben observar en el ejercicio de la función pública. Observamos así un mayor grado de interacción, participación y de colaboración entre el Estado y los particulares.

El concepto jurídico de buena administración puede definirse en términos negativos, recurriendo al concepto opuesto de mala administración, cuya verificación en la práctica revela precisamente la ausencia de esta<sup>6</sup>.

En este contexto, la buena administración resulta un concepto que abarca tres miradas, la primera como un principio general del derecho, la segunda como una obligación para la Administración pública y, por último, como un derecho humano fundamental para los ciudadanos. Es decir, constituye un derecho y un deber: el derecho a una buena administración en cabeza del ciudadano le confiere un marco de protección ante el accionar de los poderes públicos; y el deber de cumplimiento obligatorio de la administración, de proceder conforme las reglas de buena administración que impone garantías procesales, que van más allá de la mera legalidad, sumando nuevas exi-

<sup>2</sup> Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

<sup>3</sup> En la Unión Europea, Código Europeo de Buena Conducta Administrativa 2001, Recomendación CM/REC (2007) 7 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre buena administración.

<sup>4</sup> Rodríguez Arana Muñoz, *El derecho a la buena administración en las relaciones entre ciudadanos y administración pública*, "Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña", n° 16, 2012, p. 247 a 274. Ver <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4158450>.

<sup>5</sup> Ivanega, *La Administración pública del siglo XXI: entre la utopía y la realidad*, LL, 2/3/2011.

<sup>6</sup> En el derecho europeo mala administración constituye causa para presentación de reclamaciones de los ciudadanos comunitarios ante el defensor del pueblo contra las actividades de las instituciones de la Unión Europea.

gencias de legitimidad del actuar administrativo, como son: la transparencia, la eficacia, la eficiencia, la rendición de cuentas y la participación ciudadana<sup>7</sup>.

Esta idea es determinante de la calidad de la organización pública<sup>8</sup>, constituye el objetivo que debe perseguir la administración y en tal sentido deviene en garantía de una obligación de resultado en beneficio de toda la sociedad. Asimismo, configura un instrumento prominente para combatir las prácticas administrativas deficientes.

Así, la buena administración busca consolidar una auténtica modernización de la administración y se configura como herramienta central contra la corrupción, siendo, en definitiva, una estrategia para controlar la arbitrariedad y la desviación de poder<sup>9</sup>.

Desde la perspectiva subjetiva, la buena administración queda consagrada como derecho del ciudadano, en cuyo marco la administración no solo se autolimita conforme los imperativos legales para garantizar la efectividad de los derechos de los ciudadanos, sino que a través de llevar adelante su accionar con criterios objetivos, garantiza la adopción de decisiones equitativas e imparciales en los casos concretos<sup>10</sup>. Correlativamente el sistema genera confianza en los ciudadanos, legitima las actuaciones públicas e incrementa el rendimiento democrático<sup>11</sup> a través de aumentar la confianza en el quehacer de la Administración pública, el ciudadano se siente parte, está contenido por el Estado.

Se abre así una etapa superadora del modelo anterior, en el cual la función de la Administración pública se centraba en exceso, en la propia organización administrativa, con acento excluyente en la legalidad, rígidamente procedimentalistas,

<sup>7</sup> Prats Cátala, *La lucha contra la corrupción como parte integrante del derecho, el deber y las políticas de buena administración*, "Cuadernos de Derecho Público", n° 31, may.-ago. 2007, p. 17.

<sup>8</sup> Ivanega, op. cit.

<sup>9</sup> Lorenzo de Membiela, *La buena administración como estrategia promotora de la excelencia gestora*, "Revista Aragonesa de Administración Pública", n° 30, jun. 2007, p. 446.

<sup>10</sup> Timarchi Banfi, "Il diritto ad una buona amministrazione", en Chiti - Greco (dirs.), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, p. 52 a 54.

<sup>11</sup> Ivanega, op. cit.

olvidándose del destinatario natural y propio de las políticas públicas, de los poderes públicos: la ciudadanía<sup>12</sup>.

§ 3. *LA BUENA ADMINISTRACION EN LA UNION EUROPEA.* – Una primera referencia y puntapié inicial en la conceptualización propiamente dicha de la buena administración, se encuentra en el ámbito de la Unión Europea, en los dichos del Defensor del Pueblo Europeo, en el reporte anual del año 1997, donde señala que una forma de definir la buena administración sería estableciendo qué es una mala administración. El mencionado funcionario europeo añade que habría mala administración cuando el órgano público no actúa de acuerdo con una regla o un principio que lo sustenta. Este concepto de derecho a una buena administración fue avalado posteriormente por el Parlamento Europeo<sup>13</sup>.

Un gran paso lo constituyó, sin lugar a dudas, la sanción del Código de Buena Conducta Administrativa del Defensor del Pueblo Europeo, de julio del año 1999, el cual tuvo en cuenta normas y principios sentados en diversas normas administrativas, tanto de la por entonces Comunidad Europea, los Estados miembros como de otros organismos regionales, y los sistematizó de tal manera que se distingan aquellos que hacen a los derechos y garantías de los ciudadanos de aquellos que rigen a los funcionarios e instituciones de la misma.

En la primera parte se establecen los principios generales, como legalidad, no discriminación, proporcionalidad y coherencia, que hacen a la buena administración respecto de la Comisión en sus relaciones con el público. Luego se establecen también las siguientes pautas, como la objetividad e imparcialidad con la que debe actuar el personal, en pos del interés comunitario y del bien común y el deber de información sobre los procedimientos administrativos en los casos en que un ciudadano así lo requiera en el plazo fijado para el procedimiento en cuestión. Incluye también el deber de escuchar a todas las partes interesadas y motivar siempre sus decisiones entre otros.

<sup>12</sup> Rodríguez Arana Muñoz, *El derecho a la buena administración en las relaciones entre ciudadanos y administración pública*, "Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña", n° 16, 2012, p. 247 a 274.

<sup>13</sup> Ver [www.ombudsman.europa.eu/es/activities/speech.faces/en/311/html.bookmark](http://www.ombudsman.europa.eu/es/activities/speech.faces/en/311/html.bookmark).

El derecho a la buena administración no constituye una novedad en el ámbito judicial de la UE, y ha sido estructurado a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>14</sup>. Ese cúmulo de principios pretorianos constituyó la base del derecho jerarquizado.

La Carta de Derechos Fundamentales de la UE, como veremos, contempla en su cuerpo el derecho a la buena administración, sin embargo esa recepción como tantas otras, no consagra nuevos derechos, sino que los que contiene han sido trabajados principalmente por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, ya sea como principios generales del derecho, extraídos de las constituciones de los Estados miembro de la UE, o bien como derechos propios. La Carta hace más perceptibles los derechos ya existentes en el ámbito de la Unión a la luz de las interpretaciones del propio Tribunal de Justicia de la UE, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la jurisprudencia constitucional de los estados miembros.

Este principio surge en la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la sentencia del 8 de noviembre del año 1983 en el caso “NV IAZ International Belgium y otros vs. Comisión de las Comunidades Europeas”, en donde se establece que el requisito de que una decisión que afecte adversamente a una persona debe indicar las razones en las que se basa y permitir al tribunal revisar la legalidad de la decisión establecida proporcionando a la persona detalles suficientes que le permitan asegurar si la decisión está bien fundada o existe un defecto que dé lugar a una falta de legalidad de la medida adoptada, de acuerdo al art. 190 del Tratado CEE.

En “Kuno Ditterich vs. Comisión”, del mismo año, se estableció que el hecho de que la administración no cumpla con los plazos previstos para expedirse, constituye un supuesto tal de mala administración que justifica el pago de una compensación económica por los daños materiales e inmateriales causados.

<sup>14</sup> Viñuales Ferreiro, *La constitucionalización del derecho a una buena administración en la unión europea: ¿nuevas garantías para la protección de los derechos en el procedimiento administrativo?*, “Revista de Derecho de la Unión Europea, n° 28, ene.-jun. 2015 p. 321 a 340 <https://docplayer.es/21483293-Susana-vinuales-ferreiro-profesora-ayudante-de-derecho-administrativo-uned.html>.

La jurisprudencia de la UE fue definiendo el concepto de buena administración como un principio informador, principio general de derecho, no como derecho en sí mismo, sino constitutivo de un estándar del procedimiento que la administración debe observar en el marco de su actuación, principalmente respecto de los propios administrados.

Se entendía a este como un “estándar de comportamiento” exigido a la administración en sus relaciones con los Estados miembro, sus organismos y agentes, o con los propios administrados, es decir, como principio orientador de la actuación administrativa. En este sentido, pueden destacarse las sentencias del Tribunal de Justicia dictadas en los casos “Maurissen vs. Tribunal de Cuentas”, del 4 de febrero de 1987, donde se señaló que el principio de la buena administración “implica, principalmente que, al resolver acerca de la situación de un funcionario, la autoridad debe tomar en consideración la totalidad de los elementos que puedan determinar su decisión, ya que, al hacerlo, tendrá en cuenta no solo el interés del servicio, sino también el del funcionario interesado”.

Ya en 1994, en relación con los plazos de los procesos, en la sentencia de “Edward Patrick Latham vs. Comisión”, se indicó que el retraso detectado “resulta inaceptable e incompatible con el principio de buena administración”.

Podemos traer a colación el caso “Technische University München vs. Hauptzollamt München-Mitle”, que trata sobre el derecho a ser oído y el deber de motivación, del año 1991, y el caso “Koldo Gorostiaga Atxalandabasso vs. Parlamento Europeo”, sobre derecho a ser oído y a un juicio justo (del año 2009). En el caso “Solvay SA c. Comisión”, en el cual se había aplicado una multa a una empresa por violar el régimen de defensa de la competencia de la Unión Europea, el TJUE se refirió al alcance del derecho a ser oído entendido como un desprendimiento del derecho de defensa, al sostener que “el respeto del derecho de defensa en un procedimiento tramitado ante la Comisión con el objeto de imponer una multa a una empresa por infringir las normas de defensa de la competencia exige que la empresa interesada haya podido exponer de modo útil su punto de vista sobre la realidad y la pertinencia de los hechos y las circunstancias alegados y sobre los documentos que la Comisión tuvo en cuenta para fundamentar su alegación

de la existencia de una infracción al Tratado (sentencia 'Aalborg Portland y otros/Comisión', antes citada, apdo. 66). El art. 41, apdo. 2, letras a y b, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea concreta el contenido de este derecho".

Según la interpretación del Tribunal de Justicia, el derecho a ser oído incluso resulta de aplicación a nacionales de terceros países, en tanto constituye un principio del derecho que trasciende la normativa consagrada expresamente. Estas exigencias de equivalencia y de efectividad expresan la obligación general a cargo de los Estados miembro de garantizar la tutela judicial de los derechos de defensa que los justiciables deducen del derecho de la Unión, en particular por cuanto se refiere a la definición de la regulación procesal previsto, por ejemplo, en la sentencia "Alassini y otros vs. Telecom Italia SpA", C317/08 a C320/08.

El caso "Max Mobil Telekomunikation Service GMBH vs. Comisión" sobre la buena administración como requisito del Estado de derecho que rige a los Estados miembro, el TJUE ha garantizado la estricta observancia de este derecho como en el caso "Commune de Millau and SEMEA vs. Commission", donde la Comisión Europea reclamaba el pago de una deuda de capital más intereses a un ciudadano, quien reconvino solicitando una indemnización por afectación del derecho a una buena administración, en atención a que la demora de la Comisión en exigir el pago, doce años entre el primer y el segundo reclamo, generó intereses que podrían haberse evitado.

En relación con la necesidad de motivación, podemos citar el caso "Mohamed Trabelsi et al. vs. Consejo", donde se ha dicho que "la motivación exigida debe adaptarse a la naturaleza del acto de que se trate y al contexto en el cual este se adopte. Debe mostrar de manera clara e inequívoca el razonamiento de la institución de la que emane el acto, de forma que los interesados puedan conocer las razones de la medida adoptada y el órgano jurisdiccional competente pueda ejercer su control de legalidad. La exigencia de motivación debe apreciarse en función de las circunstancias de cada caso. No se exige que la motivación especifique todos los elementos de hecho y de derecho pertinentes, en la medida en que la cuestión de si la motivación de un acto cumple los requisitos del art. 296 TFUE y del art. 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales debe apre-

ciarse en relación no solo con su tenor literal, sino también con su contexto, así como con el conjunto de normas jurídicas que regulan la materia de que se trate. En particular, un acto lesivo está suficientemente motivado cuando se ha producido en un contexto conocido por el interesado que le permite comprender el alcance de la medida adoptada respecto a él. Además, el grado de precisión de la motivación de una decisión debe ser proporcionado a las posibilidades materiales y a las circunstancias técnicas o de plazo en las que debe dictarse”.

Ejemplo de la garantía de acceso al expediente lo constituye, por ejemplo, el caso “Solvay SA vs. Comisión”, al que referimos previamente, cuando establece que: “el derecho de acceso al expediente implica que la Comisión debe dar a la empresa afectada la posibilidad de examinar todos los documentos incluidos en el expediente de la instrucción que puedan ser pertinentes para su defensa. Estos documentos comprenden tanto las pruebas de cargo como las de descargo, con excepción de los secretos comerciales de otras empresas, de los documentos internos de la Comisión y de otras informaciones confidenciales (sentencias, antes citadas, ‘Limburgse Vinyl Maatschappij y otros vs. Comisión’, apdo. 315, y ‘Aalborg Portland y otros vs. Comisión’, apdo. 68). La afectación de este derecho podría dar lugar a la nulidad de todo el procedimiento, si se privara al particular de acceder a la documentación relevante respecto a la cual hubiera podido defenderse o incluso hubiera podido utilizarla a tales fines”.

En el mismo caso, el TJUE ha considerado que la violación de este derecho no queda subsanado por el hecho de que el particular acceda a la documentación en la posterior etapa judicial, por cuanto “al limitarse a un control jurisdiccional de los motivos invocados, el examen del Tribunal General no tiene por objeto ni por efecto reemplazar la instrucción completa del asunto en el marco de un procedimiento administrativo”. Por otra parte, el conocimiento tardío de determinados documentos del expediente no coloca a la empresa que ha interpuesto un recurso contra una decisión de la Comisión en la situación en la que se habría encontrado si hubiera podido basarse en esos mismos documentos para presentar sus observaciones escritas y orales ante dicha institución en tiempo adecuado.

Cuando el acceso al expediente, y más concretamente a las pruebas de descargo, se obtiene en otra fase del procedimiento judicial, el demandante no debe demostrar que, si hubiera tenido acceso a los documentos no comunicados, las decisiones de la administración, en este caso de la Comisión, habría tenido un contenido diferente, sino únicamente que dichos documentos hubieran resultado útiles para su defensa. De este modo, es responsabilidad de las entidades administrativas garantizar la vista de los particulares al expediente a fin de garantizar que puedan ejercer adecuadamente su derecho de defensa y con ello evitar posibles nulidades.

En el año 2019 en la sentencia del Tribunal de Justicia “United Parcel Service vs. Comisión”, del 16 de enero del año mencionado, el Tribunal, apoyándose en el derecho a una buena administración, sostiene que para declarar la nulidad de un acto por vicios en el procedimiento es suficiente acreditar que la irregularidad cometida ha disminuido las posibilidades de defensa del interesado, aunque el contenido de la decisión siga siendo el mismo.

En el núcleo de la cuestión, el estado de indefensión se fundamentaba en el hecho de que la decisión de la Comisión se adoptó basándose en un modelo econométrico diferente del que había sido objeto de debate contradictorio durante el procedimiento administrativo, de allí el estado de indefensión de reclamante, el cual fue reconocido por el TJUE, siguiendo la jurisprudencia marcada en el caso “Solvay vs. Comisión”.

Más recientemente, en marzo de 2021, el Tribunal de Justicia, en el caso “Pometon SpA c. Comisión”, establece que se considera “imparcialidad como requisito en el obrar de la administración pública” al recordar que “la Comisión está obligada a respetar en el procedimiento administrativo los derechos fundamentales de las empresas afectadas. Entre ellos está el derecho a una buena administración, reconocido en el art. 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a tenor del cual toda persona tiene derecho, en concreto, a que las instituciones de la Unión traten sus asuntos imparcialmente. Esta exigencia de imparcialidad abarca, por un lado, la imparcialidad subjetiva, en el sentido de que ninguno de los miembros de la institución interesada a cuyo cargo esté el asunto tome partido o tenga prejuicios personales y, por otro,

la imparcialidad objetiva, en el sentido de que la institución debe ofrecer garantías suficientes para descartar cualquier duda legítima a este respecto (sentencia de 11 de julio de 2013, ‘Ziegler c. Comisión’, C-439/11 P, EU:C:2013:513, apdos. 154 y 155)”.

En definitiva, la jurisprudencia ha ido delineando y configurando con nitidez el contenido de este derecho fundamental a la buena administración, atendiendo a interpretaciones más favorables para el ciudadano europeo a partir de la idea de que una excelente gestión pública redundaría en beneficio del conjunto de la población de la Unión Europea. Se ha indicado que “son innumerables los pronunciamientos sobre el principio de buena administración y los diferentes derechos que lo componen. Una vez proclamada la Carta, el Tribunal de Justicia continúa la misma línea iniciada tiempo atrás en cuanto a la aplicación del derecho a una buena administración, haciendo ahora expresa mención al contenido del art. 41 de la Carta”<sup>15</sup>.

§ 4. **DERECHO A LA BUENA ADMINISTRACION EN LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA.** – La proclamación de esta Carta en 2000 fue uno de los tantos avances de este proceso de integración, pues constituyó el primer documento comunitario que sistematizó un listado de derechos. Hasta entonces, ninguno de los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas contenía declaraciones sobre derechos humanos. En la Carta se encuentra el derecho fundamental a la buena administración reconocido en su art. 41, que contribuyó al fortalecimiento de la democracia y el Estado de derecho.

Esto positiviza derechos de carácter procedimental que vienen a conformar el concepto de “buena administración” y a plasmar cambios en el funcionamiento de la administración no solo de los Estados miembro, sino de las instituciones europeas.

A partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en diciembre de 2009, la Carta de Derechos Fundamentales tiene el mismo valor jurídico que los tratados fundacionales y, por

<sup>15</sup> Viñuales Ferreiro, *La constitucionalización del derecho a una buena administración en la unión europea: ¿nuevas garantías para la protección de los derechos en el procedimiento administrativo?*, “Revista de Derecho de la Unión Europea”, n° 28, ene.-jun. 2015 p. 321.

consiguiente, los ciudadanos tienen ahora derecho a que las instituciones de la UE traten sus asuntos según los principios de la buena administración. La aplicación en la praxis del principio de la buena administración ayuda a los ciudadanos a comprender y exigir sus derechos, y fomenta el interés de los ciudadanos por conseguir una administración europea abierta, eficaz e independiente.

El art. 41 se titula “Derecho a una buena administración”, y reconoce el derecho en términos claros y precisos que toda persona tiene a que sus asuntos, y por ende sus derechos, sean tratados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión Europea de conformidad con estándares propios de la buena administración, lo que impone que la tramitación y resolución sea imparcial, equitativa y que se realice en tiempo razonable en primer lugar.

Específicamente, implica: *a)* el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente; *b)* el derecho de toda persona a acceder al expediente que le concierna, y *c)* la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.

El mismo artículo dispone que toda persona tiene derecho a exigir una reparación a la Unión Europea, por los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, como así también que toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados –la que elija– y deberá recibir una contestación en esa misma lengua, respetando la diversidad lingüística, clave para el acceso verdadero a la justicia y el ejercicio pleno del derecho de defensa.

Una de las premisas, como vimos, es la imparcialidad como principio cardinal de los procedimientos ante la administración, e integra la defensa en juicio. Consecuentemente, los órganos y entes deben basar su actuación en criterios de independencia, ecuanimidad y objetividad, libre de toda subjetividad y de todo prejuicio, con absoluto respeto de los derechos e intereses de los particulares.

Asimismo, el texto fundamental prohíbe la inequidad, lo que implica asegurar las garantías del debido proceso, principalmente en la observancia irrestricta de ser oído. La buena

administración reposa sobre el sentido de justicia que deriva de un justo procedimiento así como de una interpretación justa y razonada del derecho aplicable. Ante un conflicto de intereses entre el funcionario y los particulares deben articularse los mecanismos de excusación y recusación.

El estándar de equidad y justicia tiene como premisa básica el respeto de los derechos de los individuos y simultáneamente sirve también a un criterio de eficacia política y de legitimidad de ejercicio del poder. En este sentido, se ha observado que “ninguna clase de gente se beneficia más a la larga de una justa administración que los administrados mismos, porque el Estado está consustanciado desde la cúspide hasta el fondo con la verdad de que el gobierno depende de la aprobación de los gobernados. El *fair play* en la administración enrolará las simpatías del ciudadano y reducirá enormemente la fricción con que funciona la maquinaria del gobierno”<sup>16</sup>.

La Carta establece como elemento esencial del derecho analizado, que toda resolución se pronuncie en forma oportuna, tempestiva. La dilación de los plazos puede vaciar de contenido la resolución despojándola de todo atributo de justa y equidad, degradando consecuentemente los derechos del ciudadano.

La razonabilidad del plazo refiere al tiempo en el cual una resolución puede ser realmente eficaz, de manera que no se dilapide el legítimo derecho del ciudadano a que su petición sea resuelta conforme la garantía de defensa en juicio, garantía a la cual el plazo es inherente.

La exigencia de que la administración se pronuncie en un plazo razonable expresa claramente un estándar de buena administración. Con certeza una resolución dilatada indebidamente en el tiempo expone una mala gestión de la función pública. En este sentido, la reglamentación de plazos instruye pautas objetivas propias de buena gestión, y brinda parámetros mensurables para evaluar la actuación a través de las instancias de control interno. Contrariamente, ante la ausencia de plazos, el término plazo razonable viene a definir la situación.

<sup>16</sup> Gordillo, *Tratado de derecho administrativo. El procedimiento administrativo. Concepto y principios generales*, p. 18, [www.gordillo.com/pdf\\_tomo2/capitulo9.pdf](http://www.gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo9.pdf).

De acuerdo a los criterios jurisprudenciales, su determinación puede realizarse conforme pautas concretas, tales como *a*) la complejidad del asunto; *b*) la actividad procesal del interesado; *c*) la conducta de las autoridades judiciales, y *d*) el análisis global del procedimiento<sup>17</sup>.

En efecto, el derecho de obtener un pronunciamiento en un plazo razonable es corolario de la garantía de defensa en juicio y debe respetarse estrictamente sea en un proceso jurisdiccional como administrativo. En ese orden de ideas se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresando que “cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal”, pues “es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar soluciones justas, no estando la administración excluida de cumplir con ese deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”<sup>18</sup>.

El derecho de ser oído integra el derecho de defensa en juicio e implica la posibilidad de alegar, de hacer un descargo, ofrecer, producir y controlar la prueba, así como de controvertir e impugnar las decisiones que se dicten. La violación de este derecho produce indefinición configurando un vicio insanablemente nulo.

La materialización de este derecho incide en la actuación de la administración, tanto en el procedimiento como en la calidad de la resolución que se tome. Su observancia proveerá todos los elementos necesarios para llegar a una decisión fundada y justa. En tal sentido, señala Gordillo que el derecho de ser oído es una regla de justicia y también de buena administración, en la medida que implica y asegura un más acabado conocimiento y valoración de los hechos sobre los cuales se ha de resolver, por lo tanto, una más objetiva y mejor decisión<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Corte IDH, casos “Genie Lacayo vs. Nicaragua”, enero de 1997, párr. 77; “López Álvarez v. Honduras”, de febrero de 2006, y “Kónig”, de marzo de 1980

<sup>18</sup> Corte IDH, caso “Baena Ricardo y otros vs. Panamá”, de febrero de 2001, párrs. 124 y 127.

<sup>19</sup> Gordillo, *Tratado de derecho administrativo. El procedimiento administrativo. Concepto y principios generales*, p. 26.

La Carta reconoce el derecho de acceso al expediente de toda persona que le afecte conforme el derecho de defensa y tutela efectiva. Se basa en la publicidad del procedimiento, del derecho de tomar cabal conocimiento de las constancias administrativas de la persona involucrada. Este derecho no es una mera formalidad, sino garantiza que el ciudadano tenga efectiva y útil participación ante la autoridad pública. Asimismo, determina la objetividad y a la publicidad y transparencia con que debe obrar la administración, conforme los principios republicanos.

En cuanto a la obligación de motivar sus decisiones, podemos decir que la actuación administrativa debe realizarse conforme a derecho evitando la arbitrariedad, de ahí que el imperativo de motivar las decisiones adquiere especial relevancia y resulte indispensable dar argumentos razonados, suficientes y adecuados sobre las razones en las que se funda una decisión administrativa.

Motivar es un elemento esencial que determina la validez del acto decisorio, y es la expresión del principio de razonabilidad y publicidad de los actos estatales. Este deber de motivación cobra mayor notoriedad cuando la administración procede en el marco de las facultades discrecionales. En efecto, el Estado debe motivar todos sus actos, sea que proceda conforme facultades regladas o discrecionales, sin embargo, cuanto mayor sea el margen de discrecionalidad más exigente es el estándar de motivación; consecuentemente, los motivos deben ser más profundos y detallados.

§ 5. **CARTA IBEROAMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL CIUDADANO EN RELACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.** – Esta Carta fue aprobada por el Consejo Directivo del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) en una reunión celebrada el 10 de octubre de 2013, en cumplimiento del mandato recibido por la XV Conferencia Iberoamericana de Ministras y Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado realizada en junio del mismo año. Este documento proyecta, sintetiza y desarrolla la buena administración pública y sus implicaciones, en razón de la triple funcionalidad que se le ha podido dar a la misma: como principio, como deber y como derecho.

En su preámbulo encontramos la base fundacional de la idea de presente trabajo, que es que el Estado Social y Democrático de Derecho otorga una posición jurídica a la persona, un estatus de ciudadano en sus relaciones con la Administración pública. Establece que la buena Administración pública es una obligación inherente a los poderes públicos en cuya virtud el quehacer público debe promover los derechos fundamentales de las personas fomentando la dignidad humana de forma que las actuaciones administrativas armonicen criterios de objetividad, imparcialidad, justicia y equidad, y sean prestadas en plazo razonable.

La Carta constituye un marco de referencia que posibilita el desarrollo de procesos de reforma y racionalización en la Administración pública iberoamericana mediante el uso de técnicas y herramientas de gestión de calidad en el sector público, las cuales deberán adecuarse a la idiosincrasia de los países iberoamericanos, a las particularidades de sus administraciones públicas y a la naturaleza propia del ámbito público. Ciertamente, los derechos que reconoce la misma no tiene el mismo rango y desarrollo; sin embargo, es un inicio auspicioso.

Podemos señalar que en el caso de Argentina, el “derecho” a una buena administración no se encuentra consagrado expresamente en el texto constitucional; los principios que lo conforman pueden nacer del art. 1º, es decir, del significado de sistema republicano de gobierno, como podemos entenderlo del art. 33 como un derecho implícito. Sin embargo, la recepción del mencionado derecho ha sido abordado a nivel legislativo. Solo a título de ejemplo pueden mencionarse a nivel nacional la ley de 24.156 que determina el control del Estado nacional conforme al modelo de control integral e integrado tanto interno como externo a cargo de la SIGEN y la AGN, leyes que aprobaron convenciones internacionales contra la corrupción, normas de ética pública y empleo público y las sucesivas leyes de reformas del Estado, la Carta Compromiso con el Ciudadano, Plan Nacional de Modernización de la Administración Pública Nacional, Plan Nacional de Gobierno Electrónico y la ley y reglamentos de acceso a la información, entre otras normas.

§ 6. **BUENA ADMINISTRACIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL. CONVERGENCIA.** – El desarrollo, tutela y observancia de los dere-

chos humanos, se encuentra intrínsecamente ligado con el respeto de su dignidad humana. En este sentido, el Estado, a través de la Administración pública, debe adoptar las medidas y acciones necesarias para dirigir su accionar conforme al interés público. Esto resulta de importancia para los Estados y para los individuos, por ende, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha recepcionado el tema en cuestión, elaborado diversos instrumentos que comprometen a los Estados a tomar hacia su interior las medidas necesarias para su consagración.

Tradicionalmente se reconocía a la buena Administración pública como un principio general del derecho, sin embargo, por su trascendencia ha mutado de principio a derecho y se ha reconocido en las legislaciones y en instrumentos internacionales de derechos humanos, otorgando a los ciudadanos la facultad de exigir a la Administración pública el cumplimiento de la normativa conforme a la observancia de este derecho.

El derecho a la buena Administración pública tiene como antecedente la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, donde el art. 15 señala: "La sociedad tiene derecho a pedir cuentas de su gestión a todo agente público", por ello en el contexto de la Revolución francesa y del modelo democrático, se establece la facultad de control que tiene la sociedad frente a los actos del poder público, por cuanto los ciudadanos son los titulares del poder que ejerce el Estado a través de su andamiaje administrativo, y es por ello que los mandatarios tienen que rendir cuentas de su gestión al mandante, que no es otro que el ciudadano.

El derecho a la buena Administración pública surge a partir de la necesidad de racionalizar el ejercicio del poder del Estado, ya que a lo largo de los años ha existido abuso de poder por parte del rey, del monarca, del emperador, del príncipe o como quiera se llame el mandatario a cargo. Este derecho se inspira en los postulados de la Revolución francesa de igualdad, libertad y fraternidad, y promueve a la actuación administrativa de servir en satisfacción del interés general. De allí que la buena Administración pública tiende a precautelar los derechos de los ciudadanos frente a los abusos del poder arbitrario del rey y del monarca, quienes no tenían límites de poder e incluso podían actuar de modo discrecional, sin importar que sus decisiones generen afectaciones a los individuos.

Con la recepción del derecho a la buena administración, los ciudadanos ya no son sujetos inertes que reciben, única y exclusivamente, bienes y servicios públicos del poder. Ahora, dentro del marco del Estado social y democrático de derecho, ellos se convierten en actores principales de la definición y evaluación de las diferentes políticas públicas. El interés general ya no es un concepto que define unilateralmente la administración. En definitiva, en este nuevo concepto, “el ciudadano pasa a ser el centro del derecho administrativo y, como tal, asume un rol activo en la consecución de los cometidos abordados por la administración, que pasa a ser así una administración abierta y democrática”<sup>20</sup>.

En referencia a la incorporación de la buena administración, se puede citar como antecedente lo dispuesto por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas cuando ha definido al buen gobierno como “el ejercicio de la autoridad por medio de procesos políticos e institucionales transparentes y responsables que fomenten la participación ciudadana”<sup>21</sup>.

A su vez, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo define al buen gobierno como “el ejercicio de la autoridad económica, política y administrativa para manejar los asuntos de un país en todos los niveles. Comprende los mecanismos, procesos e instituciones a través de los cuales los ciudadanos y grupos articulan sus intereses, ejercen sus derechos, cumplen con sus obligaciones y median sus diferencias. El buen gobierno es entre otras cosas participación, transparencia y responsabilidad. También es eficiencia y justicia y promueve la igualdad”<sup>22</sup>.

La buena Administración pública no solo es un derecho, sino que es uno fundamental de los ciudadanos, quienes tienen derecho a exigir determinados patrones o estándares en el funcionamiento de la administración y esta a la par está obli-

<sup>20</sup> Linde Paniagua, *Fundamentos de derecho administrativo. Del derecho del poder al derecho de los ciudadanos*, p. 92.

<sup>21</sup> Alto comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, *Prácticas de buen gobierno para la protección de los derechos humanos*, p. 2.

<sup>22</sup> Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Documento de política: gobernabilidad para el desarrollo humano sostenible*, [www.dse.de/zg/gg/html/english/4\\_indepthpaper\\_1.htmv](http://www.dse.de/zg/gg/html/english/4_indepthpaper_1.htmv).

gada, en toda democracia, a distinguirse en su actuación cotidiana por llevar adelante su labor de manera objetiva en pos del interés general. Como puede verse hoy en la Unión Europea, las administraciones públicas se encuentran imbuidas por este postulado, que se entiende como un derecho ciudadano y un principio que informa el accionar de la administración, que como vimos en el caso del derecho comunitario europeo se encuentra expresamente plasmado y desarrollado en su Carta de Derechos Fundamentales y receptado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Rodríguez Arana Muñoz señala, al respecto, que “Hoy es frecuente que las nuevas constituciones incorporen como derecho fundamental el derecho a la buena Administración pública. El motivo radica en que la razón de ser del Estado y de la administración es la persona, la protección y promoción de la dignidad humana y de todos sus derechos fundamentales”<sup>23</sup>. Consecuentemente, “desde la centralidad del ciudadano y desde su participación activa en la conformación de los intereses generales, el derecho administrativo y sus principales categorías deben ser nuevamente formulados”. Es decir que el derecho administrativo no queda al margen del los postulados del derecho internacional de los derechos humanos, hay una convergencia en tanto ambos persiguen el mismo objetivo, lograr el bien común, respetando los derechos humanos y el Estado de derecho.

Juli Ponce Solé se ha encargado de recoger la jurisprudencia en torno a este derecho, y destaca que el TEDH “mantiene una consistente jurisprudencia aludiendo al principio de buena gobernanza como instrumento jurídico para orientar y limitar la discrecionalidad de las autoridades de los países miembros del Convenio Europeo de Derechos Humanos, si bien la mayoría de la constituciones europeas no contemplan este derecho de manera expresa”.

La Organización de Naciones Unidas, en ocasión de la Declaración del Milenio, ha resaltado que el desarrollo centrado en el ciudadano presupone la existencia de una administración transparente, participativa, eficiente, sujeta a la ley y que lleva

<sup>23</sup> Rodríguez Arana Muñoz, *Derecho Administrativo global y derecho fundamental a la buena administración pública*, [www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/derecho-administrativo-global-y-derecho](http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/derecho-administrativo-global-y-derecho).

a cabo una actividad contestable, no cualquier clase de administración. Por lo tanto, de acuerdo con la Resolución 50/55, la Administración pública debe llevar a cabo su actividad por cauces democráticos y transparentes, bajo el gobierno responsable.

Otro documento a considerar es la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada en Nueva York, Estados Unidos de América, el 31 de octubre de 2003, que fue aprobada por Argentina, por la ley 26.097 en el año 2006. El texto adoptado en el art. 1º refleja que los Estados, al negociar el instrumento internacional, han dado igual jerarquía tanto a la prevención de hechos de corrupción como a su investigación en primer lugar, para ello consideran trascendente la relación entre medidas preventivas, la investigación y visualización de la finalidad perseguida que es la de impulsar el buen gobierno, la transparencia en la gestión y la rendición de cuentas, se busca generar condiciones para gobiernos honestos, transparentes y abiertos a sus comunidades.

A nivel americano, tenemos la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), de carácter supranacional, la cual nace por la necesidad de atacar la corrupción y otros fenómenos que se vinculan a ella, en especial el gasto ineficiente o dilapidador del Estado, la vinculación del crimen organizado y el narcotráfico, todo lo cual vulnera los derechos humanos y socava los cimientos del Estado de derecho. Así, la CICC, aprobada por ley 24.759, que Gordillo<sup>24</sup> ubica con jerarquía constitucional, en tanto lo clasifica como un instrumento de derechos humanos constitucionalizado, es decir, ubicado en el art. 75, inc. 22, de la Const. nacional, aporta el significado y vinculación entre buena administración, corrupción y derechos humanos.

También encontramos la Carta Democrática Interamericana, uno de los instrumentos más claros en la materia, que vincula democracia con buena administración, consagra, como elementos estructurales, la transparencia, la probidad, la responsabilidad, la participación ciudadana y el respeto por los derechos humanos, como elementos centrales. Los Estados

<sup>24</sup> Gordillo, *Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana contra la Corrupción*, LL, 1997-E-1091.

se comprometen no solo a defender y promover la democracia como forma de gobierno, sino que obliga a los gobiernos a transparentar sus actividades.

En el art. 6° establece claramente este ligamen al disponer que la participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad, y constituye como así constituye una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia.

Otro instrumento en materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos que versa de manera indirecta sobre el derecho a la Administración pública, es el Protocolo de San Salvador; este protocolo fue suscripto luego de que los Estados partes del Pacto de San José de Costa Rica ratificaran dicho instrumento con el propósito de fortalecer e su interior las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos parte de la idea que la buena administración exige superar una visión restrictiva de lo que se ha considerado tradicionalmente “intereses generales” para abarcar los intereses de los ciudadanos en el quehacer administrativo. Esta visión debe sustentarse en el fortalecimiento del procedimiento administrativo como garantía formal de los ciudadanos frente a la administración por constituir una serie de pasos ordenados que proporcionan transparencia a las resoluciones administrativas.

Este sistema lo aborda desde la idea de la garantía a un “procedimiento administrativo debido”, los criterios con los que procede la actuación de la Administración pública nacional, teniendo en consideración que en territorio latinoamericano el derecho a la buena administración no ha sido abordado detalladamente.

En su vasta jurisprudencia y basada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás instrumentos que conforman el *corpus iuris* interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce que las administraciones públicas nacionales deben llevar a cabo sus respectivos procedimientos dentro de un plazo razonable. Es decir, vía interpretación amplia impone al procedimiento administrativo lo dispuesto en el art. 8 de la citada Convención, cuando

dice: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

La Corte determinó que la valoración del incumplimiento de resolver dentro de un “plazo razonable” se llevará a cabo en función de tres elementos: comportamiento del administrado, complejidad del caso y la diligencia en la conducta de la administración. La relación entre buena administración, debido proceso administrativo y plazo de duración de mismo encuentra su razón de ser en el cumplimiento de las garantías que representa el propio procedimiento para el ciudadano, como la posibilidad de recurrir la decisión ante un órgano superior, o que el mismo se tramite en su idioma, o pueda conocer el expediente, o derecho a defensa, motivación de los actos administrativos, entre otras garantías básicas de la persona humana.

El *leading case* en la materia en el Sistema Interamericano lo constituye el caso “Baena Ricardo y otros vs. Panamá”, del año 2001, al reconocer que 270 trabajadores del Estado, despedidos por participar en una manifestación, no tuvieron oportunidad de ser oídos en un procedimiento administrativo previo antes de aplicárseles una sanción disciplinaria consistente en la destitución. La Corte IDH dice: “Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”. Se puede agregar el fallo “Haitianos y Dominicanos de origen Haitiano en la República Dominicana”, de agosto del año 2000, cuando conoce de las deportaciones masivas de personas haitianas o dominicanas de origen haitiano en las cuales, al no cumplirse con las garantías del proceso, no siempre podían considerarse procedentes; otras sentencias pueden ser “Castillo Pretuzzi y otros vs. Perú”, de mayo del año 1999, “Comunidad indígena Yakye Axa vs. República del Paraguay”, de junio del 2005 o “Claude Reyes otros vs. Chile”, de septiembre del 2006,

en todas ellas se trabaja el tema sin que aparezca el término “derecho a la buena administración”.

A nivel nacional, además del caso “Losicer” ya mencionado, podemos agregar que en el caso “Astorga Bracht”, la CSJN importa del art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobado por ley 23.054 y con jerarquía constitucional conforme el art. 75, inc. 22, de la Carta Magna. Dicho artículo establece que “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un tribunal o juez competente, independiente e imparcial”, junto con el art. 25 del mismo instrumento que reconoce el derecho a interponer un recurso sencillo y rápido, o a cualquier otro recurso efectivo; asimismo otras normas encuentran las bases de la llamada “tutela administrativa efectiva”.

§ 7. **CONCLUSIONES.** – El derecho a una buena administración adquiere relevancia teórica y práctica para nuestro derecho nacional, en especial, para el derecho administrativo, el derecho constitucional y el derecho internacional público, entre otras ramas del derecho, en tanto aborda la relación de los derechos humanos del ciudadano con la administración pública.

El derecho a la buena administración constituye una herramienta de política de Estado inestimable para mejorar sustancialmente la gestión de los intereses públicos. Busca desactivar prácticas relacionadas con la corrupción, y optimizar recursos, apoyándose en principios de rendición de cuentas, control, transparencia y el fortalecimiento de la participación ciudadana, que construyen una sociedad democrática.

La introducción de este derecho humano influyó en las reformas administrativas de los Estados o, mejor dicho, en los modos de actuar de la maquinaria administrativa, en definitiva en el abordaje del derecho administrativo, la convergencia entre los principios propios de este último y los derechos humanos resulta, pues, indiscutible e insoslayable.

Su diseño perfectible, propende a una administración ajustada a derecho y respetuosa de los derechos de los ciudadanos. Es un instrumento esencial para la materialización de los derechos fundamentales, pues ciertamente crean un entorno propicio para su desarrollo y al ser un derecho y garantía adquiere

gran importancia desde el punto de vista de su ejercicio, como ocurre con el derecho a la tutela judicial efectiva.

Su implementación plena en nuestros países requiere de una férrea decisión política para avanzar hacia un cambio integral no solo de la burocracia pública sino de la población, un compromiso ciudadano, el entender que la interacción entre el administrado y la Administración pública es lo que dota de sentido a la existencia misma del Estado como construcción política.

En definitiva, la defensa de los derechos de los ciudadanos tiene que estar presente en el quehacer cotidiano del Estado, en el procedimiento administrativo y no solo el judicial, este debe ser imparcial, equitativo y debe poner en pie de igualdad a la Administración pública y a los ciudadanos, en la defensa de los intereses que le son propios. En tiempos de convulsión y crisis el ejercicio de una buena Administración pública implica que esta debe estar consustanciada con la mejora de las condiciones de vida de las personas, y ha de estar orientada a poner el Estado al servicio de la comunidad.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Cassese, Sabino, *Il diritto alla buona amministrazione*, “European Review of Public Law”, 21 (3): 1037-1047 (2009), [bit.ly/3pyCcDL](http://bit.ly/3pyCcDL).
- Castillo Blanco, Federico, *Garantías del derecho ciudadano al buen gobierno y a la buena administración*, “Revista Española de Derecho Administrativo”, nº 172, 2015, p. 123 a 162.
- Fernández, Tomás R., El derecho a una buena administración en la Sentencia del TJUE de 16 de enero de 2019, “Revista de Administración Pública”, 209, p. 247 a 257; <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.209.07>.
- Fuentetaja Pastor, Jesús Á., *El derecho a la buena administración en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, “Revista de Derecho de la Unión Europea”, nº 15, 2º semestre 2008, p. 137 a 154, <http://revistas.uned.es/index.php/REDUE/article/view/12534>.
- Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo. El procedimiento administrativo. Concepto y principios generales*, [www.gordillo.com/pdf\\_tomo2/capitulo9.pdf](http://www.gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo9.pdf).
- *Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana contra la Corrupción*, LL, 1997-E-1091.
- Hernández González, José I., *El concepto de Administración pública desde la buena gobernanza y el derecho administrativo global. Su impacto en los*

- sistemas de derecho administrativo de la América española*, "Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña", n° 16, 2012, p. 197 a 224. <https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/12007>
- Ivanega, Miriam, *La Administración pública del siglo XXI: entre la utopía y la realidad*, LL, 2/3/2011.
- Kingsbury, Benedict - Krisch, Nico - Stewart, Richard B., *El surgimiento del derecho administrativo global*, "Revista de Derecho Público", Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho, mar. 2010, <https://www.iilj.org/wp-content/uploads/2016/08/Kingsbury-Krisch-Stewart-El-Surgimiento-del-Derecho-Administrativo-Global-Revista-de-Derecho-publico-24-2010.pdf>.
- Linde Paniagua, Enrique, *Fundamentos de derecho administrativo. Del derecho del poder al derecho de los ciudadanos*, Madrid, UNED-Colex, 2009.
- Lorenzo de Membiola, Juan B., *La buena administración como estrategia promotora de la excelencia gestora*, "Revista Aragonesa de Administración Pública", n° 30, jun. 2007, p. 446.
- Ponce Solé, Juli, *Transparencia, innovación, buen gobierno y buena administración*, "Blog de la Revista Catalana de Dret Públic", 2013, <http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eapc-rcdp/2013/11/25/transparencia-innovacion-buen-gobierno-y-buena-administracion/>.
- Prats Cátala, Joan, *La lucha contra la corrupción como parte integrante del Derecho, el deber y las políticas de buena administración*, "Cuadernos de Derecho Público", n° 31, may.-ago. 2007, p. 17.
- Rodríguez Arana Muñoz, Jaime, *Derecho administrativo global y derecho fundamental a la buena administración pública*, [www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/derecho-administrativo-global-y-derecho](http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/derecho-administrativo-global-y-derecho).
- *El derecho a la buena administración en las relaciones entre ciudadanos y administración pública*, "Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña", n° 16, 2012, p. 247, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4158450>.
- Sanz Larruga Javier, *El ordenamiento europeo, el derecho administrativo español y el derecho a una buena administración*, <https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/7510>.
- Timarchi Banfi, Francesca, "Il diritto ad una buona amministrazione", en Chiti, M. P. - Greco, G. (dir.), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2007.
- Tomás Mallén, Beatriz, *El derecho fundamental a una buena administración*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2004.
- Viñuales Ferreiro, Susana, *La constitucionalización del derecho a una buena administración en la Unión Europea: ¿nuevas garantías para la protección de los derechos en el procedimiento administrativo?*, "Revista de Derecho de la Unión Europea", n° 28, ene.- jun. 2015, p. 321, <https://docplayer.es/21483293-Susana-vinuales-ferreiro-profesora-ayudante-de-derecho-administrativo-uned.html>.



## CAPÍTULO VI

# PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

por ALFREDO M. SOTO\*

§ 1. **LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS EN LA INTERNACIONALIDAD, LA GLOBALIZACIÓN Y LA INTEGRACIÓN.** – La internacionalidad clásica significó coexistencia de unidades estatales, cada una con su respectivo sistema jurídico diferenciado de los demás, y por ello el derecho internacional privado tradicional estuvo centrado en el conflicto de leyes o, mejor dicho, en el conflicto de derechos con miras a la armonización de los diversos sistemas jurídicos.

La globalización o mundialización<sup>1</sup>, así como también la integración, implica, en cambio, cierta disolución de los Estados en el mercado, con la consecuente eliminación de las diferencias territoriales típicas de la modernidad y, por ello, de las diversidades jurídicas. Se advierte una tendencia a la unifor-

\* Profesor titular de Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho (UBA).

<sup>1</sup> Puede verse Soto, “El derecho del consumidor frente al fenómeno de la globalización y la internacionalidad. Perspectivas generales. La *lex mercatoria* y el derecho del consumidor. Las normas de derecho internacional privado”, en Stiglitz - Hernández (dirs.), *Tratado del derecho del consumidor*, t. I, p. 39 a 62. Acerca de la protección de consumidores y usuarios en los espacios integrados ver Klein Vieira, *Análisis del Anteproyecto de ley de defensa del consumidor argentino desde la perspectiva del Mercosur*, LOnline, AR/DOC/669/2019; Azar Baud, *A propósito de la directiva europea sobre las acciones representativas para la protección de los intereses colectivos de los consumidores*, LOnline, AR/DOC/3054/2020.

midad y a la armonización, a la igualdad exigida por las libertades de circulación de personas y factores productivos, esto es, libertad de circulación de capitales, mercancías y servicios, siendo estas dos últimas de significativa importancia para los consumidores y usuarios.

Frente a ello el derecho del consumidor exige cada vez mayor desarrollo, pues es precisamente el consumidor un actor importante y a la vez vulnerable, débil, desigual, especialmente en el marco global mundial y en el de la integración regional, en que se desenvuelve a través de relaciones transfronterizas, con transacciones virtuales, en línea, electrónicas, desde la perspectiva comercial.

Las respuestas del derecho internacional privado clásico o tradicional, es decir, las soluciones extraterritorialistas de aplicación del derecho extranjero con el límite del orden público internacional, con el método indirecto y conflictualista y el respeto positivo por el elemento extranjero, se ven hoy integradas con soluciones territorialistas extremas, de aplicación *a priori* del derecho nacional, por protección de intereses locales, en reacción a lo global o mundial, y también el territorialismo mitigado, especialmente manifestado en el derecho uniforme o unificado, que disuelve la diversidad en lo global o mundial. Asimismo, existen soluciones no territorializadas de construcción o elaboración de normatividades no identificadas con ningún sistema jurídico estatal, sino por la libre creación de los tribunales o de los particulares en sus negocios jurídicos, por considerarse ciudadanos del mundo o extranjeros en todas partes. Tanto las soluciones territorialistas como las no territorializadas utilizan el método directo con normas materiales<sup>2</sup>.

Es por ello que el derecho del consumidor a nivel global, regional e internacional se verá interceptado por tales soluciones y métodos, en este nuevo derecho internacional privado del que nos ocuparemos más adelante y que, por cierto, ya no centra su objeto de análisis científico solamente en el conflicto de derechos, sino que integra también el conflicto de jurisdicciones y la cooperación jurídica internacional, esta última como exigencia para la realización efectiva de las cuatro libertades

<sup>2</sup> Soto, *Temas estructurales del derecho internacional privado*.

de circulación de personas, mercancías, capitales y servicios, porque no hay tales si no se da la quinta libertad de circulación de actos procesales y, en definitiva, de sentencias judiciales y laudos arbitrales.

§ 2. **LA “LEX MERCATORIA” Y LA PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS.** – Si entendemos por *lex mercatoria*<sup>3</sup> una de las fuentes reales, más específicamente materiales, más significativas de la globalización o mundialización, manifestada actualmente por las costumbres de los grandes comerciantes internacionales, en principio la referencia a ella se daría por el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, lo que, como veremos, no está generalmente admitido en materia de protección de consumidores y usuarios, dada la desigualdad y debilidad del mismo frente a los grandes y poderosos comerciantes.

La *lex mercatoria* es típica del derecho del comercio internacional, donde rige la autonomía de la voluntad, especialmente en su manifestación de soluciones no territorializadas, de autonomía de la voluntad material, es decir, cuando las partes construyen el derecho que regirá el contrato incorporando principios, usos y costumbres, etcétera.

No cabe, en principio, considerar a la *lex mercatoria* como un derecho al que las partes se refieran por ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual porque no se trata de un derecho estatal. Recordemos que el Acuerdo de Buenos Aires de 1998 sobre arbitraje comercial internacional del Mercosur admite la autonomía de la voluntad por la que las partes puedan elegir el derecho aplicable con base en el derecho internacional privado y sus principios y el derecho del comercio internacional, en el que, reiteramos, estaría incluida la *lex mercatoria*, pero excluido del ámbito de aplicación del acuerdo los contratos de consumo, en consonancia con lo que expresamente establece el Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en

<sup>3</sup> Sobre la *lex mercatoria*, puede verse Giménez Corte, *Usos comerciales, costumbre jurídica y nueva “lex mercatoria”*. Con especial referencia al Mercosur; *Los usos comerciales y el derecho de fuente convencional en el Mercosur*, “Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones”, n° 197, p. 75, y *Lex mercatoria, garantías independientes y coacción extraestatal*, “Revista de Derecho Internacional y del Mercosur”, año 6, n° 3, p. 41.

materia contractual del Mercosur. Sin embargo, como también veremos más adelante, hay quienes están a favor de la autonomía de la voluntad en materia de relaciones de consumo transfronterizas, con lo que se dejaría una puerta o una ventana abiertas a la *lex mercatoria* en esta materia.

§ 3. **LAS NORMATIVIDADES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.** – El objeto del derecho internacional privado, clásicamente constituido por el conflicto de leyes, esto es, el problema del derecho aplicable, se ha visto enriquecido en la actualidad con la integración de las perspectivas que podríamos llamar procesales, es decir, el conflicto de jurisdicciones, o sea, la problemática del tribunal internacionalmente competente, y la cooperación interjurisdiccional en todas sus manifestaciones o grados.

El conocimiento de la jurisdicción internacional y del derecho aplicable es crucial para los consumidores y usuarios, normalmente considerados la parte más débil de una relación. Además, reglas de jurisdicción y derecho aplicable deben facilitar el reconocimiento y la ejecución de sentencias<sup>4</sup>. Existe el peligro del *forum shopping* que se podría dar de no haber reglas claras y comunes, de elegir jueces y a través de él derecho aplicable menos favorable al consumidor<sup>5</sup>.

Por todo ello, es necesario, cada vez más, que el derecho internacional privado se ocupe especialmente de regular el juez, árbitro o tribunal administrativo competente, el derecho aplicable y la cooperación interjurisdiccional, en última instancia y muy especialmente, el grado de cooperación vinculado con la eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros.

a) **SOLUCIONES, MÉTODOS Y COMPLEJO AXIOLÓGICO PARA LOS CASOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS.** Frente a tal necesidad, nos preguntamos en primer lugar qué tipo

<sup>4</sup> Gillies, *Adapting international private law rules for electronic consumer contracts*, "International Perspectives on Consumers Access to Justice", 2003, p. 360 y 362.

<sup>5</sup> Gillies, *Adapting international private law rules for electronic consumer contracts*, "International Perspectives on Consumers Access to Justice", 2003, p. 374.

de soluciones son preferibles, si las territorialistas, las extraterritorialistas o las no territorializadas.

1) En las primeras, las territorialistas del método unilateral, incluiríamos las normas internacionalmente imperativas o de aplicación inmediata, es decir, el territorialismo extremo de considerar, por ejemplo, que la *lex fori* de protección del consumidor sería la más apropiada<sup>6</sup>. Tales soluciones no parecen acertadas en un mundo globalizado y en la integración regional, de circulación de personas extranjeras por el territorio nacional, pues se estaría protegiendo excesivamente al elemento nacional frente al extranjero que es, en principio, precisamente la parte más débil; doble debilidad, la de ser extranjero y consumidor. En todo caso cabría construir o elaborar normas internacionalmente imperativas o de aplicación inmediata propias del espacio integrado regional, en las relaciones entre consumidores y usuarios de tal espacio con proveedores ajenos a él.

Podríamos acudir, entonces, a soluciones territorialistas mitigadas del derecho de extranjería, esto es, soluciones autónomas de los espacios integrados para consumidores y usuarios extranjeros, o bien una protección *uniforme* de consumidores y usuarios a través de directrices, como las de Naciones Unidas en materia de protección del consumidor<sup>7</sup>, o leyes mo-

<sup>6</sup> Ver, por ejemplo, un *leading case* en el Brasil en el que un tribunal responsabilizó a la filial brasileña por la garantía de un producto adquirido en Estados Unidos de América (distribuido por la matriz en Japón y producido posiblemente en Indonesia o China), de la marca Panasonic, todo de acuerdo con el Código Brasileño del Derecho del Consumidor, considerado “ley de aplicación inmediata”. El REsp. 63.981-SP, cuyo relator fue el ministro Sálvio de Figueiredo, fue decidido el 4 de mayo de 2000, con el siguiente temario: “Derecho del Consumidor. Mercadería adquirida en el exterior con fallas. Obligación de la empresa nacional de la misma marca de reparar el daño. La realidad actual indica que estamos viviendo en un mundo de economía globalizada. Las grandes empresas perdieron la marca de la nacionalidad para transformarse en empresas mundiales. Salieron del provincianismo y alcanzaron universalidad. Por las peculiaridades de la especie [...] la Panasonic do Brasil Ltda. responde por el defecto de la mercadería de marca Panasonic adquirida en el exterior”. Ver Lima Marques, *Comentario al artículo Normas*, “Revista de Derecho Privado, n° 4, p. 85.

<sup>7</sup> Mendieta, *Las directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor y su influencia en el Proyecto de Código de Defensa de las y los Consumidores*, LOnline, AR/DOC/2591/2020.

delo que los Estados pudieran adoptar, o también códigos de buena conducta o de buena gobernanza en materia de consumo, habida cuenta, por ejemplo, que los Principios de la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado sobre la elección del derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales, adoptados en 2015, excluyen los contratos de consumo, o asimismo una protección *unificada* de consumidores y usuarios a través de reglas comunes a los diversos países ratificantes de la fuente convencional del espacio integrado, soluciones estas dos últimas que podrían ser más eficaces y respetuosas de la particularidad de los casos<sup>8</sup>.

2) Por otro lado se hallan las soluciones extraterritorialistas del método indirecto, de las que nos ocuparemos *in extenso*, es decir, las clásicas de la aplicación del derecho extranjero, con sus dos vertientes, la ilimitada, que prácticamente copia, recepta sin adaptar, el derecho extranjero, con las desventajas de tal fenómeno, y las extraterritorialistas limitadas por el orden público internacional como conjunto de principios *a posteriori*.

3) Por último, cabe reflexionar acerca de la posibilidad de solucionar y prevenir los potenciales conflictos a través de las soluciones no territorializadas, del método *directo*, de la autonomía de la voluntad material de las partes, lo que nos lleva a cuestionar la efectiva igualdad entre ellas en cuanto a posición en el mercado e información, entre otros aspectos, presupuesto básico de una verdadera autonomía de la voluntad, de lo que también nos ocuparemos más adelante.

b) **CALIFICACIONES.** Esta materia requiere, en primer lugar, calificar, definir qué se entiende por relación de consumo, si por caso se la va a encuadrar como una cuestión contractual, extracontractual, real, etc., y luego calificar los términos consumidor, usuario, proveedor, entre otros. La noción jurídica

<sup>8</sup> Así, por ejemplo, la res. 104/2005 de la Secretaría de Coordinación Técnica de Defensa del Consumidor que incorpora al ordenamiento jurídico nacional la res. 21 del Grupo Mercado Común del Mercado Común del Sur, de fecha 8 de octubre de 2004, relativa al derecho de información al consumidor en las transacciones comerciales efectuadas por internet. Puede verse al respecto Carranza Torres - Rossi, *La información al consumidor en el comercio a través de internet: la nueva normativa para el Mercosur*, ED, 26/8/2005, p. 1.

de consumidor es bastante actual, pues recién ahora el derecho ha encontrado, tal vez, un concepto adecuado para integrar una realidad tan antigua<sup>9</sup>.

Recordemos que, en materia de calificaciones, si no hay definiciones propias o autárquicas del derecho internacional privado, habrá que recurrir, por ejemplo, a la teoría de la *lex civilis fori*, es decir, a las calificaciones del derecho privado interno del tribunal competente. Si, en cambio, definimos en última instancia de acuerdo al derecho aplicable, según la teoría de la *lex civilis causæ*, una vez que llegamos a él previa calificación del punto de conexión según la *lex fori*, le preguntaremos por las definiciones del resto de la norma. También existen las teorías comparatista, esto es, compulsar en el derecho comparado las nociones relevantes, y la iusnaturalista.

Encontramos ejemplos de calificaciones o definiciones autárquicas o autónomas en el Acuerdo del Mercosur sobre derecho aplicable en materia de contratos internacionales de consumo<sup>10</sup>. Es así que: 1) consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en una relación de consumo o como consecuencia o en función de ella. No se considera consumidor a aquel que, sin constituirse en destinatario final, adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos como insumo directo, a otros productos o servicios en proceso de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros; 2) proveedor es toda persona física o jurídica, nacional o extranjera, privada o pública y en este último caso, estatal o no estatal, así como los entes descentralizados de la Administración pública de los Estados parte, que desarrolle de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de fabricación, producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, distribución o comercialización de productos o servicios; 3) contrato internacio-

<sup>9</sup> Lagarde, *Le consommateur en droit international privé, separata*, p. 3. La adecuación es el valor natural relativo propio de la función integradora de las normas desarrollada por los conceptos y las materializaciones. Ver Goldschmidt, *Introducción filosófica al derecho*, p. 200.

<sup>10</sup> Ver Mercosur/CMC/DEC 36/17.

nal de consumo se da cuando el consumidor tiene su domicilio, al momento de la celebración del contrato, en un Estado parte diferente del domicilio o sede del proveedor profesional que intervino en la transacción o contrato; 4) lugar de celebración, en los contratos de consumo a distancia, es el domicilio del consumidor; en los contratos que no sean a distancia, se entiende por lugar de celebración el lugar donde el consumidor y el proveedor se encontraren físicamente para la celebración del contrato, y 5) domicilio, en el caso de contratación internacional de consumo, en especial a distancia, es el domicilio informado al proveedor profesional de productos o servicios, al momento de celebrarse el contrato entre las partes.

1) *Calificación contractual*. Es la siguiente.

a) *Jurisdicción internacional*. Debemos recordar lo preceptuado por los tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional en su art. 56. Ambos tratados, el de 1889 y el de 1940, vigentes, en cuanto a Estados parte del Mercosur, entre la Argentina, Paraguay y Uruguay, establecen las reglas generales del paralelismo con el derecho aplicable o *forum causa* o regla Asser y el foro universal del domicilio del demandado. En lo que hace al primero, en general el derecho aplicable a los efectos de un contrato es el del lugar de cumplimiento. Sabido es el problema de definir lugar de cumplimiento en la mayoría de los contratos con prestaciones recíprocas, pero a los fines de la jurisdicción internacional se suelen utilizar todas las posibles definiciones para evitar la denegación de justicia. Así, si por lugar de cumplimiento se entiende el del lugar de entrega de la cosa o el domicilio de quien tiene a su cargo la prestación característica de esa compraventa, esto es, el domicilio del vendedor proveedor, no beneficiaría tanto al consumidor, sujeto especialmente necesitado de protección. En cambio, si lugar de cumplimiento es donde se consume porque allí se producen los efectos, entonces sí el consumidor se vería tal vez beneficiado. Por otro lado, el tratado de Montevideo de 1940 agrega la posibilidad de la prórroga de jurisdicción *ex post facto*, esto es, una vez surgido el litigio, lo cual en esta materia no es siempre aceptado dado que aun cuando a esa altura de las circunstancias el consumidor se encuentra asesorado, la igualdad que supone dicha autonomía no es siempre real, sino más bien formal.

Desde el punto de vista de la fuente interna, que los tribunales argentinos aplicarían con Brasil dado que no existe fuente convencional entre ambos países, el Código Civil y Comercial argentino regula la jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo en el art. 2654, tomando particularmente en cuenta la situación del consumidor llamado pasivo, esto es, aquel a quien se lo ha buscado, por así decirlo, para consumir<sup>11</sup>. Se han establecido una serie de contactos jurisdiccionales concurrentes o alternativos a elección de la parte en principio débil del contrato, esto es, el consumidor. Efectivamente, este puede entablar la demanda en el país del lugar de celebración del contrato, del cumplimiento de la prestación del servicio, de la entrega de bienes, del cumplimiento de la obligación de garantía, del domicilio del demandado o del lugar donde el consumidor realiza actos necesarios para la celebración del contrato. También son competentes los jueces del Estado donde el demandado tiene sucursal, agencia o cualquier forma de representación comercial, cuando estas hayan intervenido en la celebración del contrato o cuando el demandado las haya mencionado a los efectos del cumplimiento de una garantía contractual.

Estimamos que falta permitirle al consumidor la posibilidad de demandar ante los tribunales de su propio domicilio, en proximidad con la causa y la situación desfavorable del sujeto activo en este caso.

El proveedor solo puede demandar al consumidor ante los tribunales del domicilio de este, lo que es razonable por lo antes expresado.

Como corolario de lo expuesto, se rechaza el ejercicio de la autonomía de la voluntad desde el punto de vista jurisdiccional en su acepción de acuerdo de elección de foro, definido en el art. 2605 como la facultad que tienen las partes de prorrogar jurisdicción en jueces o árbitros fuera de la República, excepto que los jueces argentinos tuviesen jurisdicción exclusiva o que la prórroga estuviese prohibida por ley, como es el caso.

<sup>11</sup> Puede verse sobre relaciones de consumo en derecho internacional privado, el completo trabajo de Feldstein de Cárdenas, *Desprotección del consumidor transfronterizo. Hitos en el derecho latinoamericano contemporáneo*, LL, 18/3/2015, p. 1.

En principio, nada impediría que, en el caso de que el actor fuese el consumidor, este pudiese demandar en algún otro Estado distinto de los enunciados en el primer párrafo del artículo, siempre que fuese consentido por la otra parte. Esta prórroga de jurisdicción no se daría, en cambio, si el actor fuese otra parte del contrato distinta del consumidor.

El Protocolo de Santa María sobre jurisdicción internacional en materia relaciones de consumo, aprobado en el Mercosur por decisión CNC 10/1996, no vigente, prevé como regla general la jurisdicción internacional de las autoridades del domicilio del consumidor. El protocolo se aplica siempre que el proveedor haya hecho publicidad suficiente y precisa de su producto en el domicilio del consumidor. Es decir que protege al consumidor pasivo, al que reacciona a una oferta, pero no al activo, al que busca ofertas fuera de su domicilio<sup>12</sup>. En ese caso, no obstante, el proveedor puede realizar actos procesales a distancia, tales como contestar la demanda, ofrecer pruebas, etc., actos meramente procedimentales, siempre que no se oponga al orden público del Estado del foro. Entre ambas jurisdicciones se establece, entonces, una típica cooperación interjurisdiccional facilitada por la existencia en el ámbito mercosureño del Protocolo de Las Leñas sobre cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial y administrativa del Mercosur, vigente entre todos los Estados parte del Mercosur. Como se advierte, se trata de lograr cierto equilibrio entre consumidor y proveedor, pues se entiende que en el espacio de integración referido los vínculos se establecen entre personas igualmente fuertes o igualmente débiles, no obstante reconocer la especial situación procesal del consumidor<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Halfmeier, *Waving goodbye to conflict of laws? Recent developments in European Union consumer law*, "International Perspectives on Consumers Access to Justice", 2003, p. 389.

<sup>13</sup> En el XVIII Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y XIV Congreso Argentino de Derecho Internacional "Doctora Berta Kaller de Orchansky", la sección derecho internacional privado concluyó al respecto: "II) Jurisdicción: 1) En defecto de normas específicas de jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo, cobran relevancia los criterios generales de atribución de jurisdicción legalmente previstos, tales como, el foro del domicilio del demandado y el lugar de cumplimiento, entendido como 'cualquier lugar de cumplimiento' acorde

b) *Derecho aplicable*. En primer lugar, y dentro de las características positivas de la consecuencia jurídica o reglamentación de la causa de la norma, se reconoce cierta tendencia a aplicar el derecho del domicilio o residencia habitual del consumidor si fuera este el foro, como normas internacionalmente imperativas o de aplicación inmediata, rechazando en principio la aplicación del derecho extranjero en razón de imperativos socioeconómicos en las relaciones internacionales<sup>14</sup>.

El art. 2599 del Cód. Civil y Comercial argentino consagra lo que la doctrina y la jurisprudencia ya reflejaban en materia de normas internacionalmente imperativas, de aplicación inmediata, de policía, de rigurosa o exhaustiva o necesaria aplicación, normas rígidas, una especie de orden público *a priori*.

---

la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re* 'Exportadora Buenos Aires c/Holiday Inn' y 'Sniaffa'. Sin embargo, siempre cabría reconocer la atribución de jurisdicción a favor de los tribunales de la residencia habitual del consumidor, como *forum conveniens* cuando presente conexiones suficientes con el fondo del asunto. Sin embargo, cabría resistir que se llevase al consumidor, como demandado, a litigar fuera de su lugar de domicilio o residencia habitual, sin su expreso consentimiento si de ello pudiera seguirse una grave infracción a las más elementales exigencias del debido proceso; 2) se recomienda la aprobación del Protocolo de Santa María dado que los criterios de jurisdicción previstos (foro principal del domicilio del consumidor y foros acumulativos que contemplan la necesaria actuación del proveedor en el domicilio del consumidor) resguardan suficientemente los criterios de proximidad que son exigibles para estimar razonable el foro elegido. Se destaca que puede resultar un procedimiento eficaz la tramitación a distancia allí prevista, aunque puede resultar perfectible. Sin embargo, tanto en el ámbito de este Protocolo como, en general, para toda hipótesis de reconocimiento de sentencias dictadas en 'acciones de clase' para su reconocimiento y ejecución se debería requerir, o bien un procedimiento propio o nuevos elementos de control de mayor rigurosidad que los utilizados para las sentencias comunes; 3) prórroga de jurisdicción: para determinar la admisibilidad de cláusulas de elección del tribunal competente, deberá considerarse si media algún obstáculo o denegación de derechos de orden sustancial o procesal, si se da algún supuesto de fraude, circunvención o abuso del desconocimiento de alguna de las partes o si se produce alguna violación de principios de orden público. Se destaca la necesidad de un verdadero acuerdo de voluntades para considerar perfeccionada la prórroga de jurisdicción".

<sup>14</sup> Bureau, *Le droit de la consommation transfrontière*, p. 139; Imhoff- Scheier, *Protection du consommateur et contrats internationaux*, p. 154.

Tales normas se imponen por sobre el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, y fundamentalmente excluyen la aplicación del derecho extranjero indicado por las normas indirectas o por las partes.

El tribunal argentino aplicará, en primer lugar, las normas internacionalmente imperativas del derecho argentino. Luego aplicará las normas internacionalmente imperativas del derecho aplicable, claro está. Cuando intereses legítimos lo exijan, pueden aplicarse normas internacionalmente imperativas de terceros Estados con los que la causa presente vínculos estrechos y manifiestamente preponderantes.

Cabe aclarar que las normas internacionalmente imperativas son normas unilaterales aplicables a casos internacionales, que priorizan intereses locales, y que no se pueden generalizar o multilateralizar. Su interpretación es restrictiva. Se trata de soluciones territorialistas extremas. No deben confundirse, por cierto, el orden público interno con este tipo de normas.

Se pueden distinguir tres tipos de normas internacionalmente imperativas: las “súper” normas de aplicación inmediata, de contenido casi público (p.ej., las de competencia comercial), las normas de aplicación inmediata lisa y llanamente (p.ej., el art. 124 de la ley de sociedades, o las de protección al consumidor o del trabajador) y las “semi o casi” necesarias, sin el contenido rígido de otrora<sup>15</sup>.

Así como la autonomía de la voluntad en el orden interno admite límites que se justifican intrínsecamente y, en cambio, en el orden internacional dichos límites obstaculizarían el comercio<sup>16</sup>, es también cierto que, si bien las leyes de defensa del consumidor son de orden público interno, no necesariamente deben ser concebidas así, *a priori*, en el orden internacional. Es esta la razón por la cual, por ejemplo, aún no está en vigencia el Protocolo de Santa María. En efecto, el mismo dice que no lo estará hasta tanto no haya un reglamento de defensa del consumidor común para el consumidor, y esto no ha sucedido hasta

<sup>15</sup> Soto, *Temas estructurales del derecho internacional privado*, p. 28 y siguientes.

<sup>16</sup> Soto, *Temas estructurales del derecho internacional privado*, p. 92.

ahora. Se entiende que, de no haberlo, cada país aplicaría la ley de protección del consumidor propia, y dadas las asimetrías existentes, se teme que una excesiva protección del consumidor termine perjudicando al proveedor, y, lo que es peor, acabe por constituirse en una barrera paraarancelaria al comercio intrazona.

c) *Calificación como derecho real.* De aplicarse el derecho extranjero en virtud de los puntos de conexión, y por aplicación del método analítico-analógico o analítico-privatista, debemos distinguir, por un lado, la capacidad de las partes –consumidores, usuarios, proveedores–, por el otro la forma o validez extrínseca del acto y, por último, la validez intrínseca y efectos de la relación jurídica de consumo.

Con relación a la *capacidad*, sabemos que los tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y de 1940, aplican el derecho del domicilio de la persona humana. En materia de cambio de estatutos, conflicto móvil o determinación temporal del punto de conexión en general se está siempre a favor de la capacidad establecida por el derecho de la residencia estable o permanente de la persona, una vez adquirida. Por ejemplo, el art. 2616 del Cód. Civil y Comercial establece que el cambio de domicilio no afecta la capacidad de la persona humana, una vez que ha sido adquirida. En materia de *formas* se diferencian tres cuestiones: el derecho impositivo de la forma, el derecho que regula la forma impuesta, y el derecho que califica o establece la equivalencia entre la forma impuesta y la regulada. El Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889, tiene una visión bastante ligada al fondo para que el acto no se anule precisamente por cuestiones formales, evitando así actos jurídicos claudicantes. El derecho que impone la forma y el regulador es el que rige la validez intrínseca del contrato, esto es, el del lugar de cumplimiento, excepto en materia de instrumentos públicos que son regulados por el derecho del lugar de otorgamiento del mismo (*locus regit actum*). El derecho que califica es el mismo, esto es, el de fondo. En el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 el derecho que impone sigue siendo el de fondo, pero el que regula es el del lugar de otorgamiento, sean los instrumentos públicos o privados.

El art. 2649 del Cód. Civil y Comercial argentino recoge muy acertadamente la triple distinción en materia de formas, esto es, el derecho que impone o exime a un acto de una forma determinada, el derecho que rige, regula, realiza o regla la forma impuesta, y finalmente el derecho que establece la equivalencia entre la forma exigida o impuesta y la realizada. En efecto, el artículo dispone la aplicación general de la regla *lex loci celebrationis* en cuanto a la realización de las formas, es decir que las formas y solemnidades, su validez o nulidad y la necesidad de publicidad se rigen por el derecho del lugar de celebración, otorgamiento o realización del acto. Se pone en evidencia la función publicitaria de la forma de los actos jurídicos, tan importante como las referidas a la protección y a la prueba.

Hay un divorcio en la actualidad entre fondo y forma, entre validez intrínseca y extrínseca de los actos, por ello es que se establece la correspondencia entre la causa conductista forma y el punto de conexión también conductista lugar de celebración, más superficial que el lugar de cumplimiento.

El párr. 2º se refiere a las exigencias formales que imponga el derecho de fondo como ley impositiva de la forma, en cuyo caso será ese mismo derecho aplicable al fondo del acto el que establezca la equivalencia entre las formas exigidas por él y las realizadas según el derecho del lugar de celebración. Esta solución es razonable debido a que, asimilando el problema a un tema de calificaciones, habrá que estar siempre, en última instancia, a favor de la aplicación del derecho del fondo del asunto (*lex causæ*).

En el caso de los contratos entre ausentes, la solución adoptada difiere de la tradicional de la fuente interna que establecía la aplicación del derecho del lugar indicado al lado de la fecha si se instrumenta en un solo ejemplar, o del derecho más favorable a la validez del acto si era en dos o más ejemplares. El artículo prefiere la aplicación del derecho del lugar de donde partió la oferta aceptada o, en su defecto, el aplicable al fondo de la relación jurídica (*lex causæ*).

La regla *locus regit actum* es lógica, pues permite cierta neutralidad entre las partes, que conocen en principio el lugar donde se lleva a cabo, y, por lo tanto, beneficiaría al consumidor. Pero a fin de evitar relaciones de consumo claudicantes, válidas en cuanto al fondo, pero nulas por aspectos forales o

viceversa, se ha propuesto que sea el mismo derecho el que reglamente ambas causas, dando preferencia al derecho que rige el fondo del acto<sup>17</sup>.

En lo que respecta a la *validez intrínseca y efectos* del contrato, los tratados de Montevideo rechazan la autonomía de la voluntad y establecen la aplicación del derecho del lugar de cumplimiento del contrato.

El art. 2655 del Cód. Civil y Comercial argentino dispone, en cuanto al derecho aplicable al contrato de consumo, que rige, con carácter protector de la parte débil, el derecho del domicilio del consumidor si hubo una oferta o publicidad o actividad realizada en el Estado del domicilio del consumidor y este hubiese cumplido allí los actos necesarios para celebrar el contrato, o si el proveedor recibió el pedido en el domicilio del consumidor, o si este hubiese sido inducido por el proveedor a desplazarse al extranjero para efectuar el pedido ahí, o en el caso de contrato de viaje, por un precio global, que comprenda prestaciones combinadas de transporte y alojamiento. Subsidiariamente se aplica la regla general de contratos, esto es, regula el derecho del lugar de cumplimiento. De no poder determinarse, el de la celebración. No se admite, como vemos, la autonomía de la voluntad.

Existe una clara tendencia a invalidar la autonomía de la voluntad en materia de consumo, dada la presunción de desigualdad entre las partes. Más aún, si se acepta el *dépeçage*, despedazamiento o parcelamiento del contrato, de manera que las partes puedan elegir distintos derechos aplicables a diferentes aspectos del contrato, el consumidor puede ver comprometida su buena fe en razón de determinadas sutilezas a favor del proveedor. Lo mismo ocurre o puede ocurrir en caso de modificación del derecho aplicable. Sin embargo, hay quienes proponen la admisión de la autonomía de la voluntad, pero limitando la opción a los derechos que se vinculen con el contrato. Otros, lisa y llanamente aceptan sin obstáculo alguno la autonomía, dado que en última instancia quedaría siempre la posibilidad de resguardar la defensa de los derechos protectores del consumidor como principio fundamental de orden público internacional del juez que entiende en la causa.

<sup>17</sup> Soto, *Temas estructurales del derecho internacional privado*, p. 210.

En cuanto al punto de conexión del lugar de cumplimiento del contrato, a diferencia del contacto referido a la jurisdicción internacional, no suele haber amplitud en cuanto a la calificación, por lo que si se lo restringe al derecho del domicilio del deudor, es decir, de quien tiene a su cargo la prestación característica, esto es, como normalmente ocurre en los contratos con condiciones generales, al derecho del domicilio del proveedor, entonces no se estaría, *a priori*, beneficiando al consumidor.

Una parte de la doctrina estima que en los contratos celebrados con consumidores la naturaleza de la obligación, la prestación característica, es el pago que realiza el consumidor y su localización, desde un punto de vista más sociopolítico que socioeconómico, se desplazaría del domicilio o residencia habitual del proveedor al del consumidor<sup>18</sup>.

De todos modos, habría que ver el grado de protección de la legislación de consumidor de cada uno de los países, teniendo en cuenta sobre todo las asimetrías existentes en esta materia. Se ha manifestado, en tal sentido, que la aplicación del derecho de la residencia habitual del consumidor beneficiaría más si se tratase de consumidores de los países ricos del norte, cuyos derechos protegen más que a los del sur, por lo que, en todo caso, se debería aplicar la ley más favorable al consumidor, sea la de su domicilio o residencia habitual o la del proveedor<sup>19</sup>. En el sur, ya lo hemos dicho, existen asimetrías, por ejemplo, entre los Estados parte del Mercosur, por lo que cabría, tal vez, adoptar la misma solución.

Así como en materia matrimonial, y a favor de la validez de tal institución, el mismo derecho rige la capacidad, la forma y la validez intrínseca, se ha propuesto que en materia de consumo se aplique a todo el mismo derecho, en favor de la protección del consumidor<sup>20</sup>.

La diferencia está en que en el caso del matrimonio se prefiere el lugar de celebración de este como más cercano a la voluntad de los contrayentes, mientras que en la problemática

<sup>18</sup> Soto, *Temas estructurales del derecho internacional privado*, p. 114.

<sup>19</sup> Lagarde, *Le consommateur en droit international privé, separata*, p. 11.

<sup>20</sup> Imhoff-Scheier, *Protection du consommateur et contrats internationaux*, p. 210.

del consumo se está por un criterio más objetivo, relacionado con la residencia habitual del consumidor.

Tal vez ante las carencias axiológicas apuntadas en esta materia, dado que la mayoría de las reglas jurisdiccionales y derecho aplicable no son satisfactorias para la protección de los intereses del consumidor, se puedan tener en cuenta, tomar en consideración o, más aún, aplicar estas reglas imperativas o de aplicación inmediata; por ejemplo, del derecho del domicilio del consumidor si no fuera ni la *lex fori* ni el derecho aplicable al contrato. Se podría decir que constituiría, en última instancia, una especie de mal necesario para garantizar la protección del consumidor<sup>21</sup>.

Toda esta suerte de *dépeçage*, esto es, la aplicación de las normas de policía del foro, el derecho aplicable según la norma indirecta del derecho internacional privado del juez y la posibilidad de aplicación o consideración de leyes de aplicación inmediata del derecho de un tercer Estado con el que la situación tenga un vínculo suficiente o estrecho, puede producir cierta incertidumbre, inseguridad y hasta cierta incoherencia. Para remediarlo se encuentra el método conjetural<sup>22</sup>, de adaptación o sintético judicial<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Imhoff-Scheier, *Protection du consommateur et contrats internationaux*, p. 183.

<sup>22</sup> Imhoff-Scheier, *Protection du consommateur et contrats internationaux*, p. 180.

<sup>23</sup> Cabe agregar aquí las conclusiones del Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional antes referido, que en cuanto a derecho aplicable manifiesta: "III) Derecho aplicable: 1) En nuestro derecho internacional privado se carece de normas precisas en el plano internacional en materia de relaciones de consumo. En el estado actual de nuestra legislación solo cabe aplicar las disposiciones de carácter general que brindan las normas de conflicto del derecho internacional privado, con los estándares de control que puedan imponer: las normas de policía de la *lex fori*, impositivas de una solución excluyente de las normas de conflicto y los principios de orden público, inferibles de los principios constitucionales y del espíritu del propio derecho. 2) Cabría propiciar la creación de soluciones materiales uniformes en la materia a nivel convencional que, con alcance regional o global, posibiliten acuerdos sobre estándares mínimos de control que todos los Estados se comprometan a respetar como 'piso material de garantías'. Ante la imposibilidad de prever por esta vía la totalidad de supuestos fácticamente posibles, se propicia la elaboración de normas de conflictos generales. Como criterio de elección en esta solución parece razonable utilizar la

El Acuerdo Mercosur sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de Consumo establece que: 1) los contratos internacionales celebrados estando el consumidor en el Estado parte de su domicilio, especialmente en caso de contratación a distancia, se rigen por el derecho elegido por las partes, quienes pueden optar por el derecho del domicilio del consumidor, del lugar de celebración o cumplimiento del contrato o de la sede del proveedor de los productos o servicios. El derecho elegido será aplicable siempre que fuera más favorable al consumidor, y 2) en caso de ausencia de elección válida, los contratos internacionales de consumo se rigen por el derecho del Estado del domicilio del consumidor.

También dispone que los contratos internacionales de consumo celebrados por el consumidor estando este fuera del Estado parte de su domicilio, se rigen por el derecho elegido por las partes, quienes pueden optar válidamente por el derecho del lugar de celebración o de cumplimiento del contrato o por el del domicilio del consumidor. El derecho elegido será aplicable siempre que fuera más favorable al consumidor. En

---

ley del lugar del país de residencia habitual de consumidor mas acompañado de otras conexiones acumulativas. Conexiones acumulativas contractuales: entendemos razonable aplicar la ley del lugar del país de 'residencia habitual del consumidor' si, además, se da alguna otra conexión acumulativa, como, por ejemplo, que: I) las negociaciones para la venta se hayan llevado a cabo en ese Estado, y que el consumidor haya realizado allí actos necesarios, de su parte, para la conclusión del contrato (aunque este paso, efectivamente, no se haya suscrito o formalizado); II) el vendedor, su agente, representante o corredor comercial haya recibido la orden (de compra, por ejemplo) en ese país –desplazándose, de esta manera, al país del consumidor–; III) haya mediado una oferta, proposición o publicidad especialmente hecha (envío de catálogo, oferta, afiche, prensa escrita, publicidad radial o televisiva) en ese país, que precediera a los actos necesarios del consumidor para concretar el contrato; IV) se haya efectuado un contrato (una venta o un servicio, por ejemplo) precedido por una oferta o invitación en tal sentido, dirigida al consumidor en su país de residencia (por vía publicitaria u otra vía de comercialización), que desplazara al consumidor de su país de residencia habitual, a un país extranjero, siempre que el viaje haya sido organizado –directa o indirectamente– por el vendedor, que incitara al consumidor a efectuar el contrato en su país (excursiones turísticas más allá de las fronteras); V) el establecimiento principal de la persona cuya responsabilidad se invoca se halle también en ese mismo Estado; VI) el Estado en cuyo territorio se ha adquirido el producto, por la persona directamente perjudicada, sea el de la residencia habitual del consumidor”.

caso de ausencia de elección válida, los contratos internacionales de consumo celebrados por el consumidor, estando este fuera del Estado parte de su domicilio, se rigen por el derecho del lugar de celebración.

La elección del derecho aplicable por las partes debe ser expresa y por escrito, conocida y consentida en cada caso. En caso de elección del derecho aplicable por el proveedor para obtener la adhesión del consumidor, el derecho elegido por este como aplicable debe estar expresado de forma clara tanto en las informaciones previas brindadas al consumidor, como en el contrato mismo.

En caso de contratación en línea (*online*), la elección del derecho aplicable debe estar expresada en forma clara y destacada en todas las informaciones brindadas al consumidor.

Los contratos de viaje cuyo cumplimiento tenga lugar fuera del Estado parte del domicilio del consumidor, contratados en paquete o con servicios combinados, como grupo turístico o conjuntamente con otros servicios de hotelería o turismo, serán regulados por el derecho del domicilio del consumidor.

Sin perjuicio de las reglas anteriores, las normas imperativas del Estado parte donde fue realizada la oferta, publicidad o cualquier actividad de mercadeo (*marketing*), entre otras actividades realizadas por los representantes o por los propietarios, organizadores o administradores de tiempos compartidos y de sistemas semejantes o contratos de utilización por turno de bienes inmuebles o la suscripción de precontratos o contratos de tiempo compartido o derechos de uso por turno de bienes inmuebles, serán considerados para la interpretación del contrato, la cual será efectuada en favor del consumidor.

Quedan exceptuados del ámbito de aplicación del Acuerdo Mercosur: 1) los contratos comerciales internacionales entre proveedores profesionales de bienes y servicios; 2) las cuestiones derivadas del estado civil de las personas y la capacidad de las partes; 3) las obligaciones contractuales que tuviesen como objeto principal cuestiones sucesorias, testamentarias, regímenes matrimoniales o aquellas derivadas de relaciones de familia; 4) los acuerdos sobre arbitraje o elección de foro y las cuestiones de jurisdicción; 5) las cuestiones de derecho de

sociedades, de seguridad social, tributarias, laborales, sobre nombres de dominio, y 6) los negocios jurídicos sobre los fallidos y sus acreedores y demás procedimientos semejantes, especialmente los concordatos y análogos.

Quedan igualmente exceptuados del ámbito de aplicación del acuerdo los demás contratos y relaciones de consumo y las obligaciones de ellos resultantes que, incluyendo consumidores, se encuentren regulados por convenciones internacionales específicas en vigor.

2) *Calificación no contractual*. Si se trata de daños sufridos por el consumidor o usuario por el uso de un bien sin haber un contrato de por medio, obligado es repasar las reglas generales tanto en materia de jurisdicción internacional como de derecho aplicable.

a) *Jurisdicción internacional*. Recordamos, otra vez, las reglas generales de los tratados de derecho civil de Montevideo, que en su art. 56 establecen la competencia del juez a cuya ley está sometido el acto jurídico materia del juicio, en el caso, el derecho de lugar de comisión del hecho, y la jurisdicción universal del foro del domicilio del demandado, a lo que el tratado de 1940 agrega la prórroga de jurisdicción *ex post facto*.

Sabido es el problema de calificar qué se entiende por lugar de comisión del hecho, pues se puede referir tanto al lugar de elaboración del producto como al lugar donde produce sus efectos. En este último caso favorecería tal vez al consumidor porque normalmente consume en su domicilio o por lo menos allí produce los efectos dañosos el producto. Recordemos que en materia de jurisdicción se trata de otorgar muchas posibilidades de foros para evitar la denegación de justicia. Ya hemos advertido, también, que el domicilio del demandado, esto es, el proveedor, obligaría al consumidor a litigar en extraña jurisdicción. Con respecto a la prórroga *ex post facto* nos remitimos a lo manifestado *ut supra*.

El art. 2656 del Cód. Civil y Comercial ha llenado una laguna de nuestro derecho internacional privado de fuente interna. En materia de jurisdicción internacional se mantienen los criterios atributivos básicos del domicilio del demandado y el lugar del hecho o comisión del hecho, dando la posibilidad al actor de demandar en el país en que se produjo el hecho causal generador del daño o donde este produce sus efectos dañosos directos.

b) *Derecho aplicable*. Es sabido que los tratados de Montevideo establecen la aplicación del derecho del lugar de comisión del hecho (*lex loci delicti commissi*), interpretado en esta materia, la de la ley aplicable, recordemos, de manera restrictiva, lo cual no siempre beneficia al consumidor salvo que se aplique con la interpretación anglosajona de la *proper law of the tort*, esto es, la determinación del derecho propio de la situación<sup>24</sup>.

El art. 2657 del Cód. Civil y Comercial establece que, en materia de derecho aplicable, rige en cuanto a responsabilidad civil no contractual, el derecho del Estado donde se produce el daño, cualquiera sea el país del hecho generador del daño o donde se produzcan las consecuencias indirectas de tal hecho.

Sin embargo, y en línea con el Protocolo de San Luis en materia de responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito entre los Estados parte del Mercosur, se establece que cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tuviesen su domicilio en el mismo Estado en el momento en que se produjese el daño, se aplicará el derecho de ese país.

En cuanto al ámbito de aplicación del derecho que rige la responsabilidad civil no contractual, hubiésemos preferido que, acorde con el Protocolo de San Luis, se estableciese que abarca las condiciones y la extensión de la responsabilidad, las causas de exoneración y toda delimitación de la responsabilidad, la existencia y naturaleza de los daños susceptibles de reparación, las modalidades y extensión de los daños, la prescripción y la caducidad<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Morris, *The proper law of the tort*, "Harvard Law Review", vol. 64, 1951, p. 885.

<sup>25</sup> Nos permitimos reproducir una vez más las conclusiones del Congreso de la AADI en lo que a este aspecto se refiere: "En el caso de resarcimiento de daños en general, cabría la aplicación de la ley del Estado en cuyo territorio se produjo el daño que también puede ser contemplada como punto de conexión alternativo; siempre en la búsqueda de preservar el adecuado ejercicio del derecho de defensa de todas las partes y la efectividad, cabría exigir la coincidencia, en ese mismo Estado: *I*) de la residencia habitual de la persona dañada; *II*) del establecimiento principal de la persona cuya responsabilidad se invoca, o la sucursal con la que se concluyó el contrato; *III*) del territorio en el cual el producto ha sido adquirido por la persona dañada. Se recomienda el tratamiento autónomo de una categoría particular de consumidor que es la víctima del daño causado por el producto defectuoso. En este supuesto la norma debería tener por fundamento el principio de efectividad de las soluciones pues el

3) *Calificación como derecho real*. Tratándose de litigios sobre un bien inmueble, por ejemplo, objeto de multipropiedad o *time-sharing* o tiempo compartido (recordemos que la problemática de la protección del consumidor ha surgido con este fenómeno), los tratados de Montevideo establecen la jurisdicción de los tribunales del lugar de situación de la cosa, aplicándose tal derecho. Según la fuente interna los jueces argentinos son exclusivamente competentes en litigios que versen sobre derechos reales sobre inmuebles sitios en la República, a los que se aplica nuestro derecho.

c) *LA CLÁUSULA DE EXCEPCIÓN O DE ESCAPE Y EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL*. El Código Civil y Comercial argentino contiene la novedad de la cláusula de excepción o de escape, que permitiría tal vez aplicar un derecho más favorable al consumidor cuando la causa presente vínculo más estrecho con dicha ley que con aquella indicada por la norma indirecta o de conflicto.

La disposición del art. 2597 significa que, excepcionalmente, no debe ser aplicado el derecho que según las normas de conflicto o indirectas debería ser aplicado, cuando de las circunstancias del caso resultase manifiesto que este tiene lazos poco estrechos con ese derecho, y, en cambio, presenta vínculos más estrechos con otro derecho extranjero, siempre que su aplicación resultare previsible y con la condición de que ese otro derecho extranjero establezca la validez de la relación jurídica en cuestión. Es de destacar que, de acuerdo al espíritu de las disposiciones de derecho internacional privado, no debe aplicarse, en principio, derecho argentino, en defecto del extranjero normalmente aplicable, sino otro derecho extranjero más emparentado con la causa<sup>26</sup>.

---

favor a la víctima reside en un justo resarcimiento efectivo. En defecto de estas coincidencias, cabrá aplicar la ley del país del establecimiento del vendedor o prestador de servicios puesto que ella en todo caso nunca colocará a este en desventaja frente al consumidor. Sin embargo, debería admitirse la aplicación de la ley del país de residencia habitual del consumidor como *minimum standard* de protección. No obstante, el productor, distribuidor o toda persona eventualmente responsable podría probar llegado el caso que no pudo razonablemente prever que el producto o sus productos serían puestos en el comercio de tal Estado siempre que no se dieran las coincidencias antes señaladas’.

<sup>26</sup> Acerca de la cláusula de excepción puede verse Uzal, *Lineamientos de la reforma del derecho internacional privado en el Código Civil y Comercial de la Nación*, LOnline, AR/DOC/3843/2014.

Finalmente, recordemos la reserva o excepción de orden público internacional siempre presente como una de las características negativas de la consecuencia jurídica de toda norma de derecho internacional privado, esto es, tanto en materia de jurisdicción internacional como de derecho aplicable.

En lo que hace a la jurisdicción internacional, los criterios generales sobre competencia internacional en materia de protección de consumidores y usuarios pueden conectar con la jurisdicción de un país donde, en última instancia, se produjese denegación internacional de justicia porque, entre otras cosas, no se respetara el debido proceso. Frente a ello existe el foro de necesidad.

El foro de necesidad, receptado en el art. 2602 del Cód. Civil y Comercial, es un criterio excepcional de atribución de jurisdicción, cuando la jurisdicción internacional extranjera afecta el orden público internacional argentino en sentido fuerte, es decir, por razones de justicia o equidad. Se ubica estructuralmente, así, entre las características negativas de la consecuencia jurídica de la norma indirecta referida a los problemas generales de la jurisdicción internacional.

Los tribunales argentinos pueden intervenir, reiteramos, excepcionalmente, aun cuando según las reglas de jurisdicción internacional no le atribuyan competencia, para evitar la denegación internacional de justicia, siempre que no fuese razonable exigir la iniciación de la demanda en el extranjero, y cuando la situación presente contacto suficiente con el país (p.ej., que se trate de un consumidor nacional argentino o con domicilio o residencia habitual en nuestro país), se garantice el derecho de defensa en juicio y se atienda a la conveniencia de lograr una sentencia eficaz (esto último para evitar sentencias inútiles, pues las cuatro libertades de circulación de personas y factores productivos –mercaderías, capitales y servicios– solamente se concretan en la quinta libertad de circulación de actos procesales y sentencias judiciales).

En lo que se refiere al clásico orden público internacional, esto es, como característica negativa de la consecuencia jurídica de la norma indirecta y de conflicto, referida al *derecho aplicable*, puede ser que se considere como un principio fundamental del derecho argentino la protección del consumidor y del usuario, con lo cual no se aplicará un derecho extranjero que atentase

contra él<sup>27</sup>. También podría configurarse como de orden público internacional en nuestro espacio integrado del Mercosur, el principio de protección de consumidores y usuarios.

§ 4. **CONCLUSIONES.** – Destacamos que es delicado encontrar un equilibrio entre las partes en materia de consumo. Es cierto que habría que proteger al consumidor y usuario permitiéndole que litigue ante los jueces de su propio domicilio, pero también es verdad que tal contacto jurisdiccional rompe con la regla general universal de la jurisdicción del domicilio del demandado y se corre el riesgo de tornar ineficaz el proceso en sí y el reconocimiento y la ejecución de la sentencia en el extranjero. Por un lado, nos encontramos con la justicia de atender a la situación particularmente débil del consumidor y del usuario, pero por el otro con la necesidad de que él vea, en su caso, satisfecho su derecho, lo cual es difícil si se desatiende a los intereses del proveedor, pues se corre el riesgo de dictar una

<sup>27</sup> Al respecto, cabe citar las conclusiones de la sección derecho internacional privado del XVIII Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y XIV Congreso Argentino de Derecho Internacional “Doctora Berta Kaller de Orchansky”: “I) Principios de orden público: cabe coincidir en que los derechos del consumidor, son una especie del género ‘derechos humanos’. Con ese sustento, no parece dudoso que conforman principios basilares, con jerarquía de grandes primeros principios de la legislación en la materia y en nuestros días: [a] el principio protectorio que se traduce en el derecho de acceder al consumo, a las prestaciones de salud, a la educación; [b] el principio antidiscriminatorio –derecho a un trato equitativo– que veda toda falta de igualdad en los recursos que el sujeto tenga para relacionarse con la demás determinante de una situación de vulnerabilidad. Involucra pues, el derecho a la libre elección, a la información, a la seguridad, a la garantía y a la privacidad; [c] la proscripción de cláusulas abusivas; [d] la protección de intereses económicos, tales como el derecho a la reparación de daños; [e] el derecho a acceder a la organización colectiva para la defensa de derechos de consumidores y usuarios (art. 42 Const. nacional); [f] el acceso a la justicia de manera fácil y eficaz. Por ello, con sustento normativo en el art. 14, inc. 2, del Cód. Civil, cabe reconocer a los tribunales la facultad de controlar la compatibilidad con los primeros principios de orden público que informan la legislación: [a] del contenido material del contrato que le toque analizar; [b] de la solución de fondo que brinde al caso el derecho privado extranjero eventualmente aplicable al caso; [c] de la solución de fondo –material– que pudiera atribuir al caso una sentencia judicial o decisión administrativa extranjera, al tiempo de proceder a su examen a los fines de su reconocimiento y/o ejecución: exequátur” (www.aadi.org.ar).

sentencia inútil. Como en muchos otros casos, la tensión entre justicia y utilidad, entre equidad y eficacia, es grande. Si bien no se debe exagerar el análisis económico del derecho al punto de que la sentencia se ajuste a economía y no a derecho, este no debe desconocer la existencia de una contribución entre la justicia y otros valores como la utilidad, especialmente en los espacios integrados, donde las libertades de circulación de personas y factores productivos se satisfacen con la libertad de circulación de actos procesales y de sentencias.

### **BIBLIOGRAFÍA**

- Azar Baud, María J., *A propósito de la Directiva Europea sobre las Acciones Representativas para la Protección de los Intereses Colectivos de los Consumidores*, LL, 22/12/2020, p. 1, AR/DOC/3054/2020.
- Bureau, Hélène, *Le droit de la consommation transfrontière*, Paris, Litec, 1999.
- Carranza Torres, Luis R. - Rossi, Jorge O., *La información al consumidor en el comercio a través de Internet: la nueva normativa para el Mercosur*, ED, 26/8/2005.
- Feldstein de Cárdenas, Sara L., *Desprotección del consumidor transfronterizo. Hitos en el derecho latinoamericano contemporáneo*, LL, 18/3/2015.
- Gillies, Lorna E., *Adapting international private law rules for electronic consumer contracts, en International perspectives on Consumers'access to justice*, Cambridge, 2003.
- Giménez Corte, Cristián, *Lex mercatoria, garantías independientes y coacción extraestatal*, "Revista de Derecho Internacional y del Mercosur", año 6, n° 3.
- *Los usos comerciales y el derecho de fuente convencional en el Mercosur*, "Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones", n° 197, p. 75.
- *Usos comerciales, costumbre jurídica y nueva "lex mercatoria". Con especial referencia al Mercosur*, Bs. As., Ábaco, 2010.
- Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al derecho*, 6ª ed., Bs. As., Depalma, 1987.
- Halfmeier, Axel, "Waving goodbye to conflict of laws? Recent developments in European Union consumer law", en *International perspectives on Consumers'access to justice*, Cambridge, 2003.
- Imhoff-Scheier, Anne-Catherine, *Protection du consommateur et contrats internationaux*, Genève, Librairie de l'Université Georg & Cie., 1981.
- International perspectives on Consumers'access to justice*, Cambridge, 2003.
- Klein Vieira, Luciane, *Análisis del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor argentino desde la perspectiva del Mercosur*, Sup. Especial Comentarios al Anteproyecto de LDC, 789, AR/DOC/669/2019.

- Lagarde, Paul, *Le consommateur en droit international privé*, separata, Viena, 1999.
- Lima Marques, Claudia, *Comentario al artículo Normas*, “Revista de Direito Privado”, n° 4.
- Mendieta, Ezequiel N., *Las directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor y su influencia en el Proyecto de Código de Defensa de las y los Consumidores*, RDCO, n° 305, p. 191, AR/DOC/2591/2020.
- Morris, J. H. C., *The proper law of the tort*, “Harvard Law Review”, 1951, vol. 64.
- Soto, Alfredo M., “El derecho del consumidor frente al fenómeno de la globalización y la internacionalidad. Perspectivas generales. La ‘Lex Mercatoria’ y el derecho del consumidor. Las normas de derecho internacional privado”, en Stiglitz, Gabriel - Hernández, Carlos A., *Tratado del derecho del consumidor*, Bs. As., Thomson Reuters-La Ley, 2015.
- *Temas estructurales del derecho internacional privado*, 3ª ed., Bs. As., Estudio, 2014.
- Uzal, María E., *Lineamientos de la Reforma del Derecho Internacional Privado en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial, nov. 2014, AR/DOC/3843/2014.

## CAPÍTULO VII

# INTEGRACIÓN ECONÓMICA, LIBERTADES ECONÓMICAS Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA UNIÓN EUROPEA. UN VÍNCULO ESENCIAL EN EL PROCESO COMUNITARIO

por PABLO PODADERA RIVERA\*

§ 1. **INTRODUCCIÓN.** – Si analizamos la aplicación de las libertades económicas fundamentales en la realización del mercado único en el ámbito del derecho de la Unión Europea y su interacción con la aplicación de la protección de los derechos fundamentales, se advierten una serie de conflictos entre ambas categorías. Normalmente, el tribunal de justicia ha resuelto este tipo de conflictos a través del principio de proporcionalidad, atendiendo a las circunstancias de cada caso, lo cual lleva a pensar que es difícil extraer una doctrina general. No obstante, la jurisprudencia generada por dichas situaciones, parece llevar a entender, de forma razonable, que el Tribunal de Justicia trata las libertades económicas y derechos fundamentales como categorías que ostentan el mismo estatus en el derecho de la Unión<sup>1</sup>.

El propio desarrollo de dicha jurisprudencia ha ido dibujando un nuevo contexto en el que los derechos fundamentales han ido adquiriendo cada vez más relevancia, lo cual ha puesto

\* Universidad de Málaga, España.

<sup>1</sup> Sarrión Esteve, *Los conflictos entre libertades económicas y derechos fundamentales en la jurisprudencia del STJ*, “UNED, Revista de Derecho Político”, n° 81, p. 279 a 412.

de manifiesto situaciones de choque entre aquellos y las libertades económicas.

Pero más allá de realizar un análisis sobre dichas situaciones de conflicto, el objetivo del presente capítulo es recoger el resultado de un ejercicio de análisis de la presencia de la protección de los derechos fundamentales en la configuración y evolución del mercado único a través del estudio de las libertades económicas fundamentales.

Para ello se ha analizado cada una de las cuatro libertades económicas fundamentales sobre la base de su aplicación y las alusiones, bien de forma expresa o de manera implícita, a ellas en los principales instrumentos de aplicación de la protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea: el propio Tratado de la Unión Europea y los tratados comunitarios, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las cartas sociales adoptadas por la Comunidad y por el Consejo de Europa, así como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

De esta manera, el capítulo se estructura en cuatro apartados, incluida esta introducción, a través de los cuales se apuntan los antecedentes de la política de protección de los derechos humanos en el proceso de construcción de la Unión Europea, se introducen las cuatro libertades económicas fundamentales como base para la creación del mercado común y se recogen los principales elementos de convergencia de la aplicación de las diferentes libertades económicas fundamentales con la diligencia de los principales instrumentos de aplicación de la protección de los derechos humanos en el ámbito de la UE. Finalmente, se proponen determinadas conclusiones.

§ 2. *ANTECEDENTES.* – La política de protección de los derechos humanos debe configurarse como una política horizontal que impregne al resto de políticas en un proceso de integración regional, en general, y en el proceso de integración de la Unión Europea, en particular, para garantizar un proceso participativo e inclusivo, tanto social como territorial. De esta manera se allana el terreno para la construcción de valores comunes

dentro del respeto a la diversidad de identidades en los diferentes niveles nacionales, regionales y locales.

En este sentido, es importante destacar y entender que la protección de los derechos humanos, en un proceso de integración como el de la UE, se establezca como una cuestión común y no exclusiva o individual de cada Estado miembro, vinculada al surgimiento de un espacio político con instituciones supranacionales, cuyos actos jurídicos afectan a los derechos individuales del ciudadano europeo.

En los tratados fundacionales de la Comunidad Europea (antecesora de la UE) no existió ninguna referencia a la protección de los derechos humanos y civiles. Más tarde, en el Tratado de Maastricht sobre la Unión Europea, que entró en vigor el primero de noviembre de 1993, se estableció que la política exterior y de seguridad de la Unión tendría como propósito el desarrollo y fortalecimiento de la democracia y del Estado de derecho, así como el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales (Título V, art. j-1 del Tratado). Con este tratado, los derechos humanos fueron incluidos en las disposiciones normativas de la Unión<sup>2</sup>.

Entre tanto, fueron varios los intentos, en principio frustrados, para cimentar mejor los derechos humanos en las disposiciones jurídicas de la Unión Europea (adhesión a la Convención de los Derechos Humanos o creación de una Carta de Derechos Humanos propia). Mientras tanto, en el seno de las instituciones comunitarias, se fueron creando organismos con el objetivo de asegurar el respeto a los derechos humanos; la Comisión de Derechos Fundamentales y Asuntos Internos, la Comisión de Peticiones, ambas en el Parlamento Europeo, el Grupo de Trabajo de Derechos Humanos en el Consejo o la División de Derechos Humanos y Democratización en la Dirección General de Relaciones Exteriores de la Comisión, son algunos ejemplos.

Fue a mediados de 1999 cuando el Consejo Europeo consideró necesario reunir los derechos fundamentales dispersos y en vigor en la Unión Europea en una carta para darles mayor

<sup>2</sup> Klaus Jörg, *La política de derechos humanos de la Unión Europea*, "Espiral", vol. XIV, n° 40, sep./dic. 2007, p. 39 a 62, [www.redalyc.org/articulo.oa?id=138/13804002](http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=138/13804002).

visibilidad<sup>3</sup>. Con ella se proyectó desarrollar el concepto de “ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia” (preámbulo de la carta). En la carta se señala, además, la voluntad de la Unión de impulsar un “desarrollo equilibrado y sostenible y garantizar la libre circulación de personas, servicios, mercancías, y capitales, así como la libertad de establecimiento” (preámbulo de la carta) en cualquier Estado de la Unión. No obstante, el camino para su aprobación, aunque un documento oportuno y novedoso, no estuvo exento de controversias<sup>4</sup>.

§ 3. **EL MERCADO COMÚN Y LAS LIBERTADES ECONÓMICAS EN EL PROCESO DE INTEGRACIÓN EUROPEA.** – Los tratados constitutivos de las comunidades europeas, a saber, el Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (TCECA), de 18 de abril de 1951, y los tratados de la Comunidad Económica Europea (TCEE) y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (TCEEA), ambos de 27 de marzo de 1957, marcaron el inicio de la puesta en marcha de un mercado común en el proceso de integración europea<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> El documento fue firmado y proclamado en diciembre de 2000 en Niza por el Consejo Europeo y por los presidentes de la Comisión y el Parlamento Europeo. Una versión revisada de la Carta fue proclamada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, antes de la firma del Tratado de Lisboa; una vez ratificado este, la Carta sería legalmente vinculante para todos los países con excepciones para Polonia y el Reino Unido. La versión actualizada de la Carta fue firmada por el presidente del Parlamento Europeo Hans-Gert Poettering, el presidente de la Comisión Europea José M. Barroso y el primer ministro portugués José Sócrates, presidente del Consejo Europeo en ese entonces. La Carta no forma parte del Tratado de Lisboa, pero por la remisión en el art. 6º del Tratado de la Unión Europea tras la reforma de Lisboa se hace vinculante para todos los Estados, con excepciones para los dos citados (tras el *Brexit* solo para Polonia)

<sup>4</sup> Engels, *Die europäische Grundrechtecharta: Auf dem Weg zu einer europäischen Verfassung?*, p. 1 a 22; Zolo, *Hacia una Europa de ciudadanos*, “Metapolítica”, nº 43, vol. 9, p. 63 a 70.

<sup>5</sup> Dicha intención quedaba latente en el art. 2º del TCEE al decir que la misión de la Comunidad era “promover, mediante el establecimiento de un mercado común y la progresiva aproximación de las políticas económicas de los Estados miembros, un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, una expansión continua y equilibrada, una estabilidad creciente, una elevación acelerada del nivel de vida y relaciones más estrechas entre los Estados que la integran”.

Para la realización de dicho mercado común y su funcionamiento efectivo era necesaria la creación de una unión aduanera, una armonización legislativa y unas reglas claras sobre la competencia, tres instrumentos que garantizarían el establecimiento de las cuatro libertades fundamentales: la libre circulación de mercancías, servicios, capitales y personas.

La unión aduanera implica la supresión de barreras internas (arancelarias y no arancelarias) para el intercambio de bienes, además del establecimiento de un arancel aduanero común.

Por su parte, la libre circulación de personas supone, por un lado, en su condición de factores de producción, que los trabajadores de los países miembros han de tener derecho a poder circular libremente, a residir y a poder trabajar en el territorio de otro país miembro en igualdad de condiciones y con idénticos derechos políticos, económicos y sociales que los de los nacionales. Por otra parte, en su condición de ciudadanos, adquieren una serie de derechos políticos que le confiere el reconocimiento de la ciudadanía de la Unión<sup>6</sup>, introducido por el Tratado de Maastricht, así como por la creación del espacio de Schengen<sup>7</sup>.

La libre prestación de los servicios, y la libertad de establecimiento que ello conlleva, otorga a cualquier persona física o jurídica poder gozar de iguales derechos que los nacionales de cualquier Estado miembro y a poder abrir un establecimiento para prestar servicios en todo el ámbito comunitario, con independencia de su residencia.

La libre circulación de capitales, por su parte, se refiere a la abolición de todo tipo de restricciones al libre movimiento del capital por el territorio comunitario.

<sup>6</sup> Recogidos en la parte 2 (arts. 18 a 25) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y en el Título V de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

<sup>7</sup> Espacio de libre circulación de personas, cuyo origen se encuentra en el Convenio Schengen, firmado en 1985 por Alemania, Francia y Benelux, con la finalidad de suprimir los controles en las fronteras interiores de la Unión y facilitar, así, la libre circulación de las personas. En la actualidad, el espacio Schengen está formado por 26 países europeos (de los cuales 22 son Estados miembros de la UE): Bélgica, Chequia, Dinamarca, Alemania, Estonia, Grecia, España, Francia, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Hungría, Malta, los Países Bajos, Austria, Polonia, Portugal, Eslovenia, Eslovaquia, Finlandia y Suecia, así como Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza.

Lógicamente, la realización progresiva de dicho proceso de supresión de barreras internas iba a requerir un largo período de tiempo, para lo cual el Tratado de Roma previó, en principio, doce años, objetivo que no se alcanzó debido a la aparición de determinadas resistencias en los procesos de liberalización y la situación de crisis económica en los años setenta.

A mediados de los años ochenta, la Comisión presidida por J. Delors reactivó la realización del mercado común a través del *Libro blanco* sobre el mercado interior<sup>8</sup>, para lo cual se serviría de la cobertura jurídica del Acta Única Europea (AUE)<sup>9</sup>. El *Libro blanco* supuso la puesta en marcha y desarrollo de una ardua tarea de eliminación de barreras (físicas, técnicas y fiscales) para el establecimiento de las libertades económicas fundamentales, para lo cual coexistieron la vía de la armonización fiscal y el procedimiento de reconocimiento mutuo de las legislaciones nacionales<sup>10</sup>.

Finalmente, la supresión de barreras a las libertades de circulación y el establecimiento de la unión aduanera, debía venir completada con unas reglas claras, precisas y aplicables a todos los operadores de la actividad económica, que garantizaran un correcto funcionamiento del mercado común. Se trata de las reglas sobre la competencia, establecidas en el TCEE y que conforma una política común de carácter instrumental y transversal, en el sentido en que afecta a todas las políticas que inciden en el mercado interior<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> COM (85) final. Bruselas, 9 de septiembre de 1986. *La consecución del mercado interior. El Libro blanco de la Comisión para el Consejo Europeo*, jun. 1985.

<sup>9</sup> En su art. 8A estipulaba que “la Comunidad adoptará las medidas destinadas a establecer progresivamente el mercado interior en el transcurso de un período que terminará el 31 de diciembre de 1992”.

<sup>10</sup> Enfoque que, de acuerdo con Fernández Navarrete, *Fundamentos económicos de la Unión Europea*, p. 62, agiliza y reduce de forma bastante considerable la tarea armonizadora, sobre todo cuando resulta difícil de realizar por la vía de aplicación de directivas (p.ej., en cuestiones técnicas, servicios financieros, titulaciones universitarias).

<sup>11</sup> Pueden distinguirse dos ámbitos de disposiciones aplicables: el de la empresa y el de los Estados. En el de la empresa se recogen disposiciones referentes a prácticas contrarias a la competencia (como cárteles u otro tipo de práctica colusoria) que afectan la UE o, desde 1994, al Espacio Económico Europeo. Esto está cubierto por el art. 101 del Tratado del Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE); monopolios y prevención de abuso de

§ 4. **LAS LIBERTADES ECONÓMICAS Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.** – Puede decirse, con toda entidad, que los derechos fundamentales han acompañado, en el pasado de forma más débil, y de hecho acompañan, al modelo de integración europea que hoy conocemos como Unión Europea, aunque no apareciesen mencionados de forma expresa en los tratados constitutivos<sup>12</sup>.

Si bien el Consejo de Europa es una organización que promueve los derechos fundamentales, la Unión Europea también lo hace por su adhesión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las cartas sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de su propia Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, contando además con una Agencia Europea de Derechos Fundamentales<sup>13</sup>. Además del refuerzo que supone una fuente jurídica no escrita como son los principios generales inspirados en el derecho constitucional de los Estados miembros.

Por tanto, el mercado interior, fundamentado en las libertades económicas, se crea, además de con un objetivo económico, con un objetivo social, donde se conjugan libertades económicas y normas de competencia con derechos sociales fundamentales y progreso social.

---

posiciones dominantes por parte de las empresas en el mercado, lo cual se rige por el art. 102 del TFUE; el control de propuestas de fusiones, adquisiciones y empresas conjuntas que involucran empresas que tienen un determinado volumen de negocios a la UE-EEE, regido por el reglamento 139/2004 (reglamento de concentraciones) de la CE. Por su parte, en el ámbito de los Estados, se recogen disposiciones relativas al control directo e indirecto de las ayudas concedidas por los Estados miembros de la Unión Europea para las empresas. Cubierto por el art. 107 del TFUE.

<sup>12</sup> Aguilar de Luque, *Los derechos fundamentales en el proceso de integración europea*, “Cuadernos de Derecho Público”, n° 18, p. 173 a 189; Sanz Caballero, *Los derechos fundamentales como instrumento de integración regional en Europa*, “Revista Urbe et Ius”, n° 13, p. 75 a 82.

<sup>13</sup> La Agencia Europea de Derechos Fundamentales (FRA) asesora a las instituciones de la UE y los gobiernos nacionales en materia de derechos fundamentales, concretamente en los siguientes aspectos: discriminación, acceso a la justicia, racismo y xenofobia, protección de datos, derechos de las víctimas, derechos del niño. Ver <https://fra.europa.eu/es>.

Prueba de ello la ofrecen los arts. 2º y 3º del TUE donde se proclaman los objetivos y fundamentos de la Unión, en los que se hace referencia a la consecución de un desarrollo sostenible, equilibrado, a la economía social de mercado, al pleno empleo, al progreso social, a la lucha contra la exclusión social y la discriminación, a la justicia y protección social, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño, dignidad humana, democracia, Estado de derecho y respeto de los derechos humanos, o la cohesión social y territorial, entre otros.

Con todo, podemos concluir que el mercado interior junto a las libertades económicas que lo sustentan (art. 26.2, TFUE) y la evolución del orden jurídico en torno a los derechos fundamentales y el progreso social, constituye la piedra angular del funcionamiento de la Unión Europea en perspectiva económica y social.

Podemos preguntarnos, llegados a este punto, por la tutela de las libertades económicas en el proceso de integración europea y su vinculación con la protección de los derechos fundamentales<sup>14</sup>.

En este sentido, el respeto de los derechos humanos es una de las obligaciones fundamentales de la UE. Estos derechos deben ser respetados por la UE cuando aplica las políticas y los programas, así como por las instituciones de la UE y por cada uno de sus Estados miembros.

a) *LA LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS*. La libre circulación de mercancías se encuentra regulada en los arts. 26 y 28 a 37 del TFUE. Además, el reglamento (CE) 2679/1998 del Consejo, de 7 de diciembre de 1998 (Diario Oficial L 337 de 12/12/1998), sobre el funcionamiento del mercado interior en relación con

<sup>14</sup> Sarrión Esteve, *La tutela de las libertades económicas fundamentales en el proceso de integración europea*, "UNED, Revista de Derecho", nº 14, p. 933 a 967; Poiars Maduro, "Striking the elusive balance between economic freedom and social rights in the European Union", en Alston - Cassese - Lalumière - Leuprecht (eds.), *An EU human rights agenda for the new millenium*, p. 449 a 472; Lindfelt, *Fundamental rights in the European Union-towards higher law of the land? A study of the status of fundamental rights in a broader constitutional setting*, p. 1 a 360; Heliskoski, "Fundamental rights versus economic freedoms in the European Union: which paradigm?", en Petman - Klabbers (eds.), *Nordic cosmopolitanism: essays in international law for Martti Koskenniemi*, p. 417 a 443.

la libre circulación de mercancías entre los Estados miembros, establece un mecanismo de intervención para asegurar la libre circulación de mercancías en situaciones conflictivas. Esto quedó formalizado más tarde en el reglamento (CE) 764/2008 sobre reconocimiento mutuo, adoptado en 2008 como parte del llamado “nuevo marco legislativo”.

Es necesario destacar, asimismo, el papel del Parlamento Europeo en este “nuevo enfoque” de la libre circulación de mercancías, dado que realizó una importante contribución legislativa al centrarse en aspectos relacionados con la seguridad y vigilancia de los productos comercializados en el mercado o con la mayor transparencia e información entre sus consumidores<sup>15</sup>.

Relacionado con esta libertad, los arts. 15 a 17 del Título II sobre las libertades, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (la Carta, en lo sucesivo), garantizan la libertad profesional y derecho a trabajar, la libertad de empresa y el derecho a la propiedad, respectivamente.

Asimismo, el art. 36 del TFUE (ex art. 30, TCE) prevé la posibilidad de establecer “prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, entre otras”.

b) *LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS-TRABAJADORES.* La base jurídica de esta libertad económica la constituye el art. 3º, apdo. 2º, del Tratado de la Unión Europea (TUE); también el art. 4º, apdo. 2º, letra a, y los arts. 20, 26 y 45 a 48 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

<sup>15</sup> Pueden destacarse en este ámbito los siguientes actos legislativos: resolución de 8 de marzo de 2011; directiva relativa a la seguridad general de los productos, reglamento (CE) 765/2008; paquete de medidas sobre la seguridad de los productos y la vigilancia del mercado de 2013. En abril de 2019, el Parlamento sometió a votación la adopción de un nuevo reglamento relativo a la vigilancia del mercado y la conformidad de los productos; resolución del 21 de octubre de 2010; reglamento (UE) 1025/2012; reglamento (UE) 1024/2012; reglamento (UE) 2018/1724, entre otros, todos ellos para garantizar el derecho de información y vigilancia del mercado. Por su parte, la resolución de 17 de abril de 2020 y la resolución de 19 de junio de 2020, han estado relacionadas con la lucha contra la pandemia de Covid-19 y sus consecuencias relacionadas con la apertura de las fronteras interiores de la Unión para garantizar la circulación de las mercancías (ver [www.europarl.europa.eu/](http://www.europarl.europa.eu/)).

Por otro lado, el reglamento de base relativo a la libre circulación de los trabajadores [reglamento (CE) 1612/1968] y la directiva complementaria sobre supresión de restricciones al desplazamiento y a la estancia (directiva 68/360 del Consejo) se han actualizado en varias ocasiones. En la actualidad, las principales disposiciones de la Unión son la directiva 2004/38/CE, 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; el reglamento (CE) 492/2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión, y el reglamento (UE) 2019/1149 por el que se crea la autoridad laboral europea.

El art. 45 del TFUE establece la abolición de toda discriminación por razón de nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros en el apdo. 2º “con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo”, mientras que el apdo. 3º del mismo artículo concreta el derecho “sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas”.

En este sentido, todos los ciudadanos de la Unión tienen derecho a residir en el territorio de otro Estado miembro sin estar sometidos a otra condición o formalidad que la de estar en posesión de un documento de identidad o pasaporte válidos. Además, la ciudadanía de la Unión proporciona el derecho de residencia permanente en el Estado miembro de acogida después de un período de cinco años de residencia legal continua (directiva 2004/38/CE).

En términos de empleo, todo ciudadano de un Estado miembro tiene derecho a buscar empleo en otro Estado miembro de conformidad con la normativa pertinente que se aplica a los trabajadores nacionales y a ejercerlo bajo los mismos beneficios sociales y fiscales, y también en lo que se refiere al acceso a la vivienda, que los trabajadores nacionales. Además, gozan de igualdad de trato en relación con el ejercicio de los derechos sindicales [reglamento (CE) 492/2011].

También la jurisprudencia en materia de libre circulación de trabajadores, desarrollada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), es importante en este ámbito y ha interpretado y ha adaptado su aplicación en numerosos casos desde la instauración de la ciudadanía de la Unión. La Comisión

cuenta con una base de datos en línea específica en la que presenta la jurisprudencia en este ámbito<sup>16</sup>.

En lo que respecta al orden público, el Tratado permite a los Estados miembros denegar el derecho de entrada o de residencia a un nacional de la Unión por razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública<sup>17</sup>. Además, la libre circulación de los trabajadores no será aplicable a los empleos en la Administración pública, según el art. 45, apdo. 4º, del TFUE.

Asimismo, con el objetivo de facilitar y favorecer la movilidad de los trabajadores, la UE ha desarrollado una serie de herramientas y disposiciones legales que, al mismo tiempo, fortalecen la garantía de preservación de derechos fundamentales. Caben destacar<sup>18</sup>: la reforma del sistema de cualificaciones profesionales entre Estados miembros (directiva 2013/55/UE por la que se modifica la directiva 2005/36/CE 2.1.6); tarjeta profesional europea (2016); coordinación de los regímenes de la seguridad social [reglamento (CE) 883/2004 y de su reglamento de aplicación (CE) 987/2009]; tarjeta sanitaria europea (2004) (reglamento 883/2004) y una directiva sobre la asistencia sanitaria transfronteriza (directiva 2011/24/UE); mejoras en relación con la adquisición y el mantenimiento de los derechos de pensión complementarios (directiva 2014/50/UE), y la obligación de garantizar unos procedimientos judiciales que ofrezcan reparación a los trabajadores objeto de discriminación y de designar organismos que promuevan y supervisen la igualdad de trato (directiva 2014/54/UE).

A mediados de 2019 se creó la autoridad laboral europea (ALE) en el marco del pilar europeo de derechos sociales, con el objetivo de garantizar una mejor aplicación de las normas de la Unión en materia laboral en el marco de la cooperación transfronteriza (aspectos relacionados con la movilidad, seguridad social, servicios comunes de apoyo, entre otros). Dicha iniciativa absorbe el portal de movilidad laboral, Eures (Red

<sup>16</sup> Ver [https://europa.eu/european-union/about-eu/eu-citizenship\\_es](https://europa.eu/european-union/about-eu/eu-citizenship_es).

<sup>17</sup> En este sentido, la directiva 2004/38/CE recoge una serie de garantías procesales.

<sup>18</sup> Ver [www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/41/la-libre-circulacion-de-trabajadores](http://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/41/la-libre-circulacion-de-trabajadores).

Europea de Servicios de Empleo) y la plataforma europea de lucha contra el trabajo no declarado.

Asimismo, la situación excepcional de la Pandemia provocada por el Covid-19 generó durante 2020 una serie de actos regulatorios para amortiguar las restricciones de movilidad de los trabajadores a través de los Estados miembros de la Unión y su consiguiente impacto sobre las tasas de desempleo<sup>19</sup>.

También en esta libertad fundamental, el papel del Parlamento Europeo ha sido crucial. La *resolución de 16 de enero de 2014, sobre el respeto del derecho fundamental a la libre circulación en la UE*, en materia de abusos de los sistemas de la seguridad social en la libre circulación de trabajadores; el apoyo a la creación de la autoridad laboral europea (en su *resolución legislativa de 16 de abril de 2019*); la *resolución de 17 de abril de 2020, sobre la acción coordinada de la Unión para luchar contra la pandemia de Covid-19 y sus consecuencias*, relativa a los desplazamientos transfronterizos, trabajadores temporeros y transfronterizos; o la *resolución del Parlamento Europeo sobre la protección europea de los trabajadores transfronterizos y temporeros en el contexto de la crisis de la Covid-19*, son algunos ejemplos.

Relacionado con la libertad de circulación de personas-trabajadores, los arts. 20 a 23 de la Carta, correspondientes a su Título III sobre igualdad, hacen referencia a la no discriminación, la diversidad cultural, religiosa y lingüística o la igualdad entre hombres y mujeres, respectivamente, en los movimientos de personas-trabajadores por el territorio de la Unión. Asimismo, en su Título IV, referido a la solidaridad, a lo largo de sus arts. 27 a 38 se contemplan derechos fundamentales en este ámbito de libertad como son: la información y consulta de los trabajadores en la empresa; negociación y acción colectiva; acceso a servicios de colocación; protección en caso de despido injustificado; prohibición de trabajo infantil; seguridad y ayuda social; protección de la salud y de los consumidores, entre otros.

<sup>19</sup> Directrices relativas al ejercicio de la libre circulación de trabajadores durante el brote de Covid-19. Directrices sobre la libre circulación de los profesionales de la salud y directrices sobre los trabajadores temporeros, así como una recomendación sobre un enfoque coordinado de la restricción de la libre circulación.

Por su parte, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales garantiza en su art. 14 la prohibición de discriminación en el goce de libertades y derechos reconocidos por el Convenio, “por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

La Carta Social Europea, en su Parte I, garantiza la necesidad de “establecimiento de las condiciones en que puedan hacerse efectivos los derechos y principios” (Boletín Oficial de las Cortes Generales, nº 267, 15/2/2019) de los trabajadores. La Parte II recoge el articulado referente al derecho al trabajo y a las condiciones de este, así como referentes a la protección social, orientación profesional o formación profesional, entre otras.

1) *La libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios.* La base jurídica de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios se encuentra en los arts. 26 (mercado interior), 49 a 55 (establecimiento) y 56 a 62 (servicios) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). A ello se suma la directiva de servicios (directiva 2006/123/EC, relativa a los servicios en el mercado interior) que tiene como objetivo la creación en la Unión de un mercado de servicios único y abierto, al tiempo que garantizar la calidad de los servicios prestados a los consumidores.

2) *Normativa referente al derecho del trabajo.* Por su parte, el papel del Parlamento Europeo en la adopción de dicha directiva y en la vigilancia por su cumplimiento en los Estados miembros ha sido fundamental<sup>20</sup>. Una resolución sobre la aplicación de la directiva 2006/123/CE relativa a los servicios,

<sup>20</sup> Desde el punto de vista de los beneficios económicos generados por la legislación concebida por el Parlamento Europeo, el estudio realizado en 2019 por Pelkmans, del Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, del Parlamento europeo, “Directorate General for Internal Policies, European Parliament’s Committee on the Internal Market and Consumer Protection”, PE 631.054, feb. 2019, p. 1 a 77, habla de 284.000 millones anuales de beneficios en el ámbito cubierto por la directiva de servicios, de unos 80.000 millones anuales en el de los servicios profesionales, y de unos 20.000 millones anuales en el de los servicios relativos a la contratación pública.

una resolución de 25 de octubre de 2011 sobre el proceso de evaluación recíproca de la directiva de servicios, reglamentos relativos a servicios de telecomunicaciones [como el reglamento (UE) 910/2014], directivas relativas a la protección de los consumidores en el ámbito de los servicios financieros [directiva sobre créditos hipotecarios (2014/17/UE) o directiva relativa a unos mercados financieros más transparentes y mejor regulados (2014/65/UE)] o directivas en el ámbito de la accesibilidad a los servicios para los ciudadanos con discapacidad o limitaciones funcionales (directiva 2019/882), son algunos ejemplos de ello. Asimismo, con motivo de la pandemia de Covid-19, el Parlamento Europeo ha generado resoluciones (en abril, noviembre y diciembre) relacionadas con la acción coordinada de la Unión para luchar contra la pandemia, servicios y transición ecológica, acceso a la información o con la integridad del espacio Schengen.

Igualmente, en la libertad de circulación de personas-trabajadores, la Carta Social Europea garantiza los derechos de libertad de circulación de servicios y de establecimiento en su primera y segunda parte, particularmente en su art. 18 sobre el “derecho a ejercer una actividad lucrativa en el territorio de otras partes”.

c) *LA LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES.* La base jurídica de la libre circulación de capitales se encuentra en los arts. 63 a 66 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

Se trata de la libertad fundamental más amplia del mercado único de la Unión, dado que suprime todas las restricciones a los movimientos de capitales entre los Estados miembros, así como entre Estados miembros y terceros países, aunque con excepciones aplicables a ciertos casos<sup>21</sup>. Además, promueve el

<sup>21</sup> Las excepciones se refieren, sobre todo, a los movimientos de capitales relacionados con terceros países (art. 64, TFUE). Además, existen restricciones justificadas relativas a los movimientos de capitales en general, incluidos los movimientos en el seno de la Unión, establecidas en el art. 65 del TFUE y que se refieren a la adopción de medidas en materia fiscal y para la supervisión prudencial de los servicios financieros, recopilación de información administrativa o estadística, medidas justificadas por razones de orden público o de seguridad pública. Asimismo, el art. 144 del TFUE permite la adopción de medidas de salvaguardia de la balanza de pagos en caso de dificultades de funcionamiento del mercado interior y los arts. 75 y 215 del

uso del euro como moneda internacional, contribuyendo así al papel de la Unión como actor global.

Es importante destacar la directiva sobre servicios de pagos<sup>22</sup>, que facilitó la base jurídica para el establecimiento de un conjunto de normas aplicable a todos los servicios de pago realizados en la Unión para que las operaciones de pago transfronterizas resultasen tan fáciles, eficientes y seguras como las nacionales. Esto propició el marco ideal para la puesta en marcha de la iniciativa del sector bancario y de los pagos europeos denominada “zona única de pagos en euros” (SEPA).

No obstante, es preciso decir que aún queda camino por recorrer en el marco de la libre circulación de capitales en los ámbitos de los mercados de capitales<sup>23</sup> y de los tratados bilaterales de inversión vigentes dentro de la Unión, que suponen un obstáculo al mercado único, al enfrentarse y solaparse con el marco legislativo de la Unión<sup>24</sup>.

Por su parte, es necesario destacar el papel del Parlamento Europeo en la liberalización del movimiento de capitales, insistiendo en una liberalización interior más completa que hacia al exterior, en pro de una priorización por las inversiones europeas, así como en una plena liberalización de los servicios financieros y de una armonización de las legislaciones fiscales. Asimismo, ha apoyado la puesta en marcha de la unión de los mercados de capitales, destacando la necesidad de la igualdad

---

TFUE prevén la posibilidad de imponer sanciones financieras para prevenir y combatir el terrorismo o sobre prácticas que trasgredan decisiones en el marco de la política exterior y de seguridad común.

<sup>22</sup> Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior, por la que se modifican las directivas 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE y 2006/48/CE y por la que se deroga la directiva 97/5/CE (DO L 319 de 5/12/2007, p. 1).

<sup>23</sup> Basándose en el Plan de Inversiones para Europa, la Comisión puso en marcha, en septiembre de 2015, una de sus iniciativas emblemáticas, la “unión de los mercados de capitales”, que incluía una serie de medidas destinadas a crear un mercado único de capitales verdaderamente integrado para 2019. Ver a este respecto la Comunicación de la Comisión [COM (2019) 136 final] “Capital Markets Union: progress on building a single market for capital for a strong economic and monetary union [SWD (2019) 99 final].

<sup>24</sup> En este sentido, el 20 de mayo de 2020, veintitrés Estados miembros firmaron el acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea.

de condiciones entre los operadores, sobre todo de las pymes, así como un papel más relevante de la autoridad europea de valores y mercados para mejorar la convergencia de la supervisión.

La Carta de los Derechos Fundamentales no realiza una mención expresa a la libertad de circulación de capitales, limitándose, en su preámbulo, a insistir en su cometido de reforzar la protección de los derechos fundamentales, entre los que las cuatro libertades fundamentales del mercado único favorecen un desarrollo equilibrado, sostenible y en igualdad de condiciones.

Ni en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ni en la Carta Social Europea se hace una mención expresa a la libertad de circulación de capitales en relación con los derechos humanos.

§ 5. **CONCLUSIONES.** – Podemos concluir que el análisis de la presencia de la protección de los derechos fundamentales en la configuración y evolución del mercado único europeo, a través del estudio de las libertades económicas fundamentales, nos muestra la coherencia intencionada de construir un mercado interior, fundamentado en las libertades económicas, con objetivos económicos y sociales, donde se conjugan libertades económicas y normas de competencia con derechos fundamentales y progreso social.

Una vez analizada la base jurídica de cada una de las libertades económicas fundamentales, en la que hemos querido destacar el papel del Parlamento Europeo como institución representante de los intereses de la ciudadanía europea, junto al contenido de los principales instrumentos de aplicación de la protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea, hemos podido constatar un alto grado de convergencia, coherencia y vínculo, algo esencial en el proceso de construcción comunitaria.

Si bien es cierto que a lo largo del proceso de integración europea se pueden producir, y de hecho se han producido, situaciones de conflicto entre libertades económicas y derechos fundamentales, normalmente resueltos por el Tribunal de Justicia, no significa que ambas categorías estén abocadas a una confrontación permanente, sino todo lo contrario; como hemos podido comprobar, las libertades económicas fundamentales

están definidas de manera que puedan respetarse los derechos fundamentales reconocidos como principios generales del derecho comunitario. Dicho de otra manera, no se trata de jerarquizar a ambas categorías, sino de establecer vínculos positivos entre ellas en el ejercicio y aplicación del derecho de la Unión Europea.

Lo anterior, en un proceso vivo y dinámico, como es el de la integración de la Unión Europea, requiere, obviamente, de un análisis y retroalimentación constante a partir de los hechos que se van sucediendo y de la aplicación de los instrumentos jurídicos disponibles.

Por tanto, podemos concluir que el mercado interior europeo, junto a las libertades económicas que lo sustentan y la evolución del orden jurídico en torno a los derechos fundamentales y el progreso social, constituye la piedra angular del funcionamiento de la Unión Europea en perspectiva económica y social, constituyendo un vínculo esencial en el proceso de integración comunitaria.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Aguilar de Luque, Luis, *Los derechos fundamentales en el proceso de integración europea*, "Cuadernos de Derecho Público", n° 18, 2003, p. 173 a 189.
- Engels, Markus, *Die europäische Grundrechtecharta: Auf dem Weg zu einer europäischen Verfassung?*, Eurokolleg, Friedrich Ebert Stiftung, 2001.
- Fernández Navarrete, Donato, *Fundamentos económicos de la Unión Europea*, Madrid, Thomson Editores, 2007.
- Heliskoski, J., "Fundamental rights versus economic freedoms in the European Union: which paradigm?", en Petman, J. - Klabbers, H. (eds.), *Nordic cosmopolitanism: essays in international law for Martti Koskenniemi*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishing, 2004.
- Klaus Jörg, Ruhl, *La política de derechos humanos de la Unión Europea*, "Espiral", vol. XIV, n° 40, sep./dic. 2007, p. 39 a 62, [www.redalyc.org/articulo.oa?id=138/13804002](http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=138/13804002).
- Lindfelt, Mats, *Fundamental rights in the European Union-towards higher law of the land? A study of the status of fundamental rights in a broader constitutional setting*, Åbo, Åbo Akademi University, 2007.
- Pelkmans, Jacques, *Contribution to growth: the single market for services. Delivering economic benefits for citizens and businesses*, "Directorate General for Internal Policies, European Parliament's Committee on the Internal Market and Consumer Protection", PE 631.054, feb. 2019.

- Poiars Maduro, Miguel, "Striking the elusive balance between economic freedom and social rights in the European Union", en Alston, Philip - Casese, Antonio - Lalumière, Catherine - Leuprecht, P. (eds.), *An EU human rights agenda for the new millenium*, Oxford, Hart Publishing, 1999.
- Sanz Caballero, Susana, *Los derechos fundamentales como instrumento de integración regional en Europa*, "Revista Urbe et Ius", n° 13, 2014, p. 75.
- Sarrión Esteve, Joaquín, *La tutela de las libertades económicas fundamentales en el proceso de integración europea*, "UNED, Revista de Derecho", n° 14, 2014, p. 933.
- *Los conflictos entre libertades económicas y derechos fundamentales en la jurisprudencia del STJ*, "UNED, Revista de Derecho Político", n° 81, may.-ago. 2011, p. 279.
- Zolo, Danilo, *Hacia una Europa de ciudadanos*, "Metapolítica", n° 43, vol. 9, sep.-oct. 2005, p. 63 a 70.

## CAPÍTULO VIII

### LA LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE E SOGGIORNO: IL TERRITORIO EUROPEO COME DIMENSIONE DELLA CITTADINANZA

por LAURA MONTANARI\*

§ 1. **PREMESSA: LA LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE DEI LAVORATORI ALL'ORIGINE DEL PROCESSO DI INTEGRAZIONE EUROPEA.** – Com'è noto, la libertà di circolazione e di stabilimento dei lavoratori costituisce uno degli elementi chiave del processo di integrazione europea. La prospettiva funzionalistica delle origini, che prevedeva la progressiva creazione di un mercato comune, si basava sulle cosiddette quattro libertà fondamentali, intese come libera circolazione di merci, servizi, persone e capitali su tutto il territorio dei Paesi membri della Comunità economica europea<sup>1</sup>.

Si tratta di un diritto riconosciuto ai cittadini degli Stati che hanno aderito a questa nuova organizzazione, ai quali assicurava una posizione privilegiata rispetto agli stranieri provenienti da altri Paesi. Emergono così le peculiarità del processo di integrazione europea: la creazione di una Comunità

\* Professore Ordinario di Diritto Pubblico Comparato, Università degli Studi di Udine. Responsabilitè Modulo Jean Monnet "EU Enlargement and Constitutional Transitions in the Western Balkans (EU&WB)".

<sup>1</sup> Oltre ai manuali di diritto dell'Unione europea, si possono citare, tra i molti, A. Adinolfi, *La libertà di circolazione delle persone*, in G. Strozzi (cur.), *Diritto dell'Unione europea*, parte speciale, 2008, 74 ss. e M. Condinanzi, A. Lang, B. Nascimbene, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, Giuffrè, 2006.

sovrana nazionale manifesta da subito le sue ricadute sulla posizione dei singoli<sup>2</sup>.

In questa prima fase la libertà di circolazione non è riconosciuta a tutti i cittadini degli Stati membri: il riferimento è infatti ai lavoratori, nella prospettiva della creazione del mercato comune di cui si è detto. La giurisprudenza della Corte di giustizia, tuttavia, ha progressivamente allargato il novero dei soggetti interessati dall'applicazione della nuova disciplina, dando un'interpretazione ampia dell'art. 48 TCEE sulla libertà di circolazione<sup>3</sup>.

In particolare, le decisioni della Corte hanno considerato in modo estensivo le nozioni di lavoratore e di attività subordinata tenendo conto delle finalità generali perseguite dal Trattato comunitario. Grazie alla configurazione della loro attività come "attività economica" ai sensi dell'art. 2 TCEE, si è così assicurata la libera circolazione dei *part-timers*<sup>4</sup>, dei tirocinanti<sup>5</sup> e degli sportivi professionisti<sup>6</sup>. Per altro aspetto, è stata data una lettura restrittiva delle disposizioni che ponevano limitazioni: la deroga relativa agli impieghi nella pubblica

<sup>2</sup> Il termine "sovrana nazionale" è stato utilizzato dalla dottrina per segnalare le peculiarità di questa nuova organizzazione, che la distinguono dalle organizzazioni internazionali classiche. I caratteri essenziali che la connotano sono sinteticamente indicati in: l'indipendenza del processo decisionale rispetto agli Stati membri; la possibilità di adottare atti che producono effetti direttamente in capo ai singoli; l'esistenza di un proprio organo giurisdizionale chiamato verificare la legalità delle decisioni delle istituzioni dell'ente. Confr. F. Capotorti, *Supranational Organizations*, in *Encyclopedia of Public International Law*, 5, 1985, p. 62 ss., citato da P. Gargiulo (con la collaborazione di L. Montanari), *Le forme della cittadinanza. Tra cittadinanza europea e cittadinanza nazionale*, Roma, Ediesse, 2012, 110.

<sup>3</sup> Non va dimenticato che la normativa derivata aveva esteso anche alle famiglie dei lavoratori salariati ed autonomi il diritto di circolare e soggiornare liberamente all'interno degli Stati membri e di risiedere nello Stato membro dove il lavoratore esercita la sua attività.

<sup>4</sup> Confr. Corte giust., sent. 23/3/1982, causa 53/81, *Levin* e sent. 3-6-1986, causa 139/85, *Kempf*. Le sentenze della Corte di giustizia sono reperibili nel relativo sito, all'indirizzo internet [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/it/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/it/).

<sup>5</sup> Confr. Corte giust., sent. 3/7/1986, causa 66/85, *Lawrie* e sent. 26-2-1992, causa C-3/90, *Bernini*.

<sup>6</sup> Confr. Cort.giust., sent. 12/12/1974, causa 36/74, *Walrave* e la nota decisione *Bosman* del 15/12/1995, causa C-415/93.

amministrazione stabilita dall'art. 48, par. 4 TCEE, ad esempio, è stata ricondotta ai soli impieghi "che implicano la partecipazione, diretta o indiretta, all'esercizio dei pubblici poteri ed alle mansioni che hanno ad oggetto la tutela degli interessi generali dello Stato o delle altre collettività pubbliche"<sup>7</sup>. In questo modo, si è assicurata la libertà di circolazione a infermieri<sup>8</sup>, insegnanti nelle scuole pubbliche<sup>9</sup>, lettori di lingua straniera nelle Università<sup>10</sup> e ricercatori presso il Consiglio Nazionale delle Ricerche<sup>11</sup>. Infine, va ricordato che, con alcuni interventi normativi del 1990, sono state prese in considerazione anche le persone economicamente non attive, cioè i titolari di "rendite", i pensionati e gli studenti<sup>12</sup>.

Anche sul piano dei contenuti, i diritti spettanti a coloro che esercitano la libertà di circolazione sono stati rafforzati grazie all'applicazione del principio di non discriminazione sulla base della nazionalità, che garantisce ai cittadini degli Stati membri che si sono spostati nel territorio comunitario i medesimi diritti riconosciuti ai nazionali<sup>13</sup>.

Si è ritenuto opportuno richiamare sinteticamente questa giurisprudenza al fine di mettere in luce il rilievo che la libertà di circolazione ha assunto nel contesto del processo di integrazione sovranazionale, con la conseguenza che ancor prima dell'introduzione della cittadinanza europea la stessa è stata estesa a numerose categorie di persone.

<sup>7</sup> Confr. Cort.giust., sent. 17/12/1980, causa 149/79, *Commissione c. Belgio*.

<sup>8</sup> Confr. Cort.giust., sent. 3/7/1986, causa 307/84, *Commissione c. Francia*.

<sup>9</sup> Confr. Cort.giust., sent. 3/7/1986, causa 66/85, *Latrie-Blum*.

<sup>10</sup> Confr. Cort.giust., sent. 30/5/1989, causa 33/88, *Allué*.

<sup>11</sup> Confr. Cort.giust., sent. 16/6/1987, causa 225/85, *Commissione c. Italia*.

<sup>12</sup> Il riferimento è in particolare alle seguenti direttive: 90/364/CEE del Consiglio, del 28 giugno 1990, relativa al diritto di soggiorno, *GUCE* L 180, 13 luglio 1990, p. 26 s.; 90/365/CEE del Consiglio, del 28 giugno 1990, relativa al diritto di soggiorno dei lavoratori salariati e non salariati che hanno cessato la propria attività professionale, *ibidem*, 28 s.; 90/366/CEE del Consiglio, del 28 giugno 1990, relativa al diritto di soggiorno degli studenti, *ibidem*, 30 s., sostituita dalla 93/96/CEE del Consiglio, del 29 ottobre 1993, relativa al diritto di soggiorno degli studenti, *GUCE* L 317, 18 dicembre 1993, 59 s.

<sup>13</sup> Su questi aspetti v., ad esempio, i diversi contributi pubblicati nel volume di E. Triggiani (cur.), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, Bari, Cacucci, 2011 e S. Spinaci, *Libertà di circolazione, cittadinanza europea, principio di eguaglianza*, Napoli, Jovene, 2011.

§ 2. **LA CITTADINANZA EUROPEA E IL RUOLO DELLA LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE.** – Il punto di passaggio fondamentale, tuttavia, si ha con il Trattato di Maastricht del 1992, che introduce la cittadinanza europea. Sono note le vicende che hanno condotto a questa fondamentale innovazione, anche se non si deve dimenticare che il tema era da tempo oggetto di riflessione da parte di politici e studiosi<sup>14</sup>.

In realtà, sul piano delle modalità di attribuzione e dei contenuti la nuova disciplina non si caratterizza per scelte coraggiose. Non vengono individuati criteri specifici per l'attribuzione della cittadinanza europea, che si connota come cittadinanza "duale", costruita sulla base di quella nazionale. L'art. 8.1 del TCE stabiliva che "È istituita una cittadinanza dell'Unione. È cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro". Il Trattato di Amsterdam precisava poi che "La cittadinanza dell'Unione costituisce un complemento della cittadinanza nazionale e non sostituisce quest'ultima" (art. 17.1). Tale impostazione non viene modificata nei successivi interventi di riforma, neppure con l'elaborazione del Trattato costituzionale, poi fallito in esito ai referendum francese ed olandese. Riprendendo il testo elaborato in tale sede, il Trattato di

<sup>14</sup> È stato messo in luce come, in realtà, l'introduzione della cittadinanza europea sia stata un tentativo di rispondere alle critiche sollevate rispetto ai contenuti delle riforme di Maastricht. Si è rilevato come l'aspetto di maggiore interesse fossero state le riforme sul piano della politica monetaria: "Si temeva che l'introduzione della moneta unica e di una banca centrale europea avrebbe accentuato la valenza tecnocratica dell'Unione; e si cercò una compensazione simbolica nell'introduzione del termine "cittadino europeo", che evocava la convivenza democratica": C. Pinelli, *Cittadinanza europea*, in *Enc. dir.*, Annali, Milano, Giuffrè, 2007, 181 ss., spec. 184. Non si deve dimenticare, però, che sul punto era in atto da tempo un percorso di riflessione. Merita di essere citato il Vertice dei Capi di Stato e di governo di Parigi del 1974, che attribuisce ad un gruppo di lavoro il compito di riflettere sulla possibilità che gli Stati membri riconoscessero reciprocamente ai cittadini alcuni "diritti speciali", come ad esempio il diritto di voto a livello locale e i diritti di partecipazione politica e sindacale.

In generale, v. anche M. Cartabia, *Cittadinanza europea*, in *Eng. giur.*, IV, Treccani, Roma, 1995; V. Lippolis, *La cittadinanza europea*, Bologna, 1994; Id., *Cittadinanza dell'Unione europea*, in S. Cassese (cur.), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006, II, 925 ss.; E. Grosso, *La cittadinanza europea*, in *Grande dizionario enciclopedico Utet*, appendice *La nuova Europa*, Torino, 2000 e C. Pinelli, *Cittadinanza europea*, cit.

Lisbona si limita ad affermare che “La cittadinanza dell’Unione si aggiunge alla cittadinanza nazionale e non si sostituisce a quest’ultima” (art. I-20 Trattato costituzionale, ora art. 9 TUE e art. 20 TFUE). Non sono mancati dibattiti sulla portata delle modifiche terminologiche richiamate, che tuttavia non hanno avuto conseguenze sul piano pratico<sup>15</sup>. Quanto ai contenuti, poi, le nuove disposizioni formalizzano i risultati già raggiunti, in particolare con riferimento alla libertà di circolazione, anche se non si deve dimenticare l’ampiamiento dei diritti politici<sup>16</sup>.

Se dunque il Trattato di Maastricht attribuisce ai cittadini europei un fascio limitato di diritti, soprattutto se comparati a quelli espressi dalla cittadinanza nazionale, nondimeno si tratta di un passaggio fondamentale del processo di integrazione europea, suscettibile di significativi sviluppi futuri<sup>17</sup>. L’art. 8E, del resto, prevedeva una clausola di apertura nel senso che attribuiva al Consiglio la competenza ad adottare, in conformità alla procedura di consultazione e votando all’unanimità, norme dirette a completare i diritti connessi alla cittadinanza<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> Va ricordato che vi è chi ha cercato di valorizzare l’uso della formula “si aggiunge” per ipotizzare una cittadinanza europea slegata da quella nazionale, ma nessuna riforma è stata fatta in tal senso: v. A. Schrauwen, *European Union Citizenship in the Treaty of Lisbon: Any Change at all?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2008, 55 ss., spec. 60, in senso contrario J. Shaw, *Citizenship: Contrasting Dynamics at the Interface of Integration and Constitutionalism*, EUI Working Paper RSCAS 2010/60, spec. 21.

<sup>16</sup> Confr. sui contenuti della cittadinanza europea P. Gargiulo (con la collaborazione di L. Montanari), *Le forme della cittadinanza. Tra cittadinanza europea e cittadinanza nazionale*, cit., 109 ss.

<sup>17</sup> Su questi profili interessanti approfondimenti si possono trovare nei *papers* pubblicati nel sito dell’European Union Democracy Observatory on Citizenship (EUDO), sostituito nel 2017 dal Global Citizenship Observatory (GLOBALCIT), all’indirizzo internet <https://globalcit.eu/>.

<sup>18</sup> Il secondo paragrafo dell’art. 8E prevedeva che “il Consiglio, deliberando all’unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, può adottare disposizioni intese a completare i diritti previsti nella presente Parte, di cui raccomanderà l’adozione da parte degli Stati membri, conformemente alle loro rispettive norme costituzionali”. L’attuale art. 25 del TFUE (ex art. 22 del TCE) stabilisce che “La Commissione presenta una relazione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale, ogni tre anni, in merito all’applicazione delle

Tuttavia, più che attraverso interventi normativi, l'estensione dei diritti si è avuta ancora una volta attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia, che non ha esitato a definire –nella decisione *Grzelczyk* del 2001– lo *status* di cittadino europeo come “lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri”<sup>19</sup>.

Nel 2000 viene approvata, com'è noto, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che dedica alla cittadinanza uno specifico Titolo, in cui vengono raccolti i diritti riconosciuti sin dal Trattato di Maastricht integrati dal diritto ad una buona amministrazione e dal diritto d'accesso ai documenti, nonché dal diritto di rivolgersi al Mediatore europeo<sup>20</sup>. Non è questa la sede per approfondire l'analisi del contenuto della Carta, ma va segnalato che l'attribuzione di uno specifico rilievo ai rapporti con le Istituzioni europee, viste sotto il profilo della loro attività amministrativa, al di là del fatto che anche in questo caso vengano riprese soluzioni già emerse in via giurisprudenziale, costituisce un ulteriore indice dell'evoluzione del processo di integrazione, in cui la cittadinanza esprime l'appartenenza ad una comunità di diritto<sup>21</sup>.

---

disposizioni della presente parte. Tale relazione tiene conto dello sviluppo dell'Unione. Su questa base, lasciando impregiudicate le altre disposizioni dei trattati, il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa approvazione del Parlamento europeo, può adottare disposizioni intese a completare i diritti elencati all'articolo 20, paragrafo 2. Tali disposizioni entrano in vigore previa approvazione degli Stati membri, conformemente alle rispettive norme costituzionali”.

<sup>19</sup> Corte giust., sent. 20/9/001, causa C-184/99, pto. 31. Tale formula è stata ripresa in pressoché tutte le decisioni successive in materia di cittadinanza.

<sup>20</sup> Com'è noto, la Carta dei diritti fondamentali è strutturata sulla base di sei valori, che esprimono l'indivisibilità e la pariordinazione dei diritti: v. per tutti R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto (cur.), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, il Mulino, 2001 e R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini (cur.), *Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2017.

<sup>21</sup> In realtà, alcuni dei diritti previsti nel titolo dedicato alla cittadinanza sono attribuiti in generale a tutte le persone fisiche e giuridiche che hanno la sede o risiedono nel territorio dell'Unione europea. In questo contributo, tuttavia, l'attenzione si concentra sullo *status* del cittadino europeo e sui diritti allo stesso riconducibili.

La cornice normativa dei diritti spettanti ai cittadini europei, dunque, è oggi composta dall'art. 9 del TUE, dove –oltre a ribadire il collegamento della cittadinanza europea con quella nazionale– si afferma il “principio dell’uguaglianza dei cittadini, che beneficiano di uguale attenzione da parte delle sue istituzioni, organi e organismi” e dal Titolo secondo TFUE dedicato a “non discriminazione e cittadinanza dell’Unione”, che all’art. 20 TFUE conferma le modalità di attribuzione della cittadinanza europea ed elenca i diritti connessi, cui si aggiunge la Carta che ribadisce e riconduce a sistema tali diritti, arricchendoli con le garanzie relative ai rapporti con le Istituzioni europee.

Tornando al tema principale di queste riflessioni, a partire dal Trattato di Maastricht la libertà di circolazione e soggiorno –ora disciplinata dall’art. 21 TFUE e dall’45 della Carta– è formalmente attribuita ai cittadini europei, non più solo a coloro che esercitano un’attività economica. E’ vero che, come già ricordato, la giurisprudenza aveva interpretato in senso molto ampio questa categoria, ma il collegamento con la cittadinanza europea cambia il paradigma. Se prima la libertà di circolazione era il diritto fondamentale dei cittadini degli Stati membri e al suo esercizio si collegava, in forza del principio di non discriminazione, il godimento di ulteriori diritti negli Stati in cui si erano trasferiti, ora il punto di riferimento diventa la cittadinanza europea, su cui si fondano la libertà di circolazione e gli altri diritti. Si può citare a questo riguardo la decisione *Baumbast* del 2002 dove la Corte di giustizia mette in luce il superamento del collegamento tra la libertà di circolazione e stabilimento e lo svolgimento di un’attività economica. Ora tale diritto viene “riconosciuto direttamente ad ogni cittadino dell’Unione da una disposizione chiara e precisa del Trattato”<sup>22</sup>.

Questa nuova impostazione incide anche sui poteri degli Stati di intervenire sulle discipline collegate alla cittadinanza, per le ricadute che le scelte nazionali possono avere sul godimento dei diritti nascenti dalla cittadinanza europea. Gli in-

---

Con riferimento ai rapporti con le istituzioni europee, v. i commenti di Raffaele Bifulco agli artt. 41 e 42 della Carta dei diritti fondamentali sul diritto ad una buona amministrazione, in R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto (cur.), *L'Europa dei diritti*, cit., 284 ss.

<sup>22</sup> Corte giust., sent. 17/9/2002, C-413/99, p.to 84.

terventi della Corte di giustizia a questo riguardo sono ancora una volta significativi. Tra i primi va richiamata decisione *Micheletti* del 1992 dove si legge che “non spetta [, invece,] alla legislazione di uno Stato membro limitare gli effetti dell’attribuzione della cittadinanza di un altro Stato membro, pretendendo un requisito ulteriore per il riconoscimento di tale cittadinanza al fine dell’esercizio delle libertà fondamentali previste dal Trattato” (p.to 10)<sup>23</sup>. Nella giurisprudenza più recente si può citare il caso *Rottmann* sui limiti alla libertà dello Stato di revocare la cittadinanza nazionale, nel momento in cui ciò porti alla perdita anche di quella europea<sup>24</sup>. Nella sua moti-

<sup>23</sup> Corte giust., sent. 7/7/1992, causa C-369/90. Il caso non riguardava direttamente la disciplina sull’attribuzione della cittadinanza, quanto una normativa connessa alla doppia cittadinanza. La legislazione spagnola prevedeva, infatti, che nei casi di doppia cittadinanza (diversa da quella spagnola) si dovesse prendere in considerazione quella corrispondente al luogo di residenza dell’interessato prima dell’arrivo in Spagna. Il sig. Micheletti era titolare sia della cittadinanza italiana che di quella argentina e proprio quest’ultima era stata presa in considerazione dalle autorità spagnole per respingere la richiesta di assegnazione della tessera definitiva di residente comunitario. La scelta del legislatore sembrava richiamare il criterio del legame effettivo, generalmente accolto in ambito internazionale, ma aveva la conseguenza di limitare i diritti derivanti dalla cittadinanza europea. Da qui l’intervento della Corte di giustizia riportato nel testo.

<sup>24</sup> Sent. Corte giust., 2/3/2010, causa C-135/09. La sentenza riguarda una vicenda molto particolare, in quanto il sig. Rottmann, cittadino austriaco, si era trasferito in Germania e qui aveva richiesto ed ottenuto la cittadinanza tedesca, tacendo però che in Austria erano pendenti nei suoi confronti dei procedimenti penali. La legislazione austriaca esclude la doppia cittadinanza, di modo che il sig. Rottmann aveva perso la sua originaria cittadinanza. Successivamente le autorità tedesche, venute a conoscenza delle procedure in corso in Austria, avevano deciso di revocare la concessione della cittadinanza in quanto la stessa era stata ottenuta fraudolentemente, con la conseguenza che il sig. Rottmann sarebbe diventato apolide e, contemporaneamente, avrebbe perso anche la cittadinanza europea. Per questa ragione la questione è arrivata innanzi alla Corte di giustizia, che ha deciso di pronunciarsi anche prescindendo dal presupposto dell’esercizio della libertà di circolazione (che per vero poteva essere riconosciuto alla luce delle vicende appena accennate) vista la gravità degli effetti dei provvedimenti nazionali sul piano europeo.

Sempre sul tema della revoca della cittadinanza è intervenuta di recente, confermando tale linea interpretativa, la decisione *Tjebbes* del marzo 2019: sent. Corte giust., 12-3-2019, C-221/17, v. il commento di C. Vlieks, *Tjebbes and Others v Minister van Buitenlandse Zaken: A Next Step in European Union*

vazione la Corte richiede al giudice nazionale di verificare “se la decisione di revoca in questione nella causa principale rispetti il principio di proporzionalità per quanto riguarda le conseguenze che essa determina sulla situazione dell’interessato in rapporto al diritto dell’Unione, in aggiunta, se del caso, all’esame della proporzionalità di tale decisione sotto il profilo del diritto nazionale” (p.to 55).

§ 3. **IL TERRITORIO EUROPEO COME DIMENSIONE DELLA CITTADINANZA.** – L’enfasi che viene posta dalla Corte di giustizia sulla centralità dello *status* di cittadino europeo<sup>25</sup>, cui si connettono gli altri diritti, impone per così dire un ridimensionamento della libertà di circolazione o, meglio, un suo ripensamento. Può essere utile, a questo fine, prendere in considerazione – per una comparazione – la cittadinanza nazionale. L’elemento fondamentale che, a mio parere, connota lo *status* di cittadino a livello statale rispetto alla posizione dello straniero è il diritto di entrare ed uscire liberamente dal territorio dello Stato e di non essere espulso, a differenza dello straniero per il quale lo Stato ha il diritto di fissare le condizioni per l’ingresso e la permanenza<sup>26</sup>.

Con l’introduzione della cittadinanza europea, il territorio di riferimento diventa quello dell’Unione, dove i cittadini europei possono muoversi liberamente. Il confine diventa quello

---

*Case Law on Nationality Matters?*, in *Tilburg Law Review*, 2019, 24, vol. 2, p. 142-146.

<sup>25</sup> In un recente scritto Jo Shaw, che da anni segue il tema della cittadinanza europea, pone la domanda “*EU Citizenship: Still a Fundamental Status?*”: EUI, Working papers, RSCAS 2018/14; v. anche i contributi raccolti in M. Ferrera, R. Bauböck, *Should EU citizenship be duty-free?*, EUI, Working papers, RSCAS 2017/60.

In effetti, le vicende più recenti del processo di integrazione europea si caratterizzano per una sempre più significativa resistenza da parte degli Stati membri, che nella sostanza mette in discussione anche il ruolo della cittadinanza europea: per alcune ulteriori riflessioni si rinvia a L. Montanari, *La cittadinanza (europea ma non solo) nel processo di integrazione dell’UE: alcune riflessioni sull’evoluzione più recente*, in *Revista Electrónica Cátedra Jean Monnet*, Año VI, 2/2018, p. 52 ss.

<sup>26</sup> Confr. le considerazioni svolte in L. Montanari, *La giurisprudenza costituzionale in materia di diritti degli stranieri*, in *federalismi.it*, numero speciale 2, 2019, p. 63-80.

esterno, rispetto ai Paesi terzi<sup>27</sup>. A ciò si collega, come vedremo nel prossimo paragrafo, la costruzione di uno Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, che amplia la libertà di circolazione anche a favore degli immigrati. In realtà, la libertà di circolazione e soprattutto di soggiorno per gli stessi cittadini europei non è assoluta, ma è soggetta a limiti non solo per ragioni di ordine pubblico, ma anche in relazione al funzionamento dei sistemi sociali nazionali, come risulta dalla direttiva 2004/38/CE<sup>28</sup>.

Nello stesso tempo, l'esercizio della libertà di circolazione sembra perdere progressivamente il suo rilievo al fine del godimento dei diritti, che appaiono collegati alla residenza nel territorio dell'Unione a prescindere dal movimento da uno Stato all'altro. Sotto questo profilo, la sollecitazione più importante è giunta dalla nota sentenza *Zambrano* del 2011, laddove si afferma che cittadinanza europea garantisce al minore cittadino, e conseguentemente ai genitori cittadini di Paesi terzi, il diritto di rimanere nel "territorio dell'Unione" (a non essere costretto a lasciare il)<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> Un'interessante riflessione sul "ruolo" del confine, non solo territoriale, nella costruzione della cittadinanza è sviluppata da E. Grosso, *Il ruolo del confine nelle trasformazioni della nozione giuridica di cittadinanza*, in *Teoria politica*, 10/2020, Annali, 207 ss.; v. anche, alla luce delle recenti vicende della pandemia, D.E. Tosi, *Emergenza Covid e processo di integrazione europea: alcune riflessioni in ordine alla 'questione' del territorio dell'Unione*, in *DPCE online*, 2/2020, 2347 ss.

<sup>28</sup> La direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE, riprende la normativa precedente, tenendo conto anche delle indicazioni della giurisprudenza; v. per una ricostruzione dei contenuti di tale disciplina P. Gargiulo (con la collaborazione di L. Montanari), *Le forme della cittadinanza. Tra cittadinanza europea e cittadinanza nazionale*, cit., 227 ss.

Sono proprio le ricadute sul piano sociale della libertà di circolazione che contribuiscono alle resistenze nazionali in questa fase del processo di integrazione, come ha dimostrato anche la recente vicenda della Brexit. V. le riflessioni negli scritti raccolti in M. Ferrera, R. Bauböck, *Should EU citizenship be duty-free?*, cit. e in F. de Witte, R. Bauböck, J. Shaw, *Freedom of movement under attack: Is it worth defending as the core of EU citizenship?*, EUI Working Paper, RSCAS 2016/69.

<sup>29</sup> Sent. Corte giust., 8/3/2011, causa C-34/09, sulla stessa sia consentito rinviare a L. Montanari, *Una nuova tappa nella definizione della portata della*

Si tratta dell'esito di un ragionamento molto articolato della Corte di giustizia, che parte dal riconoscimento che la cittadinanza europea attribuisce una serie di diritti propri del cittadino di cui lo stesso non può essere privato, a prescindere del fatto che eserciti o meno la libertà di circolazione all'interno del territorio dell'Unione. All'origine del caso vi è l'acquisto della cittadinanza belga da parte di due bambini figli di cittadini di un Paese terzo, nella specie colombiani. La legislazione della Colombia, infatti, prevede che i genitori debbano chiedere la registrazione dei figli nati all'estero affinché questi ottengano la cittadinanza nazionale; dal momento che i sig. Zambrano non avevano provveduto in tale senso, si è applicata la legislazione in vigore in Belgio all'epoca, che in questa situazione dava rilievo al criterio dello *ius soli*. La peculiarità della vicenda è costituita dal fatto che il riconoscimento dei diritti connessi alla cittadinanza europea –acquisita dai figli dei sig. Zambrano in forza della cittadinanza belga– viene fondato dalla Corte di giustizia esclusivamente sull'art. 20 TFUE, che definisce la cittadinanza europea, e prescinde da qualsiasi elemento di transnazionalità, posto che i bambini erano sempre rimasti in Belgio. Si tratta di un caso particolare, in quanto coinvolge minori in tenera età, che però conduce la Corte ad un'affermazione importante e cioè che la cittadinanza europea implica il diritto a non essere allontanati dal territorio dell'Unione. Nel caso di minori ciò significa garantire il diritto di soggiorno anche ai genitori che ne hanno effettivamente la cura, in difetto, infatti, il trasferimento dei genitori costringerebbe i bambini a seguirli. La sentenza, quindi, individua uno dei contenuti dello *status* di cittadino europeo, cioè il diritto a non essere allontanato dal territorio dell'Unione, che può essere fatto valere anche nei confronti del Paese membro di cui si ha cittadinanza e da cui non ci si è mai mossi.

La dottrina non ha mancato di evidenziare la forza innovativa di tal affermazione, rilevando come nella motivazione della Corte la formula “territorio dell'Unione” “is not only the metaphor which designates the sum of the physical territories of the mem-

---

*cittadinanza europea: alcune riflessioni sulle sentenze Ruiz Zambrano e McCarthy*, in *La Comunità internazionale*, 2011, 433 ss.; v. anche P. Mengozzi, *La sentenza Zambrano: prodromi e conseguenze di una sentenza inattesa*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, 417 ss.

ber states. It is a normative reference which refers to a new common space, a space of distribution of rights and common values”<sup>30</sup>. Del resto, lo stesso presidente della Corte di giustizia, Koen Lenaerts, in un articolo del 2015 ha definito la decisione *Zambrano* “a landmark case in the law on EU citizenship”<sup>31</sup>.

In realtà la giurisprudenza successiva, pur ribadendo le affermazioni di fondo, ha cercato di circoscriverne la portata. Si possono ricordare, nell'immediatezza, i casi *Dereci* e *Mac Charty*<sup>32</sup>; più di recente *Secretary of State for the Home Department c. CS*, che individua le possibili eccezioni, pur limitate, al divieto di allontanamento dal territorio dell'Unione, rinviando al giudice nazionale la valutazione della singola vicenda<sup>33</sup>. Infine, la decisione *Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real* del

<sup>30</sup> Così L. Azoulai, *A comment on the Ruiz Zambrano judgment: a genuine European integration*, reperibile all'indirizzo internet <http://globalcit.eu/a-comment-on-the-ruiz-zambrano-judgment-a-genuine-european-integration/>.

<sup>31</sup> K. Lenaerts, *EU citizenship and the European Court of Justice's 'stone-by-stone' approach*, in *International Comparative Jurisprudence*, n. 1 del 2015.

<sup>32</sup> Sent. Corte giust., *McCarthy*, 5/5/2011, C-434/09 e *Dereci et al.*, 15/11/2011, causa C-256/11.

<sup>33</sup> Sent. Corte giust., 16/9/2016, C-304/14. Il caso riguardava l'espulsione dal Regno Unito di una donna, cittadina di Paese terzo e madre di un bimbo con la cittadinanza britannica, in seguito alla condanna ad una pena superiore a dodici mesi. L'*UK Borders Act 2007* prevede infatti che una persona, non cittadino britannico, condannata ad una pena detentiva di almeno dodici mesi deve essere espulsa dal Paese. La Corte riprende le conclusioni del caso *Zambrano* ritenendo che l'art. 20 del TUE osti alla legislazione di uno Stato membro che preveda “l'espulsione dal territorio di tale Stato membro, verso uno Stato terzo, di un cittadino di quest'ultimo che abbia subito una condanna penale, anche quando tale soggetto garantisca la custodia effettiva del figlio minorenne in tenera età, cittadino di detto Stato membro e ivi soggiornante dalla nascita senza aver mai esercitato il suo diritto alla libera circolazione, allorché l'espulsione dell'interessato obbligherebbe il minore ad abbandonare il territorio dell'Unione europea, così privandolo del godimento effettivo del nucleo essenziale dei suoi diritti in quanto cittadino dell'Unione”. A questa affermazione, però, viene aggiunto che vi possono essere delle “circostanze eccezionali” che giustificano comunque l'espulsione, purché quest'ultima si fondi “sulla condotta personale di detto cittadino di uno Stato terzo, la quale deve costituire una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave che pregiudichi un interesse fondamentale della società di detto Stato membro, e che si basi su una presa in considerazione dei diversi interessi esistenti”, valutazione che compete al giudice nazionale (p.to 50).

2020, in cui la Corte ripropone con forza il collegamento tra l'art. 20 TFUE e il diritto a rimanere nel territorio dell'UE, anche derogando ai limiti relativi alla sussistenza di risorse economiche sufficienti. Nel valutare una richiesta di ricongiungimento familiare con un cittadino europeo che non si è mai mosso dallo Stato membro di appartenenza ("non ha mai esercitato la sua libertà di circolazione"), secondo la Corte non può essere dato esclusivo rilievo al fatto che "il cittadino dell'Unione non dispone, per se stesso e per il coniuge, di risorse sufficienti per non divenire un onere per il sistema nazionale di previdenza sociale, senza che si sia esaminato se sussiste, tra detto cittadino dell'Unione e il coniuge, un rapporto di dipendenza di natura tale che, in caso di diniego della concessione di un diritto di soggiorno derivato a quest'ultimo, *lo stesso cittadino dell'Unione sarebbe costretto a lasciare il territorio dell'Unione europea complessivamente considerato e sarebbe in tal modo privato del godimento effettivo del contenuto essenziale dei diritti conferiti dal suo status*" (p.to 1 del dispositivo; corsivo aggiunto). Nello stesso tempo però, con riferimento al caso oggetto d'esame, i giudici non ritengono che l'obbligo di convivenza cui sono tenuti i coniugi sulla base del diritto matrimoniale dello Stato membro di appartenenza del cittadino dell'Unione europea determini un rapporto di dipendenza tale da giustificare la concessione di un diritto di soggiorno al coniuge cittadino di Paese terzo al fine di evitare che il cittadino europeo sia costretto a lasciare il territorio dell'Unione<sup>34</sup>.

**§ 4. L'UNIONE EUROPEA COME SPAZIO DI LIBERTÀ, SICUREZZA E GIUSTIZIA.** – Cittadinanza, territorio, confine potrebbero essere

<sup>34</sup> Confr. Corte giust., sent. 27/2/2020, causa C-836/18. Torna l'approccio già presente nelle decisioni *MacCarthy* e *Dereci* per le quali i rapporti familiari, tra adulti, difficilmente possono costituire la condizione giustificatrice il soggiorno del cittadino di Paese terzo nel territorio dell'Unione al fine di evitare che il cittadino europeo sia costretto a lasciare tale territorio per seguirlo. Anzi in questi due casi, elemento che non si ritrova in *Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real*, la Corte invita a fare riferimento all'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali e all'art. 8 della Cedu: v. L. Montanari, *Quali diritti per i cittadini europei: la complessa definizione dei contenuti della cittadinanza europea tra interventi della Corte di giustizia e ruolo dei giudici nazionali*, in *Diritti comparati*, 7 giugno 2012, <https://www.diritticomparati.it/my-entry-4/?print-posts=pdf>.

le parole chiavi per la riflessione su una nuova dimensione della cittadinanza europea e quindi per un nuovo passo nel processo di integrazione europea. Le sollecitazioni richiamate, tuttavia, per quanto immaginifiche, sono al momento incapaci di trovare piena realizzazione.

Il territorio europeo, delimitato dai confini esterni, continua per molti aspetti ad essere la somma dei territori nazionali, lasciati nella responsabilità degli Stati membri. L'incapacità dell'Unione europea di affrontare in modo unitario il fenomeno migratorio costituisce la cartina tornasole di questa situazione. Il regolamento Dublino III assegna ai Paesi di primo ingresso la responsabilità della valutazione delle domande di protezione internazionale, mentre la ricollocazione dei rifugiati tra i Paesi membri non solo non ha prodotto risultati significativi, ma ha messo in discussione lo stesso principio di solidarietà, che fa parte dei valori fondanti dell'UE<sup>35</sup>. Per altro aspetto anche sul piano dei criteri di attribuzione della cittadinanza non ci sono state modifiche all'impianto di Maastricht. Il tentativo avviato agli inizi del nuovo secolo di introdurre una "cittadina civile" (europea), legata al criterio di residenza sul territorio dell'Unione, non ha sortito alcun risultato, ed anzi questa figura sembra scomparsa dal dibattito pubblico<sup>36</sup>.

Le sentenze richiamate nei precedenti paragrafi testimoniano ancora una volta il ruolo della Corte di giustizia nella prospettiva di aprire nuovi spazi al processo di integrazione europea, anche se –come si è visto– con qualche incertezza, ma le stesse si scontrano con una situazione generale di resistenza nazionale, che la crisi economica degli anni più recenti ha accentuato.

La creazione dell'UE come "Spazio di libertà, sicurezza e giustizia", secondo quanto stabilito con il Trattato di Amsterdam (v. artt. 2 e 29 TUE e 61 TCE), ha confermato la centralità della

<sup>35</sup> Si rinvia, per una puntuale ricostruzione di questa situazione, alla Relazione sull'attuazione di Dublino III al Parlamento europeo di Fabienne Keller, per la Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni, 2/12/2020, A9-0245/2020.

<sup>36</sup> Confr. la comunicazione su *Immigrazione, integrazione e occupazione*, del giugno 2003, COM(2003) 336 def. Un'analisi dei principali aspetti si può vedere in P. Gargiulo, L. Montanari, *Immigrazione e cittadinanza: forme inedite dell'appartenenza*, in *Quaderni di Rassegna sindacale*, 2007, 105 ss. e P. Gargiulo, *L'idea della cittadinanza civile*, in G. Caggiano (cur.), *I percorsi giuridici dell'integrazione*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 103 ss.

libertà di circolazione, anche con riferimento ai cittadini dei Paesi terzi entrati regolarmente nel territorio dell'Unione. Del resto, in quell'occasione venivano scorporate dal Terzo pilastro le materie dell'immigrazione e dell'asilo, al fine di inserirle tra le competenze della Comunità, segno che la garanzia della libera circolazione nel territorio dell'UE impone necessariamente la regolamentazione del fenomeno migratorio<sup>37</sup>. Per altro aspetto, il Protocollo n. 2 allegato al Trattato prevedeva l'incorporazione dell'*acquis* di Schengen, attraverso una forma di cooperazione rafforzata tra i Paesi membri dell'Unione, che ha condotto superare i controlli alle frontiere.

Il Trattato di Lisbona, com'è noto, ha eliminato la struttura a pilastri dell'Unione e ha portato la materia dell'immigrazione all'interno del Titolo V del TFUE dedicato proprio allo "Spazio di libertà, sicurezza e giustizia"<sup>38</sup>.

La Carta dei diritti fondamentali ribadisce, all'art. 45, primo comma, che "Ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri" e, al secondo comma, aggiunge che "La libertà di circolazione e di soggiorno può essere accordata, conformemente ai trattati, ai cittadini dei paesi terzi che risiedono legalmente nel territorio di uno Stato membro".

Tuttavia, è il diritto derivato a definire la reale portata della libertà di circolazione e soggiorno a livello europeo. L'art. 3,

<sup>37</sup> In realtà, si deve segnalare che la soluzione adottata presentava ancora una serie di limiti dovuti alle resistenze degli Stati, in particolare con riferimento alla previsione di un periodo di cinque anni per gli interventi normativi, alla procedura prevista, al ruolo attribuito alla Corte di giustizia, nonché alla possibilità lasciata agli Stati di mantenere spazi di differenziazione nella disciplina. V. su questi aspetti B. Nascimbene, *Unione europea e i diritti dei cittadini dei Paesi terzi*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 1998, 511 ss. e S. Quadri, *Le migrazioni internazionali*, ES, Napoli, 169 ss.

<sup>38</sup> L'art. 3, par. 2 del TUE qualifica la creazione di tale spazio come uno degli obiettivi dell'Unione: "L'Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima", poi ripreso nell'art. 4, TFUE, par. 2 lett. j che contiene l'elenco delle competenze concorrenti tra UE e Stati membri. Sulla tale disciplina v. per una prima ricostruzione C. Favilli, *La competenza dell'Unione europea in materia di visti, asilo e immigrazione alla luce del Trattato di Lisbona*, reperibile nel sito dell'ASGI.

par. 1 della direttiva 2004/38/CE riconosce il diritto di circolare e soggiornare a qualsiasi cittadino dell'Unione che si rechi in uno Stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza, così come ai suoi familiari, anche se cittadini di un Paese terzo. A questo si collega sia il diritto di entrare in uno Stato membro diverso da quello di cui si è cittadini sia quello di uscire dal proprio (e di rientrarvi), ovviamente muniti dei documenti richiesti<sup>39</sup>. La direttiva, tuttavia, disciplina in modo diverso le situazioni sulla base della durata della permanenza: se sino a tre mesi la libertà di circolazione non incontra limiti particolari, salvo il possesso di un documento d'identità o di un passaporto validi, per i periodi superiori sono poste diverse condizioni. O meglio, vengono identificate le categorie di soggetti che possono goderne: i lavoratori subordinati e autonomi; coloro che dispongono, per se stessi e i propri familiari, di risorse economiche sufficienti al fine di non divenire un onere a carico dell'assistenza sociale dello Stato ospitante e di un'assicurazione malattia che copra tutti i rischi; coloro che sono iscritti a un corso di studio presso un istituto pubblico o privato riconosciuto o finanziato dallo Stato membro ospitante, e fermo restando le condizioni delle risorse economiche sufficienti, anche per i loro familiari, e dell'assicurazione malattia contro tutti i rischi; i familiari del cittadino dell'Unione appartenente a una delle indicate categorie.

L'obiettivo è, dunque, quello di evitare che la persona che esercita la libertà di circolazione diventi un peso per il sistema sociale del Paese di accoglienza<sup>40</sup>. Del resto, con riferimento al soggiorno più breve di tre mesi l'art. 24 della direttiva pre-

<sup>39</sup> Così la Corte di giustizia interpretando l'art. 4 della direttiva alla luce dell'art. 18 TCE (art. 21 TFUE): v. la sentenza del 10 luglio 2008, causa C-37/07, *Jipa*. Nella recente sentenza del 2020 *Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real*, cit., la Corte ha affermato che “[...] un principio di diritto internazionale, ribadito all'articolo 3 del protocollo n. 4 alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, che il diritto dell'Unione non può violare nei rapporti tra gli Stati membri, osta a che uno Stato membro neghi ai propri cittadini il diritto di accedere al suo territorio e di soggiornarvi a qualsivoglia titolo” (p.to 59).

<sup>40</sup> In questo senso il considerando n. 10 della direttiva richiama l'obiettivo “evitare che coloro che esercitano il loro diritto di soggiorno diventino

vede che lo “Stato membro ospitante non è tenuto ad attribuire il diritto a prestazioni d’assistenza sociale durante i primi tre mesi di soggiorno”.

La situazione cambia, ed è questa la novità più rilevante della direttiva, quando la persona acquista, dopo aver soggiornato legalmente nello Stato membro ospitante per un periodo ininterrotto di cinque anni, il “diritto di soggiorno permanente”, per il quale non è previsto il possesso di specifiche risorse economiche (art. 16). Si tratta della figura che maggiormente contribuisce a rafforzare il ruolo della cittadinanza europea e la coesione sociale all’interno dell’Unione<sup>41</sup>, anche se passando ancora una volta attraverso la relazione con uno specifico Stato membro, seppur diverso da quello di appartenenza.

Quanto ai cittadini dei Paesi terzi, non è possibile prendere in esame le diverse discipline che li riguardano, ma si può fare un cenno alla direttiva 2003/109/CE relativa allo *status* dei cittadini di Paesi terzi soggiornanti di lungo periodo, finalizzata –secondo le indicazioni del Consiglio europeo di Tampere– a ravvicinare la loro posizione a quella dei cittadini europei, anche sotto il profilo del godimento dei diritti<sup>42</sup>. A tal fine, la direttiva stabilisce norme, da un lato, sul conferimento e la revoca –da parte degli Stati membri– dello *status* di soggiornante

---

un onere eccessivo per il sistema di assistenza sociale dello Stato membro ospitante durante il periodo iniziale di soggiorno”.

<sup>41</sup> In tal senso v. il considerando n. 17 della direttiva.

<sup>42</sup> Direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, *relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo*. Si possono citare inoltre: la direttiva 2003/86/CE del Consiglio, del 22 settembre 2003, *sul diritto al ricongiungimento familiare*; la direttiva 2004/114/CE del Consiglio, del 13 dicembre 2004, *sulle condizioni di ammissione di cittadini di paesi terzi per motivi di studio, scambio di alunni, tirocinio non retribuito o volontariato*; la direttiva 2005/71/CE del Consiglio, del 12 ottobre 2005, *su una procedura specifica per l'ammissione di cittadini di paesi terzi a fini di ricerca scientifica*; la direttiva 2009/50/CE del Consiglio, del 25 maggio 2009, *sulle condizioni di ingresso e soggiorno di cittadini di paesi terzi per lavori altamente qualificati*; e, infine, la direttiva 2011/98/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, *relativa a una procedura unica di domanda per il rilascio di un permesso unico che consente ai cittadini di paesi terzi di soggiornare e lavorare nel territorio di uno Stato membro e a un insieme comune di diritti per lavoratori di paesi terzi che soggiornano regolarmente in uno Stato membro*.

di lungo período ai cittadini di Paesi terzi e sui diritti connessi e, dall'altro, sul loro soggiorno in uno Stato membro diverso da quello nel quale hanno ottenuto detto *status* (art. 1).

Per l'acquisizione dello *status* di soggiornante di lungo período, oltre alla permanenza almeno quinquennale nel territorio di uno Stato membro, la direttiva pone altre due condizioni: la disponibilità di "risorse stabili e regolari" sufficienti, tenuto conto, se necessario, del livello minimo di retribuzione e di pensione nazionali; un'assicurazione per malattia completa, cioè che copra tutti i rischi (art. 5, par. 1). Inoltre, se previste dalla legislazione nazionale, gli Stati membri possono esigere il soddisfacimento delle condizioni di integrazione (art. 5, par. 2). Anche in questo caso si conferma, da un lato, il rilievo dei criteri economici e, dall'altro, il ruolo degli Stati nella gestione del fenomeno migratorio. La permanenza quinquennale richiesta per l'attribuzione dello *status* infatti non riguarda, in generale, il territorio dell'Unione, bensì quello del singolo Stato membro.

Si sono fatti questi sintetici richiami solo per mettere in evidenza i limiti che ancora caratterizzano il significato del "territorio dell'Unione europea", come spazio per il godimento dei diritti da parte del cittadino europeo (e del cittadino di Paesi terzi regolarmente residente).

§ 5. **LA PANDEMIA E LE NUOVE SFIDE DELLA LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE NEL TERRITORIO DELL'UNIONE.** – La direttiva 2004/38/CE contiene, inoltre, alcune specifiche previsioni in relazione alle limitazioni del diritto d'ingresso e di soggiorno per motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica (capo VI), con alcune importanti precisazioni. Innanzitutto, i richiamati motivi non possono essere fatti valere per fini economici. Inoltre, i provvedimenti limitativi devono essere adottati in relazione ad un comportamento personale dell'individuo nei confronti del quale sono applicati e rispettare, in ogni caso, il principio di proporzionalità<sup>43</sup>.

<sup>43</sup> In ogni caso, prima di adottare un provvedimento di allontanamento dal territorio di un cittadino dell'Unione, lo Stato membro deve tener conto di alcuni elementi quali la durata del soggiorno dell'interessato, la sua età, il suo stato di salute, la sua situazione familiare, il grado di integrazione nel paese e i suoi legami con lo Stato di origine. Solo in casi eccezionali e per imperativi motivi di pubblica sicurezza, il cittadino dell'Unione che abbia

La direttiva specifica, altresì, che a giustificare le misure restrittive della libertà di circolazione per motivi di sanità pubblica sono le malattie con potenziale endemico definite dagli strumenti pertinenti dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, nonché altre malattie infettive o parassitarie contagiose, purché esse siano oggetto di disposizioni di protezione che si applicano anche ai cittadini dello Stato membro ospitante.

Lasciando da parte il tema della sicurezza, che pure negli anni più recenti ha assunto un significativo rilievo a fronte del terrorismo internazionale, voglio soffermarmi nella parte conclusiva di questo contributo sulle conseguenze della pandemia da Covid19<sup>44</sup>. Il riferimento ai “motivi di sanità pubblica”, che poteva visto come una clausola di “sicurezza” per situazioni che parevano difficilmente realizzabili nel territorio europeo, è divenuto a partire dal gennaio 2020 di drammatica attualità.

A fronte del diffondersi del contagio, gli Stati europei hanno da subito adottato –seppur in modo differenziato e senza un coordinamento– una serie di misure che vanno dal blocco dei confini esterni (si pensi ad esempio all'interdizione dei voli dalla Cina disposta dall'Italia), alla sospensione di Schengen con la reintroduzione dei controlli ai confini e la limitazione della libertà di circolazione all'interno dell'Unione<sup>45</sup>.

Si tratta di una reazione comprensibile a fronte della situazione eccezionale che si stava creando. Tuttavia, la stessa imponeva all'Unione europea una presa di posizione chiara

---

soggiornato nei dieci anni precedenti nello Stato ospitante o che sia minorenni può essere oggetto di un provvedimento di allontanamento (art. 28).

<sup>44</sup> Tra i molti si vedano: G. Caggiano, *Covid-19. Competenze dell'Unione, libertà di circolazione e diritti umani in materia di controlli delle frontiere, misure restrittive della mobilità e protezione internazionale*, in *I Post di AISDUE*, II (2020) Sezione “Coronavirus e diritto dell'Unione” n. 7, 30 aprile 2020, [aisdue.eu](http://aisdue.eu); M. Iannella, *La risposta europea alla crisi Covid-19 e le diverse interazioni con l'ordinamento italiano*, in *Osservatorio costituzionale*, 4/2020, 4 agosto 2020 e i contributi presenti in *L'emergenza sanitaria Covid-19 e il diritto dell'Unione europea. La crisi, la cura, le prospettive*, Eurojus – Numero Speciale, [www.eurojus.it](http://www.eurojus.it).

<sup>45</sup> Per uno studio comparato delle diverse esperienze nazionali v. per tutti A. Vedašchi, L. Cuocolo (cur.), *L'emergenza sanitaria nel diritto comparato: il caso del Covid*, in *DPCE-online*, vol. 43, n. 2, 2020 e R. Tarchi (cur.), *L'emergenza da Covid-19: una prospettiva di diritto comparato*, in *Rivista Gruppo di Pisa-Quaderno monografico*, 2, 2020.

affinché non fossero messi in pericolo i principi alla base del processo di integrazione: la tutela dei diritti e la garanzia dello Stato di diritto anche all'interno degli Stati membri, la libertà di circolazione (non solo delle persone, ma anche delle merci e dei servizi), la solidarietà. Si può citare la *Dichiarazione comune dei membri del Consiglio europeo* del 26 marzo 2020 secondo cui “La pandemia di Covid-19 costituisce una sfida senza precedenti per l'Europa e il mondo intero. Esige un'azione urgente, risoluta e globale a livello sia di UE che nazionale, regionale e locale. Adotteremo tutte le misure necessarie per proteggere i nostri cittadini e superare la crisi, preservando nel contempo i valori e lo stile di vita europei”<sup>46</sup>.

Non è possibile in questa sede analizzare tutti gli atti adottati dalle Istituzioni europee, ma si focalizzerà l'attenzione sulle indicazioni che riguardano in modo specifico la libertà di circolazione e soggiorno<sup>47</sup>. Può essere di interesse richiamare gli “Orientamenti” che già il 16 marzo 2020 la Commissione aveva presentato in relazione “alle misure per le per la gestione delle frontiere destinate a tutelare la salute e garantire la disponibilità di beni e servizi essenziali”<sup>48</sup>, mettendo in luce la necessità di conciliare la tutela della salute con le esigenze della libertà di circolazione, legata in particolare al funzionamento del mercato comune. Si legge: “La crisi determinata dal coronavirus ha posto in evidenza la sfida di proteggere la salute dei cittadini evitando nel contempo di ostacolare la libera circolazione delle persone e la consegna di merci e di servizi essenziali in tutta Europa. L'attuazione delle politiche dell'Unione per quanto riguarda i controlli sulle persone e i beni dovrebbe avvenire alla luce del principio di solidarietà tra Stati membri”.

<sup>46</sup> Confr. la *Dichiarazione comune dei membri del Consiglio europeo*, Bruxelles, 26 marzo 2020 (OR. en); v. anche la risoluzione del Parlamento europeo del 13 novembre 2020 sull'impatto delle misure connesse alla Covid-19 sulla democrazia, sullo Stato di diritto e sui diritti fondamentali, P9\_TA(2020)0307.

<sup>47</sup> Una “cronistoria” degli interventi dell'Unione europea è disponibile all'indirizzo [https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/timeline-eu-action\\_it](https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/timeline-eu-action_it).

<sup>48</sup> Confr. la Comunicazione della Commissione europea, *Covid-19, Orientamenti relativi alle misure per la gestione delle frontiere destinate a tutelare la salute e garantire la disponibilità di beni e servizi essenziali*, 16 marzo 2020, 2020/C 86 I/01.

C'è evidentemente un riferimento ai prodotti alimentari, alle apparecchiature e forniture mediche e di protezione fondamentali in relazione alla crisi in atto, ma non manca un cenno di carattere generale al fatto che le misure adottate “non dovrebbero provocare gravi perturbazioni delle catene di approvvigionamento o dei servizi essenziali di interesse generale né delle economie nazionali o dell'economia dell'insieme dell'Unione”.

Le ricadute sul piano economico delle misure adottate dagli Stati portano ad un intervento tempestivo e forte dell'Unione, diversamente da quanto accaduto di fronte ad altre crisi, in particolare a quella legata al fenomeno migratorio.

Tornando al ragionamento svolto nei precedenti paragrafi, va segnalato che nel testo degli Orientamenti non si trova alcun riferimento al territorio europeo come spazio della libertà di circolazione, ma si fa riferimento alle scelte degli Stati nella gestione del proprio territorio: “Gli Stati membri non possono negare l'accesso ai cittadini dell'UE o ai cittadini di paesi terzi che risiedono nel loro territorio e devono favorire il transito di altri cittadini dell'UE e residenti che ritornano nel paese di origine. Gli Stati membri possono, tuttavia, adottare misure opportune, ad esempio chiedere alle persone che entrano nel loro territorio di porsi in auto-isolamento o adottare misure analoghe nel caso in cui rientrano da una zona colpita da Covid-19, a condizione che impongano le stesse misure ai propri cittadini”.

Il peculiare contesto in cui questi documenti sono stati adottati, ovviamente, fa sì che non possano essere considerati il punto di riferimento per un ragionamento di carattere generale. Anzi va valutato positivamente il tentativo di realizzare una gestione condivisa della crisi sanitaria. Tuttavia gli stessi confermano, ancora una volta, la complessità dei rapporti tra l'Unione e gli Stati membri.

Emerge con forza il ruolo del “mercato unico”, come “valore fondamentale” da preservare e condizione ormai irrinunciabile per gli Stati europei. Anche negli interventi dedicati, lo scorso anno, alla revoca delle misure restrittive si insiste su questo aspetto, ribadendo come “Le misure di contenimento, e il loro graduale allentamento, non incidono solo sulla salute pubblica, bensì anche sulle catene del valore caratterizzate da un elevato livello di integrazione e sui sistemi di trasporto nazionali e transfrontalieri indispensabili per consentire la libera circolazione di persone, merci e servizi. È quindi oppor-

tuno tenere presente la natura integrata del mercato unico nel revocare tali misure. Fermo restando che le tempistiche e le modalità specifiche differiranno da uno Stato membro all'altro, è essenziale stabilire un quadro comune<sup>49</sup>. E ancora "Il mercato unico è uno spazio comune. Le catene di approvvigionamento e i prestatori di servizi non possono funzionare in presenza di muri invisibili, in particolare nelle regioni frontaliere. Le misure attuate per tutelare la salute pubblica sono chiaramente necessarie, ma hanno un elevato costo economico e sociale, e dovrebbero pertanto essere accompagnate da un attento esame dell'impatto sul mercato unico"<sup>50</sup>.

La situazione è certamente eccezionale, ma è necessario che si torni a ragionare sulla libertà di circolazione e soggiorno in un'ottica più ampia, nel contesto della riflessione generale sul futuro dell'Unione europea. Se si rimane in una prospettiva solo economica, infatti, la libertà di circolazione può essere una necessità per il funzionamento del mercato unico ma non automaticamente un elemento di propulsione per lo sviluppo del processo di integrazione europea, come la vicenda della Brexit ha dimostrato.

La pandemia ha condotto ad una "chiusura" degli Stati: è importante che la "riapertura" sia guidata non solo da obiettivi di carattere economico, ma anche dalla volontà di costruire un "territorio europeo" come luogo di condivisione di valori e di costruzione di un futuro comune. Nel saggio di apertura dello studio del 2016 dedicato a *Freedom of movement under attack: Is it worth defending as the core of EU citizenship?*, richiamato in precedenza, Floris De Witte individua una serie di ragioni che giustificano la difesa della libertà di circolazione nella sua stretta relazione con la cittadinanza europea<sup>51</sup>. Mi ha colpi-

<sup>49</sup> Confr. Comunicazione della Commissione europea, *Tabella di marcia comune europea verso la revoca delle misure di contenimento della Covid-19*, 17 aprile 2020, 2020/C 126/01.

<sup>50</sup> Comunicazione della Commissione, *Verso un approccio graduale e coordinato per il ripristino della libera circolazione e la revoca dei controlli alle frontiere interne - Covid-19*, 15 maggio 2020, 2020/C 169/03; v. anche Comunicazione della Commissione, *Un percorso comune per una riapertura in sicurezza e duratura*, 13 marzo 2021, COM(2021) 129 final.

<sup>51</sup> Confr. F. de Witte, *Kick off contribution*, in de Witte, R. Bauböck, J. Shaw, *Freedom of movement under attack: Is it worth defending as the core of EU citizenship?*, cit.

to tra queste il richiamo alla “emancipatory force” della libertà di circolazione, che permette agli individui “to live their lives unencumbered by the limits that their place of birth imposes on them, and freedom of movement allows them to understand themselves (and the possible realisations of that self) in much more authentic terms” e questo vale non solo per coloro che esercitano tale diritto, ma per tutti i cittadini europei in quanto “Freedom of movement, in other words, liberates not only the body but also the mind from the normative structures of the state”<sup>52</sup>. Tutto ciò contribuisce a rafforzare un’idea di cittadinanza europea che non è solo la derivazione della cittadinanza nazionale, ma esprime –nel rispetto del pluralismo– la condivisione di valori comuni.

Forse passata un po’ in sordina, a fronte della recrudescenza della pandemia che ha accompagnato l’inizio del nuovo anno, va ricordata l’apertura nel marzo di quest’anno della Conferenza sul futuro dell’Europa. Nella dichiarazione congiunta, i Presidenti della Commissione, del Consiglio e del Parlamento mettono in evidenza come a 70 anni dalla dichiarazione Schumann “è ora giunto il momento di riflettere sulla nostra Unione, sulle sfide che ci troviamo ad affrontare e sul futuro che vogliamo costruire insieme allo scopo di rafforzare la solidarietà europea”<sup>53</sup>. La Conferenza era stata proposta già alla fine del 2019 e il Consiglio aveva ipotizzato l’avvio nel 2020 e la conclusione nel 2022, ma la crisi sanitaria ha ritardato il percorso<sup>54</sup>. Si tratta di un’occasione di confronto importante, improntata ad un approccio dialogico con il coinvolgimento dei cittadini europei, al fine –ricorda il Parlamento nella risoluzione di gennaio 2020– “[di] plasmare insieme l’Unione che vogliamo”<sup>55</sup>. Sempre in tale documento vengono

<sup>52</sup> *Ivi*, 1-2.

<sup>53</sup> Dichiarazione comune sulla Conferenza sul futuro dell’Europa. Dialogo con i cittadini per la democrazia – Costruire un Europa resiliente.

<sup>54</sup> Confr. Conclusioni del Consiglio europeo, 12 dicembre 2019, EUCO 2919; risoluzione del Parlamento europeo del 15 gennaio 2020 sulla posizione del Parlamento europeo in merito alla conferenza sul futuro dell’Europa (2019/2990(RSP): [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0010\\_IT.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0010_IT.html)

<sup>55</sup> Così il punto 1 della risoluzione del Parlamento europeo; in realtà la versione in inglese rende ancora meglio l’idea: “to shape the Union that we want to live in together”. Nella Dichiarazione congiunta dei Presidenti si

indicati alcune “priorità di intervento”, primi fra queste i valori europei, i diritti e le libertà fondamentali, nonché i profili istituzionali e la democrazia dell’UE<sup>56</sup>.

E’ in questo contesto che, a mio parere, va inserita anche la riflessione sulla libertà di circolazione e soggiorno, come elemento che concorre alla costruzione di un’Unione europea più forte e non solo al mantenimento del mercato unico.

---

legge: “La conferenza sul futuro dell’Europa è un processo “dal basso verso l’alto”, incentrato sui cittadini, che consente agli europei di esprimere la loro opinione su ciò che si aspettano dall’Unione europea. Conferirà ai cittadini un ruolo più incisivo nella definizione delle future politiche e ambizioni dell’Unione, di cui migliorerà la resilienza. Ciò avverrà attraverso molteplici eventi e dibattiti organizzati in tutta l’Unione, nonché attraverso una piattaforma digitale multilingue interattiva” (così nelle Modalità di lavoro)

<sup>56</sup> Si possono richiamare le “priorità di intervento”, anche se non esaustive, indicate dal Parlamento europeo nel documento prima citato: i valori europei, i diritti e le libertà fondamentali; gli aspetti democratici e istituzionali dell’UE; e sfide ambientali e la crisi climatica; la giustizia sociale e l’uguaglianza; le questioni economiche e occupazionali, tra cui la fiscalità; la trasformazione digitale; la sicurezza e il ruolo dell’UE sulla scena mondiale”.

## CAPÍTULO IX

### EL DERECHO DE ASILO EN LA UNIÓN EUROPEA

por JOSÉ M. PORRAS RAMÍREZ\*

§ 1. **INTRODUCCIÓN.** – La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que goza del mismo valor jurídico que los tratados constitutivos, al ver asegurado su carácter vinculante desde la entrada en vigor de la importante reforma de aquellos aprobada en Lisboa, reconoce el *derecho de asilo* en su art. 18. Dicho precepto se muestra, a su vez, directamente conexo o relacionado con el art. 19 de la propia Carta, que viene a complementarlo, determinando la interdicción de las expulsiones colectivas, al tiempo que expresa la prohibición de que nadie pueda ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un riesgo grave de ser sometido a pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes. De ese modo, se viene a establecer, en el marco comunitario europeo, un nivel de tutela supranacional del derecho, vinculado a un ámbito propio y autónomo de aplicación, que se agrega al ya existente en el derecho internacional y al dispuesto en los diferentes Estados miembros<sup>1</sup>.

§ 2. **LA REFERENCIA AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO.** – Se apoya en la consideraciones siguientes.

\* Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada. Catedrático Jean Monnet de Derecho Constitucional Europeo.

<sup>1</sup> Muñoz Machado, S., *Los tres niveles de garantía de los derechos fundamentales en la Unión Europea: problemas de articulación*, “Revista de Derecho Comunitario Europeo”, nº 50, 2015, p. 195 a 230; en especial, p. 197.

a) *LA CONVENCION DE GINEBRA SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS COMO ESTÁNDAR MÍNIMO DE PROTECCIÓN.* Tras disponer la garantía del derecho de asilo, la norma de la Carta en cuestión se remite, primeramente, a la Convención de Ginebra de 1951 y a su Protocolo anexo de 1967, sobre el estatuto de los refugiados. Un tratado internacional acordado durante la Guerra Fría, esto es, en la segunda mitad del pasado siglo xx, que no se compadece con lo acaecido en Europa, ni en el resto del mundo, en las últimas décadas y que se ha tornado, por ello, en buena medida, anacrónico y escasamente operativo<sup>2</sup>. No en vano dicho acuerdo jurídico, auspiciado por la ONU, contempla al refugio desde una perspectiva estrictamente individual, esto es, atendiendo a las circunstancias personales que concurren en el solicitante; lo que tiene poco que ver con la situación actual, en la que la demanda de protección internacional se solicita de modo frecuentemente grupal o masivo, impidiendo o dificultando extraordinariamente su tratamiento particularizado. A ello se añade la restrictiva definición del término “refugiado” que proporciona tal Convención, la cual, si bien se refiere a todo *extranjero o apátrida que se encuentre fuera de su Estado de origen o residencia* (por lo que se descarta a los “desplazados internos”), que albergue *fundados temores de ser perseguido por agentes del Estado en cuestión o sectores de la población de aquel, si regresa a dicho país, con “amenaza para su vida y libertad”* (art. 33); sin embargo, solo contempla que se acojan a ella las personas que hayan sufrido directamente *persecución “por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas”,* como prevé su art. 1 A.2. Consecuentemente, no se permite que lo hagan las que huyen o desean escapar de condiciones de vida o circunstancias no menos graves, pero imprevistas en esa norma, que les afectan de modo particularmente adverso

<sup>2</sup> Ver, a este respecto, expresando un nuevo paradigma, si bien en tanto que marco de cooperación no vinculante jurídicamente, el Pacto Global para una Migración Segura, Ordenada y Regular, acordado, en el ámbito de la ONU, el 13 de julio de 2018. Dicho pacto internacional aborda el fenómeno migratorio en todas sus dimensiones, de forma integral, evitando la separación entre refugiados políticos y migrantes económicos, a fin de contribuir, en ese aspecto, a la mejora de la gobernanza de la globalización. Cfr., [https://refugeesmigrants.un.org/sites/default/files/180713\\_agreed\\_outcome\\_global\\_compact\\_for\\_migration.pdf](https://refugeesmigrants.un.org/sites/default/files/180713_agreed_outcome_global_compact_for_migration.pdf).

(desastres naturales, crisis sanitarias o económicas, violaciones de derechos, conflictos civiles armados), las cuales menoscaban, en no menor medida, su dignidad como personas, abocándolas así a una *situación de desprotección* objetiva y manifiesta<sup>3</sup>.

A esas limitaciones que ofrece la Convención de Ginebra cabe añadir el *amplio margen de apreciación* reconocido a los Estados signatarios para valorar los requisitos por los que se otorga la condición de refugiado, y, por ende, la de sujeto merecedor de asilo. Este hecho viene generando prácticas nacionales muy dispares, cuando no contradictorias. En cualquier caso, la consecuencia que de dicho reconocimiento se deriva no es más que la *prohibición de expulsión y devolución (non refoulement)*, conforme a la cual ningún Estado podrá, a través de esas vías, trasladar a un refugiado a territorios donde su vida, integridad o libertad peligré<sup>4</sup>. En suma, la Carta de los Derechos Fundamentales incorpora la Convención de Ginebra al ordenamiento jurídico de la Unión, erigiéndola en *canon interpretativo y estándar mínimo de protección* del derecho de asilo que expresamente reconoce<sup>5</sup>.

b) *EL PARÁMETRO DEL CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES*. Sin embargo, en el art. 18 de la Carta no se contempla ninguna remisión expresa al Convenio Europeo de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH). No obstante, el art. 52.3 de la propia Carta colma, con carácter general, esa laguna al afirmar: “En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas, su sentido y alcance serán iguales a

<sup>3</sup> Pérez Sola, N., *El derecho de asilo y la condición de refugiado. Balance de veintiséis años de desarrollos legislativos*, “Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas”, nº 25, 2011, p. 269 a 308.

<sup>4</sup> Gammelthof Hansen, T. - Hathaway, J. C., *Non-refoulement in a world of cooperative deterrence*, “Columbia Journal of Transnational Law”, vol. 53, nº 2, 2015, 235 a 284.

<sup>5</sup> Martín y Pérez de Nanclares, P., “Artículo 18: derecho de asilo”, en Mangas Martín, A. (dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Madrid, Fundación BBVA, 2008, p. 356 a 378; en especial, p. 361 a 365.

los que les confiere dicho Convenio”<sup>6</sup>. Asimismo, de manera análoga, el art. 78 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) dispone que la política común que la Unión desarrolle en materia de asilo habrá de ajustarse, también, “a los demás tratados pertinentes”. De esta forma, por una y otra vía, el Convenio de Roma viene a complementar lo dispuesto en la Convención de Ginebra, a pesar de no reconocer, expresa y formalmente, el derecho de asilo, el cual, no obstante, ha sido deducido o extraído de otros derechos con los que se muestra en relación de conexión necesaria.

Así, en particular, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH), interpretando el Tratado de Roma, ha vinculado el derecho de asilo, en razón a la situación de vulnerabilidad especial en la que se encuentran sus demandantes, los cuales no gozan de la protección jurídica que brinda el estatus de nacional o ciudadano de un Estado, fundamentalmente, a la *prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes* (art. 3º, CEDH). En consecuencia, ha proscripto la devolución (*non-refoulement*) de un demandante de asilo a un Estado tercero en el que pueda sufrir semejantes castigos; al tiempo que así lo ha dispuesto en relación con el empleo de ciertas medidas de alejamiento del territorio acordadas por las autoridades. Además, ha fijado garantías para asegurar las condiciones materiales en la que se desarrolla la eventual detención de un solicitante de asilo en las zonas internacionales de los aeropuertos (STEDH, “Soering v. Reino Unido”, de 7 de julio de 1989; “Cruz Varas v. Suecia”, de 20 de marzo de 1991; “Vilvarajah v. Reino Unido”, de 30 de octubre de 1991; “Vivayanathan y Pusparajah v. Francia”, de 27 de agosto de 1992; “Chahal v. Reino Unido”, de 15 de noviembre de 1996; “Ahmed v. Austria”, de 17 de diciembre de 1996; “Hilal v. Reino Unido”, de 6 de marzo de 2001; “Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga v. Bélgica”, de 12 de octubre de 2006; “Salah Sheekh v. Países Bajos”, de 11 de ene-

<sup>6</sup> Prechal, S. - Peers, S., “Article 52. Scope of guaranteed rights”, en Peers, S. (et al.), *EU charter of fundamental rights*, London, Hart-Beck, 2014, p. 1490 y siguientes. Asimismo, Álvarez-Ossorio Micheo, F., “Acto y potencia de la cláusula de apertura del artículo 52.3 de la Carta”, en Carmona Contreras, A. (dir.), *Las cláusulas horizontales de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: manual de uso*, Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, p. 99 a 119.

ro de 2007; “M. S. S v. Bélgica y Grecia”, de 21 de enero de 2011; “Tarakhel v. Suiza”, de 4 de noviembre de 2014 y “F. G. v. Suecia”, de 23 de marzo de 2016, entre otras<sup>7</sup>).

Asimismo, el Tribunal de Estrasburgo ha relacionado el derecho de asilo con aquel que garantiza la *libertad deambulatoria* (art. 5º, CEDH), considerando privación de libertad ciertas decisiones adoptadas por algunos Estados antes de admitir y permitir circular por su territorio a los solicitantes de asilo: SSTEDH, “Ammur v. Francia”, de 25 de junio de 1996; “Shamsa v. Polonia”, de 27 de noviembre de 2003 y “Saadi v. Reino Unido”, de 29 de enero de 2008).

También lo ha vinculado con el derecho a un *recurso efectivo* (art. 13, CEDH), al exigir, en favor de los demandantes de asilo, la posibilidad de que puedan presentar recursos suspensivos en relación con las órdenes de alejamiento o expulsión del territorio de un Estado miembro, en particular cuando aquellas impliquen o conlleven el riesgo de sufrir tratos inhumanos o degradantes en el lugar de destino: SSTEDH, “Jabari v. Turquía”, de 11 de julio de 2000; “Gebremedhin v. Francia”, de 26 de abril de 2007; “G. B. y otros v. Turquía”, de 17 de octubre de 2019<sup>8</sup>.

Así, pues, la jurisprudencia emanada del Tribunal de Estrasburgo, siquiera sea a través de vías indirectas, ofrece una garantía más amplia y eficaz del derecho de asilo que la que brinda la Convención de Ginebra. No en vano ha extendido su protección a los supuestos de persecución no imputables al Estado de origen o residencia; y ha permitido, flexiblemente, que se beneficien de aquella los denominados “refugiados de facto”<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Peral Fernández, L., *Límites jurídicos al discurso político del control de flujos migratorios: non refoulement, protección en la región de origen y cierre de fronteras*, “Revista Electrónica de Estudios Internacionales”, nº 11, 2006, p. 1 a 21.

<sup>8</sup> Morgade Gil, S., *La protección de los demandantes de asilo por razón de su vulnerabilidad especial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos*, “Revista de Derecho Comunitario Europeo”, nº 37, 2010, p. 801 a 842. Pizzolo, C., “El recurso efectivo como derecho de los solicitantes de asilo”, en Porras Ramírez, J. M. (coord.), *Migraciones y asilo en la Unión Europea*, Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, p. 255 a 294.

<sup>9</sup> Martín y Pérez de Nanclares, P. “Artículo 18: derecho de asilo”, op. cit., p. 366 y 367.

Asimismo, ha aplicado la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros, dispuesta en el art. 4º del Protocolo nº 4 al Convenio de Roma [STEDH. “Conka v. Bélgica”, de 5 de febrero de 2002; “Shioshvili y otros v. Rusia”, de 20 de diciembre de 2016; “Berdzenishvili y otros v. Rusia”, de 20 de diciembre de 2016; “Hirsi Jamaa y otros v. Italia”, de 23 de febrero de 2012 (Gran Sala); “Shafiri y otros v. Italia”, de 21 de octubre de 2014 (Gran Sala); “N. D. y N. T v. España”, de 3 de octubre de 2017 y “N. D. y N. T. v. España (Gran Sala)”, de 13 de febrero de 2020]<sup>10</sup>, en evidente concordancia con lo dispuesto en el primer apartado del art. 19 de la Carta. Ciertamente, se trata de un mandato estrechamente vinculado a las tensiones que genera a los Estados miembros de la Unión Europea el fenómeno masivo y creciente de la inmigración ilegal. Es, por tanto, un límite erigido frente a los excesos en que puede verse tentada a incurrir la Unión al aplicar esa política de seguridad y control de fronteras exteriores que hoy, con tanta insistencia e interés, promueve.

§ 3. **EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA.** – En cualquier caso, es claro que la remisión inicial al derecho internacional humanitario no impide a las instituciones comunitarias establecer un perfil propio del derecho de referencia, determinando una *protección más extensa* del mismo, en ejercicio de sus competencias (art. 52.3 *in fine*). Es por ello por lo que el art. 18 de la Carta alude, seguidamente, a la necesidad de interpretar tal derecho “de conformidad con el Tratado de la Unión Europea y con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”.

A este respecto, hay que partir diciendo que las competencias que la Unión ha asumido en la materia, esto es, en relación con las “políticas sobre control de fronteras, asilo e inmigración”, las cuales, mediatizadas por el propósito de salvaguardar la seguridad, se fundan “en la solidaridad entre los Estados miembros”, han de explicarse como consecuencia de la supre-

<sup>10</sup> Fernández Arribas, G., “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la expulsión de solicitantes de protección internacional”, en Porras Ramírez, J. M. (coord.), *Migraciones y asilo en la Unión Europea*, op cit., p. 295 a 321. También, Requena de Torre, M. D., “Las expulsiones colectivas de los migrantes irregulares: el giro de Estrasburgo”, en *ibidem*, op. cit., p. 323 a 353.

sión de las fronteras interiores de aquellos y la conversión en comunes de las fronteras exteriores de la propia Unión<sup>11</sup>. Así sucede, siquiera, de manera efectiva, en el llamado espacio, integrado o “federal”, Schengen, de cooperación reforzada<sup>12</sup>, incorporado, hoy, al derecho de la Unión (arts. 67 y 77 y ss., TFUE y Protocolo nº 19), del que forman parte aquellos Estados europeos (en la actualidad, veintiséis, algunos ajenos a la propia Unión), que han acordado la creación de un territorio o “espacio común”, en el que hacer efectiva la libre circulación de personas, sea cual sea su nacionalidad, sin someterlas a controles o barreras de ningún tipo<sup>13</sup>. Tal medida no se orienta a favorecer a los ciudadanos europeos, los cuales ya gozan de ese derecho en tanto que tales (art. 21 TFUE, y art. 45.1, CDFUE), sino que pretende beneficiar, si bien “de conformidad con lo dispuesto en los tratados”, a los nacionales de terceros Estados que hayan cruzado las fronteras de la Unión y se encuentren en situación regular en el territorio de la misma (arts. 77 y 79, TFUE, y art. 45.2, CDFUE)<sup>14</sup>.

Se expresa así la necesidad, aún no plenamente satisfecha, a pesar de los indudables progresos realizados, de crear un sistema europeo, común e integrado, de control y gestión de las fronteras exteriores, esto es, de aquellas que la Unión posee con Estados terceros, y de desarrollar una política auténticamente armonizada de regulación y gestión de los flujos migratorios<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> El objetivo no es otro que profundizar en la integración económica que exige la creación de un marco interior europeo. Así, González Vega, J. A., *Mitos y mistificaciones: la Unión Europea y la protección internacional (a propósito de la “crisis de los refugiados”)*, “Revista de Derecho Comunitario Europeo”, nº 56, 2017, p. 27 a 75; en especial, p. 34.

<sup>12</sup> El “Espacio Schengen” se encuentra compuesto por el Acuerdo (1985), el Convenio (1990) de aplicación del mismo, y los actos y declaraciones de su Comité Ejecutivo, que constituyen el llamado “Acervo Schengen”.

<sup>13</sup> Shutte, J. J. E., *Schengen: its meaning for the free movement of persons in Europe*, “Common Market Law Review”, nº 3, 1991, p. 549.

<sup>14</sup> Mangas Martín, A., “Artículo 45: libertad de circulación y de residencia”, en Mangas Martín, A. (dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Bilbao, Fundación BBVA, 2008, p. 718 a 730.

<sup>15</sup> Olesti Rayo, A., *Las políticas de la Unión Europea relativas al control de las fronteras, asilo e inmigración*, “Revista de Derecho Constitucional Europeo”, nº 10, 2008, p. 13 a 48; en especial, p. 29.

Aun así, conviene insistir en que las *competencias* que se atribuyen a la Unión en la materia, en tanto que expreso *objeto* asumido por la misma (art. 3.2, TUE), poseen, tan solo, un *carácter compartido* con los Estados miembros (art. 4.2, j, TFUE)<sup>16</sup>. Con todo, a pesar de sus evidentes insuficiencias, la Unión Europea cuenta con un Sistema Europeo Común de Asilo (SECA), protección subsidiaria y protección temporal de desplazados, construido paulatinamente desde el Consejo Europeo de 15 y 16 de octubre de 1999, de Tampere, de resultados de las guerras de los Balcanes<sup>17</sup>, que no se limita a establecer normas mínimas, sino que avanza en pos de la creación de un *estatuto común de protección internacional*, en beneficio de los nacionales de terceros Estados y apátridas que así lo soliciten y se les reconozca. El mismo se plasma en un procedimiento uniforme, tendencialmente armonizador de los sistemas jurídicos nacionales y garante, en todo caso, del principio de no devolución (art. 78.1, TFUE)<sup>18</sup>.

Esas normas comunes, aun atribuyendo un importante margen de discrecionalidad a los Estados miembros, ex art. 78.2, TFUE, interpretado en conjunción con los arts. 18, 19 y 52.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, contemplan: *a)* el establecimiento de un *estatuto uniforme de asilo* para los nacionales de terceros Estados y apátridas, válido en toda la Unión y aplicable, conforme a lo establecido, con carácter mínimo, en la Convención de Ginebra, a quienes lo requieran y posean la condición previa de *refugiados*, y *b)* Además, dicha normativa prevé la creación de regímenes especiales comunes, referidos, por un lado, a la *protección subsidiaria* para nacionales de terceros Estados que, sin obtener asilo euro-

<sup>16</sup> Donaire Villa, F. J., *El espacio de libertad, seguridad y justicia tras el Tratado de Lisboa: entre supranacionalidad e integración diferenciada*, "Revista Española de Derecho Europeo", nº 35, 2010, p. 337 a 364.

<sup>17</sup> Dichas guerras generaron más de 1,2 millones de solicitudes de asilo en el territorio europeo, entre 1999 y 2002.

<sup>18</sup> Confr., con carácter general, Martín y Pérez de Nanclares, J. (coord.), *La dimensión exterior del espacio de libertad. Seguridad y justicia de la Unión Europea*, Madrid, Iustel, 2012, *passim*. También, López-Almansa Beaus, E., "El sistema europeo común de asilo a examen", en Reig Fabado, I. (coord.), *Libertad de circulación, asilo y refugio en la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 41 a 68.

peo, necesiten protección internacional, y, por otro, atinentes a la *protección temporal* de personas desplazadas, en caso de afluencia masiva; regímenes estos que mejoran considerablemente la tutela ofrecida por el derecho internacional humanitario, expresado en la desfasada Convención de Ginebra y en su Protocolo anexo<sup>19</sup>.

Así pues, se ha dispuesto, en primer lugar, un *procedimiento común de concesión o retirada de protección internacional, igual en toda la Unión Europea* (directiva 2013/32/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013). Dicho *procedimiento*, que establece un mismo marco jurídico en toda la Unión, confiere, inicialmente, un derecho de permanencia del solicitante hasta que la autoridad decisoria dicte la oportuna resolución. Es, además, un procedimiento que, ya se oriente a la concesión, ya a la retirada de protección internacional, ha de ser rápido en su tramitación (no debe tener una duración superior a seis meses, extensibles a veintiuno excepcionalmente), acompañándose de unas garantías básicas (derecho a ser oído e informado, a intérprete, a ponerse en contacto con quien pueda asesorarlo, a recibir asistencia jurídica y representación legal gratuita, a que se resuelva su solicitud y se le notifique en tiempo razonable, y a presentar, en su caso, un recurso contra ella), que tienen un carácter especial si afectan a menores no acompañados, en tanto que miembros de un colectivo singularmente vulnerable.

De acuerdo con dicho procedimiento, el examen de la solicitud de protección internacional, que se podrá acompañar de entrevista y reconocimiento médico voluntario, permite la determinación de si el solicitante reúne los requisitos para considerarlo refugiado o, en su defecto, hacerlo merecedor de protección subsidiaria. En suma, la directiva instituye un marco procedimental común, que no impide el reconocimiento del derecho que asiste a todo Estado miembro a establecer o mantener condiciones más favorables para las personas beneficiarias de protección internacional. Supone, sin duda, un avance en el proceso de integración europea, a pesar de dejar en manos de los Estados miembros un margen de actuación que ha de

<sup>19</sup> Martín y Pérez de Nanclares, J. "Artículo 18: derecho de asilo", op. cit., en especial, p. 365.

considerarse excesivo para concretar tales procedimientos. De ahí que estos se muestren, consecuentemente, heterogéneos, en tanto que animados por un diferente rigor<sup>20</sup>.

A su vez, en segundo lugar, las instituciones europeas han establecido las *normas comunes que disponen las condiciones materiales de acogida de los solicitantes de dicha protección internacional* (directiva 2013/33/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013). De conformidad con dichas “condiciones mínimas”, inspiradas no solo en exigencias de justicia material y respeto de la dignidad humana, sino también, en el propósito de evitar los llamados “movimientos secundarios”, se ha resuelto que los solicitantes de protección internacional ante cualquier Estado miembro reciban, con carácter mínimo, la documentación acreditativa de su condición de tales, la cual les garantizará la permanencia en el territorio del mismo mientras su solicitud se tramita o examina<sup>21</sup>. Asimismo, se prevé conferirles el derecho a circular libremente por el territorio del Estado de acogida o en la zona que este les asigne. Y que se les fije residencia y la posibilidad de obtener un permiso temporal para abandonar el lugar de la misma.

Sin embargo, la directiva contempla, concediendo, a esos efectos, un generoso margen de apreciación a los Estados de acogida, esto es, “cuando ello resulte necesario, sobre la base de una evaluación individual de cada caso”, la posibilidad de que puedan someter excepcionalmente a *internamiento*, conforme a los motivos que el derecho nacional establezca, a un solicitante de protección internacional. A fin de paliar la gravedad de una medida como esa, la legislación europea establece garantías y condiciones mínimas que, habrán de observarse, en especial, cuando dicho internamiento afecte a personas vulnerables o que presenten necesidades de acogida especiales. Asimismo, la directiva insta a los Estados de acogida a

<sup>20</sup> Reneman, M., *EU asylum procedures and the right to effective remedy*, Oxford, Hart Publishing, 2014, p. 62.

<sup>21</sup> Así sucederá con respecto, incluso, al solicitante de asilo con relación al cual se decide requerir a otro Estado miembro para que se haga cargo de él o lo readmita como responsable de examinar su solicitud de asilo. Cfr. sentencia del TJUE, de 27 de septiembre de 2012, Asunto C-179/11 “CIMADE, GISTI v. Ministre de l’Intérieur, de l’Outre-mer, des Collectivités Territoriales et de l’Immigration”.

que promuevan, si bien, nuevamente, en la medida de sus posibilidades, la unidad familiar, la protección de los menores, la especial tutela de las víctimas de la tortura y la violencia, aseguren la alimentación y el alojamiento digno, la escolarización y la educación de los menores, la obtención de un empleo, el acceso a la formación profesional y la atención sanitaria de los solicitantes, la cual, en este caso, comportará, como mínimo, los cuidados de urgencia y el tratamiento básico de las enfermedades físicas y mentales. La disparidad de respuestas ofrecida por los Estados miembros a la hora de acoger estas medidas revela, nuevamente, la brecha que media entre lo dispuesto en la directiva y las normas estatales que la desarrollan.

En tercer lugar, en lo que supone un auténtico hito en la realización efectiva del espacio de libertad, seguridad y justicia, la Unión Europea ha establecido un avanzado *estatuto uniforme, tanto para los refugiados y asilados, como para las personas a las que se otorgue protección subsidiaria* (directiva 2011/95/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011)<sup>22</sup>. Se armonizan así, por fin, los requisitos para el *reconocimiento* de los nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional y se mejora considerablemente el alcance otorgado a ella, a tenor de los estándares internacionales vigentes. A esos efectos, la directiva reconoce la competencia de los Estados miembros para evaluar cada solicitud de protección internacional, de manera individual, si bien teniendo en cuenta los hechos relativos al país de origen, las declaraciones y documentos presentados por el solicitante, la situación particular y las circunstancias personales que lo afectan, las actividades en las que participó y las referencias a cuanto le expuso a sufrir actos de persecución o riesgo real de padecer daño grave, además de la apreciación de los riesgos que supondría el retorno al país en donde se produjeron<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Valora los avances que se incorporan a esta importante directiva, López-Almansa Beaus, E., “El sistema común de asilo a examen”, en Reig Fábado, I. (dir.), *Libertad de circulación, asilo y refugio en la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 41 a 68; en especial, p. 57 y 58.

<sup>23</sup> Acerca del concepto de “actos de persecución”, en este caso por motivos religiosos, ver STJUE de 5 de septiembre de 2012, C-71/11 y C-99/11, “Asunto Y. Z. v. Bundesrepublik Deutschland”. O en razón a la orientación sexual, ver STJUE de 7 de noviembre de 2013, C-199/12 y C-200/12), “Ministro de Inmi-

De ese modo, la directiva describe, con minuciosidad, los requisitos que se exigen para conceder el “estatuto de refugiado”, al determinar qué actos merecen ser considerados constitutivos de persecución y qué motivos de ella han de reputarse, a esos efectos, relevantes; al tiempo que dispone en qué situaciones cabe revocar, dar por finalizado o denegar la renovación de dicho estatuto. También, de manera sobresaliente, la norma europea fija los requisitos para que puedan alcanzar el, en su momento, novedoso “estatuto de protección subsidiaria”<sup>24</sup>, concedido, en su caso, a los nacionales de terceros Estados o apátridas que, sin reunir los restrictivos requisitos, sujetos a exigencias probatorias individualizadas, establecidos en la Convención de Ginebra de 1951 para ser considerados refugiados, esto es, por no concurrir, entre otros, el requisito de la persecución<sup>25</sup>, expresan, aun así, motivos fundados para presuponer que, si regresaran a su país de origen o residencia habitual, se enfrentarían a un *riesgo real y objetivo de sufrir* “daños graves”, esto es, la posibilidad de ser condenados a la pena de muerte o su ejecución; a sufrir tortura o penas o tratos inhumanos o degradantes; o amenazas graves para sus vidas o integridad física, motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno<sup>26</sup>. De esta forma, se complementa y mejora significativamente la protección ofre-

---

gración de los Países Bajos v. X. e Y., nacionales de Sierra Leona y Uganda, respectivamente”, y C-201/12, “Z., nacional de Senegal v. el Ministro”.

<sup>24</sup> Este concepto ha pasado a formar parte de las nuevas leyes de los Estados miembros. Así, la española ley 12/2009, de 30 de octubre, lo ha incorporado expresamente, añadiéndose al ya clásico de asilo. Ver Sánchez Legido, A., *Entre la obsesión por la seguridad y la lucha contra la inmigración irregular: a propósito de la nueva ley de asilo*, “Revista Electrónica de Estudios Internacionales”, nº 18, 2009; y, también, Solanes Corella, A., *Derechos humanos y asilo: sobre las deficiencias del SECA y la regulación jurídica española*, “Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá)”, nº 7, 2014, p. 181 a 210.

<sup>25</sup> Pérez Barahona, S., *El estatuto de refugiado en la Convención de Ginebra de 1951*, “Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja”, nº 1, 2003, p. 225 a 250.

<sup>26</sup> Con carácter general ver sentencia de 17 de febrero de 2009 (Gran Sala), C-465/07, “Meki Elgafagi y Noor Elgafagi v. Staatssecretaris van Justitie de los Países Bajos”. Por su parte, aclara el alcance del no siempre claro concepto de “conflicto armado interno”, en tanto que “enfrentamiento entre tropas y/o grupos armados”, “indiscriminado para las personas” y “de nivel intenso”, capaz de ocasionar daños graves a los civiles, la STJUE de 30 de

cida<sup>27</sup>, brindando la misma a situaciones carentes de ella, de conformidad con la Convención de Ginebra, lo que se allana, además, al no exigirse la realización de pruebas individuales para los casos en los que se conoce la existencia de una situación de violencia generalizada en el territorio del que huyen los solicitantes. Al éxito de este nuevo instrumento o medio de protección ha contribuido decisivamente la interpretación extensiva realizada del mismo por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>28</sup>.

En cualquier caso, el contenido de la protección internacional otorgada implica, con carácter mínimo, que los Estados miembros se habrán de comprometer a respetar el principio de no devolución (art. 19, CDFUE)<sup>29</sup>, a velar para que se mantenga la unidad familiar, salvaguardando el interés superior de los menores, a expedir permisos de residencia válidos, como mínimo, por tres años, renovables, y documentos de viaje, a promover el acceso al empleo, a la educación, a la vivienda, a programas de integración, a procedimientos de reconocimiento de cualificaciones, a recibir protección social y asistencia sanitaria, a circular libremente en el Estado miembro y a ser ayudados si desean repatriarse.

Complementariamente, en cuarto lugar, la Unión ha instituido *normas mínimas para la concesión de protección temporal, en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida* (directiva 2001/55/CE, del Consejo, de 20 de julio de 2001). Se trata de un procedimiento excepcional que garantiza la *protección inmediata y temporal* de un número

---

enero de 2014, C-285/12, “Asunto Aboubacar Diakité v. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides”.

<sup>27</sup> Fernández Sánchez, P. A., “European asylum law: model for a more cosmopolitan international asylum law?”, en Pérez de las Heras, B. (ed.), *Democratic legitimacy in the European Union and global governance building a european demos*, London, MacMillan, 2017, p. 328.

<sup>28</sup> Cfr., op. cit., STJUE (Gran Sala) de 17 de febrero de 2009, C-465/07, “Asunto Elfagai v. Staatssecretaris van Justitie”. Comentan su alcance Acosta Sánchez, M. A. - Remi Nijiki, M., “Revista de Derecho Comunitario Europeo”, n° 35, n° 14, 2010, p. 239 a 255.

<sup>29</sup> Martín y Pérez de Nanclares, J., “Artículo 19: protección en caso de devolución, expulsión y extradición”, en Mangas Martín, A. (dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, op. cit., p. 379 a 386.

importante de personas, durante el plazo de un año, prorrogable automáticamente por períodos de seis meses, con una extensión máxima de un año, al que se recurre, sin perjuicio del reconocimiento del estatuto del refugiado, cuando el sistema de asilo dispuesto corra el riesgo de no ser capaz de gestionar adecuadamente un flujo masivo de individuos que hayan abandonado su país de origen o residencia habitual, no pudiendo regresar al mismo en condiciones seguras y duraderas, debido a la situación existente en aquel. Sin duda, la importante crisis iniciada en 2015 se ajusta muy bien a la situación descrita en la directiva, revelando su oportunidad<sup>30</sup>.

Dicha protección implica la obligación que contraen los Estados miembros de adoptar medidas para que los beneficiarios dispongan de los permisos de residencia necesarios durante el tiempo en que esté vigente la situación de protección temporal, y de los visados necesarios, incluidos los de tránsito, que se les expedirán a esos efectos. También conlleva que los Estados les autoricen para ejercer una actividad retribuida por cuenta propia o ajena, a recibir educación para adultos, formación profesional y práctica en su lugar de trabajo. Y supone, asimismo, proporcionarles un alojamiento adecuado, ayuda social, atención médica y alimentación, cuando no cuenten con recursos suficientes, derecho al reagrupamiento familiar y garantía de una especial protección a los menores, a los que se les reconoce el derecho de acceso a la educación.

En todo caso, la directiva contempla que dichas personas, acogidas a protección temporal, puedan presentar su solicitud de asilo en cualquier momento; al tiempo que prevé el deber consiguiente que asumen los Estados miembros de facilitar, ya el regreso voluntario de los beneficiarios de protección temporal, ya el forzoso de aquellos cuya protección temporal haya llegado a su fin, con respeto de la dignidad humana y conocimiento de causa. Asimismo, y muy notablemente, la directiva invoca el deber de solidaridad que ha de existir entre los Estados miembros, si se superan las capacidades de acogida de uno o varios de ellos, en situaciones extraordinarias de afluencia masiva repentina. En tales casos se prevén traslados de aco-

<sup>30</sup> Porras Ramírez, J. M., *El Sistema Europeo Común de Asilo y la crisis de los refugiados. Un nuevo desafío de la globalización*, "Revista de Estudios Políticos", nº 175, 2015, p. 207 a 234; en especial, p. 217.

gidos entre Estados, mediando su consentimiento, y la consiguiente concesión de ayudas adicionales. Así, habrá de ser un Estado miembro afectado quien se dirija a la Comisión para instarle a aplicar el *procedimiento de solidaridad* previsto en la directiva. Su propuesta se discutirá en el Consejo, que adoptará la decisión correspondiente, la cual conlleva, previo acuerdo de los Estados involucrados, el reparto proporcional de contingentes de desplazados. Lo expuesto evidencia la previsión de mecanismos de gran utilidad y eficacia por parte de la Unión, al tiempo que se observa cómo los mismos se han visto, en buena medida, contrarrestados por la negativa a aplicarlos por parte de los Estados<sup>31</sup>.

Además, en quinto lugar, la Unión ha codificado los *criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de las solicitudes de protección internacional presentadas en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o apátrida* (reglamento “Dublín III” 604/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013). Conforme a esa normativa la solicitud ha de ser examinada por un solo Estado miembro, que será seleccionado siguiendo criterios objetivos, atendiendo a la situación existente en el momento en que el solicitante presentó su petición por primera vez<sup>32</sup>. Ello supuso un avance considerable, dado que corregía arbitrariedades de los Estados, sometiéndolos a unas exigencias uniformes de las que ya no podían sustraerse<sup>33</sup>, las cuales habían de mostrarse, además, inspiradas por el deber de respeto a los derechos y libertades básicas de los solicitantes<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Ineli-Ciger, M., *Time to activate the temporary protection directive. Why the directive can play a key-role in solving the migration crisis in Europe*, “European Journal of Migration on Law”, vol. 18, Issue 1, 2016, p. 1 a 33; en especial, p. 48.

<sup>32</sup> Cano Linares, M. A., *Asilo y refugio en la Unión Europea*, op. cit., p. 222.

<sup>33</sup> Criticando la arbitrariedad a la que daba lugar el sistema previo, cfr. la STJUE de 10 de diciembre de 2013 (Gran Sala) C-394/12. “Asunto Shamso Abdullah y Bundessaylamt”. Comenta esta importante resolución Magaz Urquidí, J., “Revista de Derecho Comunitario Europeo”, nº 48, 2014, p. 639 a 654.

<sup>34</sup> La sentencia del TEDH, de 21 de enero de 2011, “Asunto M. S. S. v. Grecia y Bélgica”, cuestionó la aplicación automática de los criterios de atribución de responsabilidad de examinar las demandas de asilo hasta entonces vigentes, al tiempo que insistió en el derecho que tales demandantes poseen, al encontrarse en el territorio de un Estado signatario del Convenio de Roma,

Así, en primer lugar, el reglamento busca propiciar, ante todo, atendiendo a razones humanitarias, como criterio fundamental para la determinación del Estado miembro competente para examinar la demanda de protección internacional, el deber de atender al “interés superior del menor (ex art. 24 de la Carta)”<sup>35</sup>. De ese modo, se dispone que si el solicitante es un menor no acompañado, el Estado miembro responsable será aquel en el que se encuentre legalmente un miembro de su familia o hermano que pueda ocuparse de él. Sin embargo, a falta de un miembro de la familia, será declarado responsable el Estado miembro en el que el menor no acompañado haya presentado su solicitud, aun no encontrándose en él. Y, asimismo, viene a indicarse que si el solicitante tuviera a un miembro de su familia en un Estado perteneciente a la Unión en el cual su solicitud aún no haya sido resuelta, dicho Estado miembro será responsable de examinar su solicitud si los interesados hubieran manifestado por escrito así desearlo<sup>36</sup>. También se promueve la garantía del respeto a la “unidad familiar”, a los efectos de asignar la responsabilidad a un único Estado a fin de que examine conjuntamente las solicitudes de protección internacional de todos los miembros de una misma familia. A su vez, se indica, conforme a lo estipulado por el Tribunal de Justicia, que si el solicitante es una persona dependiente de la asistencia que le presta un familiar suyo que reside legalmente en un Estado miembro, se considerará, por ese motivo, responsable a dicho Estado<sup>37</sup>.

En segundo lugar, el reglamento en cuestión asigna la responsabilidad de examinar la solicitud de protección internacional al Estado que se haya encargado de la *expedición de un*

---

a gozar de unas condiciones de vida dignas, ex art. 3º del referido Convenio, precepto este que prohíbe someter a nadie a penas o tratos inhumanos o degradantes. Cfr. al respecto, Morgade Gil, S., *El funcionamiento efectivo de la política europea de asilo ante la garantía del derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes del CEDH*, “Revista de Derecho Comunitario Europeo”, nº 41, 2012, p. 183 a 204.

<sup>35</sup> Acogiendo así la Convención de los Derechos del Niño de la ONU de 1989. Cfr., al respecto, Breen, C., *The standard of the best interest of child*, London-New York-The Hague, 2002.

<sup>36</sup> STJUE de 6 de enero de 2013, C-648/11, “Asunto MA v. Secretary of State for the Home Department”.

<sup>37</sup> STJUE de 6 de noviembre de 2012, C-245/11, “Asunto K v. Bunse-sasylam”.

*permiso o visado*, teniendo en cuenta su fecha de obtención, caducidad y vigencia, además de la circunstancia del abandono, o no, del territorio en cuestión<sup>38</sup>.

En tercer lugar, y más allá de estos supuestos anteriormente señalados que expresan la previa existencia de un vínculo o relación previa del solicitante con un Estado miembro, se viene a determinar seguidamente que se habrá de considerar responsable de examinar la solicitud de protección internacional el primer *Estado cuyas fronteras haya cruzado el solicitante ilegalmente*<sup>39</sup>.

En cuarto lugar, se asignará la competencia al *Estado miembro a cuyo territorio el solicitante haya accedido sin necesidad de visado*, esto es, de forma legal.

Finalmente, en quinto lugar, el último criterio previsto permite señalar como responsable de examinar la solicitud de protección internacional al *Estado miembro en cuyo territorio se ubique el aeropuerto que alberga la zona de tránsito internacional en la que presentó la instancia el peticionario*.

De todos modos, si pese a recurrir a estos criterios, jerárquicamente ordenados, no puede determinarse cuál es el Estado responsable, se considerará, subsidiariamente, que lo es *el primer Estado donde se presentó la solicitud*. Con todo, el reglamento contempla, discrecionalmente, que cualquier Estado miembro podrá examinar una solicitud de protección internacional que le sea presentada, aun cuando no le incumba o corresponda inicialmente. Ello le convertirá, desde ese momento, en Estado responsable, asumiendo las obligaciones anejas a tal condición, por lo que se hará cargo del solicitante y le readmitirá, en su caso, en su territorio, tramitando su petición de protección. En todo caso, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reconocido el *derecho al recurso* contra la decisión de un Estado de no examinar una solicitud de asilo y de trasladar al solicitante al Estado miembro responsable<sup>40</sup>.

Aun así, a pesar de la enunciación de los criterios indicados, la atribución de la carga de evaluar la solicitud de protec-

<sup>38</sup> STJUE de 26 de julio de 2017, C-646/16, “Asunto Khadija Jafari”.

<sup>39</sup> Acerca del alcance otorgado a la expresión “ingreso irregular”, cfr., ibidem y STJUE de 26 de julio de 2017, C-490/16, “AS v. Slovenia”.

<sup>40</sup> STJUE de 10 de diciembre de 2013 (Gran Sala) C-394/12, “Asunto Shamsu Abdullah v. Bundesssaylamt”.

ción internacional al primer Estado donde se presentó aquella, suele ser el criterio que habitualmente se sigue en la mayoría de los casos. Ello genera una presión insoportable en las situaciones en las que se produce una afluencia masiva de solicitantes, dada la limitada capacidad de acogida existente. De ahí que deba reconsiderarse la aplicación del criterio en cuestión en una futura y, a todas luces, necesaria reforma del sistema, a fin de distribuir, equitativa y eficientemente, a través de un mecanismo de asignación automático y permanente, dicha responsabilidad entre todos los Estados miembros, en garantía de una mejor protección de los derechos de las personas afectadas y de la mejor integración de las mismas en aquellos<sup>41</sup>.

En sexto lugar, a modo de necesario complemento, en relación a la determinación del Estado miembro responsable de examinar la solicitud de protección internacional, se ha creado el *sistema EURODAC para la comparación de las impresiones dactilares* (reglamento 603/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013). Esto es, dado que toda presentación de una solicitud de dichas características obliga a las autoridades a constatar la identidad del sujeto y a averiguar si ya había presentado su solicitud ante otro Estado miembro, el sistema EURODAC exige a las autoridades nacionales tomar las impresiones dactilares del solicitante de asilo, conforme a una serie de reglas y procedimientos, y transmitirlos inmediatamente a la base de datos habilitada a esos efectos. De ese modo, tras la aplicación del sistema de referencia, cabrá determinar cuál es el Estado miembro responsable de examinar la solicitud, conforme a los criterios indicados en el reglamento Dublín, previniendo los llamados “movimientos secundarios” entre los Estados y, consiguientemente, la presentación múltiple de solicitudes de asilo en diferentes Estados. De nuevo estamos en presencia de un notable progreso en la ordenación del proceso; avance que, no obstante, puede utilizarse, asimismo, con fines

<sup>41</sup> Resolución del Parlamento Europeo de 6 de noviembre de 2017. Así, Moschetta, T. M., *I criteri di attribuzione delle competenze a esaminare le domande d'asilo nei recenti sviluppi dell'iter di riforma del regime di Dublino*, “Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato e Europeo”, n° 5, 2018, p. 2 a 22; en especial, p. 19. También, Di Filippo, M., *Considerazioni critiche in tema di sistema di asilo dell'UE e condivisione degli oneri*, “I Diritti del Uomo”, n° 1, 2015, p. 47.

policiales y de seguridad, ajenos a los inicialmente previstos. De ahí las dudas que ha venido generando su aplicación<sup>42</sup>.

En séptimo lugar, ha de aludirse, a modo de mecanismo o instrumento de cierre del sistema, al conjunto de *normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular* (directiva 2008/115, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008). Dicha normativa, considerablemente polémica y justamente cuestionada, pretende armonizar el procedimiento de expulsión de los extranjeros que permanecen en situación irregular en el territorio de los Estados miembros, sin perjuicio de las normas nacionales o europeas más favorables para las personas<sup>43</sup>. Es, sin embargo, una legislación que, más que armonizar, se limita a expresar unas normas mínimas determinantes de un marco en el que se concede una considerable libertad de autodeterminación a los Estados miembros, en relación con las resoluciones que tengan estos a bien adoptar. Libertad a la que ellos se han acogido, ciertamente, en grado, a veces, cuasi pleno. De ese modo, la directiva ha venido a reconocer la competencia de aquellos para adoptar decisiones de retorno; facilitar la salida voluntaria, imponer la expulsión inmediata y acordar la prohibición de entrada, a través de una mera decisión o acto administrativo, sin perjuicio de las excepciones que se contemplan<sup>44</sup>. Así, las exiguas garantías procedimentales que los Estados miembros han de observar se resumen únicamente, conforme a lo dispuesto en la directiva, en los deberes de comunicación escrita y razonada, traducida y recurrible de tales decisiones, sin que se impida la convalidación

<sup>42</sup> Peers, S., *The second phase of the Common European Asylum System. A brave new world, or lipstick or a pig?*, "Statewatch Analysis", 8/4/2013.

<sup>43</sup> Exhaustivamente, Fajardo del Castillo, T., *La directiva sobre el retorno de los inmigrantes en situación irregular*, "Revista de Derecho Comunitario Europeo", n° 33, 2009, p. 453 a 499. Valora su aplicación Reig Fabado, I., *La directiva de retorno y la tutela judicial efectiva*, "Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales", n° 19, 2015, p. 115 a 126.

<sup>44</sup> STJUE de 7 de junio de 2016 (Gran Sala), C-47/15, "Sélina Affum v. Préfect du Paass-de-Calais y Procureur général de la Cour d'appell de Douai". Ver su oportuno comentario en Martínez Alarcón, M. L., "Artículo 18: derecho de asilo", en López Castillo, A. (dir.), *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diez años de jurisprudencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 511 y ss., en especial, p. 577.

de las medidas de “internamiento a efectos de expulsión” que, con un carácter indisimuladamente punitivo y devaluada protección de los derechos procesales de los afectados, se autoriza que se apliquen, incluso, en centros penitenciarios, sin distinción entre adultos y menores, durante un período máximo de dieciocho meses, ni plazo tasado para la intervención judicial. Dichas resoluciones, previas a la expulsión, competen, además, a la autoridad administrativa de cada Estado miembro, considerándose, a lo sumo, la posibilidad de su revisión judicial<sup>45</sup>.

Mientras se discute una nueva reforma del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA), una vez constatadas sus carencias y limitaciones, cada vez se cobra más conciencia acerca de la necesidad de establecer una genuina *política migratoria común* en el seno de la Unión<sup>46</sup>, que contemple, con carácter general y de forma probablemente inexcusable, la creación, tantas veces demandada, de una Agencia Europea de Asilo, que asuma, de manera gradual pero efectiva, tanto el registro e identificación de los demandantes de protección internacional llegados a las fronteras de la Unión, a través de un renovado sistema EURODAC, como el primer examen de la solicitud correspondiente. Dicha Agencia habrá de encargarse, además, de asignar a cada aspirante a un Estado de la Unión, conforme a un criterio de reparto que tenga en cuenta la población y la riqueza de cada Estado miembro, deduciendo de la cuota estatal a las personas que sean devueltas a su país de origen o residencia. Y, complementariamente, dicho sistema deberá contemplar un paquete de medidas orientadas a uniformizar, convirtiendo así a las actuales directivas en reglamentos, tanto el procedimiento de concesión de protección internacional, que conviene, a su vez, simplificar, como el destinado al reconocimiento de un estatuto a

<sup>45</sup> Para una crítica de los extremos más controvertidos de la directiva, cfr., entre otros, Baldaccini, A., *The EU directive on return: principles and protests*, “Refugee Survey Quarterly”, 28 (4), 2009, p. 114 a 138. También, Sánchez Fernández, A., *Inmigración y derechos humanos en la Unión Europea. Análisis de la directiva 2008/115/CE*, “Persona y Derecho”, vol. 68, 2013, p. 159 a 179.

<sup>46</sup> Porras Ramírez, J. M., “Un pacto sobre inmigración y asilo en la Unión Europea”, en Porras Ramírez, J. M. (coord.), *Migraciones y asilo en la Unión Europea*, Madrid, Thomson Reuters-Aranzadi, 2020, p. 145 a 171. También, Faggiani, V., “Propuestas de reforma del Sistema Europeo Común de Asilo”, en Porras Ramírez, J. M., *Migraciones y asilo en la Unión Europea*, op. cit., p. 195 a 227.

sus demandantes; al tiempo que se promueve una convergencia en las condiciones de acogida. De este modo, se disuadirían los desplazamientos internos, esto es, los llamados “movimientos secundarios”, requiriendo a los solicitantes de asilo para que solo cursen su petición una vez. El objetivo no ha de ser otro que abolir la práctica, tan denostada, del *asylum shopping*, a fin de otorgar certeza, coherencia y previsibilidad al sistema<sup>47</sup>.

Todo ello, al tiempo que se disuade la migración irregular, eliminando las barreras legales actualmente existentes, a fin de facilitar a todo extranjero que así lo desee, asistido de motivos fundados y sea cual sea su origen o lugar de procedencia, el ejercicio del derecho inalienable a presentar una solicitud de protección internacional. De lo contrario, su situación quedará expuesta a la privación de los derechos más elementales que, como ser humano, le son inherentes. Solo así, combinando eficacia con una mayor dosis de solidaridad entre los Estados miembros de la Unión, cabrá establecer una política común, racional, equitativa, predecible y duradera, que gestione, con respeto escrupuloso a los derechos fundamentales reconocidos en la Carta, los movimientos migratorios que, alentados por persecuciones o la amenaza de sufrir daños personales graves, sigan inevitablemente afectando a Europa<sup>48</sup>.

En definitiva, la garantía del derecho de asilo, que formula el art. 18 de la Carta, se vislumbra, todavía en la actualidad, más bien, como una expectativa de derecho, al no haber alcanzado la plena o completa consistencia iusfundamental que las normas de derecho derivado de la Unión siguen sin ofrecerle<sup>49</sup>. Aun así, las previsiones que contempla, siquiera programáticamente, el TFUE incitan claramente a ello, merced a la amplia atribución competencial que efectúa dicho Tratado en favor de

<sup>47</sup> Cfr. las iniciativas promovidas por la Comisión y las enmiendas introducidas por el Parlamento Europeo, siguiendo muy de cerca, en este caso, el Informe Wikström, [www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0345\\_ES.html](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0345_ES.html).

<sup>48</sup> Martínez Alarcón, M. L., *La política europea de protección internacional. Sistema Europeo Común de Asilo*, Madrid, Aranzadi, 2018, *passim*.

<sup>49</sup> Ver, asimismo, el Protocolo sobre asilo a nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea. Comenta su alcance Ridaura Martínez, M. J., “Las solicitudes de asilo de nacionales de Estados miembro de la Unión Europea”, en Porrás Ramírez, J. M., *Migraciones y asilo en la Unión Europea*, op. cit., p. 229 a 254.

las instituciones comunitarias. Pero ha de insistirse en que tal propósito requiere la superación de las limitaciones que sigue ofreciendo el marco normativo vigente. Solo entonces el reconocimiento que del derecho efectúa la Carta podrá beneficiarse de la amplia tutela jurídica que le es imprescindible a fin de dotarlo de una eficacia incondicionada. Ir más allá del establecimiento de normas de principio, disponiendo un auténtico estatuto jurídico uniforme en la materia, permitirá asegurar, de forma efectiva, la protección internacional de las personas desplazadas, ya sea a través del asilo, ya de la protección subsidiaria o de la de carácter temporal, particularmente en casos de afluencia masiva, situación esta, como se ha insistido en señalar, no contemplada en la Convención de Ginebra<sup>50</sup>.

De esa forma, apostando decididamente por la libertad que representa la Carta y no, ante todo, por la seguridad que otras normas de la Unión asimismo postulan, se conferirá eficacia plena al derecho contemplado en aquella. Se conseguirá así que una manifestación señera de la dignidad humana se convierta, por fin, en una consistente realidad.

<sup>50</sup> Porras Ramírez, J. M., *El Sistema Europeo Común de Asilo y la crisis de los refugiados. Un nuevo desafío de la globalización*, "Revista de Estudios Políticos", nº 175, 2015, p. 232.

## **CAPÍTULO X**

# **COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN CONTEXTOS DE MIGRACIÓN: EL DESARROLLO DE UNA EXPERIENCIA REGIONAL**

por JAVIER PALUMMO\*

§ 1. *CONSIDERACIONES PREVIAS.* – La migración internacional es un fenómeno que involucra a dos o más Estados, entre países de origen, de tránsito y de destino, tanto de migrantes como de personas refugiadas y solicitantes de asilo, muchas de esas personas son niños, niñas y adolescentes. En consecuencia, se trata de un asunto que requiere niveles importantes de coordinación y cooperación internos, pero también entre autoridades que se encuentran en diferentes países.

La protección de la infancia y la adolescencia en contextos de migración es un fenómeno transnacional un poco más complejo. Por un lado, como resultado de que la gobernanza de la

\* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad de la República, UDELAR). Magíster en Políticas Públicas y Derechos de la Infancia por la UDELAR. Director del Departamento de Investigación y Gestión de la Información del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del Mercosur, y miembro experto y relator del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Las opiniones aquí reflejadas son de estricto carácter personal y pueden no coincidir con las instituciones de pertenencia.

migración internacional contemporánea haya estado dominada durante mucho tiempo por la perspectiva y las prácticas de los migrantes adultos<sup>1</sup>. Pero, además, por la circunstancia de que las normas y las políticas de infancia no han desarrollado una mirada específica orientada a la especificidad de la protección de niñas y adolescentes en contextos de migración. Esta situación ha ido cambiando en tiempos recientes. Es así que en los últimos años es posible observar un creciente desarrollo de carácter normativo en relación con el tema. Lo que paralelamente ha sido acompañado de diversas iniciativas institucionales, políticas públicas, elaboración de instrumentos tales como guías, protocolos, manuales y documentos que recogen lineamientos, así como espacios de coordinación y de trabajo, entre otras muchas actividades específicas que han involucrado a autoridades nacionales, organismos internacionales, iniciativas académicas y el trabajo de las organizaciones de la sociedad civil. Adicionalmente, en el actual contexto, y como consecuencia de la situación generada por la pandemia de Covid-19, en diversos informes, pronunciamientos de organismos internacionales, estudios y artículos académicos se ha puesto en evidencia el impacto desproporcionado en la vida de niños, niñas y adolescentes migrantes que ha tenido y que está teniendo la situación referida. El mayor interés en la temática ha permitido identificar nuevos escenarios de vulneración de derechos, y, como correlato, el señalamiento de dificultades para abordar la temática por parte de los sistemas de protección de derechos de la infancia y las políticas migratorias.

En este artículo analizamos la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes en contextos de migración desde la perspectiva de la coordinación y cooperación transnacional. Para desarrollar esta tarea tomo especialmente en cuenta la experiencia sudamericana y en especial el camino que se ha transitado en el Mercosur. La protección internacional de la infancia y la adolescencia refugiada y solicitante de asilo no es considerada en el marco de este documento como forma de delimitar el análisis y la reflexión.

<sup>1</sup> Bhabha, *Governing adolescent mobility: the elusive role of children's rights principles in contemporary migration practice*, "Childhood", vol. 26, 3, 2019, <http://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0907568219852661>.

§ 2. **EN LAS FRONTERAS DE LA PROTECCIÓN.** – La atribución de derechos a la infancia ha estado tradicionalmente acompañada de resistencias, debates y controversias. La aprobación y amplia ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), no puso un final a esos debates. Las críticas han estado orientadas a cuestionar la universalidad de la aplicación de este instrumento internacional, su legitimidad y su eficacia para transformar las vidas de niños, niñas y adolescentes. Las posiciones que cuestionan la posibilidad de una aplicación universal, argumentan que los derechos humanos individuales corresponden a concepciones liberales de la persona, propias de corrientes de pensamiento de origen occidental, codificando un ideal de infancia occidental, urbano y de clase media, no transferibles a otras culturas y sociedades<sup>2</sup>. También se ha sostenido que los derechos de la infancia solo son útiles para grupos que tienen una posición privilegiada. Por lo que contribuyen a la reproducción de las situaciones de desigualdad social. Existiría, de acuerdo con estas posiciones, una paradoja fundamental en la defensa global de los derechos de los niños, que pone un énfasis en la “universalización de la infancia”, pero no en la universalización de las condiciones de acceso a la “infancia universal”<sup>3</sup>, un enfoque que busca globalizar las normas de las sociedades posindustriales, pero sin globalizar las condiciones materiales de la infancia que fomentaron esas normas<sup>4</sup>.

La literatura específica ha puesto en evidencia la forma en la cual, en la categoría de la infancia migrante, confluyen diferentes miradas cargadas de valoraciones morales divergentes<sup>5</sup>. Por un lado, una mirada que identifica a la infancia con una etapa signada por la debilidad y dependencia, en la

<sup>2</sup> Fernando, *Children's rights: beyond the impasse*, “The Annals of the American Academy of Political and Social Science”, vol. 575, 1, 2001, <http://journals.sagepub.com/doi/10.1177/000271620157500101>.

<sup>3</sup> Schuch - Fonseca, “Introdução”, en *Políticas de proteção a infância. Um olhar antropológico*.

<sup>4</sup> Pupavac, *Punishing Childhoods: contradictions in children's rights and global governance*, “Journal of Intervention and Statebuilding”, vol. 5, 3, 2011, [www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/17502977.2011.566486](http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/17502977.2011.566486).

<sup>5</sup> O'Connell, *Moving children? Child trafficking, child migration, and child rights*, “Critical Social Policy”, vol. 31, 3, 2011, <http://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0261018311405014>.

que se coloca a niños y niñas en un papel pasivo, caracterizado por su inocencia y vulnerabilidad, pureza y bondad natural. Por otro lado, la idea de peligro asociada a esos niños y niñas en tanto “inmigrantes”, especialmente cuando son considerados “ilegales” o “solicitantes de asilo”. En esos casos, no se les atribuye ni inocencia, ni vulnerabilidad, desde discursos que enfatizan su capacidad de agencia y su astucia, se los presenta como una amenaza<sup>6</sup>. Esos niños, que cruzan las fronteras para buscar medios de vida, para educarse, para acceder a un tratamiento de salud, para acceder a cualquier tipo de prestación o derecho, o para intentar salvar sus vidas, son presentados con un problema. Las actitudes paternalistas sobre la inocencia infantil se dejan de lado a medida que prevalece la xenofobia y estas poblaciones infantiles pasan a considerarse una amenaza para la “biovitalidad nacional”<sup>7</sup>.

Pero más allá de estos debates, en la actualidad la CDN es un punto de partida inevitable para cualquier discusión sobre los derechos de la infancia y la adolescencia. Este instrumento ha dado lugar a procesos de adecuación de la normativa interna y la institucionalidad en los países que lo han ratificado, lo que ha ocurrido especialmente en la región. Estas transformaciones fueron abarcando diferentes áreas de las políticas públicas, y también las políticas migratorias. En forma paralela los niños, niñas y adolescentes en el contexto de la migración internacional han sido objeto de una creciente protección por parte del derecho internacional de los derechos humanos durante las últimas décadas, lo que ha implicado una transformación gradual en la concepción de los niños migrantes. Lo que puede verificarse no solo en la aprobación de nuevos instrumentos normativos y de política pública, sino además en una evolución de la terminología que da cuenta de una sofisticación en la categorización y la comprensión del

<sup>6</sup> Nadesan, *Governing childhood into the 21st century*, <http://link.springer.com/10.1057/9780230106499>; O'Connell, *Moving children? Child trafficking, child migration, and child rights*, “Critical Social Policy”, vol. 31, 3, 2011, <http://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0261018311405014>.

<sup>7</sup> Nadesan, *Governing childhood into the 21st century*, <http://link.springer.com/10.1057/9780230106499>; O'Connell, *Moving children? Child trafficking, child migration, and child rights*, “Critical Social Policy”, vol. 31, 3, 2011, <http://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0261018311405014>.

fenómeno<sup>8</sup>. Los sistemas de protección de los derechos de la infancia comenzaron a identificar las particularidades que implica garantizar los derechos de estas poblaciones específicas. Las políticas migratorias comenzaron a tener en cuenta los intereses y la perspectiva de la infancia. Estos aspectos se verifican, en el marco de los desafíos que se presentan como el resultado de la ausencia de perspectiva de la infancia en las políticas migratorias tradicionales, así como de la poca incorporación de la temática migratoria en las políticas de infancia<sup>9</sup>. Este desencuentro ha sido explicitado en forma reiterada en la producción académica. En este sentido, se ha expresado que en el campo de los estudios de la infancia, a menudo falta considerar la importancia de la migración, así como la reflexión sobre el impacto del fenómeno migratorio en la vida de los niños. Del mismo modo, el campo de los estudios de migración solo ha tenido en cuenta de manera limitada las ideas de los estudios de la infancia<sup>10</sup>.

§ 3. **UNA EXPERIENCIA REGIONAL.** – El tema de infancia y la adolescencia en contextos de migración ha sido objeto de una creciente atención por parte del derecho internacional de los derechos humanos durante los últimos años. En una década pasó a constituirse un asunto que motivó desde la reflexión académica en relación a los estándares aplicables, diversas iniciativas de investigación por parte de la sociedad civil y de diversas organizaciones, así como el desarrollo de instrumentos específicos por parte de organismos internacionales, entre otras muchas iniciativas. En el ámbito del Mercosur, entre la aprobación de los primeros instrumentos normativos referentes a la temática –a partir del año 2006–, y la situación actual, mucho ha cambiado desde la perspectiva de la construcción de estándares normativos y también en lo que refiere a la reflexión sobre el tema.

<sup>8</sup> Bhabha, *Child migration and human rights in a global age*.

<sup>9</sup> Ceriani - García - Salas, *Niñez y adolescencia en el contexto de la migración: principios, avances y desafíos en la protección de sus derechos en América Latina y el Caribe*, "REMHU, Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana", vol. 22, 42, 2014, [www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1980-85852014000100002&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1980-85852014000100002&lng=es&tlng=es).

<sup>10</sup> Seeberg - Godziak, "Contested childhoods: growing up in migrancy", en Seeberg - Elbieta - Godziak (eds.), *Contested childhoods: growing up in migrancy*.

En relación con este aspecto, puede mencionarse como uno de los primeros antecedentes, el Acuerdo sobre procedimiento para la verificación de la documentación de egreso e ingreso de menores entre los Estados parte del Mercosur y Estados asociados (2006). Esta norma ha procurado establecer reglas mínimas de procedimiento para el ingreso y egreso de niños, niñas y adolescentes en los países de la región. Así como también, el Acuerdo para la implementación de bases de datos compartidas de niños, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad del Mercosur y Estados asociados (2008), y el Acuerdo entre los Estados parte del Mercosur y Estados asociados sobre cooperación regional para la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad (2008). Este último instrumento ha considerado que la mayor circulación de las personas en la región repercute en la necesidad de crear herramientas y mecanismos que tengan en miras la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Atento a tales fines, considera prioritario armonizar los procedimientos de cooperación regional en materia de niños, niñas y adolescentes, utilizar coordinadamente la información emanada de autoridades judiciales y administrativas en torno a la localización o paradero, así como la relativa a restricciones de egreso de niños, niñas y adolescentes, que permitan su efectiva localización. Si bien la aprobación de estos instrumentos ha constituido un valioso antecedente de una serie de avances subsiguientes, tempranamente fueron identificadas dificultades en su implementación, así como la ausencia de acciones de seguimiento y evaluación sobre el cumplimiento de estos acuerdos que den cuenta del impacto y la efectividad de sus cláusulas<sup>11</sup>.

El interés en la temática tuvo como uno de los momentos más significativos la solicitud efectuada en el año 2011 a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por parte de los países que en ese entonces conformaban el bloque regional (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay) que ha dado lugar a la opinión consultiva OC-21/14. Esta iniciativa tuvo el propósito de contribuir en los esfuerzos de los países de la

<sup>11</sup> IPPDH, *La implementación de los acuerdos del Mercosur relativos a la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes. Diagnóstico para la acción.*

región por adecuar sus legislaciones, sus políticas migratorias y de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Esta solicitud –elaborada con la asistencia técnica del IPPDH– se propuso esclarecer cómo se deben articular las leyes y políticas migratorias con los sistemas de protección de los derechos de la niñez, y qué condición de vulnerabilidad debe primar: la condición de niño o la condición de migrante<sup>12</sup>.

En la propia solicitud se expresa que entre los problemas que se consideran más apremiantes y que derivan de la falta de articulación entre las políticas migratorias y las políticas de protección de derechos de la infancia, cabe mencionar la ausencia de procedimientos adecuados para identificar las diferentes situaciones de riesgo que enfrentan los niños que integran flujos migratorios mixtos o de composición diversa. De acuerdo con esta solicitud, estos procedimientos deberían servir para determinar en cada caso las eventuales necesidades de protección internacional que pudieren existir<sup>13</sup>.

Dentro de los aspectos más relevantes de la OC-21/14, se encuentra la prevalencia del régimen jurídico de infancia por sobre el migratorio, el énfasis en la protección internacional e identificación de riesgos, y la defensa de principios tales como la garantía del debido proceso, la no privación de la libertad, la protección integral del niño durante el proceso migratorio, la no devolución, y el derecho a la vida familiar. Asimismo, sostiene la importancia de contar con espacios de alojamiento y procurar la posibilidad de solicitar asilo y refugio. Todo ello, además de desarrollar una serie de estándares normativos para la adecuación de la legislación en materia de política migratoria y de protección de derechos de niños y adolescentes<sup>14</sup>.

La promoción de dicha solicitud estuvo acompañada al año siguiente por la formulación del programa de acciones y actividades para garantizar los derechos de los niños, niñas

<sup>12</sup> IPPDH - OIM, *Derechos humanos de la niñez migrante*.

<sup>13</sup> El texto de la solicitud de opinión consultiva se encuentra disponible en [www.corteidh.or.cr/solicitudoc/solicitud\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/solicitudoc/solicitud_esp.pdf).

<sup>14</sup> IPPDH - OIM, *Iniciativas regionales para la identificación y atención de niños, niñas, y adolescentes migrantes*.

y adolescentes migrantes y de sus familiares<sup>15</sup>. La preocupación por la temática en el bloque daba lugar al establecimiento de formas de trabajo conjunto inéditas, la articulación para la presentación de la solicitud antes referida, el establecimiento de mandatos conjuntos para la realización de algunas acciones, son algunas de las modalidades que tuvo la coordinación de acciones en esta etapa.

Más adelante, en 2016, fue elaborada la Guía regional del Mercosur para la identificación y atención de necesidades especiales de protección de los derechos de niños y niñas migrantes (en adelante la guía regional). Este instrumento, diseñado por el IPPDH sobre la base del marco jurídico internacional y regional y de los estándares establecidos en la OC-21/14 fue un producto específico del bloque regional elaborado en el marco de estas nuevas formas de articulación. El documento resultante de ese proceso fue discutido y aprobado por el Foro Especializado Migratorio del Mercosur y Estados Asociados (FEM) y la Comisión Permanente Niñ@sur de la Reunión de Altas Autoridades sobre Derechos Humanos del Mercosur (RAADH).

El FEM es un espacio creado en el año 2003, que funciona en el ámbito de las reuniones de ministros de interior y seguridad del Mercosur y Estados asociados y que tiene entre sus funciones el estudio del impacto de las migraciones en la región y fuera de ella, el análisis y desarrollo de proyectos de normas o acuerdos en materia migratoria que regirán para los países del bloque. Mientras que la RAADH, creada en el 2004, es un espacio de coordinación intergubernamental sobre políticas públicas de derechos humanos que reúne a las máximas autoridades de las instituciones competentes en la materia de los Estados parte y asociados del Mercosur. En el marco de dicha reunión, además, existen múltiples espacios de trabajo de carácter temático, es el caso de la Comisión Permanente Iniciativa Niñ@sur creada en el año 2005, cuya meta general es articular los esfuerzos nacionales y promover acuerdos regionales orientados al cumplimiento de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes. Es precisamente en el marco

<sup>15</sup> IPPDH, *Programa de acciones y actividades para garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes y de sus familiares en el marco del eje II del Plan Estratégico de Acción Social del Mercosur.*

de la agenda de esta Comisión permanente que fue gestada la idea de una solicitud de opinión consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos referida a la temática de los niños, niñas y adolescentes migrantes.

La elaboración de esta guía regional tuvo como uno de sus objetivos establecer criterios y pautas de acción comunes para la identificación de situaciones de vulneración de derechos o necesidades internacionales de protección de niños, niñas y adolescentes migrantes por parte de autoridades estatales, facilitar la armonización de los procedimientos y una adecuada articulación entre los países del bloque<sup>16</sup>, así como para articular mecanismos adecuados de derivación y referencia de los casos para la atención y cuidado por parte de los organismos de protección de la infancia<sup>17</sup>.

El documento aborda algunos aspectos respecto de los cuales es indispensable la cooperación y coordinación entre las autoridades de los diversos países; es el caso de la necesaria colaboración en relación con el proceso de documentación, o de la implementación de mecanismos operativos comunes para el registro, sistematización, análisis y circulación periódica de información entre los Estados. Además, el propio mecanismo de seguimiento previsto en la guía contribuye a un mayor intercambio de información con el propósito de poder establecer la cooperación interestatal. Este documento tenía previsto que la evaluación sobre la implementación de la guía se iba a realizar por intermedio del Foro Especializado Migratorio del Mercosur (FEM) y la Reunión de Altas Autoridades en Derechos Humanos y Cancillerías del Mercosur (RAADDHH), bien por sí o por intermedio la Comisión Permanente Niñ@sur, mediante la elaboración de informes anuales sobre los avances en la materia en base a la información que suministren las representaciones de cada país, el que compartirán con el IPPDH quien prestará su apoyo técnico para relevar, sistematizar la

<sup>16</sup> Musso, *Algunas consideraciones sobre los derechos humanos y el Mercosur*, "Relaciones Internacionales", vol. 28, 57, 2019, <https://revistas.unlp.edu.ar/RRII-IRI/article/view/8857>.

<sup>17</sup> IPPDH, *Protección de niños, niñas y adolescentes en contextos de migración. Manual de aplicación de estándares internacionales y regionales de derechos humanos*; IPPDH - OIM, *Iniciativas regionales para la identificación y atención de niños, niñas, y adolescentes migrantes*, op. cit.

información y presentar los avances y colaboración para la implementación de la presente guía, y evaluarán la posibilidad de coordinar reuniones conjuntas cuando lo estimen necesario a esos fines. En ese sentido, para el seguimiento de la implementación, el IPPDH tendrá a su cargo la realización de un informe general en base a los informes anuales que reciba, el que será presentado luego a las instancias mencionadas.

Para elaborar el informe final, el IPPDH, de acuerdo al instrumento analizado, podría contar con información reservada sobre los principales obstáculos y avances en la ejecución de este instrumento. Para la recolección de dicha información, los Estados se comprometen a brindar la información necesaria al IPPDH que será de carácter reservado y utilizada a efectos de establecer mecanismos de cooperación interestatal, y podrá nutrirse también de informes elaborados por organismos internacionales y de la sociedad civil que quieran aportar datos relativos a la implementación de la guía. En este sentido, se menciona la conveniencia de evaluar la aplicación del acuerdo para la implementación de bases de datos compartidas de niños, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad del Mercosur y Estados asociados, instrumento que explícitamente es considerado relevante para avanzar en una mayor cooperación y coordinación entre los países del bloque. Más adelante nos referiremos a las dificultades para la implementación de estos compromisos (ver § 5).

La guía regional, si bien es un producto específico del bloque regional, es un documento que ha sido referenciado por otros espacios regionales como es el caso de la Conferencia Sudamericana sobre Migraciones<sup>18</sup>, o del Proceso de Quito, que fuera constituido en el año 2018 como una instancia multilateral establecida para dar respuesta a la crisis migratoria de personas provenientes de Venezuela<sup>19</sup>. En especial en el marco

<sup>18</sup> Conferencia Sudamericana sobre Migraciones, Declaración final de la XVII Conferencia: “La inclusión e integración de las personas migrantes más allá de las fronteras territoriales”, Montevideo, Uruguay, 14 a 16 de noviembre de 2017, y también Declaración de Sucre en la XVIII Conferencia: “Ciudadanía suramericana: nueva cultura de libre movilidad humana hacia la ciudadanía universal”, Sucre, Bolivia, 22 y 23 de noviembre de 2018.

<sup>19</sup> Proceso de Quito, Capítulo Buenos Aires, Declaración Conjunta de la IV Reunión Técnica Internacional sobre Movilidad Humana de Nacionales Venezolanos, Buenos Aires, 5 de julio de 2019.

del Proceso de Quito se destaca la consideración de una propuesta para elaborar un Protocolo de Cooperación Regional para la protección de la niñez y adolescencia migrante y refugiada venezolana<sup>20</sup>. Paralelamente al desarrollo de instrumentos de carácter multilateral, los diferentes países de la región sudamericana han elaborado instrumentos específicos ajustados a las diferentes realidades nacionales.

La guía regional no es un desarrollo aislado, buena parte de los avances normativos relativos a las políticas de movilidad y las migraciones, y en especial a las migraciones intrarregionales en el bloque regional, es necesario comprenderlos en el marco de una vinculación explícita del proceso de integración regional con la idea de democracia y derechos humanos<sup>21</sup>. Lo cual ha dado lugar a instrumentos, iniciativas y coordinaciones regionales, así como el establecimiento de una institucionalidad específica<sup>22</sup>.

En definitiva, la evolución del tratamiento del tema desde la perspectiva de la coordinación y la cooperación ha sido importante. Al esfuerzo inicial por desarrollar principios generales de actuación y los estándares normativos internacionales y regionales sobre la protección de niños, niñas y adolescentes en contexto de movilidad humana, le ha seguido una labor específica de construcción de lineamientos técnicos para los procedimientos, pautas consensuadas para la evaluación del principio del interés superior del niño, niña y adolescente, entre otros compromisos y recomendaciones técnicas.

§ 4. **COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN PARA LA PROTECCIÓN.** – El trabajo que se está desarrollando desde diversos espacios institucionales, además de avanzar en la construcción de estándares normativos y lineamientos para las políticas públicas, ha

<sup>20</sup> Proceso de Quito, Capítulo de Bogotá, Declaración de la VI Reunión Técnica Internacional sobre Movilidad Humana de Ciudadanos Venezolanos en la Región, Bogotá, 14 y 15 de noviembre de 2019.

<sup>21</sup> Bazán, *Derechos humanos y Mercosur: actualidad y prospectiva*, “Revista Europea de Derechos Fundamentales”, vol. 2, 20, 2012; Cánepa, *Los derechos humanos en el Mercosur*, “Rev. Secr. Trib. Perm. Revis.”, vol. 3, 6, 2015, [www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/145](http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/145).

<sup>22</sup> IPPDH, *A 40 años del cóndor. De las coordinaciones represivas a la construcción de las políticas públicas regionales en derechos humanos*.

puesto en evidencia la importancia de abordar el tema desde una perspectiva que contemple la coordinación, la cooperación y la articulación transnacional. Esta modalidad de abordaje del tema es una consecuencia del carácter transnacional del propio fenómeno migratorio. Esto implica que cuando se aborda esta temática, con el objetivo de dar una respuesta adecuada y eficaz, es preciso establecer estándares y diseñar políticas que cuenten con el compromiso de todos los países afectados desde una perspectiva transnacional en el marco de una coordinación internacional seria y a largo plazo entre países con relación a los derechos humanos, al desarrollo humano y al impacto humanitario de la migración internacional<sup>23</sup>.

En consecuencia, se deben privilegiar las respuestas regionales, así como la implementación –en términos generales– de formas de cooperación y coordinación, sean bilaterales o multilaterales, que incluyan aspectos relativos a las regulaciones migratorias y a las políticas de infancia. Esta modalidad parece ser una consecuencia del carácter transnacional del propio fenómeno migratorio, pero también es el resultado del abordaje del tema en el marco de un proceso de integración regional<sup>24</sup>.

Es inevitable no relacionar esta orientación al enfoque que establece el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular (2018)<sup>25</sup>. Este instrumento representa en sí mismo un marco de cooperación no vinculante jurídicamente basado en los compromisos acordados por los Estados miembros en la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, y que refiere en varias oportunidades a los niños, niñas y adolescentes en el contexto de la migración internacional, así como en aspectos relativos a los servicios de protección consular y los marcos de cooperación transfronteriza, entre otros aspectos. En este documento se establece además el

<sup>23</sup> ACNUDH, *Improving human rights-based governance of international migration*.

<sup>24</sup> Pellerin, *The cart before the horse? The coordination of migration policies in the Americas and the neoliberal economic project of integration*, "Review of International Political Economy", vol. 6, 4, 1999, [www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/096922999347137](http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/096922999347137).

<sup>25</sup> Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular (A/CONF.231/3), párr. 23.

compromiso de los Estados de gestionar las fronteras nacionales de manera coordinada, promoviendo la cooperación bilateral y regional, y aplicar políticas de gestión de las fronteras que respeten el derecho internacional y los derechos humanos de todos los migrantes, independientemente de su estatus migratorio, que no sean discriminatorias y que tengan en cuenta la perspectiva de género e infantil. En términos generales se trata de un instrumento que se ha planteado en forma explícita el objetivo político de conciliar la idea de la soberanía con los derechos de las personas migrantes, de forma de establecer lineamientos para las políticas migratorias, tanto nacionales como las que requieren de la cooperación multilateral.

En el mismo sentido, desde diversos ámbitos internacionales se ha identificado la importancia de este enfoque en forma explícita. Es el caso, por ejemplo, de la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes (2016)<sup>26</sup>, el Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas en el marco de un estudio específico (2017)<sup>27</sup>, así como el Comité de los Derechos del Niño y el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares en sus observaciones generales conjuntas (2017)<sup>28</sup>.

A todos estos antecedentes es posible enmarcarlos en una larga tradición de abordar diversos aspectos de los derechos de

<sup>26</sup> Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 13 de septiembre de 2016 (A/71/L.1), párr. 58.

<sup>27</sup> Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *El problema mundial de los niños y adolescentes migrantes no acompañados y los derechos humanos*, A/HRC/36/51, 24 de julio de 2017.

<sup>28</sup> Observación general conjunta n° 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, y n° 22 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional, aprobada el 16 de noviembre de 2017 (CMW/C/GC/3, CRC/C/GC/22), párrs. 48 y 49. Observación general conjunta n° 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, y n° 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno, aprobada el 16 de noviembre de 2017 (CMW/C/GC/4, CRC/GC/23), párr. 64.

niños, niñas y adolescentes desde la perspectiva de la cooperación y la coordinación de esfuerzos entre los países. Esto se puede verificar en la normativa existente en temas de trata de personas, sustracción internacional, adopción, restitución, venta de niños y la explotación sexual comercial, protección internacional, entre otros. La importancia de la cooperación entre los países se encuentra presente en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1989), en el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños y la explotación sexual comercial (2000), en la Convención internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (1990), en el 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 Transnacional (2000), entre otros instrumentos internacionales de carácter vinculante. Existen además instrumentos específicos centrados en la cooperación transnacional, como es el caso del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en Materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños.

En el Mercosur la cooperación internacional tiene una relación directa con los objetivos principales del proceso de integración. En este sentido, en el año 2014 fue aprobada por medio de la decisión CMC 23/2014, la “política de cooperación internacional del Mercosur”. Los objetivos generales de esta política son el fortalecimiento de las capacidades de cada uno de los miembros del bloque; la profundización de la integración regional; la reducción de las asimetrías entre los países del bloque, y el intercambio horizontal de conocimientos y experiencias, buenas prácticas, políticas públicas tanto al interior del bloque como con otras instancias de integración existentes. Pero las iniciativas de coordinación y cooperación en el bloque exceden el ámbito específico de esa decisión.

La experiencia regional –en este contexto– se enmarca en este enfoque centrado en la cooperación entre los Estados, la coordinación de acciones y en la agenda de cooperación. La guía regional para la identificación y atención de necesidades especiales de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes, es uno de los resultados de este enfoque

general. Mediante este instrumento los países han pretendido establecer criterios y pautas de acción comunes para la identificación de situaciones de vulneración de derechos o necesidades internacionales de protección de niños, niñas y adolescentes migrantes. Además de facilitar la armonización de los procedimientos migratorios y protección que involucren a niños, niñas y adolescentes migrantes tanto a nivel interno como regional<sup>29</sup>. Pero más allá de los avances normativos, existen importantes desafíos para el gobierno de las migraciones en la región y algunos de esos desafíos tienen relación con el debate actual en relación con el valor de los espacios regionales y multilaterales en un presente y futuro impactado por la situación generada por la pandemia de Covid-19.

§ 5. **PALABRAS FINALES.** – La construcción de estándares y principios específicos fue acompañada por el desarrollo de lineamientos de política pública, el establecimiento de criterios técnicos compartidos, así como reglas orientadas a facilitar la cooperación y coordinación de las políticas orientadas a la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Además, es posible identificar un progresivo desarrollo del tema por parte de pronunciamientos políticos y declaraciones. Pero fuera de estos ámbitos específicos –normativos y de instrumentos técnicos no vinculantes– es inevitable identificar dificultades. En muchos casos, estos instrumentos –tal como lo ha expresado el Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas (2017)– dan lugar a procedimientos que no son eficientes, y sus resultados no son tangibles o no están diseñados desde una perspectiva de derechos humanos<sup>30</sup>.

Entre los principales desafíos de la región se encuentran varios que trascienden lo normativo, y que se refieren a la necesidad de lograr una implementación adecuada, establecer mecanismos de seguimiento y levantamiento de información que permitan demostrar resultados concretos, además de lograr la articulación o la complementariedad entre las diversas

<sup>29</sup> IPPDH - OIM, *Iniciativas regionales para la identificación y atención de niños, niñas, y adolescentes migrantes.*

<sup>30</sup> Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *El problema mundial de los niños y adolescentes migrantes no acompañados y los derechos humanos*, A/HRC/36/51, 24 de julio de 2017, párr. 74 a 80.

iniciativas, y la incorporación de la perspectiva de los derechos humanos en la puesta en práctica de las normas y compromisos. La efectiva implementación de varios de los acuerdos regionales aprobados se ha enfrentado con obstáculos como consecuencia de la falta de armonización normativa o deficiencias institucionales asociadas a la puesta en práctica de este tipo de documentos. Este tipo de circunstancias se encuentran documentadas y representan un aspecto a ser considerado al analizar las posibilidades futuras de que los instrumentos desarrollados logren dar lugar a transformaciones en la realidad de los países de la región<sup>31</sup>. Estas dificultades en la puesta en vigor y la implementación de los instrumentos que han sido elaborados y aprobados en instancias regionales, representa un importante desafío futuro. A modo de ejemplo, existen pocos avances en torno a la puesta en práctica del mecanismo de seguimiento de la implementación de la guía regional del Mercosur para la identificación y atención de necesidades especiales de protección de los derechos de niños y niñas migrantes. Asimismo, ante la emergencia de nuevos temas y cuestiones a resolver en los ámbitos regionales, las temáticas vinculadas a los derechos de niños, niñas y adolescentes en contextos de migración –salvo algunas excepciones– han disminuido su presencia en las actas de las reuniones de la RAADH y del FEM.

Los Estados son y seguirán siendo los actores principales en los temas migratorios. La propia transnacionalidad del fenómeno migratorio y la insuficiencia de las políticas nacionales para gestionarlos son realidades inocultables, son aspectos respecto de los cuales existen fuertes consensos. No obstante, no existe un instrumento vinculante internacional de autoridades de carácter supranacional de aceptación mundial. Las soluciones futuras dependerán, por tanto, de los acuerdos y consensos que se puedan alcanzar en el ámbito multilateral. Pero también en la forma en la cual los países puedan avanzar en la implementación de los compromisos ya asumidos, en especial a través del Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular.

Es importante además no perder de vista la complejidad política de los obstáculos y desafíos referidos. En el ámbito

<sup>31</sup> IPPDH, *La implementación de los acuerdos del Mercosur relativos a la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes. Diagnóstico para la acción.*

académico se ha sostenido que la construcción de la migración como problema común que requiere de “soluciones compartidas” habilita la utilización de un multilateralismo asimétrico a través del cual las ideas hegemónicas se transforman en consenso dentro de los diversos espacios políticos no vinculantes<sup>32</sup>. En la actualidad se están debatiendo las características de una coyuntura que podría implicar un cambio en el rumbo general de las políticas migratorias regionales<sup>33</sup>. Adicionalmente, la situación generada por la pandemia de Covid-19 ha impactado fuertemente en las migraciones internacionales y lo seguirá haciendo por un tiempo. La idea general es que la población migrante se ha visto desproporcionadamente afectada por la situación de pandemia. El gobierno de la movilidad humana se enfrenta a desafíos nuevos que no tienen antecedentes.

No obstante, nada puede hacer suponer que a mediano y a largo plazo pueda existir una disminución sustancial de las migraciones internacionales.

Los retos de la institucionalidad que se ha ido contrayendo en estas décadas de desarrollo del proceso de integración regional Mercosur son múltiples. No obstante, la experiencia regional en la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes en contextos de migración, a pesar de las dificultades que enfrenta, representa un buen punto de partida para enfrentar esos desafíos. En especial por la preeminencia en esos antecedentes de una perspectiva conforme la cual los estándares de derechos humanos representan una herramienta indispensable para llegar a los consensos necesarios y dar una respuesta armónica, articulada, además de fundada en la coordinación y la cooperación mutua.

<sup>32</sup> Santi, *¿Qué es la “migración ordenada”? Hacia el multilateralismo asimétrico como motor de las políticas de control migratorio global*, “Colombia Internacional”, 104, 2020, <https://revistas.uniandes.edu.co/doi/10.7440/colombiaint104.2020.01>.

<sup>33</sup> Brumat, “Four generations of regional policies for the (free) movement of persons in South America (1977–2016)”, en Rayp - Ruysen - Marchand (eds.), *Regional integration and migration governance in the global south*; Castro, *El derecho a la movilidad humana en las políticas migratorias de América Latina en el siglo XXI: entre la regionalización y la (re) nacionalización de un problema público*, “Nullius”, vol. 1, 2, 2020.

**BIBLIOGRAFÍA**

- ACNUDH, *Improving human rights-based governance of international migration*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Ginebra, 2013.
- Bazán, V., *Derechos humanos y Mercosur: actualidad y prospectiva*, "Revista Europea de Derechos Fundamentales", vol. 2, n° 20, 2012, p. 83.
- Bhabha, J., *Child migration and human rights in a global age*, Princeton, Princeton University Press, 2014.
- *Governing adolescent mobility: the elusive role of children's rights principles in contemporary migration practice*, "Childhood", vol. 26, n° 3, 2019, p. 369, <http://journals.sagepub.com/doi/10.1177/090756821982661>.
- Brumat, L., "Four generations of regional policies for the (free) movement of persons in South America (1977-2016)", en Rayp, Glenn - Ruysen, Ilse - Marchand, Katrin (eds.) *Regional integration and migration governance in the global south*, [http://link.springer.com/10.1007/978-3-030-43942-2\\_7](http://link.springer.com/10.1007/978-3-030-43942-2_7).
- Cánepa, M., *Los derechos humanos en el Mercosur*, "Rev. Secr. Trib. Perm. Revis.", vol. 3, n° 6, 2015, p. 161, [www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/145](http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/145).
- Castro, J., *El derecho a la movilidad humana en las políticas migratorias de América Latina en el siglo XXI: entre la regionalización y la (re)nacionalización de un problema público*, "Nullius", vol. 1, n° 2, 2020.
- Ceriani, P. - García, L. - Salas, A. G., *Niñez y adolescencia en el contexto de la migración: principios, avances y desafíos en la protección de sus derechos en América Latina y el Caribe*, "REMHU, Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana", vol. 22, n° 42, 2014, p. 9, [www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1980-85852014000100002&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1980-85852014000100002&lng=es&tlng=es).
- Fernando, J. L., *Children's rights: beyond the impasse*, "The Annals of the American Academy of Political and Social Science", vol. 575, n° 1, 2001, p. 8, <http://journals.sagepub.com/doi/10.1177/000271620157500101>.
- IPPDH, *A 40 años del cóndor. De las coordinaciones represivas a la construcción de las políticas públicas regionales en derechos humanos*, Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del Mercosur, Buenos Aires, 2015.
- *La implementación de los acuerdos del Mercosur relativos a la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes. Diagnóstico para la acción*, Buenos Aires, 2012.
- *Programa de acciones y actividades para garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes y de sus familiares en el marco del eje II del Plan Estratégico de Acción Social del Mercosur*, Buenos Aires, 2012.
- *Protección de niños, niñas y adolescentes en contextos de migración. Manual de aplicación de estándares internacionales y regionales de derechos humanos*, Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del Mercosur, Save the Children, Buenos Aires, 2019.

- IPPDH - OIM, "Derechos humanos de la niñez migrante", Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del Mercosur, Organización Internacional para las Migraciones, Buenos Aires, 2016.
- *Iniciativas regionales para la identificación y atención de niños, niñas, y adolescentes migrantes*, Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del Mercosur, Organización Internacional para las Migraciones, Buenos Aires, 2016.
- Musso, J. A., *Algunas consideraciones sobre los derechos humanos y el Mercosur*, "Relaciones Internacionales", vol. 28, n° 57, 2019, p. 155, <https://revistas.unlp.edu.ar/RRII-IRI/article/view/8857>.
- Nadesan, M. H., *Governing childhood into the 21st century*, New York, Palgrave Macmillan US, 2010, <http://link.springer.com/10.1057/9780230106499>.
- O'Connell, J., *Moving children? Child trafficking, child migration, and child rights*, "Critical Social Policy", vol. 31, n° 3, 2011, p. 454, <http://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0261018311405014>.
- Pellerin, H., *The cart before the horse? The coordination of migration policies in the Americas and the neoliberal economic project of integration*, "Review of International Political Economy", vol. 6, n° 4, 1999, p. 468, [www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/096922999347137](http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/096922999347137).
- Pupavac, V., *Punishing childhoods: contradictions in children's rights and global governance*, "Journal of Intervention and Statebuilding", vol. 5, n° 3, 2011, p. 285, [www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/17502977.2011.566486](http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/17502977.2011.566486).
- Santi, S., *¿Qué es la "migración ordenada"? Hacia el multilateralismo asimétrico como motor de las políticas de control migratorio global*, "Colombia Internacional", n° 104, 2020, p. 3, <https://revistas.uniandes.edu.co/doi/10.7440/colombiaint104.2020.01>.
- Schuch, P. - Fonseca, C., *Políticas de Proteção a Infância. Um olhar antropológico*, UFRGS Editora, 2009.
- Seeberg, Marie L. - Gozdzia, Elzbieta M. (eds.) *Contested childhoods: growing up in migrancy*, Cham, Springer International Publishing, 2016.



## CAPÍTULO XI

# DERECHOS POLÍTICOS Y CIUDADANÍA COMÚN: PERSPECTIVAS DE FUTURO EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA

por CARLOS FRANCISCO MOLINA DEL POZO\*

§ 1. **INTRODUCCIÓN.** – Resulta evidente afirmar cómo la Unión Europea de la actualidad debe todo su potencial, riqueza y empoderamiento al paulatino desarrollo de los conceptos que, durante los más de setenta años de creación se han ido elaborando convenientemente y siempre desde la intención de progreso y evolución que ha marcado, como no podía ser de otra manera, la historia del concepto y realidad comunitario. Como ya hemos tenido oportunidad de mantener en muchas otras ocasiones, la creación de las comunidades europeas en los años cincuenta trajo consigo la imperiosa necesidad de desarrollo de un marco conceptual que permitiera un posicionamiento estratégico y una visión de conjunto hacia los logros y la consecución de objetivos que debían ser marcados como prioritarios.

Sin embargo, la categorización del común europeo se antoja complicada, pues, hemos de sostener cómo la Unión Europea

\* Catedrático de Derecho Administrativo. Catedrático Jean Monnet *ad personam* de Derecho de la Unión Europea en la Universidad de Alcalá de Henares (Madrid).

El autor agradece a Virginia Saldaña Ortega, colaboradora de su Cátedra Jean Monnet *ad personam* de Derecho de la Unión Europea, por su inestimable apoyo en la preparación del presente trabajo.

debe ser considerada un elemento *sui generis*, impidiendo de esta manera una estandarización del concepto y siendo protagonista de un arduo debate entre juristas y europeístas de reconocida competencia que, aun hoy, plantean serias dudas al respecto de la naturaleza de la Unión. Sin embargo, en la actualidad, el referido debate suscita más un elemento simbólico que real, puesto que parece manifiesto y evidente que la idea de intergubernamentalidad ha quedado ya bastante relegada a un segundo plano, siendo que la perspectiva del supranacionalismo constituye una constatable realidad que, en virtud de una evolución natural, debiera dar paso a un futuro federal, marcado por la completa armonización y el arraigo del sentimiento europeo.

En efecto, la primera etapa de construcción se encontraba marcada por la búsqueda de logros en términos económicos y así fue plasmado en los tratados fundacionales de las primeras comunidades europeas.

Sin embargo, el ostensible y resolutivo carácter económico de la primera etapa trajo consigo el nacimiento de un sentimiento antieuropeo entre los ciudadanos de la Unión, motivado por la desconexión existente entre ellos y la construcción del proyecto europeo. La sociedad no se sentía parte del movimiento y dicho sentimiento trajo consigo el significado déficit democrático y la incomodidad de los individuos, fruto de la inactividad y desinformación de los ciudadanos en las instituciones y organismos europeos.

Posteriormente, y tras la consecución de los logros en el ámbito económico, comienza a retomarse la idea de construcción de Europa, propia de pensadores ilustres anteriores a la época de creación de las mismas comunidades, tales como Víctor Hugo o Erasmo de Rotterdam, y se comienza a abogar por un crecimiento en distintos niveles, observándose un progresivo abandono de los objetivos exclusivamente económicos, significándose la orientación en dirección hacia la búsqueda de la armonización y consecución de logros a nivel social y político, dándose paso al surgimiento de una Unión Europea de tinte supranacional. Como veremos a lo largo del presente trabajo, esta situación, unida a las elecciones del Parlamento Europeo de 1979, fueron los puntos de inflexión clave para la consecución de una Unión Europea marcada por el carácter democrático de sus instituciones, por el bienestar social y por la pro-

tección de los ciudadanos a partir de un entramado jurídico enriquecido, que sirvió para dar paso a la reaparición, en versión moderna, del concepto de ciudadanía.

El presente trabajo presenta como objetivo principal el de llevar a cabo el análisis del progreso y evolución surgidos respecto del propio concepto de ciudadanía y de su contenido. Dicho estudio se abordará desde una perspectiva histórica, a fin de poner de manifiesto la necesidad de cambio, así como de tener ocasión de reseñar las distintas perspectivas de futuro en relación con toda esta cuestión. Qué duda cabe de que el escenario actual en el que se desarrolla nuestra realidad poco o nada tiene que ver con las situaciones acontecidas y descritas brevemente en líneas anteriores. Puede decirse que lo que se lleva transcurrido del siglo *xxi* ha estado marcado por un proceso de continuo deterioro de la sociedad europea, y ello debido, en esencia, al auge experimentado por los nacionalismos y escepticismos más propios de situaciones económicas desfavorables, como las sufridas, probablemente, en el año 2008, como consecuencia de la crisis económica sufrida en el conjunto del territorio de la Unión, o también, la crisis sanitaria, consecuencia de la pandemia provocada por el Covid-19, que actualmente azota nuestra realidad en términos económicos, políticos y sociales, todo ello encuadrado en un escenario amplio de globalización, como el que caracteriza nuestro acontecer presente.

## § 2. *NACIMIENTO Y EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE CIUDADANÍA.* –

El nacimiento y posterior desarrollo de las primigenias comunidades europeas, de conformidad con lo afirmado en alguna ocasión, planteó varias líneas de crecimiento diferenciadas en lo que podríamos entender como una primera época de tintes intergubernamentales que rápidamente dieron paso a la concepción supranacional, característica fundamental a la hora de fijar la naturaleza jurídica de la Unión Europea de nuestros días. En efecto, del carácter esencialmente económico de Unión de los primeros años, surge la necesidad de armonización real y pragmática que diera lugar a un concepto común a todos los niveles, como tendremos oportunidad de ver a lo largo del presente trabajo.

Sin embargo, con anterioridad a la creación de las comunidades europeas, determinados organismos de corte internacional ya consideraban necesaria la consecución de avances

reales en materia de protección de los derechos fundamentales y ello desencadenó la elaboración de la Carta Fundamental de las Naciones Unidas en el año 1945<sup>1</sup>, la posterior Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948<sup>2</sup> y la construcción y aprobación del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas, del 4 de noviembre de 1950 (Convenio de Roma)<sup>3</sup>.

El cambio de perspectiva no fue casualidad sino fruto del nacimiento de un sentir común entre los ciudadanos de los Estados miembros que veían poco reflejo de sus realidades en la construcción europea que se estaba desarrollando en aquellos primeros años. La falta de legitimidad democrática en el seno de la Unión era palpable y se manifestaba en la inaccesibilidad, la falta de información y la poca participación de los ciudadanos en el esquema institucional y el entramado político, siendo este el punto de inflexión que dio lugar al surgimiento de una nueva concepción europea.

En un escenario tan desfavorable, y en aras de la consecución de un común europeo a partir de la armonización e integración de los elementos esenciales en términos políticos, sociales y económicos, fue fundamental el reconocimiento de los derechos individuales, que tuvo lugar a partir de las primeras elecciones por sufragio universal y directo del Parlamento Europeo, en el mes de junio del año 1979.

La década de los años setenta se encuentra marcada por el Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht<sup>4</sup> y el surgimiento de una necesidad imperante de categorizar, codificar y dar orden a una serie de derechos inherentes a los ciudadanos de la Unión. Se empezaban a dibujar los primeros trazos de un concepto de vital importancia en el desarrollo posterior de esta organización *sui generis*: de esta manera nace el concepto

<sup>1</sup> Firmada el 26 de junio de 1945 en San Francisco, y cuya entrada en vigor tuvo lugar el 24 de octubre de 1945, [www.un.org/es/sections/history- united-nations-charter/1945-san-francisco-conference/index.html](http://www.un.org/es/sections/history- united-nations-charter/1945-san-francisco-conference/index.html).

<sup>2</sup> Firmado el 10 de diciembre de 1948 en París, [www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/](http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/).

<sup>3</sup> Adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950, [www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SPA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf).

<sup>4</sup> Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht, el 7 de febrero de 1992 y cuya entrada en vigor tuvo lugar el 1º de noviembre de 1993.

de ciudadanía europea<sup>5</sup>. Todo ello se desarrolla de manera prácticamente paralela al nacimiento de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa, en el año 1975<sup>6</sup>.

Este es considerado un punto esencial en la historia de la Unión, pues el reconocimiento de los ciudadanos de la Unión Europea se encontraba basado únicamente en la vinculación que los Estados miembros tenían con la organización. Este hito sirve para cambiar completamente la situación existente y, de esta manera, se le otorga al concepto de ciudadanía individual propia y directa implicancia en el ordenamiento jurídico comunitario. La supranacionalidad se entendió entre los jefes de Estado y de Gobierno, como un instrumento fundamental para el cambio en el pensamiento general, entendiéndose por tanto que el centro de todo ello se encontraba en el individuo como sujeto de los derechos procedentes de una entidad con carácter superior al propio Estado miembro.

Sin embargo, el problema seguía existiendo, ¿cómo hacer que el ciudadano europeo sintiese que participa de modo directo en el desarrollo de la Unión Europea? La respuesta se hizo evidente llegado este punto: el establecimiento de un continuo traspaso de información entre las instituciones comunitarias y los poderes públicos con y hacia los ciudadanos de los Estados miembros a través de sus representantes, lo cual vino a constituir un elemento fundamental en la dinámica de progreso, configurándose así el concepto de transparencia que, en la actualidad, conforma uno de los principios esenciales sobre los que se apoya el grueso del proceso de integración europea.

Pese al gran impulso que toma el concepto desde su nacimiento, consolidado a partir del Tratado de Ámsterdam<sup>7</sup>, el desarrollo posterior presentó momentos de menor lucidez en el Tratado de Niza<sup>8</sup>, con motivo de la imposibilidad de procla-

<sup>5</sup> La noción de ciudadanía irrumpe en el derecho de la Unión Europea en los arts. 8º y 8-A a 8-E del Tratado de la Comunidad Europea (TCE), en su versión de Maastricht de 1992.

<sup>6</sup> Tuvo lugar el 1º de agosto de 1975 en Helsinki, [www.osce.org/es/mc/39506?download=true](http://www.osce.org/es/mc/39506?download=true).

<sup>7</sup> Firmado en Ámsterdam el 2 de octubre de 1997, con entrada en vigor el 1º de mayo de 1999, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:11997D/TXT>.

<sup>8</sup> Firmado en Niza el 7 de diciembre del 2000, cuya entrada en vigor data del 1º de febrero de 2003.

mación de la Carta de los Derechos Fundamentales<sup>9</sup>, caracterizada por una opacidad y ausencia de pragmatismo, reducida a la mínima expresión y marcada por la insolidaridad y la falta de arrojo en el necesario y continuo avance de la construcción de la Unión.

Tras años de intento de evolución en el panorama normativo relativo al concepto de ciudadanía, no es hasta el Tratado de Lisboa que se comienza a elaborar un verdadero cambio en el espíritu del concepto y cuya realidad resulta la representación de otros elementos de mayor calado e introspección común, que impulsan el contenido de la ciudadanía tal y como en la actualidad la conocemos. El término de ciudadanía europea, previo a la publicación del Tratado, resultaba más ligado a un concepto de nacionalidad europea y, por ende, la aportación que dicho concepto realiza al proceso de integración estaría fundamentado únicamente en relación con los derechos de libertad de circulación, que suponen un pequeño porcentaje de actuación en la ciudadanía europea.

El Tratado de Lisboa<sup>10</sup> procura una perspectiva distinta del ciudadano, y le atribuye individualidad propia y capacidad de actuación, dejando de lado la concepción teórica e intimista propia de las codificaciones anteriores. Sin embargo, resulta evidente cómo los derechos de carácter político, relativos al derecho al voto, reconocidos por los tratados, lo son únicamente a los ciudadanos europeos que actúan a nivel comunitario y local, pero no a nivel nacional. Ello, como veremos en líneas posteriores, supone uno de los elementos deficitarios y cuyo cambio debe ser una realidad para la consecución de los objetivos marcados y deseados en el futuro de la Unión Europea.

§ 3. **LA CIUDADANÍA DE LA UNIÓN EUROPEA.** – El “Informe Spinelli”, elaborado en el año 1984 por aprobación del Parlamento Europeo, ha tenido notable repercusión en el concepto de ciudadanía concebido en la actualidad. Tomando en con-

<sup>9</sup> Ver <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A133501>.

<sup>10</sup> Por el que se constituye el Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007. Ver <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:12007L/TXT>.

sideración el preámbulo y articulado de dicho documento –especialmente lo recogido en virtud del art. 4º– se sentaron tres líneas fundamentales sobre las que la Unión Europea debía desarrollar su contenido, a saber: la necesidad de adquirir un compromiso de elaborar un compendio de derechos económicos, culturales y sociales; el reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales a partir de su posicionamiento en el ámbito de los principios comunes, siendo compromiso de los distintos sistemas jurídicos de los Estados miembros asumirlos como prioritarios, y, en último lugar, en aras de organizar una estructura instrumental que velara por el cumplimiento de tales objetivos, la articulación de un elemento sancionador para aquellas posibles vulneraciones que pudieran existir por parte de los Estados, en detrimento de los derechos de los ciudadanos.

La explicación de un concepto tan enriquecido y con tanta especificación se antoja difícil aun desde esta perspectiva, siendo por tanto necesario afrontar dicho concepto desde una visión subjetiva y objetiva en último término. En este orden de ideas, y si bien no parece complicado afirmar cómo el ámbito subjetivo queda fácilmente explicado, a partir del art. 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en virtud del cual debemos considerar ciudadano de la Unión a aquellas personas que ostenten la nacionalidad de algún Estado miembro y que, por este motivo, la perspectiva subjetiva queda reducida y reservada a la potestad de los Estados, quienes, a su vez, decidirán qué individuos ostentan su nacionalidad; en cambio resulta constatable en qué medida el elemento objetivo presenta y requiere de una explicación más profunda.

Si bien parece no producirse duda alguna en relación con el valor añadido que supone la ciudadanía europea con respecto a la nacionalidad propia de cada Estado miembro, ello no es baladí, puesto que pone de manifiesto la existencia de una conexión entre el ciudadano europeo y la organización supranacional. Ello debe ser comprendido como el verdadero germen del nacimiento del sentimiento europeo o el europeísmo social, así como exponente claro de la importancia que plantea para la evolución del conjunto, la protección y salvaguardia de dicho elemento para la consecución de cuantos objetivos se plantearon, se plantean y se plantearán en el futuro de la Unión Europea.

Todo ello no es sino evidencia de la importancia que tuvo, de conformidad con lo afirmado en líneas anteriores, el cambio de los criterios iniciales, basados en la cooperación económica y que suponen, en la actualidad, un absoluto cambio de rumbo en lo que hace referencia a la consecución de una Europa de conjunto y una armonización completa, y de cómo ello está suponiendo el progresivo nacimiento de una Unión Europea de corte federal, tan necesaria para la consecución de los objetivos marcados por las instituciones.

Al hilo del análisis realizado sobre el concepto de ciudadano europeo, creemos conveniente dar respuesta a la siguiente cuestión: ¿puede plantearse la existencia de una delimitación de dicha definición? Pues bien, debemos manifestar en qué medida la ciudadanía europea está construida sobre las bases o presupuestos propios y característicos de los derechos cívico-políticos, presupuestos estos más limitados que el concepto generalista de ciudadanía. Sin embargo, atendiendo a lo dispuesto en el Estatuto del Ciudadano de la Unión, este deberá establecerse en un marco en el que el sistema procure respeto a los derechos fundamentales, con la finalidad de procurar el correcto desarrollo personal de cada uno de los individuos.

**§ 4. LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS DE LA UNIÓN EUROPEA.** – Los derechos recogidos bajo el concepto ya explicado suponen, en la actualidad, ser objeto de enorme discusión entre los juristas, y forman parte esencial de los estudios más recientes por parte de las instituciones europeas, como no podría ser de otra manera. Puede decirse que hablar de derechos de ciudadanía es fundamental para la salvaguardia de los individuos y el mantenimiento de la paz y seguridad de la sociedad. Por este motivo resulta necesario hacer mención de cada uno de los derechos inherentes a la ciudadanía de la Unión:

En cuanto al derecho a la libre circulación y residencia<sup>11</sup>: su estrecho vínculo con lo relativo al Mercado Común o Mercado Interior Único, resulta innegable y debe ser comprendido como el derecho en virtud del cual el ciudadano tiene la libre

<sup>11</sup> Art. 3º, apdo. 2º, del Tratado de la Unión Europea (TUE); art. 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE); Títulos IV y V del TFUE, y art. 45 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

opción de establecimiento de su residencia y de circular libremente por la totalidad del territorio de la Unión Europea. Sin embargo, y dadas las últimas circunstancias acaecidas con motivo de la crisis sanitaria producto de la pandemia originada por el Covid-19, es verosímil formularse la siguiente pregunta: ¿existen limitaciones al derecho de libre circulación? *A priori*, dichos condicionantes deben ser planteados y convenientemente ejercitados, únicamente en casos de absoluta excepcionalidad, considerándose necesaria la elaboración de una normativa de transposición de las correspondientes disposiciones que así lo requieren, por parte de los Estados miembros, a fin de garantizar la salvaguardia de tales derechos<sup>12</sup>.

Una pandemia a nivel internacional, cuyas consecuencias han sido sufridas y continúan siéndolo todavía, de manera abrupta y proyectando una gran incidencia y tremenda repercusión en el territorio comunitario, han puesto de manifiesto notables desajustes y necesidades perentorias de modificación, en relación con la propia vertebración del futuro de la Unión Europea, organización que, posiblemente, pueda sostenerse que ha afrontado lo que podríamos catalogar como el mayor desafío de su existencia histórica. Un derecho de absoluta importancia para la consecución de los objetivos comunes, pilar esencial para el desarrollo y sostenimiento del Mercado Único ha quedado en suspenso a partir de las medidas que fueron adoptadas tras las recomendaciones efectuadas por las instituciones comunitarias y llevadas a cabo por los Estados miembros, a fin de tratar de evitar la expansión sin límite de los contagios y las terribles consecuencias que la ya mencionada pandemia podría llegar a producir en el conjunto del territorio de la Unión.

Con motivo de la situación descrita, las limitaciones relativas al derecho de libre circulación han supuesto cierta inseguridad por parte de la ciudadanía, así como la consiguiente aparición de inquietudes por parte de los juristas pues, pese a la existencia de previsiones normativas que albergaban la posibilidad de limitación de dicho derecho, la libre circulación debe ser comprendida en un contexto de conjunto, quedando

<sup>12</sup> Ver directiva 2004/38/CE sobre el derecho de los ciudadanos de la UE y de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de la UE, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32004L0038R%2801%29>.

descartada la actuación unilateral del lado particular de cada uno de los Estados miembros, sin la existencia de un arbitrio desmesurado por parte de estos, o al menos la posibilidad de existencia de dicho riesgo.

Tales limitaciones, por tanto, deberán ser comprendidas en términos de absoluta excepcionalidad y encontrarse enmarcadas en un contexto de actuación que respete los principios de proporcionalidad y legalidad exigidos por la normativa vigente. Por este motivo, de conformidad con el art. 4º del Tratado de la Unión Europea, la injerencia negativa en los derechos de esta índole, deberán estar correctamente argumentados por parte de los Estados miembros y debidamente justificados para su posterior aceptación.

De todo lo expuesto hasta el momento se deriva que podemos afirmar que la libre circulación no es un derecho de configuración incondicional, si bien debe entenderse, en todo caso, que el establecimiento de limitaciones al respecto deberá estar argumentado y ser de aplicación en situaciones de necesidad objetivamente reales y por motivos de clara excepcionalidad. En este sentido, uno de los principales impedimentos para el logro de una coherencia, en términos comunitarios, ha sido la actuación por parte de determinados Estados miembros, quienes han llegado a priorizar el beneficio nacional, en detrimento de los valores fundamentales de la Unión, tales como la solidaridad de hecho.

En cuanto a los derechos electorales<sup>13</sup>: el articulado del Tratado de Maastricht<sup>14</sup> determina, de manera elocuente, cómo el desarrollo y ejecución del sufragio activo por parte de los ciudadanos debía establecerse independientemente de la nacionalidad de cada uno de ellos, siendo, por tanto, en el orden de las elecciones locales el único elemento decisivo para poder ejecutar tal derecho el lugar de residencia de los individuos de manera exclusiva. En este orden de ideas, y con el afán de es-

<sup>13</sup> Recogido en el art. 22 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y en el art. 40 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

<sup>14</sup> Ver el art. 8.b.1: "Todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado del que no sea nacional tendrá derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado miembro en el que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado".

tablecer un amplio espectro de actuación de los ciudadanos en la actividad política, impulsando de esta manera el desarrollo democrático, y, por ende, la democracia participativa, se llegó a establecer la posibilidad de sufragio activo y pasivo de participación en las elecciones del Parlamento Europeo, siempre que dichos individuos se encuentren en posesión del estatus de ciudadano europeo.

De esta manera se origina la primera disociación del derecho electoral, en virtud de la cual se atribuye a la Unión Europea, y, particularmente, a su ordenamiento jurídico, las competencias sobre un elemento históricamente atribuido y atribuible a la soberanía estatal, poniendo de manifiesto de esta manera en qué medida la ciudadanía europea puede discernir de los parámetros inicialmente desarrollados en el entramado jurídico normativo de cada Estado miembro.

De cuanto antecede explicitado hasta aquí parece evidente que el derecho de sufragio ha supuesto un impulso para el desarrollo del concepto propio de ciudadanía que, inevitablemente, conlleva a la constatación de un concepto basado en la democracia e inclusión de los ciudadanos, por medio del cual se toma en consideración a aquellos individuos que, a pesar de no ser nacionales de un determinado Estado miembro, sí se encuentran vinculados a la normativa de este y deben procurar el cumplimiento de su legislación vigente y, en consecuencia, son destinatarios de las mismas normas y deberes de cumplimiento que los nacionales de dicho Estado.

En contraposición, puede apreciarse que, al respecto, surge en la actualidad el debate relativo a la exclusión de aquellos individuos que, si bien son residentes en un país miembro, no son nacionales de ellos, y, por ende, no ostentan derechos relativos al sufragio que venimos describiendo. Por este motivo debemos afirmar de qué manera el derecho de sufragio ha sido desarrollado a partir de las bases asentadas por el concepto de ciudadanía europea, complementando a la concepción desarrollada de modo nacional. Limitando su reconocimiento por el Estatuto de Ciudadanía a aquellos individuos que residen en territorio de país miembro y que, además, son nacionales de alguno de ellos.

Sin embargo, esta situación no es óbice para que el futuro y la evolución progresiva del entramado jurídico que forma la Unión Europea dé paso a nuevas modificaciones que permitan

eliminar la excepcionalidad, y se defienda un futuro mejor y más integrado.

En lo relacionado con la protección en vía no jurisdiccional de los derechos de los ciudadanos<sup>15</sup>: cabe mencionar en qué forma la protección de los derechos inherentes a los ciudadanos, en el seno de la Unión y frente a la Administración pública comunitaria, presenta dos estrategias de actuación: en primer lugar, la posibilidad de acudir a la utilización del derecho de petición ante el Parlamento Europeo, y, en segundo término, la opción de plantear la apertura del correspondiente procedimiento ante el defensor del pueblo europeo. Pues bien, de cuanto acabamos de exponer se desprende nuevamente la existencia de una clara ampliación del concepto de ciudadanía, al poder considerar que los individuos beneficiarios de dicha intervención y protección administrativa pueden ser, además, ciudadanos de terceros Estados, los cuales tengan su residencia efectiva en el marco del territorio comunitario y a los que se les otorgue un estatus de igualdad en lo relativo a la protección no jurisdiccional, de la misma manera que a los ciudadanos europeos.

Por medio del derecho llamado iniciativa popular<sup>16</sup> se otorga la posibilidad de presentar ante la Comisión Europea una propuesta de participación relativa a algún tema de especial interés, capaz de generar intranquilidad entre los ciudadanos de la Unión. Sin embargo, pese a la literatura desarrollada al respecto de dicho derecho, y pese a la teoría expuesta al respecto en el orden jurídico comunitario, la limitación de su activación supone, en la actualidad, ciertas discrepancias en lo relativo a su viabilidad y accesibilidad; motivo por el cual es

<sup>15</sup> Ver art. 7º del Tratado de la Unión Europea. Ver también, Molina del Pozo, "Defensor del pueblo europeo", en Álvarez Ledesma - Cippitani (coords.), *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica*, y "Derecho de petición al Parlamento Europeo", en Álvarez Ledesma - Cippitani (coords.), *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica*, p. 156 a 160.

<sup>16</sup> Art. 11.4 del Tratado de la Unión Europea y art. 24, párr. 1º, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Además, Molina del Pozo, "La participación ciudadana a través de la iniciativa popular en la Unión Europea", en *El Parlamento de la Unión Europea y el Parlamento del Mercosur: ensayos para un estudio comparado*, p. 215 a 234, y "Hacia un progresivo acercamiento del ciudadano a las instituciones de la Unión Europea: especial mención a los nuevos procedimientos y formas contemplados en los tratados", en *Libro Homenaje al Prof. Dr. Juan Alfonso Santamaría Pastor*.

preciso considerar que el desarrollo y promoción de la iniciativa popular debe ser una realidad en nuestro futuro más inmediato y, ¿por qué no?, materia esencial de discusión sobre las mejoras necesarias en términos de ciudadanía, tal y como se ha puesto de manifiesto en los últimos meses, con motivo de la puesta en marcha de la Conferencia que, a partir del 9 de mayo de este año, bajo la presidencia portuguesa del Consejo, tendrá lugar para el análisis y profundización del futuro de la Unión Europea, en la que habrá de desempeñar un papel crucial la ciudadanía de la Unión.

En cuanto al derecho a la buena administración<sup>17</sup>: se trata de uno de los elementos que mayor debate doctrinal ha desarrollado a lo largo de los últimos años, con motivo de la necesaria elaboración de una estructura conceptual que permitiera el desarrollo pragmático de dicho contenido en el seno de un marco democrático e informador oportunamente establecido. La buena administración debe ser entendida como aquel derecho de toda persona para que sus asuntos de carácter individual sean tratados por las instituciones y organismos europeos a partir del cumplimiento de los siguientes elementos: equidad, imparcialidad y bajo el cumplimiento de unos plazos razonables, es decir, sin dilaciones indebidas.

En este orden de ideas, conviene mencionar la Carta Derechos Fundamentales de la UE, por la que se elabora un exhaustivo examen del contenido del derecho a la buena administración, elaborando una subdivisión del propio concepto en cinco apartados, directamente relacionados entre sí, y que constituyen, en conjunto, una definición completa del derecho objeto de análisis. A este respecto, el citado documento establece como contenido del derecho a la buena administración:

- a) La escucha previa a la toma de medidas con el fin de salvar los perjuicios que pudieran ocasionarse en la persona.
- b) El acceso a expedientes que de algún modo puedan afectar de forma negativa. Para ello, resultará necesario el respeto a los intereses legítimos y la actuación en aras de preservar la confidencialidad y el secreto profesional.

<sup>17</sup> Especial mención a este respecto merece el art. 41 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales. Ver también, Molina del Pozo, "Derecho a una buena administración", en Álvarez Ledesma - Cippitani (coords.), *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica*, p. 126 a 132.

c) Existe, además, una obligación de motivar aquellas decisiones tomadas por parte de la Administración, siendo necesario que las actuaciones se encuentren debidamente justificadas y sean acorde a las circunstancias.

d) Resulta también de absoluta importancia la posibilidad de los individuos de dirigirse a las instituciones de la Unión en cualesquiera de las lenguas establecidas por los tratados, debiendo, por tanto, contestar dichas instituciones en el mismo idioma.

e) El último elemento destacable en el texto normativo citado es el relativo a la necesidad de reparación de los daños que hayan sido causados por parte de las instituciones de la Unión Europea. La responsabilidad patrimonial resulta hoy uno de los elementos más importantes en el desarrollo armonizado de la UE, y uno de los instrumentos más avanzados y convenientemente matizados jurisprudencialmente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

§ 5. **LA AMPLIACIÓN DE LOS DERECHOS DE CIUDADANÍA.** – Sobre la base de todo lo expuesto hasta el momento, consideramos conveniente dar respuesta a la siguiente cuestión: ¿existe imposibilidad en el ejercicio de los derechos de ciudadanía? Resulta evidente la existencia de una realidad en la que ciertos individuos no pueden ejercer y disfrutar de determinados derechos otorgados por la Unión Europea. La prerrogativa fundamental para ello es la posesión de un estatus nacional de un país miembro y ello pone de manifiesto la existencia de determinadas esferas de la realidad social en las que un individuo, sujeto a normas comunitarias, no posee la protección de los derechos atribuidos únicamente a ciudadanos europeos. En efecto, los extranjeros procedentes de terceros países que se encuentran residiendo en el territorio comunitario no son poseedores de los derechos relativos a la ciudadanía de la Unión, aunque sí de los deberes a ellos atribuidos.

Esta es la senda que marca el futuro de la Unión, la práctica comunitaria comienza ya a elaborar un modelo evolucionado que permita disfrutar de los derechos de ciudadanía europea a todos aquellos residentes en la Unión cuya nacionalidad no pertenezca a un país miembro. Esta premisa es la que plantea la aprobación de la directiva 2011/98/UE, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la implantación de un “permiso único”. Dicha normativa aboga por el establecimiento de un pro-

cedimiento de solicitud por medio del cual se puedan otorgar autorizaciones formales para aquellos individuos cuya residencia se quiera definir en un territorio comunitario y que tengan opciones laborales en este mismo sentido. Todo ello con la finalidad de fomentar una verdadera integración que permita garantizar la igualdad de trato entre ciudadanos de los Estados miembros y ciudadanos provenientes de terceros países, pero residentes en la Unión.

Por medio de dicha prerrogativa se defiende la necesidad de equiparación de los derechos y deberes de la Unión Europea, sin necesidad de plantear una reforma inmediata del art. 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, a través de la cual se permitiría el disfrute, por parte de los extranjeros residentes legalmente en el ámbito territorial comunitario, de todos aquellos derechos de ciudadanía inherentes a los nacionales de países miembros, sin estimar necesario, al menos de manera inminente, la revisión del concepto de ciudadanía europea recogido en los tratados. En este orden de ideas, consideramos oportuna la promoción de una normativa, en forma de directiva, por la que se establezcan tales posibilidades a aquellos sectores de la población con más necesidad de protección.

Para que se produzca una mejora sustancial de las carencias puestas en evidencia a lo largo de estas líneas, consideramos necesario que las actuaciones encaminadas a tal fin se encuentren caracterizadas bajo el término de la equiparación. Resultaría lógico pensar que dicha equiparación deberá ser avallada con una prerrogativa temporal por medio de la cual un extranjero residente pueda ser valorado en términos de derechos y deberes equivalentes a un ciudadano de la Unión, como serían a este respecto diez años de residencia. En este orden de ideas, resulta necesaria la promulgación de los derechos subjetivos para el mantenimiento de los ideales culturales, el derecho a la memoria histórica propia, el derecho a una libre difusión y expresión de los distintos idearios culturales y, en definitiva, la necesaria aceptación y refuerzo de los derechos de cada país tercero en lo relativo al ámbito cultural, histórico e ideológico.

En definitiva, consideramos conveniente en la actualidad la lucha por la actualización y ampliación de los derechos de ciudadanía, no solo en el ámbito relativo a aquellos residentes legales por más de diez años en algún país de la Unión, sino

también abordar aquellos derechos, de carácter general, que podrían ser reconocidos a los ciudadanos europeos y de los que no resulta complicado evidenciar cómo ellos supondrían un impulso más hacia un concepto enriquecido y preparado para el futuro de Europa, enmarcado por el auge federalista. Consecuentemente, contextualizado por la necesaria construcción de una Unión Europea de carácter y naturaleza federal, en la que la sociedad y, muy especialmente, el concepto de ciudadanía, tendrían un factor decisivo en la lucha para la consecución de tales logros.

Sería el momento de promulgar el derecho de los ciudadanos a una vivienda digna o el derecho a recibir atención primaria y especializada en el escenario público y privado del Estado miembro en que se encuentren residiendo, para aquellos colectivos más desfavorecidos, como las personas pertenecientes a la tercera edad o, asimismo, los menores.

Desde otra perspectiva, abordando el tercer gran grupo de individuos en el que podríamos clasificar al conjunto de personas residentes en la Unión, cabría afrontar la ampliación de los derechos de aquellas personas que son ciudadanos de terceros países, pero que ostentan la ciudadanía de la Unión, a saber:

*a)* Resulta oportuno el reconocimiento, la reparación y el resarcimiento de los perjuicios ocasionados a aquellos colectivos afectados por las oleadas de racismo, xenofobia y otras formas conexas de intolerancia y discriminación que, aun en la actualidad, pesan como una pesada lacra sobre una gran parte de la sociedad europea.

*b)* Consideramos oportuna la conservación y el desarrollo de formas de convivencia y organización social propias, a fin de evitar una actitud social impostada y poco natural.

*c)* La Unión Europea deberá promover el mantenimiento, la recuperación en los casos en que fuese posible, la protección y la preservación del patrimonio cultural e histórico, consiguiendo con ello el enriquecimiento cultural que podría generar, sin duda, en el conjunto de la sociedad.

*d)* Que dicho sector de la sociedad pueda ser partícipe de las medidas adoptadas, a efectos de evitar perjuicios ocasionados con la instauración de una determinada medida legislativa que pueda afectar a sus derechos colectivos.

e) Garantizar el orden público y la convivencia pacífica, así como el impulso del uso de simbolismos y emblemas que identifiquen a dichas minorías.

En definitiva, puede resultar positivo y de gran utilidad práctica la ampliación de los derechos concernientes a la ciudadanía en el contexto actual, en el que el futuro de la Unión se va a encontrar protagonizado de manera evidente por los ciudadanos comunitarios y sus posibilidades de actuación en aras de la consecución de los objetivos comunes. Por este motivo resulta fundamental una modificación de los tratados, encaminada al reconocimiento de nuevos derechos de ciudadanía, tales como algunos, al menos, de los anteriormente citados, capaces de elaborar un entramado proteccionista al ciudadano o residente legal, ante situaciones de menoscabo de sus intereses.

§ 6. *EL FUTURO DE LA CIUDADANÍA EUROPEA.* – Más de diez años de vigencia del Tratado de Lisboa precisan ya un análisis introspectivo de la situación, así como también del marco normativo en el que se encuentra desarrollada la materia que nos ocupa relativa a la ciudadanía de la Unión. La sustancial evolución acontecida durante los últimos años en términos sociales, económicos y políticos ha puesto de manifiesto la necesidad de elaborar un plan estratégico que permita a la Unión Europea adaptarse a las nuevas circunstancias y sobre la base del que se pueda afrontar con eficacia un futuro caracterizado por el empoderamiento de la Unión en el panorama internacional, tras la necesaria recuperación pospandemia que, estamos completamente seguros, se va a producir a la mayor satisfacción.

La Conferencia sobre el futuro de Europa es una serie de debates dirigidos por ciudadanos, que no tiene una fecha específica; es un ciclo abierto. La importancia radica en la Conferencia que va a iniciarse en los próximos meses, acerca del diseño del futuro de la Unión Europea, radica en la necesidad de que ella sea el válido escenario de reflexión entre tres sujetos fundamentales: el cuadro político, la sociedad civil y las instituciones europeas, a fin de elaborar un ideario común, capaz de englobar todos aquellos objetivos deseados y señalados de la ciudadanía europea, al mismo tiempo que permitan superar las dificultades y desafíos que plantea actualmente la Unión.

En el intento de trazar una visión general y, teniendo en cuenta las circunstancias acaecidas tras la crisis de la pandemia provocada por el Covid-19, apreciamos que la situación dista mucho de ser la ideal y, ni siquiera, de aproximarse al *desideratum* expuesto en las páginas que anteceden. Este puede ser considerado uno de los elementos fundamentales de aquella corriente de pensamiento, cada vez más fuerte y extendida, que plantea la necesidad imperiosa de acometer un cambio en profundidad y una peculiar, al tiempo que profunda y factible, reestructuración para Europa, que suponga un impulso cuantitativo y cualitativo de la Unión Europea, y cuyo fin último sea el diseño y la consecución de una Unión Europea armonizada, moderna y construida para ser capaz de soportar los avatares que pudieran surgir a lo largo de las próximas cuatro o cinco décadas; en definitiva, la puesta en marcha de una Unión Europea de carácter federal e integral.

Se nos antoja necesaria ya la elaboración de un nuevo proyecto de Tratado Europeo que incluso viniese a recoger el testigo ofrecido por el *non nato* tratado constitucional, en el cual ya quedaban planteadas algunas de las necesidades de empoderamiento del conjunto, de visión armonizada y que profundizaba adecuadamente en el necesario impulso del que podríamos denominar “sentimiento europeo”, como principal motor de la evolución requerida. Lo deseable sería poder conseguir la articulación de un auténtico proyecto constitucional de corte federal e integral, que estableciese principios y determinase la consecución de objetivos claros relativos al reparto de competencias, a la promoción de la transparencia, la armonización y el desarrollo en amplitud del concepto de ciudadanía de la Unión.

El escenario que proporciona la celebración de la próxima conferencia sobre el futuro de la Unión Europea puede ser entendido como el contexto ideal para el resurgir y afianzamiento de esas primigenias ideas, en las que la ciudadanía sea partícipe absoluta de las propuestas, las negociaciones y los objetivos a fin de que, por primera vez en bastantes años, se pueda diseñar y elaborar un futuro político de naturaleza federal e integral para la Europa comunitaria, obviamente, con los ciudadanos europeos, de manera que se produzca el reforzamiento de la ansiada y pretendida, a lo largo de décadas, legitimidad democrática. Este debe ser el camino a seguir hacia la consecución del progreso en el futuro para las próximas generaciones de europeos.

§ 7. **CONCLUSIONES.** – La situación de la Unión Europea en términos de reconocimiento y protección de los derechos fundamentales y de ciudadanía, si bien al inicio carecía de peso y rigor, en la actualidad se encuentra enriquecida con las distintas modificaciones que los tratados fundacionales han ido realizando, y de los que hemos tenido oportunidad de llevar a cabo un sucinto análisis en el presente trabajo. La democratización paulatina ha coadyuvado al reforzamiento del concepto de ciudadanía y de los derechos que este alberga y debe comportar.

En la actualidad, la Unión Europea debe ser comprendida como un modelo posible de integración y armonización, capaz de inspirar el cambio de muchos otros territorios, y ser un ejemplo inspirador de confianza y evolución en la perspectiva internacional. Estimamos que resulta absolutamente necesaria la apertura de fronteras con la finalidad de mantener un desarrollo de la Unión fuerte y con el establecimiento de alianzas estratégicas más consolidadas, que provoquen la indudable existencia de dos realidades. Por tal motivo, y, con el fin de que pueda continuar propugnándose una positiva evolución, así como un mayor desarrollo, dichas realidades deben ser consideradas una oportunidad de crecimiento, ¿a niveles desiguales? Posiblemente sí. Aunque, la aludida situación no debe, en ningún caso, ser considerada ni entendida como algo equivalente a la rotura o fractura de la Unión, sino más bien como la oportunidad perfecta que se brinda, a escala histórica, de alcanzar un elevado nivel de crecimiento, en términos de realidad política y social. La defensa del impulso federalista representa y supone, hoy más que nunca, una verdadera necesidad, si bien complicada, de poner en práctica por el auge de los escepticismos y nacionalismos. Sin embargo, cabe afirmar cómo los primeros elementos impulsores del cambio hacia la construcción de una Europa federal e integral han sido convenientemente aceptados por la ciudadanía, y es que ¿acaso el desarrollo de una moneda única o, la mera existencia del Banco Central Europeo, no pueden ser considerados elementos e instrumentos federalizantes? En efecto, debemos presagiar una perspectiva de cambio basada en dos caminos o direcciones, a saber: una reforma institucional que permita eliminar el voto unánime y las concepciones intergubernamentalistas de algunas instituciones, y la propia reforma de los tratados, de las competencias y de los derechos por ellos mismos conferidos.

El futuro de la Unión Europea no debe ser considerado un terreno áspero en el que resulte imposible la evolución. El escenario internacional se encuentra caracterizado por multitud de circunstancias generadoras de inestabilidad e incertidumbre, que no deben amilanar el sentimiento europeo, sino que deben ser impulsores de nuestra manifestada necesidad de evolución. Estamos convencidos de que ha llegado el momento de construir, con el gran objetivo de proporcionar enorme solidez, una Europa federal e integral, más justa, democrática y abierta, en la que la ciudadanía ostente y desempeñe un papel fundamental y en la que el que hemos denominado “sentimiento europeo” sea la certeza que caracterice los pilares que sostengan a nuestra sociedad del momento actual, pero también, como ya con anterioridad anticipábamos, a la del futuro de las siguientes generaciones de europeos.

### **BIBLIOGRAFÍA**

- AA.VV., *Europa de las regiones y el futuro federal de Europa. Balance y perspectiva de la gobernanza multinivel de la Unión Europea*, Madrid, Dykinson, 2019.
- Molina del Pozo, C. F., *Ciudadanía europea y derechos fundamentales en la Unión Europea: de los tratados fundacionales al Tratado de Amsterdam*, “Revista Universitaria Europea”, nº 1, p. 59 a 98.
- *Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Reus, 2021.
  - “Derechos de ciudadanía europea en tanto que derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea”, en Diez de Urdanivia Fernández (dir.), *Derechos Humanos: desafíos y perspectiva desde la globalidad política*, México, Porrúa, 2019.
  - “El concepto de ciudadanía europea y los derechos que se protegen”, en *La política social en los procesos de integración*, Santiago de Chile, Universidad de Concepción, 2007.
  - “El Parlamento y los derechos de los ciudadanos”, en *Le prospettive istituzionali dell’Europa*, Roma, Kappa, 1996.
  - *El Tratado de Lisboa*, Madrid, Ramón Areces, 2021.
  - “Hacia la búsqueda de –más Europa– por parte de las instituciones y de la ciudadanía europea: la confianza mutua como elemento esencial”, en *Direito e Justiça. Aspectos atuais e problemáticos*, Curitiba, Jurua, 2015.
  - “Hacia un progresivo acercamiento del ciudadano a las instituciones de la Unión Europea: especial mención a los nuevos procedimientos y formas contemplados en los tratados”, en *Libro Homenaje al Prof. Dr. Juan Alfonso Santamaría Pastor*, Madrid, Iustel, 2014.

- “La ciudadanía de la Unión como elemento esencial de las transformaciones del Estado en Europa para el próximo milenio”, en *Panorama jurídico de las Administraciones Públicas en el siglo XXI, homenaje al Prof. Eduardo Roca Roca*, Madrid, Ministerio de Administraciones Públicas INAP, 2003.
  - “La ciudadanía europea como elemento esencial y experiencia para el desarrollo de los procesos de integración: ampliación de su regulación en el Marco de la Unión Europea”, Lección Magistral pronunciada por el autor, con motivo de su Investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad Nacional de Rosario (Argentina), el 1º de noviembre de 2012.
  - “La ciudadanía europea como elemento esencial y experiencia para el desarrollo de los procesos de integración: ampliación de su regulación en el marco de la Unión Europea”, en Álvarez Ledesma M. - Cippitani, R. (coords.), *Derechos individuales e integración regional (antología)*, Roma-Perugia-México, ISEG, 2013.
  - *La Constitución Europea*, Madrid, Ramón Areces, 2005.
  - *La participación activa de los ciudadanos en la construcción europea: construyendo Europa con los ciudadanos*, “Cuaderno Europeo”, nº 7, 2009, p. 134.
  - “La participación ciudadana a través de la iniciativa popular en la Unión Europea”, en *El Parlamento de la Unión Europea y el Parlamento del Mercosur: ensayos para un estudio comparado*, Bs. As., Eudeba, 2011.
  - “Le déficit démocratique dans l’Union Européenne: critique du Pouvoir Législatif du Conseil Européen”, en *Federalism. Subsidiarity and democracy*, Bruxelles, Comisión Europea y ECSA, 1994.
  - “Los derechos fundamentales en la Unión Europea: reiterada regulación en los textos de los tratados”, en Diez de Urdanibia Fernandez, Xavier (dir.), *Los derechos humanos en el tercer milenio: fundamentos, paradojas e impacto social*, México, Porrúa, 2018.
- Molina del Pozo, C. F. - Jiménez Carrero, J. A. - Ciréfica, R., “El papel fundamental de los entes regionales en la construcción de una nueva federación política europea”, en AA.VV., *Europa de las regiones y el futuro federal de Europa. Balance y perspectiva de la gobernanza multinivel de la Unión Europea*, Madrid, Dykinson, 2019.
- Molina del Pozo, P. C. (dir.), *Derecho de la Unión Europea e integración regional. Liber amicorum al prof. dr. Carlos Francisco Molina del Pozo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020.
- Molina del Pozo, C. F. (dir.) - Jiménez Carrero, J. A (coord.), *Hacia la creación de un nuevo orden internacional pospandemia. El rol de los distintos procesos de integración en Europa y en América Latina*, Madrid, CEF, 2021.



**E**l objeto económico que persigue la formación de un mercado común, como lo demuestra la actual Unión Europea o el Mercosur y la CAN, confluye hacia la necesaria tutela efectiva de los derechos humanos de las personas que lo componen. La integración europea es el proceso que, en este sentido, más lejos ha llegado con la aprobación de una Carta de Derechos Fundamentales propia.

Entre los puntos de convergencia que se tratan en esta obra figuran la defensa del Estado de derecho, conocida como “cláusula democrática”, la protección de los datos personales, de la familia, de los derechos de consumidores y usuarios, así como el derecho a la buena administración, el derecho de asilo y el estatuto de una ciudadanía común.



**CALOGERO PIZZOLO.** Doctor en Derecho (UBA). Profesor titular de Derecho de la Integración, y de Derechos Humanos y Garantías en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Catedrático Jean Monnet de Derecho Público Europeo. Coordinador académico del Centro de Excelencia Jean Monnet “Integración Regional & Derechos Humanos”.

**OTRAS OBRAS DEL AUTOR.** *Comunidad de intérpretes finales; Tribunales supranacionales y tribunales nacionales.*



    
/EditorialAstrea  
[www.astrea.com.ar](http://www.astrea.com.ar)

